VOTO

Em exame tomada de contas especial (TCE) instaurada em atendimento à determinação do subitem 1.7.3 do Acórdão 3.052/2012-Plenário, prolatado no âmbito do TC 015.696/2011-1, relativo à auditoria cujo objetivo foi a verificação dos contratos de repasse 0243528-96, 0240506-73, 0236768-69 e 0182275-44, celebrados entre o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, e o Governo do Estado do Maranhão, tendo por objeto a construção e ampliação de estabelecimentos prisionais na referida unidade federativa.

2. Foi realizada a citação da Sra. Eurídice Maria da Nóbrega e Silva Vidigal, solidariamente com a empresa Verdi Sistemas Construtivos S.A., em razão de indícios de danos ao erário a seguir relacionados, associados às obras de construção de penitenciárias em São Luís, objeto dos contratos 190/2008-SESEC e 191/2008-SESEC:

a) aplicação de BDI único de 28% para materiais e serviços, gerando suposto prejuízo nos valores de R$ 1.160.416,55 (Contrato 190/2008) e de R$ 625.702,40 (Contrato 191/2008);

b) inclusão de parcela referente ao IRPJ e à CSLL na composição do BDI dos ajustes, implicando prejuízo de R$ 93.766,28, no Contrato 190/2008, e de R$ 33.205,39, no Contrato 191/2008; e

c) inclusão de rubrica genérica ("eventuais") na composição do BDI, o que acarretou dano ao erário de R$ 112.945,74 e de R$ 39.997,40 nos Contratos 190/2008 e 191/2008, respectivamente.

3. Insta explicitar que o Contrato 190/2008-SESEC teve por objeto a construção da penitenciária feminina em São Luís/MA, valor de R$ 11.088.246,56. Por sua vez, o Contrato 191/2008-SESEC, firmado por R$ 7.077.866,92, visava à ampliação do presídio de São Luís/MA. Tais obras adotaram sistema construtivo não convencional, denominado Sistema Construtivo Penitenciário – Siscopen, que utiliza módulos pré-moldados, confeccionados em concreto de alto desempenho (CAD) e concreto reforçado com fibras de vidro (GRC).

4. A aludida técnica construtiva produz módulos ou monoblocos que chegam à obra prontos, incluindo mobiliário, esquadrias/grades e equipamentos sanitários, sendo apenas montadas no local. Com o fundamento de que empresa Verdi detinha a exclusividade da técnica construtiva, as obras foram contratadas por inexigibilidade de licitação pelo governo estadual.

5. No exame de mérito, a Secex-MA propôs, em pareceres uniformes, rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, com o consequente julgamento das presentes contas pela irregularidade e condenação solidária ao pagamento dos débitos, bem como da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

6. O **Parquet** dissentiu de tal encaminhamento, manifestando-se no sentido de acolher as alegações de defesa apresentadas e de julgar regulares as contas dos responsáveis, com quitação plena, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, e 17 da Lei Orgânica do TCU.

II

7. Antes de iniciar o exame de mérito desta TCE, registro que é a primeira vez que atuo nos autos. A ilustre Ministra Ana Arraes despachou o presente processo em duas oportunidades, autorizando solicitações de prorrogação de prazo. Todavia, por meio de despacho à peça 58, o Senhor Chefe de Gabinete do Ministro Augusto Nardes alertou para o disposto no § 2°do art. 43 da Resolução TCU 191/2006, vigente à época da conversão dos autos, que tornava o relator do processo de fiscalização prevento em relação ao processo de tomada de contas especial instaurada em sequência.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55070994.

8. Como o Ministro Augusto Nardes, relator do TC 015.696/2011-1, assumiu a Presidência do Tribunal no biênio 2013/2014, os processos de sua relatoria foram redistribuídos para mim, nos termos do art. 152 do Regimento Interno do TCU.

9. Ante o exposto, assumo a relatoria do feito e, com fundamento nos arts. 171, 172 e 177 do Regimento Interno do TCU, convalido os atos até então praticados.

10. Saliento que as demais irregularidades observadas nos contratos de repasse fiscalizados, as quais não se correlacionam diretamente com os débitos apurados, foram tratadas no Acórdão 2.615/2015-Plenário, que rejeitou as razões de justificativa de alguns responsáveis, incluindo da Sra. Eurídice Maria da Nóbrega e Silva Vidigal, em razão da contratação direta sem que estivessem presentes os requisitos previstos na legislação. Tal fato ensejou a aplicação de multa pelo Tribunal no valor individual de R$ 10.000,00 (dez mil reais) aos responsáveis.

11. A legalidade da utilização da tecnologia Siscopen foi apreciada pelo Acórdão 1.814/2010-Plenário, de lavra do nobre Ministro Aroldo Cedraz, que respondeu à consulta formulada pelo então Presidente do Senado Federal, Exmo Senador Jose Sarney, nos seguintes termos:

> *"9.2. esclarecer ao consulente que:*
> *'9.2.1 o emprego da tecnologia SISCOPEN não está vedado pela jurisprudência do TCU, desde que atendidas as seguintes condições:*
> *9.2.1.1. seja apresentado parecer técnico sobre a relação custo-benefício de sua aplicação em relação às técnicas construtivas convencionais;*
> *9.2.1.2. os projetos de penitenciárias que empreguem essa tecnologia devem apresentar composição detalhada dos quantitativos e dos custos unitários dos painéis e demais componentes dos módulos, incluindo a composição dos custos unitários do concreto neles utilizado, com vistas à análise da compatibilidade dos seus preços com os de mercado;*
> *9.2.1.3. sempre que houver viabilidade técnica e econômica, sejam realizadas licitações distintas para a execução da obra e para a aquisição dos módulos de CAD+GRC nas construções de penitenciárias que empreguem essa técnica construtiva, com justificativa adequada nas situações em que não for viável a realização de licitações distintas;*
> *9.2.2. o parecer técnico a que se refere o item 9.3.3.1 do acórdão 546/2008 pode ser elaborado tanto pelo corpo técnico das Secretarias Estaduais, como por instituição independente, devendo ser aprovado tanto pela Secretaria como pelo Ministério da Justiça. Importa, ainda, que o responsável seja profissional capacitado e, no caso de ser elaborado por instituição independente, não restar afastada a responsabilidade do gestor na situação em que os argumentos apresentados pelo parecerista se mostrarem desarrazoados, por ser aquele o responsável pela aprovação, em última análise;*
> *9.2.3 o parecer técnico deve conter as vantagens que o emprego da tecnologia SISCOPEN ofereceria em relação às técnicas construtivas convencionais, mormente no que diz respeito a custo de construção e manutenção, prazo de execução, necessidade de modularidade, entre outras. Tais eventuais vantagens devem sobressair em análise comparativa devidamente fundamentada;*

12. Consoante os esclarecimentos acima, ressalto que os presentes autos tratam exclusivamente dos indícios de prejuízo ao erário constatados nas obras dos presídios de São Luís que foram auditados pela Secex-MA.

III

13. Antecipo que acompanharei, em essência, o posicionamento do Ministério Público de Contas, adotando-o como razões de decidir. Todavia, entendo que toda a situação fática apurada nos autos justifique a regularidade com ressalva nas contas dos responsáveis, em vez da regularidade plena proposta pelo **Parquet**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55070994.

14. Passo a me manifestar sobre cada um dos indícios de irregularidade imputados aos responsáveis, iniciando pela não aplicação de BDI diferenciado sobre o fornecimento de monoblocos.

15. A unidade instrutiva entendeu, em linha com os Acórdãos 1.020/2007, 1.599/2008, 2.875/2008 e 1.021/2010, todos do Plenário, que deveria incidir uma taxa de BDI de apenas 10%, em vez dos 28% aplicados nos ajustes auditados.

16. O MP/TCU julgou assistir razão à Verdi, pois o entendimento defendido nos aludidos acórdãos não se aplicaria aos contratos em análise, na medida em que não se trata de mero fornecimento de materiais adquiridos de terceiros, e sim, de fornecimento de insumo de fabricação própria.

17. Concordo com a ponderação do MP/TCU, enfatizando que, nos termos de reiterados julgamentos do Tribunal de Contas da União, consolidados pela Súmula nº 253/2010, comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra, devem apresentar incidência de taxa de BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.

18. Portanto, a aplicação de BDI diferenciado exige que o fornecimento do material/equipamento seja realizado por um terceiro, caracterizando que o construtor exerceu apenas uma intermediação, o que ensejaria a aplicação de um BDI com rubricas reduzidas de remuneração e de despesas indiretas. No caso em apreciação, não se aplica tal entendimento, pois os módulos pré-moldados em concreto foram produzidos pela própria empresa contratada. Além disso, a execução dos presídios exige o posterior transporte e montagem dos módulos, não sendo apenas um mero fornecimento.

19. O art. 9º, §1º, do Decreto 7.983/2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, apresenta comando semelhante ao da Súmula nº 253/2010. Todavia, o §2º do mesmo artigo dispõe que, no caso do fornecimento de equipamentos, sistemas e materiais em que o contratado não atue como intermediário entre o fabricante e a administração pública ou que tenham projetos, fabricação e logísticas não padronizados e não enquadrados como itens de fabricação regular e contínua nos mercados nacional ou internacional, o BDI poderá ser calculado e justificado com base na complexidade da aquisição.

20. Dessa forma, entendo que, além de a contratada ser a própria fabricante ou produtora dos módulos, tudo indica que estes tiveram projetos, fabricação e logística não padronizados, tornando dispensável a incidência de taxa de BDI diferenciada.

21. Por fim, nos exatos termos da Lei de Licitações e Contratos, uma obra é definida como "toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta". Assim, não é possível enquadrar a fabricação dos pré-moldados dos presídios como um fornecimento, pois a edificação obtida com a montagem dos pré-moldados é indiscutivelmente uma obra.

IV

22. No que tange à inclusão de IRPJ e CSLL na composição do BDI dos contratos auditados, bem destacou o Ministério Público de Contas que o voto condutor do Acórdão 1.591/2008-Plenário, de minha relatoria, trouxe o entendimento de que "*a indicação em destacado na composição do BDI do imposto de renda pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro líquido não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta*".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55070994.

23. Verifico, assim, que não há nenhuma ilegalidade no fato de a empresa contratada incluir tais rubricas na composição do seu BDI, desde que os preços praticados estejam em consonância com os paradigmas de mercado. Tanto a Súmula TCU nº 254/2010 como o art. 9º, do Decreto 7.983/2013, vedam a inclusão de tais rubricas apenas no orçamento-base da licitação, não sendo tais entendimentos aplicáveis aos preços ofertados pelos privados.

V

24. A respeito da parcela do débito oriunda da inclusão de uma taxa de "eventuais" de 2,65% na composição do BDI, os responsáveis aduziram que, na verdade, tal parcela se destinaria à cobertura de riscos do empreendimento, o que estaria em conformidade com o disposto no artigo 9º, inciso III, do Decreto 7.983/2013, que prevê a inclusão de rubrica específica referente à taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento.

25. O fato é que existem ocorrências não previstas que podem repercutir no custo das obras e deverão ser arcadas pelo contratado, a exemplo de perdas excessivas de material, perdas de eficiência de mão de obra, greves, condições climáticas atípicas, furtos, acidentes de trabalho, defeitos nos equipamentos, inadimplência dos fornecedores, dentre outros.

26. Assim, o processo de formação de preço de uma obra pública pode considerar uma taxa de contingência, também denominada riscos ou imprevistos, ou, ainda, de "eventuais", estabelecida como um percentual sobre o custo direto da obra, cujo valor dependerá de uma análise global do risco do empreendimento.

27. Enfatizo ainda, em linha com diversos julgados do TCU, a exemplo dos Acórdãos Plenários 1.733/2014 e 3.637/2013, que todos os fatores de risco do empreendimento devem estar previstos no BDI, em item único e próprio, e não na planilha orçamentária da obra, o que caracterizaria infração ao disposto no §4º do art. 7º da Lei 8.666/1993, pois tal rubrica seria uma espécie de "verba" associada a serviços desconhecidos e sem previsão de quantidades. O BDI é o elemento orçamentário destinado a cobrir as despesas classificadas como custo indireto, ou seja, não diretamente relacionadas à execução do objeto contratado, como a cobertura de riscos eventuais do construtor.

28. Considerando que o percentual adotado a título de "eventuais" não se mostra desproporcional, julgo que esta parcela do débito também deva ser afastada.

VI

29. Por fim, não se pode afirmar haver sobrepreço apenas com base no exame isolado do BDI ou de suas rubricas. Ainda que se observe alguma inadequação no valor ou na composição do BDI, tal fato pode ser mitigado por um desconto ofertado nos custos diretos praticados pela empresa, de maneira que o preço do serviço, assim entendido como o valor do seu custo direto mais a incidência da taxa de BDI, esteja compatível com parâmetros de mercado.

30. O TCU tem considerado que a análise isolada de apenas um dos componentes do preço (custo direto ou BDI) não é suficiente para caracterizar o sobrepreço, pois um BDI contratual elevado pode ser compensado por um custo direto ofertado pela licitante abaixo do paradigma, de forma que o preço do serviço contratado esteja abaixo do preço de mercado. Foi exatamente esse entendimento que constou da ementa do Acórdão 1.551/2008-Plenário, relatado pelo eminente Ministro Augusto Nardes:

> *"9. Não se admite a impugnação da taxa de BDI consagrada em processo licitatório plenamente válido sem que esteja cabalmente demonstrado que os demais componentes dos preços finais estejam superestimados, resultando em preços unitários completamente dissociados do padrão de mercado. Na avaliação financeira de contratos de obras públicas, o controle deve incidir sobre o preço unitário final e não sobre cada uma de suas parcelas individualmente...".*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55070994.

31. Por isso, no relatório que embasou o Acórdão 2.622/2013-Plenário, foi consignado que as taxas referenciais de BDI não têm por objetivo limitar o BDI das propostas de preços das empresas licitantes, já que os valores do BDI podem oscilar de empresa para empresa, de acordo com as suas características particulares, tais como: remuneração desejável, situação econômico-financeira, localização e porte da empresa, estrutura administrativa, número de obras em execução, nível de competitividade do mercado etc.

32. Nesse sentido, durante a fase de licitação, a jurisprudência do TCU entende que a desclassificação de proposta de licitante que contenha taxa de BDI acima de limites considerados adequados só deve ocorrer quando o preço global ofertado também se revelar excessivo, dado que a majoração do BDI pode ser compensada por custos inferiores aos paradigmas (Acórdão 1.804/2012-Plenário).

33. Ressalto que o relatório de auditoria que originou esta tomada de contas especial (peça 1) deixou expressamente registrado que não houve avaliação dos preços contratados, o que impediria a emissão de opinião sobre a economicidade dos valores contratados unicamente com base no percentual do BDI, **in verbis**:

> *"No entanto, não foi possível avaliar os preços das demais obras, em virtude da adoção de sistema construtivo não convencional (Siscopen), em que a obra é elaborada a partir de monoblocos pré-fabricados. É que os monoblocos representam mais de 50% do valor das obras, e não se dispõe de referencial de mercado para os mesmos, embora tenha sido apresentado, mediante estudo elaborado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul UFRGS, detalhamento de composição de custos unitários, base julho/2008. Acontece que a composição e os preços apresentados não foram criticados e/ou avaliados nem pela CEF nem pela Secretaria de Segurança Cidadã do Estado do Maranhão, não se podendo avaliar a pertinência dos resultados apresentados".*

34. Portanto, torna-se insubsistente o débito apurado nesta tomada de constas especial, haja vista que a unidade técnica não analisou e cotejou o custo direto dos serviços com valores de referência, limitando-se a apontar supostas inconsistências no percentual e na composição do BDI contratual.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de março de 2016.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55070994.