

VOTO

I

Preliminarmente os recursos interpostos devem ser conhecidos, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade para a espécie.

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Homero Raimundo Cambraia, Joaquim de Sousa e Miguel de Souza, ex-Diretores-Adjuntos e ex-Diretor-Geral do DER/RO, respectivamente, e pela empresa Planurb - Planejamento e Construções Ltda. - em desfavor do Acórdão 1.791/2012-Plenário. Por meio da referida decisão, este Colegiado julgou irregulares as contas dos gestores recorrentes, condenou-os em débito, sendo em parte solidariamente com a empresa contratada, e cominou a todos multas individuais.

Originariamente este processo cuidou de tomada de contas especial destinada à apuração de irregularidades nas obras de construção da BR-429 no Estado de Rondônia, no trecho compreendido entre Presidente Médici e São Miguel do Guaporé.

A condenação dos recorrentes decorreu das seguintes irregularidades: a) superfaturamento decorrente de preços excessivos frente aos referenciais de mercado; b) grave divergência entre o projetado e o executado em uma obra de arte especial; e c) pagamento em duplicidade para serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras.

Auditor da Secretaria de Recursos (Serur) examinou as razões recursais e propôs, ao final, tornar insubsistentes as irregularidades relacionadas à divergência entre o projetado e o executado em uma obra de arte especial e ao pagamento em duplicidade para serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras. Quanto ao superfaturamento, opinou pela negativa de provimento, mantendo-se a condenação. O responsável pela subunidade manifestou-se parcialmente de acordo com a proposta do Sr. Auditor, divergindo tão somente quanto à ocorrência da prescrição, pois, para ele, *“adotando-se o entendimento inaugurado com a prolação do Acórdão 1.314/2013 – Plenário, há se afastar as multas impostas”*.

O titular da Serur suscitou algumas questões importantes e propôs a remessa dos autos à Secretaria de Fiscalização de Obras Rodoviárias (SecobRodovia), solicitação esta por mim atendida. Ao final, teceu as seguintes considerações, algumas das quais em divergência às instâncias precedentes:

a) reputou prejudicado o método de cálculo utilizado na decisão recorrida para se firmar conclusão acerca do superfaturamento, razão pela qual propôs dar provimento ao recurso dos responsáveis;

b) concordou com a necessidade de afastar a condenação pelas divergências entre o projetado e o executado em uma obra de arte especial; e

c) quanto ao pagamento em duplicidade, afirmou que a ausência de condenação solidária da sociedade empresária contratada para a execução do empreendimento – argumento utilizado pelo Sr. Auditor para dar provimento ao recurso – não isenta os gestores da responsabilidade pelo ato irregular, consistente na autorização de pagamento de serviços cujos custos estavam presumivelmente previstos na composição de BDI. Por essa razão propôs manter os exatos termos da decisão vergastada;

d) reconheceu ter se operado a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, nos moldes defendidos pelo Sr. Diretor.

O douto representante do Ministério Público manifestou-se de acordo com a proposta do titular da Serur.

II

Concordo com o titular da Serur e com o representante do Ministério Público acerca da necessidade de se afastar o superfaturamento decorrente de preços excessivos frente aos referenciais de mercado. O débito em apreço corresponde aos subitens 9.1.4 e 9.1.5 do Acórdão 1.791/2012-Plenário. Passo a expor minhas razões.

Na época em que foi lavrado o contrato (ano de 1996), não havia a obrigatoriedade legal da utilização do sistema Sicro como referencial para cálculo dos preços paradigmas de obras rodoviárias, o que só veio a ocorrer no início dos anos 2000 com a inclusão de artigos nas Leis de Diretrizes Orçamentárias. Da mesma forma, naquele momento a jurisprudência desta Corte não era pacífica quanto à utilização da tabela de preços do então Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER).

Portanto, não vejo como reprovável a conduta dos gestores em utilizar o sistema próprio do DER/RO, ainda mais porque os preços cotados no Sicro eram referentes a Belém/PA, isto é, obtidos em outra unidade federativa. Destaco que a distância entre Belém/PA e São Miguel do Guaporé/RO é de aproximadamente 3.000 km, aspecto que prejudica a exatidão do parâmetro utilizado na decisão recorrida.

Também não me parece razoável calcular sobrepreço/superfaturamento em contratos utilizando-se o método da limitação de preços unitários, critério este que não compensa os valores que se encontram abaixo do valor de referência (subpreço) com aqueles que se encontram acima do parâmetro de mercado (sobrepço). Apenas a título de ilustração, mesmo sendo utilizados os preços do Sicro para Belém, se fossem incluídos no cálculo dois serviços avaliados com sub-preço (sub-base e base de solo estabilizado - peça 2, p. 44), haveria uma redução de 40% no superfaturamento apontado subitens 9.1.4 e 9.1.5 da decisão recorrida.

Considerando esses fatores, concluo pela necessidade de dar provimento aos recursos para afastar o sobrepreço decorrente de preços excessivos frente aos de mercado. Por se tratar de circunstâncias objetivas, os efeitos do provimento devem ser estendidos aos Srs. Isaac Bennesby e José Humberto do Prado Silva, nos termos do art. 281 do Regimento Interno do TCU.

III

Neste tópico serão analisados os recursos interpostos pelos Srs. Homero Raimundo Cambraia e Miguel de Souza em decorrência da multa a eles aplicada com fundamento no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 5 mil (subitem 9.3 do Acórdão 1.791/2012-Plenário). A sanção decorreu de grave divergência entre o projetado e o executado em uma obra de arte especial (ponte).

A irregularidade foi inicialmente apontada pelo 5º Batalhão de Engenharia e Construção do Exército Brasileiro, que efetuou, por requisição desta Corte, a medição nos serviços executados no lote 2 da BR 429/RO. Os militares destacaram que uma das pontes inacabadas, a do km 79,5, foi executada em concreto, enquanto que o projeto disponibilizado previa a execução da ponte com vigas metálicas e laje pré-moldada.

Na decisão recorrida, este Colegiado entendeu que a mudança de uma estrutura mista para outra integralmente de concreto geraria modificações tais no objeto que desnaturariam a licitação realizada. Por essa razão, os responsáveis foram multados com fundamento no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1993.

Os recorrentes aduzem que o DER/RO teria constatado a inviabilidade da construção das pontes em estrutura mista, dada a dificuldade na aquisição de estrutura metálica, que era produzida fora do Estado de Rondônia. Assim, teriam sido refeitos os projetos, muito embora não soubessem o destino dos novos documentos técnicos produzidos.

A alegação dos recorrentes não veio acompanhada de nenhuma comprovação documental, isto é, não trouxeram os projetos substitutivos, razão pela qual torna-se imperioso rejeitá-la. Ao trocar a solução técnica por outra mais barata, evidente que os benefícios deveriam ser repassados para a Administração Pública, o que não ocorreu no caso concreto, pois esta pagou o preço originalmente pactuado.

Os recorrentes afirmam que não teria ocorrido dano ao erário na construção das pontes, argumento ao qual nego provimento. A lesão aos cofres públicos está caracterizada, só não foi possível quantificá-la. A escolha de uma solução mais barata no decorrer da execução contratual deveria ser acompanhada de uma redução dos preços praticados na avença, o que não ocorreu.

Digo não ter sido possível quantificar o dano porque tanto o orçamento-base da licitação quanto o da empresa contratada não estavam acompanhados da composição analítica dos serviços. As obras de arte especiais tinham como unidade de medida “verba”, não sendo possível mensurar com precisão a quantidade de insumos necessários para a construção de uma ponte mista, tampouco os materiais efetivamente utilizados na obra de arte feita exclusivamente de concreto armado.

Os recorrentes aduzem que não atuaram com dolo, nem culpa, e que estariam de boa-fé, pois tomaram suas decisões fundamentados em pareceres dos setores competentes.

O argumento não merece prosperar. Dadas as peculiaridades do caso concreto, em especial o vultoso investimento em uma das principais rodovias federais do Estado de Rondônia (lembro que apenas o segundo lote previa à época gastos de aproximadamente R\$ 15 milhões), era de se esperar uma conduta mais diligente por parte dos ora recorrentes, ambos ex-dirigentes do DER/RO. Nas próprias razões recursais os responsáveis reconhecem que a mudança da solução técnica foi tomada pela direção do DER/RO. Ou seja, modificaram a estrutura projetada, mas não se preocuparam em justificar robusta e detalhadamente as alterações. Nem sequer procederam a aditivos repactuando os preços praticados no contrato.

Ademais, os recorrentes atuaram decisivamente no processo de pagamento da contratada, seja sendo signatários das notas financeiras, seja inserindo suas rubricas em documentos que afirmavam ser o DNER devedor do DER/RO pelas quantias informadas nas planilhas de medições. Diante desses fatos, era razoável esperar conduta diversa dos recorrentes, visto que interviam tanto na tomada de decisão sobre a solução técnica quanto no pagamento à contratada.

Portanto, não há razão para afastar a responsabilidade dos recorrentes, sobretudo diante de uma conduta, no mínimo, culposa dos ex-dirigentes do órgão estadual. Assim, nego provimento quanto a este ponto.

IV

O último ponto recorrido diz respeito ao pagamento em duplicidade para serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras. Foram condenados em débito os Srs. Joaquim de Souza, Homero Raimundo Cambraia e Miguel de Souza, cada um responsável pelos valores indevidamente pagos nas medições avalizadas (subitens 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão 1.791/2012-Plenário).

A duplicidade está fundamentada nas seguintes constatações: a) o Sistema de Custos Rodoviários (Sicro), acompanhando a prática do mercado à época, inseria no BDI dos contratos de obras rodoviárias percentuais a título de remuneração pelos serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras; b) o BDI do contrato em apreço foi fixado em 50%, superior à média de mercado e ao previsto no Sicro (38,5%), e, diante do não detalhamento das alíquotas, presume-se que tais serviços estariam incluídos nos custos indiretos do contrato; e c) a planilha contratual continha, no custo direto, rubrica para mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras, cujos valores correspondem ao débito imputado aos recorrentes.

Os recorrentes afirmam que o TCU não obteve elementos concretos ou probatórios que pudessem confirmar as supostas irregularidades praticadas na composição do BDI. Alegam, ainda, que não existia, à época, uma norma definidora dos componentes do custo indireto.

Inicialmente cabe destacar que o projeto básico utilizado na licitação não continha orçamento detalhado do custo global da obra, tal como exigido no art. 6º, inciso IX, alínea “f”, da Lei 8.666/1993. Não havia, dentre outras coisas, a composição dos custos indiretos utilizados pela Administração no orçamento-base do certame. Da mesma forma, a empresa contratada não explicitou os componentes do BDI.

Todavia, a ausência de detalhamento permite a conclusão de que os serviços preliminares em discussão estavam incluídos no percentual global praticado no contrato. O convênio de delegação para execução das obras na rodovia BR-429, firmado entre o DNER e o DER/RO, instrumento por meio do qual a União repassou recursos federais ao órgão estadual, previa, na cláusula segunda, que o órgão estadual deveria observar a Lei 8.666/1993 e as normas em vigor no DNER, inclusive as especificações técnicas, instruções e demais atos normativos e técnicos adotados pelo departamento nacional.

Assim, ao contrário do que alegam os recorrentes, existia norma definidora dos componentes do custo indireto (Sicr), que era de aplicabilidade obrigatória tendo em vista a utilização de recursos federais e a expressa previsão no convênio. Entender de forma diversa implica beneficiar a própria torpeza dos recorrentes, que em momento algum exigiram da contratada a discriminação das rubricas previstas no BDI. Portanto, concluo que os serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras estavam previstos tanto no custo direto quanto no indireto.

Este Colegiado já teve oportunidade de se pronunciar sobre realidade fática idêntica. Na oportunidade, entendeu-se que, independentemente da existência ou não de sobrepreço global, haveria débito pela duplicidade de pagamentos, dada a afronta aos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964 (Acórdão 3.241/2012-Plenário).

Destaco ainda que eventual tentativa de apuração de superfaturamento mostra-se infrutífera, tal como mencionado pela Secretaria de Obras Rodoviárias. Para se ter uma conclusão acerca da aderência dos preços praticados no contrato frente aos de mercado, faz-se necessário analisar uma amostra percentualmente significativa dos serviços pagos, algo inviável dada a ausência da composição de preços unitários de itens significativos do orçamento.

Cito como exemplo o serviço “obras de arte especiais”, item cuja unidade de medida é “verba”. Não há composição do serviço, ou seja, não é possível aferir a necessidade dos insumos alocados, o consumo e o preço deles. A falha teve origem no orçamento utilizado na licitação e foi mantida no contrato firmado. Para se ter noção da importância do item, caso fosse possível analisá-lo, a amostra da unidade técnica subiria de 17,0% para aproximadamente 70% do total dos serviços medidos e pagos.

Por essa razão, condicionar o débito à existência de superfaturamento no contrato não me parece razoável, pois, dada a impossibilidade de se proceder à análise técnica, os responsáveis acabariam, da mesma forma, por se beneficiar da própria torpeza.

O Sr. Auditor da Secretaria de Recursos propôs dar provimento aos recursos para afastar o débito imputado exclusivamente aos gestores públicos por entender ter havido violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na medida em que a empresa contratada seria a única capaz de discriminar a composição da taxa de BDI. Rejeito a tese construída, sobretudo porque, como já mencionado neste Voto, há indícios suficientes para concluir que os serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras estavam previstos tanto no custo direto quanto no indireto. Ou seja, não se faz necessária a apresentação do documento pela empresa. Além do mais,

conforme pacífica jurisprudência desta Corte, cabe ao gestor o ônus da comprovação da correta aplicação dos recursos públicos repassados.

Acompanho, portanto, os pareceres do titular da Secretaria de Recursos e do representante do Ministério Público, cujos fundamentos também incorporo como razões de decidir, e Voto para que este Colegiado negue provimento aos recursos interpostos quanto ao débito decorrente da duplicidade de pagamentos.

V

Passo a tratar da proposta de provimento dos recursos para afastar as multas aplicadas aos responsáveis, tendo em vista a ocorrência da perda da pretensão punitiva pelo Estado.

Acerca da prescrição, lembro inicialmente que o ressarcimento ao erário é imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição, da Súmula TCU 282 e da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS 26210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 04/09/2008, DJE 09/10/2008, dentre outros). No tocante às multas, entendo que no caso concreto devem ser mantidas as multas aplicadas, dado o entendimento predominante na jurisprudência do Tribunal até o momento, que considera a aplicação dos arts. 205 e 2.028 do Código Civil.

As irregularidades foram praticadas entre os anos de 1996 e 1998, época em que o Código Civil fixava o prazo prescricional de 20 anos. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se, na data da entrada em vigor do novo Código Civil, não tiver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada, o termo inicial deve ser a data da vigência do diploma substitutivo. Cito, nesse, sentido, o seguinte precedente:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATO ILÍCITO. PRESCRIÇÃO. PRAZO. CONTAGEM. MARCO INICIAL. REGRA DE TRANSIÇÃO. NOVO CÓDIGO CIVIL.

1 - Se pela regra de transição (art. 2028 do Código Civil de 2002) há de ser aplicado o novo prazo de prescrição, previsto no art. 206, §3º, IV do mesmo diploma legal, o marco inicial de contagem é o dia 11 de janeiro de 2003, data de entrada em vigor do novo Código e não a data do fato gerador do direito. Precedentes do STJ.

(STJ - REsp 838414/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08/04/2008, Quarta Turma, DJ 22.04.2008)

Portanto, entre o termo inicial (11/01/2003) e a citação/audiência dos responsáveis, ocorridas em dezembro de 2006 e abril de 2007, transcorreu prazo inferior a dez anos. À mesma conclusão chego quanto ao período compreendido entre o chamamento dos responsáveis e o julgamento proferido por esta Corte (Acórdão 1.791/2012-Plenário). Assim, proponho não acolher a tese encampada pelos dirigentes da Secretaria de Recursos e o douto representante do Ministério Público.

Ressalto que este não é o entendimento por mim defendido no âmbito dos TCs 007.822/2005-4 e 011.101/2003-6, ambos com votação ainda não concluída no Tribunal. Opto em aplicar ao presente caso concreto, na linha do deliberado nos Acórdãos 2.568/2014-Plenário, 2.391/2014-Plenário, 5.686/2013-1ª Câmara, 4842/2013-1ª Câmara e 1.463/2013-Plenário, a jurisprudência até aqui predominante, que preconiza o uso das regras gerais estabelecidas no Código Civil para a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas. Ressalvo, porém, que adoto tal posição até a apreciação definitiva dos processos mencionados, quando será deliberada a modificação ou não do entendimento supramencionado.

Ante todo o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.



TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de fevereiro de 2015.

BENJAMIN ZYMLER
Relator