

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 003.041/2000-7 [Apenso: TC 033.354/2010-3]

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Interessada: Acquacem Serviços de Saneamento Ltda. (00.573.043/0001-66).

Advogado constituído nos autos: Fábio Gil Santiago (OAB/BA n.º 15.664).

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. CONSTRUÇÃO DE QUADRA POLIESPORTIVA. CONSTATAÇÃO DE SUPERFATURAMENTO. CONTAS IRREGULARES. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA EM DÉBITO DO EX-PREFEITO E DA EMPRESA CONTRATADA. MULTA DO ART. 57 DA LEI 8.443/1992. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DELIBERAÇÃO ATACADA. NEGATIVA DE PROVIMENTO. COMUNICAÇÃO.

Nega-se provimento a recurso, mantendo-se a deliberação recorrida, quando os argumentos e elementos apresentados pelo recorrente são insuficientes para modificar o juízo formado pelo Tribunal.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a instrução elaborada pela Auditora Federal de Controle de Externo lotada na Secretaria de Recursos – Serur, com a qual se puseram de acordo os dirigentes da Unidade Técnica e o representante do Ministério Público junto ao TCU:

“Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto pela empresa Acquacem Serviços de Saneamento Ltda. contra o Acórdão 3.514/2006 – 2ª Câmara, por meio do qual o Colegiado, entre outras medidas, condenou a referida empresa, solidariamente com os demais responsáveis arrolados nos autos, ao pagamento do débito identificado nos autos e aplicou-lhe multa com base no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 5.000,00.

2. *A supramencionada deliberação foi alterada pelo Acórdão 4.964/2009 – 2ª Câmara, que apreciou recurso de reconsideração interposto por um dos responsáveis, Sr. Luiz Felipe Cavalcanti de Albuquerque, ex-Presidente do Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto – Indesp, afastando a responsabilidade solidária do então recorrente pelo débito, por entender que não restou caracterizado o nexo causal entre a dívida apurada e a conduta do gestor, mas mantendo a multa a ele aplicada, só que com fundamento no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, em face da constatação de sua negligência ao aprovar o convênio sem que fosse realizada avaliação efetiva dos custos do projeto proposto pelo município.*

3. Por meio do Acórdão 3.721/2010, a 2ª Câmara deste Tribunal julgou embargos de declaração opostos pelo Sr. Luiz Felipe Cavalcanti de Albuquerque contra o Acórdão 4.964/2009 – 2ª Câmara no sentido de conhecê-los, para, no mérito, rejeitá-los.

4. Originalmente, este processo tratou de tomada de contas especial instaurada por força da Decisão 344/2002 – Plenário, que converteu processo de representação formulada pelo vereador Sr. Zoroaldo de Queiroz Nunes noticiando possíveis irregularidades na execução do Convênio 245/1998, cujos recursos foram repassados pelo Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto ao Município de Canápolis/BA, em 1º/7/1998, para construção de quadra poliesportiva.

5. Cabe ressaltar que caso similar foi tratado nos autos do TC 003.622/1999-1, referente ao Convênio 59/1998, celebrado entre o Indesp e o Município de Aramari/BA para a mesma finalidade de se construir uma quadra poliesportiva, que foi julgado pelo Acórdão 255/2004 – 2ª Câmara, por meio do qual a empresa Acquacem Serviços de Saneamento Ltda. também foi condenada solidariamente com os demais responsáveis ao pagamento do débito apurado nos autos, decorrente do superfaturamento constatado na obra.

6. No TC 009.385/1999-1, este Tribunal também constatou a existência de superfaturamento na construção de uma quadra poliesportiva no Município de Ibiquera/BA, obra que foi executada pela mesma empresa Acquacem. O referido processo foi julgado pelo Acórdão 650/2003 – Plenário, que condenou a empresa, em solidariedade com os demais responsáveis, ao pagamento do débito apurado nos autos.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

7. A condenação em débito decorreu do superfaturamento nos preços contratados para a execução da quadra poliesportiva e de contratação de quantidades de materiais superiores às efetivamente necessárias para a execução da obra. A multa aplicada à recorrente no valor de R\$ 5.000,00 é decorrente do débito, visto que está fundamentada no art. 57 da Lei 8.443/1992.

ADMISSIBILIDADE

8. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 24), ratificado à peça 26 pelo Ministro Relator José Jorge, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.1, 9.1.2, 9.2 e 9.4 do acórdão recorrido, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie.

MÉRITO

Argumento (peça 23, p. 1-2)

9. Preliminarmente, a recorrente alega que este Tribunal instaurou a TCE sem a observância dos requisitos mínimos exigidos nos itens IV e V do art. 4º da IN TCU 56/2007. Segundo a recorrente, não se encontram nos autos o relatório do tomador de contas com indicação circunstanciada das providências adotadas pela autoridade administrativa federal competente e o certificado de auditoria emitido pelo órgão de controle interno, constando, apenas, as conclusões superficiais do técnico do TCU acerca do superfaturamento, sem que fosse realizada qualquer perícia técnica na obra.

10. Argumenta que a empresa não foi citada nem intimada para participação no processo. Segundo as alegações, antes da instauração de TCE, os responsáveis devem ser ouvidos para que se individualizem eventuais responsabilidades e se delimite com precisão o objeto do futuro processo de TCE, o que não teria ocorrido no presente caso.

11. Aduz que a ausência desses procedimentos preliminares à instauração da TCE macula o processo, o que conduziria ao seu arquivamento.

Análise

12. Não assiste razão ao responsável, uma vez que o processo em questão não se trata de tomada de contas especial instaurada por autoridade administrativa federal competente a que se refere a IN TCU 56/2007. A TCE foi instaurada por força da Decisão 344/2002 – Plenário, por meio da qual este Tribunal converteu processo de representação que apurava possíveis irregularidades na execução do Convênio 245/1998, em face dos indícios de superfaturamento na execução da obra.

13. Ressalta-se que há previsão legal para a conversão, pelo próprio Tribunal, de processos de fiscalização de atos e contratos, como é o de representação, em tomada de contas especial, quando configurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, conforme dispõe o art. 47 da Lei 8.443/1992, verbis:

Art. 47. Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei.

Parágrafo único. O processo de tomada de contas especial a que se refere este artigo tramitará em separado das respectivas contas anuais.

14. Por esta razão é que não constam dos autos os documentos exigidos, no art. 9º da Lei 8.443/1992 ou no art. 4º da IN TCU 56/1997, da autoridade administrativa federal competente ao instaurar um processo de tomada de contas especial.

15. Quando a instauração da TCE é realizada pelo próprio TCU, por meio da conversão de um processo de fiscalização, não há qualquer exigência na Lei Orgânica do Tribunal ou em seus normativos internos para que o responsável seja ouvido previamente, até porque, quando instaurada a TCE, é realizada a citação, oportunidade esta em que o responsável poderá apresentar defesa ao Tribunal a fim de afastar a dívida questionada.

16. Conforme consta dos parágrafos 4º a 6º da instrução de peça 7 (p. 39), a empresa recorrente foi regularmente citada no âmbito deste Tribunal, mantendo-se, entretanto, silente, o que configurou sua revelia, nos termos do § 3º do art. 12 da Lei 8.443/1992.

17. Assim, ao contrário do alegado, não há qualquer irregularidade no ato de instauração da TCE que tenha o condão de macular o processo.

18. Quanto à alegação de que constavam dos autos apenas conclusões superficiais do técnico do TCU acerca do superfaturamento verificado, esta será analisada juntamente com os argumentos apresentados referentes ao mérito do processo.

Argumento (peça 23, p. 3-4)

19. No mérito, alega que a obra foi totalmente concluída e que a prestação de contas foi aprovada pelo órgão concedente (Indesp) e pela Caixa Econômica Federal tanto no aspecto físico, já que realizaram vistoria in loco comprovando a execução do objeto, quanto no aspecto financeiro, considerando cumprido, portanto, o objeto conveniado e, por consequência, dando por liberada a construtora.

20. Argumenta que o fato de o convênio ter sido devidamente aprovado pelo órgão concedente impediria que fosse instaurada a TCE, nos termos do disposto no art. 5º da IN TCU 56.

Análise

21. Cabe ressaltar que as manifestações de outros órgãos da Administração Pública, inclusive do controle interno, não vinculam as decisões do TCU, cujas atribuições, de status constitucional, não podem ser limitadas por eventuais entendimentos de outros órgãos, o que permite, então, este Tribunal concluir de forma diferente, porém fundamentada.

22. *Conforme manifestado no Acórdão 2.105/2009 – 1ª Câmara, “o TCU possui atribuição constitucional para realizar de forma autônoma e independente a apreciação da regularidade das contas dos gestores de bens e direitos da União”. Foram também nesse sentido as seguintes deliberações desta Corte de Contas: Acórdãos 2.331/2008 – 1ª Câmara, 892/2008 – 2ª Câmara e 383/2009 – Plenário.*

23. *Além disso, não se questionou no acórdão combatido a execução do objeto, já que a fundamentação da condenação em débito decorreu, conforme já mencionado no item 7 desta instrução, do superfaturamento verificado nos preços contratados para a execução da quadra poliesportiva e da contratação de quantidades de materiais superiores às efetivamente necessárias para a execução da obra.*

24. *Desse modo, não há como acolher o argumento ora analisado.*

Argumento (peça 23, p. 2-4)

25. *Segundo as alegações, a empresa recorrente, tratando-se de pessoa jurídica de direito privado e tendo participado de processo licitatório regular, devidamente homologado pelo município, somente poderia ser responsabilizada solidariamente nesta TCE na hipótese de ter deixado de cumprir o objeto licitado, o que não ocorreu, ou nas hipóteses em que ficasse comprovado efetivo conluio entre a empresa e os representantes do Indesp com vistas a fraudar o processo licitatório, causando, conseqüentemente, dano ao erário em benefício próprio.*

26. *Argumenta que essas hipóteses não ocorreram, não configurando, dessa forma, a improbidade administrativa ou o desrespeito aos princípios norteadores da Administração Pública.*

27. *Afirma que a TCE em tela atribui responsabilidade à recorrente pela elaboração de orçamento com valores abusivos e execução de obra superfaturada. No entanto, de acordo com as alegações, da leitura do art. 8º da Lei 8.443/1992 e das Súmulas 186, 187 e 227 do Tribunal, depreende-se que a responsabilidade do particular, e não do agente público, somente poderá ser caracterizada quando efetivamente tenha dado causa ao dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial. Diante disso, argumenta que a recorrente somente poderá ser responsabilizada pelos atos e fatos apurados nesta TCE “caso reste inquestionada a sua participação consciente e volitiva, no intuito de frustrar o procedimento licitatório, com o objetivo de praticar o superfaturamento e se beneficiar irregularmente de recursos públicos” (destaque no original) (peça 23, p. 4).*

Análise

28. *Não assiste razão à recorrente ao afirmar que a responsabilidade solidária do particular só estaria caracterizada no caso de descumprimento do objeto ou de comprovação de que agiu com o intuito de fraudar a licitação. Uma vez verificado o superfaturamento na realização da quadra poliesportiva, não há como afastar o enriquecimento ilícito da empresa decorrente desse superfaturamento, pois houve majoração indevida dos custos da obra. Assim, deve a empresa contratada devolver aos cofres públicos os valores recebidos indevidamente.*

29. *Ressalta-se que as súmulas citadas nas alegações recursais não se aplicam ao presente caso. Além disso, a condenação solidária da recorrente não está fundamentada no art. 8º da Lei 8.443/1992, mas, sim, no art. 16, § 2º, alínea “b”, do referido diploma legal, segundo o qual, verbis:*

§2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

(...)

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

30. *A empresa contratante, ao ofertar preços superiores aos praticados no mercado no procedimento licitatório, concorreu para o cometimento do dano apurado nos autos, razão pela qual deve ser responsabilizada solidariamente pela dívida.*

31. *Ademais, o fato de a empresa recorrente ter participado de processo licitatório devidamente homologado pelo município não afasta sua responsabilidade sobre o débito, uma vez que a licitação não impediu a ocorrência do superfaturamento ou da contratação de quantidades de materiais acima da necessária, até porque a planilha de quantitativos e preços unitários constantes do edital já se encontrava superestimada.*

32. *Assim, pugna-se pela rejeição das alegações ora analisadas.*

Argumento (peça 23, p. 4-5)

33. *Alega que os preços ofertados na licitação encontravam-se dentro da margem estabelecida pela própria Administração Pública no projeto executivo. Argumenta, ainda, que antes da aprovação do convênio e da liberação dos recursos, os técnicos do Indesp avaliaram o projeto e entenderam que os custos apresentados pelo município eram compatíveis com a obra que se pretendia construir. Aduz que somente esse fato já cria presunção de que o custo da obra foi compatível com o seu objeto.*

34. *Aduz que a empresa recorrente, ao verificar a previsão dos custos da obra no projeto executivo disponibilizado no edital, não estaria obrigada, ainda que fosse possível, apresentar preços inferiores aos previstos como valores máximos a serem pagos. Alega que a responsabilidade pela possibilidade de redução dos custos é exclusiva dos administradores públicos, no caso, da comissão de licitação.*

Análise

35. *Não merece acolhida as alegações da recorrente, uma vez que as empresas licitantes não estão vinculadas aos custos e aos quantitativos previstos no projeto executivo constante do edital, devendo apresentar em suas propostas os custos e quantitativos reais dos materiais a serem utilizados na execução da obra, caso contrário, constituir-se-á enriquecimento ilícito da contratante o recebimento de valores acima dos praticados no mercado, como ocorreu no presente caso.*

36. *Cabe ressaltar, ainda, que foi de autoria da empresa recorrente a execução do projeto básico da licitação com planilha de quantitativos e preços unitários superestimados constante da peça 13 (p. 46-50), conforme informado no item 9.1 da instrução da unidade técnica de origem de p. 39-52 (peça 7) e p. 1-3 (peça 8).*

37. *Além disso, a aprovação dos custos pelos técnicos do Indesp não afasta a responsabilidade da empresa recorrente pelo débito apurado nos autos, mantendo seu dever de restituir aos cofres públicos os valores recebidos além dos realmente devidos. Ao contrário do alegado, tal aprovação não gera presunção de que os custos da obra estavam compatíveis com os de mercado, até porque restou evidenciado nos autos que não houve avaliação efetiva dos custos do projeto proposto pelo município pelos técnicos do Indesp, razão pela qual, inclusive, foi mantida a multa aplicada ao Sr. Luiz Felipe Cavalcanti de Albuquerque, ex-Presidente do Indesp, conforme o disposto no item 13 do voto condutor do Acórdão 4.964/2009 – 2ª Câmara (peça 18, p. 71), que julgou recurso de reconsideração interposto pelo referido responsável.*

Argumento (peça 23, p. 5-8)

38. *Alega que não consta dos autos um único documento que comprove a existência do superfaturamento, tendo o TCU instaurado a TCE apenas com base em cálculos elaborados com dados de revista ou de tabela de referência para construções. Aduz que esses cálculos não constam*

dos autos e que não foi dada oportunidade de defesa à empresa recorrente em relação a esses valores.

39. Considerando que não estaria demonstrado o superfaturamento, segundo o recorrente, e que nem mesmo existiria explicação mínima sobre os critérios utilizados para se chegar ao valor do débito, restando apenas a suspeita de irregularidade na licitação, argumenta que seria o caso de extinção da TCE, já que o objetivo desse tipo de processo é a obtenção de ressarcimento do dano causado à Administração Pública.

40. Indaga quais os fatos que levaram o TCU a verificar irregularidades ao ponto de instaurar uma TCE e porquê eles não estariam minimamente descritos no relatório preliminar exigido pelo item V do art. 4º da IN TCU 56/2007. Alega que não há fundamentação mínima nas duas imputações feitas contra a firma recorrente: irregularidade na licitação e o superfaturamento.

41. Afirma, mais uma vez, que o processo deve ser extinto em face das razões já resumidas ao longo desta instrução, quais sejam: (i) inobservância por parte deste Tribunal dos requisitos prévios à instauração de TCE; (ii) falta de fundamentação mínima e de adequada apuração dos fatos, com indicação das normas ou regulamentos eventualmente infringidos; e (iii) aprovação das contas pelo Indesp e pela CEF.

42. Aduz que esses fatos implica a inversão do ônus da prova em favor da recorrente, transferindo ao TCU o encargo de demonstrar que o convênio foi irregular.

43. À vista dos argumentos apresentados, a recorrente requer o provimento do presente recurso de reconsideração com a exclusão de sua responsabilidade solidária pelo débito.

Análise

44. Ao contrário do alegado, estão muito bem demonstrados nos autos os critérios utilizados para o cálculo do débito, conforme o disposto no item 11 e subitens da instrução de peças 7 (p. 39-52) e 8 (p. 1-3), transcritos a seguir:

11. Para a apuração do débito, foram analisados os itens mais relevantes da proposta, com uma representatividade de 87,48% no orçamento da obra. Primeiramente, com base nas plantas juntadas ao processo (fls. 118/124), foram recalculados os quantitativos, oportunidade na qual foi constatado que as quantidades previstas no contrato eram bastante superiores às efetivamente necessárias para a execução da obra. Depois, foram recalculados os preços para os novos quantitativos, utilizando como parâmetro os preços constantes do SINAPI - Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil, fornecido pela Caixa Econômica Federal, opção CSI - Custo de Composições Agregadas da cidade de Salvador/BA, para o mês de janeiro 1999. Para os itens Instalações Elétricas e Barracão da Obra, foram adotados os valores do relatório CSF.SB.32P-GEPAD/SINAPI, Salvador/BA. Para os itens Alambrado com Tela de Arame, Materiais Esportivos e Pintura da Borracha Clorada foram mantidos os valores do contrato, uma vez que não foram encontrados preços referenciais.

11.1 Sobre os preços recalculados foi acrescido o percentual de 30% a título de **BDI**, obtendo-se assim o preço de mercado dos itens da amostra (R\$ 105.618,98).

11.2 O preço de contrato dos itens da amostra foi reduzido em 3,54%, uma vez que o preço inicial do contrato sofreu uma redução nesse mesmo percentual (baixou de R\$ 219.353,43 para R\$ 211.589,27).

11.3 O índice de superfaturamento com relação à amostra foi obtido da divisão do preço contratado ajustado (R\$ 185.101,84) pelo preço de mercado (R\$ 105.618,98), correspondendo ao percentual de 75,25% (fls. 146/148).

45. Conforme destacado pelo relator a quo no item 12 do voto condutor do acórdão recorrido, o art. 210, § 1º, inciso II, do novo Regimento Interno do TCU permite que a apuração do débito possa ser feita mediante estimativa, desde que a metodologia permita afirmar com segurança que o valor apurado não excederia o real valor devido. Assim como concluiu o relator a quo, entende-se que a apuração do débito realizada pela unidade técnica de origem atende a este

requisito, diante das informações constantes do item 13 do voto (peça 8, p. 41), transcritas a seguir:

13. Com efeito, conforme ressaltado pela Unidade Técnica, para a apuração do débito (fls. 146/8, v.p.) considerou-se BDI de 30%, percentual apenas genericamente contestado pelo responsável, sem dizer qual seria o correto. Além disso, reportagem de 30.04.2003 juntada aos autos (fl. 330, volume 1) informa que o percentual de BDI para licitações de obras públicas do estado da Bahia até aquela data era de aproximadamente 25%. Considerando que a obra em questão é de 1998, conclui-se que o percentual considerado foi benéfico ao responsável. Observo ainda que foram considerados índices de janeiro de 1999, o que, aliado ao fato de ter havido variação positiva do INCC, se mostra mais uma vez benéfico ao responsável.

46. Diante dos cálculos efetuados pela Secex/RS supratranscritos, conclui-se que se revela infundada a alegação da recorrente, aduzida em preliminar, de que constaria do processo de TCE apenas “conclusões superficiais do técnico do TCU acerca do superfaturamento, sem que fosse realizada perícia técnica na obra” (peça 23, p. 2).

47. Também não se pode acatar a alegação de que não foi realizada perícia técnica na obra para se efetuar o cálculo do débito. Se fosse assim, só se poderia caracterizar superfaturamento em qualquer obra por meio de auditoria concomitante à própria realização da obra, o que é inviável na maioria dos casos. O TCU faz rotineiramente auditorias em obras já concluídas, utilizando-se de critérios técnicos pertinentes para apuração de eventuais danos ao erário.

48. Também não assiste razão à recorrente ao afirmar que não lhe foi dada oportunidade de defesa em relação ao cálculo do débito, uma vez que, conforme mencionado alhures, houve várias tentativas de citá-la, inclusive por edital, tendo a empresa, inclusive, requerido certidão com a relação de processos em que fosse parte neste Tribunal (peça 8, p. 8 e 19). No entanto, a empresa manteve-se silente, não apresentando defesa, razão pela qual foi considerada revel.

49. Conforme já dito ao analisar a alegação preliminar, não é necessário constar do processo em questão os documentos exigidos na IN TCU 56/2007, já que a TCE foi instaurada pelo próprio Tribunal, ao converter processo de representação por meio da Decisão 344/2002 – Plenário. Por essa razão é que não consta dos autos o certificado de auditoria exigido no item V do art. 5º do referido normativo suscitado pela recorrente. No entanto, as irregularidades estão muito bem descritas, analisadas e fundamentadas nas instruções emitidas pela unidade técnica de origem.

50. Afirma a recorrente, ainda, que não haveria fundamentação mínima para a imputação feita contra ela relativa à irregularidade na licitação. No entanto, vale esclarecer que a empresa não foi responsabilizada por quaisquer irregularidades ocorridas no processo licitatório, restando-lhe apenas a condenação solidária pelo débito oriundo do superfaturamento. As irregularidades ocorridas na licitação e na execução do Convênio 245/98 ficaram sob a responsabilidade do ex-prefeito, Sr. Hélio José de Oliveira.

51. Diante das conclusões desta unidade instrutiva no sentido de não acolher as alegações apresentadas, resta-se infundada a alegação da recorrente de que o processo deveria ser extinto em face dos argumentos apresentados ao longo da peça recursal, resumidos nos itens acima.

52. Desse modo, considerando que os argumentos apresentados na peça recursal não lograram afastar o superfaturamento identificado no contrato tampouco a contratação de quantidades de materiais além das necessárias para a execução do objeto do Convênio 245/1998, propõe-se o conhecimento do presente recurso de reconsideração, para, no mérito, negar-lhe provimento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

53. *Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, para posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao TCU, propondo:*

a) com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conhecer do recurso de reconsideração interposto pela empresa Acquacem Serviços de Saneamento Ltda. contra o Acórdão 3.514/2006 – 2ª Câmara, para, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e voto que a fundamentarem, ao recorrente e aos demais interessados.”

É o Relatório.