

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 004.526/2001-0 [Aposos: TC 004.474/2004-7, TC 020.210/2003-0, TC 008.607/2010-9, TC 006.511/2002-5, TC 006.510/2002-8, TC 010.970/2005-9, TC 013.733/2006-6, TC 016.521/2007-6, TC 002.035/1999-5]

Natureza: Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial.

Entidade: Município de Sobradinho/BA.

Responsáveis: Cícero de Oliveira (095.167.355-68); espólio de Hamilton Pereira de Souza Filho (221.117.514-72); Gautama Ltda. (00.725.347/0001-00); Genilson Barbosa da Silva (160.353.055-04); José Moacir Torres (091.664.325-53); Luiz Berti Tomás Sanjuan (146.375.535-04); Paulo Roberto de Araújo Barros (080.628.624-53); Valter Tiago da Silva (180.061.595-72) e Gautama Ltda. (00.725.347/0001-00).

Recorrentes: Construtora Gautama Ltda (CNPJ 00.725.347/0001-00); Cícero de Oliveira (CPF 095.167.355-68); José Moacir Torres (CPF 091.664.325-53); Luiz Berti Tomás Sanjuan (CPF 146.375.535-04).

Advogados constituídos nos autos: Lasaro de Carvalho Mendes Filho (OAB/PE 11.107); Luiz Antonio Costa de Santana (OAB/BA 14.496); Cláudia Maeli Diniz Jorge Andrade (OAB/PE 18.381); Diliana Maria de Souza Silva (OAB/BA 23.796); Eduardo Antônio Lucho Ferrão (OAB/DF 9.378), Rannery Lincoln Gonçalves (OAB/DF 20.299), Sebastião Botto de Barros Tojal (OAB/SP 66.905); Sérgio Rabelo Tamm Renault (OAB/SP 66.823); João Eduardo Cerdeira de Santana (OAB/SP 72.828); Maria Teresa Bresciani Prado Santos (OAB/SP 94.908); Lilian Maria Teixeira Ferreira Boaro (OAB/SP 165.220); Denis Camargo Passerotti (OAB/SP 178.362); Marcela Caldas Arroyo (OAB/SP 200.674); Guilherme Monti Martins (OAB/SP 231.382); Ana Paula Simão (OAB/SP 206.547); Luis Eduardo Patrone Regules (OAB/SP 137.416); Marcos Eduardo de Santis (OAB/SP 233.113); Jorge Henrique de Oliveira Souza (OAB/SP 185.779); Thiago Ibernorn (OAB/SP 243.672); Patrícia Rodrigues Pessoa (OAB/SP 226.638); Eliene Marcelina de Oliveira (OAB/SP 243.207); Marina Fragata Chicaro (OAB/SP 248.985); Ana Paula Fernandes Jubran (OAB/SP 249.907); Aline Carvalho Rêgo (OAB/SP 256.798) e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DA CONVERSÃO DO PROCESSO DE AUDITORIA RELATIVO AO FISCOBRAS/2001. SOBREPÊÇO NOS CUSTOS UNITÁRIOS DOS SERVIÇOS DE ESCAVAÇÃO, CARGA E TRANSPORTE DE MATERIAIS DE 1ª E 3ª CATEGORIA, NAS OBRAS DO CANAL ADUTOR DA SERRA DA BATATEIRA/BA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS DOS RESPONSÁVEIS CITADOS, COM A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA E DO DÉBITO CORRESPONDENTE AOS RESPECTIVOS PERÍODOS DE

GESTÃO EM SOLIDARIEDADE COM A EMPRESA BENEFICIÁRIA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO DAS PEÇAS RECURSAIS. PROVIMENTO TOTAL E INTEGRAL QUANTO A ALGUNS RESPONSÁVEIS, E NEGATIVA DE PROVIMENTO EM RELAÇÃO A OUTROS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Cícero de Oliveira, José Moacir Torres e Luiz Berti Tomás Sanjuan e pela empresa Construtora Gautama Ltda. contra o Acórdão 501/2009-TCU-Plenário, lavrado no âmbito de tomada de contas especial decorrente de conversão de relatório de levantamento de auditoria realizada pela Secex/BA.

2. A fiscalização tinha por objetivo verificar a adequabilidade da execução das obras de infraestrutura de irrigação de uso comum/Adutora da Serra da Batateira/BA, as quais foram objeto de programa de trabalho específico da Lei Orçamentária de 2001.

3. No presente processo, foi realizada a citação do Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan e do espólio do Sr. Hamilton Pereira de Souza Filho, ambos ex-Prefeitos do Município de Sobradinho/BA, dos Srs. Genilson Barbosa da Silva, Valter Tiago da Silva, Paulo Roberto de Araújo Barros e José Moacir Torres, ex-Secretários de Obras do Município, e da empresa Construtora Gautama Ltda., contratada para a execução das obras, em razão da ocorrência de sobrepreço nos Contratos 1/993, 55/1998 e 1/1999.

4. Após a análise das alegações de defesa apresentadas, este Tribunal, por meio do Acórdão 501/2009-TCU-Plenário, decidiu julgar irregulares as contas dos responsáveis e condená-los ao pagamento do débito e das multas especificadas.

5. Transcrevo abaixo, com os ajustes de forma que julgo pertinentes, a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), a qual contou com a anuência do Diretor:

“HISTÓRICO

2. *Tal processo defluiu de Tomada de Contas Especial decorrente da conversão do Relatório de Levantamento de Auditoria realizado pela Secex/BA, de acordo com o Acórdão nº 791/2006-TCU-Plenário. A fiscalização tinha por objetivo verificar a adequabilidade da execução das obras de infraestrutura de irrigação de uso comum/adutora da Serra da Batateira/BA, PT n. 20.607.0379.1836.0051, em cumprimento ao Plano Especial de Auditoria em Obras aprovado por meio da Decisão nº 122/2001-TCU-Plenário.*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. *Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (fls. 203/204, a. 5, 25/26, a. 6, 25/26, a. 7, e 38/39, a. 8), ratificados à fl. 206, a. 5, pelo Exmo. Ministro-Relator Augusto Nardes, que concluiu pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os itens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.6 do Acórdão nº 501/2009 - Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.*

EXAME TÉCNICO

Recorrente: Construtora Gautama (2/14 acompanhada dos docs. 15/202, todos do a. 5)

4. *Notícia que fora requisitado à Codevasf laudo acerca da qualidade dos serviços executados na obra – a qual atestou a qualidade dos serviços executados – e também ao Comando do Exército Brasileiro sobre a regularidade do volume e medição do material escavado pela empresa –*

cujo atesto foi pela regularidade do volume medido e cobrado pela Construtora Gautama, de modo que a Secex-BA, ao sustentar que os preços praticados pela referida empresa estavam sobreavaliados, além de inovar nos autos, pois tal acusação até então inexistia, acabou por demonstrar uma sanha acusatória que, à todo custo, buscou condenar a empresa contratada.

5. Assim, ainda segundo a síntese que faz dos fatos, aduziu nas suas alegações de defesa, em face da acusação de sobrepreço, que: a) o suposto sobrepreço foi apurado de forma inidônea, mediante comparação com obra distinta; b) foi usada tabela paradigma distorcida da realidade da obra; e c) restou comprovada a compatibilidade do preço global da obra com o preço de mercado.

6. Sobrevindo o acórdão condenatório, ora recorrido, insiste nos seguintes fundamentos para a reforma do acórdão condenatório, quais sejam:

- a) inexistência de sobrepreço – comparação com obra absolutamente diferente da executada;
- b) impropriedade da tabela Sicro/Dnit; das peculiaridades da obra em exame. inobservância;
- c) compatibilidade do preço global.

7. Em relação à argumentação esposada no item 'a', diz que a Secex-BA 'procedeu, ela mesma, à comparação dos preços praticados pela Construtora na Obra da Serra da Batateira com os preços praticados pela Codevasf na obra do Perímetro de Irrigação Pontal em Pernambuco e com a tabela Sicro/Dnit' (fl. 6, a. 5), o que se lhe afigura de todo impertinente, pois que se tratam de obras cujo **regime de execução** são completamente diferentes, consoante demonstra o quadro comparativo entre ambas as obras, inserto à fl. 7, a. 5. Ademais, consoante a sua explanação, não se deve considerar apenas o preço unitário e o custo da implantação da obra, devendo-se levar em consideração o **custo final**. No particular, afirma que 'o diferencial do projeto da Serra da Batateira consiste em o canal utilizar a **força da gravidade** para a distribuição da água sem necessidade de bombeamento, o que demandou grande **utilização de explosivos** devido à quantidade de material de 3.^a categoria existente na Serra da Batateira (mais de 70%)' (fl. 8, a. 5), o que, reconhece a recorrente, faz com que o custo da presente obra seja bem maior que a média baseada na execução de canais que utilizam sistema de bombeamento, porém, em contrapartida, reduz o custo de operação e manutenção do canal.

8. Quanto ao aduzido no item 'b', diz que 'a tabela Sicro é apenas uma referência, não podendo ser tomada como verdade absoluta, **a ponto de se ignorar as peculiaridades de cada caso**' e que 'as diferenças, supostamente apontadas pelo relatório da Sicro, devem-se ao coeficiente de produtividade da patrulha (equipamento e mão de obra) ocorrente nas obras consideradas nas composições do Dnit, que destoam completamente da realidade da obra da Serra da Batateira' (fl. 9, a. 5). Fala, ainda, que 'o paradigma do Sicro-Dnit refere-se a obras rodoviárias, em campo aberto, onde se consegue atingir altas produtividades, pois são realizadas sem interferências ou ociosidade de equipamentos', e que, por outro lado, 'quando a comparação é feita em **itens similares**, como por exemplo, o fornecimento de material, **que independe de produtividade**, encontra-se **coerência** nas composições da obra pelo Dnit' (fl. 9, a. 5). De acordo com a recorrente, o preço médio, levado em conta pela tabela Sicro/Dnit, é estabelecido considerando-se obras similares, com igual execução e produtividade, contudo, a obra em exame não é uma obra comumente realizada. Destaca, pois, que a referida obra 'foi a primeira na qual foi **aberto o maciço de uma barragem de tamanha envergadura** (foto anexo), com sistema hidroelétrico da importância de Itaparica para o Nordeste do País, com o objetivo de explorar sistema de irrigação', situação que explica que 'a baixa produtividade das escavações verificada no presente caso – razão da diferença de preços com a tabela Sicro – **deve-se à proximidade com as instalações da Barragem de Sobradinho (foto anexo), inclusive Casa da Força, o que exigia um rigoroso controle das explosões do material de 3.^a categoria** [por meio de sismógrafos], **fiscalizadas constantemente por equipe da própria Chesf (doc. anexo)**', dado 'que todo

esse rigoroso cuidado acarreta baixa produtividade e tem alto custo adicional’ (fls. 10/11, a. 5). Conclui a recorrente que o acórdão recorrido, além de não contemplar essa singularidade, afirmou, ao contrário, que as composições da obra em comento eram menos complexas que as das obras paradigmas. Enfim, entende que muito mais adequado seria a comparação de preços com os da revista Pini.

9. *Sobre o alegado no item ‘c’, ressalta que ‘prevalece, neste Tribunal, o entendimento jurisprudencial de que a distorção de alguns **preços unitários** não implica, necessariamente, na existência de superfaturamento, caso o preço global esteja de acordo com o mercado’, atribuindo tal fato justamente ‘pelas características das obras e as dificuldades a elas inerentes, considerados caso a caso, fazendo com que os preços, às vezes, fujam dos modelos oficiais’, de modo que fica evidente a inexistência de sobrepreço (fl. 13, a. 5).*

Recorrente: Cicero de Oliveira (13/23, anexo 7)

10. *Alega, como prejudicial de mérito, que a multa que lhe fora aplicada está prescrita, eis que a tal pretensão punitiva não se aplica a tese da imprescritibilidade ou da prescritibilidade decenal do Código Civil.*

11. *Aduz, também, que não era o ordenador da despesa da obra em comento, mas tão somente o presidente da comissão de licitação. Assim, amparado em doutrina e na legislação a respeito do ordenador de despesa, diz não ser responsável pela ordenação de tal despesa – o responsável era o Prefeito Municipal –, sendo, pois, responsável apenas pelo procedimento licitatório. Desse modo, ainda consoante a sua narrativa, diz que entender de modo diverso é imputar-lhe uma responsabilidade à qual não deu causa e que fere, por conseguinte, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade.*

12. *Por outro lado, aduz que a Secex-BA efetuou comparação indevida entre os preços praticados pela Construtora Gautama, na obra da Serra da Batateira, e os praticados pela Codevasf, na obra do Perímetro de Irrigação Pontal, na medida em que os regimes de execução das obras são completamente diferentes. A saber, a obra do Canal Adutor da Serra da Batateira possui as seguintes características diferenciadoras: a) grande profundidade; b) pouca produtividade dos equipamentos; c) imensa quantidade de material de 3ª categoria, que apresenta maior complexidade para escavação e transporte; d) existem obras de arte de grande porte como o aterro do dique ‘C’ com controle de barragem; e) as distâncias de transporte são maiores que o normal; f) ocorrem constantes paralisações pela fiscalização da Chesf, por ser área de Segurança Nacional; e g) houve a necessidade de contratação de empresa especializada em sismologia.*

13. *Quanto à comparação com os preços da tabela Sicro/Dnit, assere que igualmente não devem prevalecer as conclusões da Secex-BA, visto que o Sicro é apenas uma referência – a exemplo de inúmeras outras existentes – não podendo constituir como resposta definitiva da definição do preço de mercado. Ademais, diz que as supostas diferenças levantadas pela Secex-BA devem-se aos coeficientes de produtividade da patrulha (equipamentos e mão de obra) alocados às obras consideradas nas composições do Dnit, que não se compatibilizam com a obra da Serra da Batateira, pois se referem a obras rodoviárias, cuja execução se opera em condições de produtividade elevada. No ponto, considera o recorrente mais adequado a comparação dos preços contratuais com os da revista Pini, de acordo com informação constante dos autos no item ‘C’, folha 902, sendo certo que também não é possível a utilização do Sicro relativamente ao BDI.*

14. *Ainda sobre o BDI – Bonificação de Despesas Indiretas, exemplifica o recorrente que este é integrado por: a) as despesas com a quitação do Imposto Sobre Serviços – ISS; b) a retenção do Imposto de Renda – realizada na fonte; c) a montagem do canteiro de obras; d) o deslocamento de materiais e funcionários até o local da obra; e) as despesas com a aquisição da água e energia empregadas na obra; f) além de outras que eventualmente sejam necessárias para a realização do*

objeto e que não estejam previstas na planilha orçamentária. Em contraponto, calcado na fl. 27 do TCPO da Editora Pini, 12ª edição, registra que a taxa de BDI varia em razão dos seguintes fatores principais: a) prazo da obra; b) exigências contratuais de caráter técnico; c) precisão de custo direto; d) porte da obra; e) porte da empresa construtora; f) nível de terceirização de serviços de construção; g) tipo de fornecimento; e h) interesses comerciais. Dessarte, infere o recorrente que algumas variantes podem determinar um maior ou menor BDI, o que, segundo ele, foi desconsiderado pela equipe de técnicos do TCU. Por seu turno, afirma que o Dnit adota percentual muito menor que o percentual apresentado na proposta vencedora do certame licitatório, o que certamente causa diferenças de preços.

15. Em arremate, ressalta que não se pode realizar uma comparação aleatória de preços unitários sem levar em consideração as composições do BDI de cada obra, inclusive por que o TCU tem decidido que a comparação de preços deve ser feita por meio de um Sicro adaptado, tendo decidido também que a distorção de alguns preços unitários não leva necessariamente ao sobrepreço, desde que o preço global esteja alinhado com o valor de mercado.

Recorrente: José Moacir Torres (13/22, anexo 6)

16. Alega que não era o ordenador de despesa da obra em apreço, pois que ocupava tão somente o cargo de Secretário Municipal, o qual era demissível **ad nutum** e que não exige qualquer qualificação técnica para o seu provimento. Dessa forma, da definição de ordenador de despesas distam abissalmente os Secretários Municipais de Sobradinho/BA – em especial o recorrente –, vez que estes são responsáveis meramente pela implementação e concretização das políticas públicas estabelecidas pelo gestor da urbe para os diversos setores do Poder Executivo. Ademais, informa que o argumento do TCU para a sua condenação foi a de que teria assinado boletins de medição – o que foi confirmado pelo recorrente –, ocorre que a irregularidade detectada por este Tribunal de Contas não está nas medições, vale dizer, no volume e na natureza dos trabalhos executados, mas sim na constatação de que alguns preços unitários estão com sobrepreço.

17. Frisa, também, que do exame das Notas de Empenho emitidas pelo Município de Sobradinho/BA não constam as assinaturas dos Secretários Municipais, por não serem ordenadores de despesas, donde conclui não ser possível imputar-lhes [aos Secretários Municipais] quaisquer responsabilidades por tais atos administrativos. Dessarte, ainda consoante a sua narrativa, diz que entender de modo diverso é imputar-lhe uma responsabilidade à qual não deu causa e que fere, por conseguinte, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade.

18. No mais, explana os mesmos argumentos do recorrente anterior, razão pela qual preferimos apenas fazer menção a eles: a) à comparação indevida, feita pela Secex-BA, entre os preços praticados pela Construtora Gautama, na obra da Serra da Batateira, e os praticados pela Codevasf, na obra do Perímetro de Irrigação Pontal, na medida em que os regimes de execução das obras são completamente diferentes; b) à comparação feita com os preços da tabela Sicro/Dnit; c) às variantes que integram o BDI; e d) à comparação aleatória de preços unitários sem levar em consideração as composições do BDI de cada obra, inclusive por que o TCU tem decidido que a comparação de preços deve ser feita por meio de um Sicro adaptado, tendo decidido também que a distorção de alguns preços unitários não leva necessariamente ao sobrepreço, desde que o preço global esteja alinhado com o valor de mercado.

Recorrente: Luiz Berti Tomás Sanjuan (fls. 15/35, anexo 8)

19. Tal como aduzido pela Construtora Gautama, noticia o ora recorrente que fora requisitado à Codevasf laudo acerca da qualidade dos serviços executados na obra – a qual atestou a qualidade dos serviços executados – e também ao Comando do Exército Brasileiro sobre a regularidade do volume e medição do material escavado pela empresa – cujo atesto foi pela regularidade do volume medido e cobrado pela Construtora Gautama –, de modo que há uma

inequívoca vontade de condenar-lhe, 'não importando para tanto qual seja a fundamentação para se atingir esse objetivo, se com base na inexecução de serviços ou no superfaturamento' (fl. 17, a. 17). A propósito disso, diz que 'deixou registrado ter sido açodada a decisão de se converter a auditoria em Tomada de Contas Especial, eis que a comprovação de superfaturamento, pelo menos de acordo com a tese levantada pela unidade técnica, requer ampla dilação probatória, sob pena de violar claramente os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório' (fl. 17, a. 17).

20. *Todavia, sobrevindo o acórdão condenatório, ora recorrido, calca-se nos seguintes fundamentos para o fim de o ver reformado, quais sejam:*

- a) da decadência do direito da administração rever seus próprios atos;*
- b) da inexistência de sobrepreço – comparação com obra de execução distinta;*
- c) da inexistência de sobrepreço – impropriedades da tabela sicro/dnit;*
- d) compatibilidade do preço global.*

21. *Em relação à argumentação esposada no item 'a', diz, fundando-se na Lei 9.784/99 e jurisprudência do STF e STJ, haver decaído o direito de a Administração Pública rever seus próprios atos, dado o transcurso de mais de 5 anos. Argumenta, outrossim, citando excertos de doutrina, que 'ainda que se afirme que a lei 9.784 não tem aplicabilidade obrigatória no plano do controle externo exercido pelo TCU, a doutrina mais abalizada é uníssona que o prazo da denominada prescrição administrativa é de 5 (cinco) anos' (fl. 20, a. 8). Ressalta, ainda, a boa-fé de sua conduta, mormente se considerada em face da complexidade da obra executada, o que, consoante já fora decidido pelo TCU [Decisão 136/97-Plenário e Acórdão 55/97-Plenário] exime a sua responsabilidade. Na mesma toada assevera que, não obstante a Codevasf e o 3º Batalhão de Engenharia do Exército Brasileiro – instituições técnicas com conhecimento especializado sobre o assunto –, não terem encontrado irregularidade na obra em comento, o próprio Ministério com competência para a fiscalização dos recursos entendeu por correta a obra, visto que somente liberava os recursos mediante a apresentação do Plano de Trabalho cujos preços e metas físicas estivessem compatíveis. Assim, entende que, 'se estudiosos do direito reconheceram a legalidade da execução da obra, é imperioso admitir que inexistiu dolo por parte do acusado Luiz Berti Tomás Sanjuan, evidenciando-se, de outro lado, sua boa-fé' (fl. 24, a. 8), razão pela qual é de se concluir que não agiu no intuito de utilizar-se de verba pública em proveito próprio ou alheio, o que afasta a natureza ilícita de sua atuação.*

22. *Quanto ao aduzido no item 'b' acima, argumentou na mesma linha da Construtora Gautama, isto é, no sentido de que o Canal da Serra da Batateira não pode ter seu preço comparado com o Perímetro de Irrigação Pontal no Estado de Pernambuco, vez que as duas obras tem regime de execução completamente diferente e também porque possuem uma grande diferença de porte entre os dois projetos (vide tabela constante das fls. 26/27, a. 8). Não bastasse isso, questiona a comparação então feita com base no dólar, pois que ocasiona distorções na comparação de preços realizada na moeda nacional, em virtude dos altos índices de inflação, até porque a situação da economia brasileira desde a implantação do Plano Real é de estabilidade da economia e instabilidade do câmbio. Além do mais, registra que para a comparação dos preços não se pode apenas considerar o custo de implantação da irrigação, devendo ser apurado o custo final da obra, computando-se os valores de operação e manutenção do sistema, visto que o grande diferencial do projeto da Serra da Batateira consiste no canal utilizar a força da gravidade para distribuição da água sem a necessidade de bombeamento, dada a construção de uma tomada d'água no Lago Sobradinho que permite o escoamento da água pelo canal através da abertura de comportas, apenas. Obviamente, ainda segundo o recorrente, a concepção do projeto utilizando-se da gravidade para distribuir a água reduz praticamente a zero os custos envolvidos na operação e manutenção do canal, pois inexistem despesas operacionais com o sistema de bombeamento, mas, por outro lado, o custo das obras iniciais fica um pouco maior que a média, quando comparado com canais que utilizam o sistema de bombeamento,*

haja vista a necessidade da execução da referida tomada d'água, além da necessidade de escavação de grande quantidade de material de 3ª categoria na obreira da barragem a fim de permitir o escoamento por gravidade. Por fim, em último argumento sobre o ponto, ressalta que somente foram executados serviços relativos ao canal, não tendo sido realizadas obras para o perímetro de irrigação.

23. *Sobre o título constante do item 'c' retro, suas argumentações, igualmente, seguem a linha do que já fora aduzido pela recorrente anterior, Construtora Gautama, e podem assim ser condensadas: o Sicro é apenas uma referência, não podendo sua tabela constituir-se na verdade absoluta para definir o preço de mercado, mesmo porque, além do Sicro, há uma série de outras referências; a comparação dos preços das composições com os valores do Sicro encontra grande diferença nos valores finais; as diferenças supostamente encontradas pelo Relatório devem-se aos coeficientes de produtividade da patrulha (equipamentos e mão de obra) alocados às obras consideradas nas composições do Dnit, que destoam completamente da realidade da obra da Serra da Batateira [as composições do Dnit se referem a obras rodoviárias, executadas em campo aberto, com alta produtividade e, contraditoriamente, as da obra em comento apresentam interferências locais, além da dificuldade de deslocamento dos equipamentos], acarretando, pois, um grau de ociosidade elevado de equipamentos, o qual é em muito superior ao observado numa obra de construção de estrada; a produtividade considerada por hora de 249 m³ de escavação de 1ª categoria e 59,00 m³ de 3ª categoria é inatingível em obras da natureza das obras do Canal da Batateira [quando a comparação é efetuada nos itens similares – a exemplo de fornecimento de material, que independe de produtividade – há coerência nas composições da obra com o Dnit]; é mais correto comparar os preços contratuais com os da revista Pini, fl. 902, já que os preços refletem a realidade de obras similares na Região Nordeste; o BDI é outro aspecto que impossibilita a utilização do Sicro, haja vista que o Dnit adota percentual menor que o apresentado na proposta vencedora da licitação, pois que o contrato apresentou a composição de 46%, enquanto a composição do Dnit é de 35,8%; o fator de eficiência considerado pelo Sicro só pode ser alcançado em condições ideais, sem chuvas ou paralisações por defeitos mecânicos, de modo que a comparação deveria ser feita mediante a utilização de um Sicro adaptado, tanto é que em 2004 houve uma reestruturação do Sicro, elevando os seus preços, com vistas a se obter uma tabela de preços que representasse de forma mais efetiva as reais condições das obras, de modo que, segundo assinala o recorrente, 'ou se admite que atualmente o Sicro está bem estruturado [Sicro de 2004], proporcionando orçamentos mais próximos da realidade do que os realizados até meados de 2003 – o que é verdade –, ou então a referida tabela está equivocada e não merece sequer ser utilizada como referência para este Tribunal' (fl. 32, a. 8). Ao fim, discorrendo sobre a inexistência de sobrepreço, registra o recorrente 'já existir nos autos comparação dos preços dos contratos firmado com o Município de Sobradinho com os preços de referência da tabela da Codevasf, que apresenta como resultado o preço final inferior da obra da Serra da Batateira' (fl. 32, a. 8), isto é, encontra-se o valor de R\$ 15.981.603,61 para o contrato da Gautama e o valor de R\$ 18.058.461,61 pela tabela da Codevasf.*

24. *Sobre o alegado no item 'd', ressalta, colacionando acórdãos deste Tribunal, que prevalece no TCU o entendimento jurisprudencial de que a distorção de alguns preços unitários não implica, necessariamente, na existência de superfaturamento, caso o preço global esteja de acordo com o mercado. É que, segundo conclui, as próprias características das obras e as dificuldades de transporte de insumos, por exemplo, fazem com que determinados serviços fujam um pouco dos padrões estabelecidos.*

ANÁLISE

25. *Tal como ocorrente no acórdão recorrido, cremos ser mais inteligível a bifurcação da presente análise em: a) a caracterização da existência do débito; b) a caracterização da responsabilidade de alguns dos ora recorrentes e da suposta hipótese de prescrição/decadência da pecúnia imposta.*

26. *Pois bem. Começemos pela análise dos argumentos recursais atinentes ao débito apurado.*
27. *Por primeiro, diferentemente do alegado pelos recorrentes, tanto o laudo emanado da Codevasf (fls. 446/449, vol. 3), quanto o do Comando do Exército (fls. 797/805 e 814/820, vol. 6), nada dizem sobre a correção/regularidade dos valores/preços cobrados pelo respectivo serviço. Tais laudos, insta frisar, apenas atestam a qualidade e quantidade dos serviços executados.*
28. *Não é por outra razão, pois, que, após um levantamento minucioso dos preços unitários dos serviços de escavação praticados contratualmente, com o respectivo detalhamento de sua composição (equipamentos e mão-de-obra) e a comparação com preços praticados no mercado, bem como após a realização de um comparativo dos custos da execução do Canal Aduitor da Serra da Batateira com outra obra semelhante administrada pela Codevasf no período de 1995 a 2000, fora evidenciado pela Secex-BA sobrepreço nos custos unitários dos itens pesquisados, gerando débito de R\$ 10.616.456,50 (veja Anexos A e E do citado Relatório de Levantamento de Auditoria - fls. 900/909, vol. 6), para os serviços de escavação, carga e transporte de materiais de 1ª e 3ª categorias - ECT, na Região Nordeste, de acordo com os preços referenciais do Sicro-Dnit.*
29. *Ademais disso, cumpre reforçar que a metodologia utilizada e os cálculos relativos à análise de preços do empreendimento feitos pela Secex-BA foram confirmados pela Secob, isto é, tal secretaria concluiu pela adequabilidade do exame efetuado pela Secex-BA e também pela adequabilidade do valor do débito apontado, consoante as fls. 923/928, vol. 6, dos autos. Sobreleva notar, além do mais, que a Secob – Secretaria de Fiscalização de Obras – é a secretaria que tem como área específica de atuação a fiscalização de obras custeadas com recursos públicos federais, de modo que, no âmbito deste Tribunal, tem inegável gabarito para dizer de direito e de fato sobre a presente questão, razão pela qual se comunga das suas conclusões.*
30. *Sobre o argumento de que o TCU teria feito comparação com obras distintas e que, portanto, inexistiria sobrepreço, esclarece-se que as obras referenciadas não serviram para o cálculo do sobrepreço, mas, tão somente, de fundamento para a formação da convicção sobre a existência de sobrepreço, o qual, consoante se depreende dos autos, só fora devidamente quantificado pelos cálculos feitos com base na tabela do Sicro-Dnit. A esse propósito, cumpre, desde já, desconstituir o argumento dos recorrentes no sentido de que a utilização da tabela do Sicro só seria válida se se utilizasse de um Sicro adaptado. Ora, consoante a análise efetuada e reiterada no relatório do voto do Ministro-Relator do acórdão recorrido, itens 52 a 60, a reestruturação do Sicro propiciou, dentre outras coisas, o conhecimento de novas técnicas de produção com base na característica dos novos equipamentos; a readequação das produções horárias das equipes, com a aplicação de conhecimentos mais recentes, pois que as novas tecnologias surgem para aprimorar a capacidade operativa dos equipamentos e para melhorar as técnicas construtivas, o que quase sempre conduz a menores custos, por incorporar os ganhos de produtividade a elas inerentes; a discriminação, em separado, como custo unitário de referência, os serviços pertencentes a obras de restauração rodoviária. Pois bem, ao contrário do alegado pelos recorrentes, essas inovações não se revelam benéficas a eles, pois importariam na majoração do débito imputado. Com efeito, é cediço que, assim como o sistema atual, o Sicro 1 possuía coleta de preços regionalizada, com valores pesquisados em três estabelecimentos para condições de fornecimento padrão, o que beneficia aos recorrentes o cálculo do débito com base no Sicro, pois que uma empresa de construção normalmente negocia seus preços por adquirir maiores quantidades e por possuir um cadastro de fornecedores mais amplo, viabilizando deste modo, aquisições por menores preços, pelo que se deduz, ainda com esteio nos referidos parágrafos 52/60, que os preços do Sicro são parâmetros muito favoráveis aos contratados. Por fim, ainda no intuito de provar a correta utilização do Sicro 1, cabe asserir que as comparações hão de ser feitas com os preços referenciais do sistema utilizado/vigente à época dos acontecimentos – por isso da utilização do Sicro 1 –, numa aplicação analógica da máxima do Direito que diz que o **tempus regit actum**, expressão essa que numa tradução literal significa que ‘o tempo rege o ato’, no sentido que as coisas jurídicas se regem pela lei da época em que ocorreram. Assim, aliado ao fato de ser mais benéfico aos*

recorrentes, era o Sicro 1 o modelo que forçosamente haveria de ser adotado, haja vista ser o vigente à época dos fatos.

31. Quanto ao argumento que gisa em torno da impropriedade da utilização da tabela Sicro-Dnit, por ser esta apenas uma referência, bem como em razão de especificidades dísticas da obra em exame, cumpre dizer que a Secex-BA (fls. 838/878, vol. 6) apresentou vários outros preços de referência e, inclusive, os do Sicro-Dnit eram os que apresentavam menor sobrepreço dentre eles. A opção pelo Sicro, pois, além de mais benéfica aos recorrentes, é justificada por ser ele tradicionalmente usado como parâmetro de preços por esta Corte, no que, novamente, não merece guarida a argumentação dos recorrentes. Por essa mesma razão, queda também sem sucesso o argumento dos recorrentes no sentido de que mais escorreita seria a comparação com os preços constantes da revista Pini.

32. No ponto, também aduziram os recorrentes que as diferenças apontadas pelo Sicro se devem ao coeficiente de produtividade da patrulha (equipamento e mão-de-obra), pois que o paradigma do Sicro-Dnit é de obras rodoviárias, em campo aberto, onde se consegue atingir altas produtividades, dado que são realizadas sem interferências ou ociosidade de equipamentos. Pois bem. No relatório do voto do acórdão ora recorrido (fls. 1557/1559, vol. 9), ficou sobejamente esclarecida a diferença entre produtividade e produção horária da equipe. A 'produção horária da equipe', conforme explanado, consiste na quantidade de serviço, na sua respectiva unidade (m³, t, etc.), que uma determinada equipe, composta de equipamentos, materiais e mão-de-obra, consegue realizar em uma hora. A 'produtividade', por sua vez, não se relaciona apenas à quantidade de serviço, mas também ao custo ou aos recursos consumidos durante a realização dos serviços, consistindo, assim, na obtenção da melhor relação entre o volume produzido e os recursos consumidos na realização de uma atividade. Dessa feita, resta claro que a explicação dos recorrentes alcança apenas uma parte do problema, justificando dessa forma a apenas um 'lado da moeda'. Com efeito, quedou, portanto, injustificado o porquê de os serviços de mão-de-obra contratados pela Gautama serem tão elevados. Ora, justificar que a baixa produtividade decorre de interferências locais – independentemente da veracidade de tal afirmação, pois que não foram apresentadas provas para tanto –, é atacar apenas um aspecto do problema, visto que, como dissemos acima, a produtividade tem a ver, conjuntamente, com a quantidade de serviço e também com os recursos consumidos para a realização de uma atividade. Ademais disso, a baixa produtividade tem reflexo na necessidade de maior espaço de tempo para a consecução de determinada obra, mas não, necessariamente, no aumento dos preços das suas composições, mormente os relativos à contratação de mão-de-obra. É em razão disso, portanto, que, ao examinar as composições dos serviços de escavação, carga e transporte de material de 1^a e 3^a categoria contratados com os de referência, a Secex-BA concluiu que o sobrepreço apurado resultava, principalmente, dos custos unitários alocados para a mão-de-obra. Em alguns casos, verificou-se que os custos unitários de equipamentos apresentaram-se também superiores aos referenciais, mas não na mesma proporção dos de mão-de-obra. De todo modo, ainda que os recorrentes não tenham prestado as devidas justificativas para a baixa produtividade evidenciada, ressalte-se que os cálculos procedidos com vistas à quantificação do débito levaram em consideração produções horárias menores para os dois serviços, tal como por eles alegado, em face do contato com proprietários, adutoras e necessidade de permissões de acesso. A despeito disso, é de se registrar, novamente consoante relatório do voto condutor do acórdão recorrido, que as composições do Sicro e da Codevasf contêm mais equipamentos que as composições da Construtora Gautama, logo estas deveriam ter preços menores que aquelas, razão pela qual se concluiu que as composições da obra em comento eram menos complexas.

33. Relativamente ao argumento em que julgam indevida a consideração do preço unitário da obra e o seu custo de implantação, ao invés do seu custo final, justifica que a) o diferencial da Serra da Batateira consistia em o canal utilizar a força da gravidade para a distribuição da água sem necessidade de bombeamento, o que, em contrapartida, demandou grande utilização de explosivos

devido à quantidade de material de 3.^a categoria existente na Serra da Batateira (mais de 70%) e, bem assim, que b) tal sistemática redundou em que o custo da presente obra fosse bem maior que a média baseada na execução de canais que utilizam sistema de bombeamento, tendo, porém, em compensação, gerado a redução do custo de operação e manutenção do canal. Sobre o ponto, consoante o exposto nos parágrafos 69 a 87 do relatório do acórdão recorrido (fls. 1563/1565, v. 9), aclare-se o seguinte: a) para o cálculo do sobrepreço o TCU se valeu da sistemática conhecida como Curva ABC, de modo que a análise deste sobrepreço recaiu sobre parcela significativa dos preços do contrato, o que permitiu uma avaliação conclusiva sobre o preço global do contrato, a partir de uma pequena amostra dos serviços; b) posteriormente, definiu-se se esse sobrepreço configurava superfaturamento, por meio da avaliação dos serviços e quantidades realmente medidas e pagas em um determinado contrato; c) não obstante a Secex-BA tenha selecionado apenas dois serviços para o cálculo do débito, tais serviços correspondem a percentual deveras significativo do valor do contrato; d) dada expressiva representatividade de tais serviços infere-se que a análise se deu sobre o preço global da obra – o que vai ao encontro do reclamado pelos recorrentes – e não sobre o custo unitário; e) por fim, caso se tivesse apurado o sobrepreço de outros itens, para o fito de se alcançar representatividade superior a 80%, o débito apurado ainda seria maior. Dessa feita, é de ter por extremamente expressiva a representatividade dos serviços utilizados pelo TCU para o cálculo do sobrepreço, razão pela qual é válida a inferência de que o cálculo do sobrepreço se deu tendo por base o valor final da obra. Além disso, fora evidenciado, outrossim, que para representatividade superior a 80% do valor da obra o valor do débito seria ainda maior, com o que somos forçados a concluir que o débito imputado ainda remanesceu aquém do devido, o que, **ipso facto**, revela-se mais benéfico aos recorrentes. Assim, ficou evidenciado que, nada obstante inexistir relação de implicância necessária entre a distorção de alguns preços unitários com o superfaturamento – caso o seu valor global esteja compatível –, houve, sim, sobrepreço e, portanto, devida a condenação em débito constante do acórdão que ora se irressigna.

34. Sobre o argumento que diz que foram desconsideradas as variantes pelo TCU que determinam um maior ou menor BDI, bem como o que afirma que o Dnit adota percentual de BDI muito menor que o valor apresentado na proposta vencedora do certame licitatório, causando, pois, diferença de preços, é de se esclarecer, por primeiro, que, conforme referenciado pela Secob (fls. 1559/1560, v. 9, do relatório do acórdão recorrido), consta dos autos (fl. 143, v. 2, do TC 006.510/2002-8) a declaração emitida pela Construtora Gautama Ltda. quando da participação da Concorrência Pública n. 01/98, que deu origem ao Contrato 001/1999, em que se afirma ter adotado BDI de 35% na composição dos preços unitários da proposta. Por outro lado – e em reforço –, é de se concordar com a Secob (fls. 1559/1560, v. 9, do relatório do acórdão recorrido) quando diz:

‘Não obstante existirem outros serviços na planilha orçamentária dessa licitação, há um item discriminado como ‘Complementação do Canal da Serra da Batateira’ (fls. 147, Volume 2 do TC 006.510/2002-8), destinado a conclusão das obras do mesmo canal adutor. Os serviços de escavação, ora em análise, estão incluídos exclusivamente nesse item da planilha (fls. 150, Volume 2 do TC 006.510/2002-8). Assim, por tratar-se da mesma obra, com as mesmas condições locais, sendo um contrato apenas extensão do outro, não há motivos para o BDI dos demais contratos ser diferente da taxa adotada no Contrato n. 001/1999.

Mesmo que o BDI usado nos contratos do empreendimento fosse de 46%, apesar de não o ser, conforme se comprovou acima, o único resultado prático que se obteria seria a redução no valor do débito, uma vez que os preços contratados continuariam acima dos preços referenciais. Além do mais, toda a análise aqui efetuada pautou-se no confronto entre o preço final de referência e o preço final contratado. Nesse sentido, consoante entendimento do AC 1551/2008-PL (item 9 do Sumário), até se poderia concordar com o BDI de 46%, caso os preços finais contratados estivessem em conformidade com os preços de mercado, situação essa não verificada quando do exame dos preços nas obras em questão.’

35. *Dessa feita, é certo que o BDI é um item específico de cada empreendimento, contudo, para a avaliação da razoabilidade da sua taxa, há de se ter nos autos o seu detalhamento, adicionado de justificativas para o emprego de cada percentual de seus componentes, comprovações estas que foram negligenciadas pelos recorrentes, razão pela qual nenhuma razão há para se acatar o argumento ora ventilado.*

36. *Finalmente, sobre a comparação feita pelos recorrentes com a tabela da Codevasf com o fito de demonstrar a inexistência de sobrepreço, calha referir que fora evidenciado (fl. 1562 – itens 62 a 66 da instrução da Secob, constante do relatório do acórdão recorrido), que as composições da Codevasf, embora associadas aos serviços de escavação em material de 1ª, 2ª e 3ª categorias, não correspondem a serviços de escavação em canal, mas, sim, a escavações localizadas com definição própria de profundidade. Consignou-se, pois, que as escavações localizadas, referências 101.15.28, 101.15.33 e 101.15.38 (fls. 1453 a 1455), não são escavações contínuas – como as realizadas em canais ou valas –, compreendem áreas delimitadas e são usadas geralmente na instalação de uma estação de bombeamento, ao passo que, no caso do Contrato 001/1993, as composições para os serviços de escavação deveriam ser 100.01.01 – ECT até 1000 m 1ª cat com CB e 100.01.03 – ECT até 1000 m 3ª cat utilizada CB (fls. 1457), o que invalida a conclusão pretendida pelos recorrentes. Não bastasse isso, a Secob (fl. 1562 – 65 e 66 da instrução da Secob, constante do relatório do acórdão recorrido) procedeu à comparação das composições da Codevasf relativas aos serviços corretos, isto é, de escavação contínua, aplicada a obra de canais, e, mesmo sem discriminar – pois que irrelevante – o cálculo de qual seria o valor exato de sobrepreço dessa comparação, constatou que o sobrepreço seria ainda maior.*

37. *Passa-se agora, pois, ao exame da argumentação apresentada sob o enfoque da caracterização da responsabilidade de alguns dos recorrentes e da suposta hipótese de prescrição/decadência da pecúnia imposta.*

38. *Em relação ao senhor Cícero de Oliveira, comunga-se do entendimento de que para as multas imputadas por este Tribunal não se aplica a tese da prescritibilidade decenal e/ou imprescritibilidade, dada a sua natureza jurídica ser distinta da do débito. A propósito disso, esclarece-se que esta Corte de Contas, hodiernamente, volve-se para a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, nos termos do § 5.º do art. 37 da CF, acompanhando decisão do Supremo Tribunal Federal nesse mesmo sentido. Com efeito, porém, só o débito há de ser açambarcado pela expressão ‘ações de ressarcimento’ e não a multa, pelo que, conseqüentemente, seria atingida pela prescrição, porventura existente. Contudo, qual seria o prazo de prescrição da multa: 5, 10, 20 anos? No ponto, o Superior Tribunal de Justiça, de modo claro concluiu, no REsp 894539/PI, julgado em 20/8/2009, que em relação à imposição da penalidade [a multa], incide, em regra, o prazo quinquenal, com o que anuímos.*

39. *Pois bem. Sem embargo da discussão em torno desses prazos, isto é, de qual seria o aplicável para efeito de se considerar prescrita uma multa imposta, é fato que os interstícios acima mencionados são os que corriqueiramente disputam preferência na sua aplicação nos processos dessa Corte de Contas. Dessarte, mesmo assumindo que o correto seria o transcurso de um lustro temporal para efeito de prescrição – o que é mais benéfico aos recorrentes, por ser o menor prazo –, é dizer, mesmo que se considere operada a prescrição após o lapso temporal de cinco anos, no presente caso, ainda assim, a prescrição não teria ocorrido, já que não houve inércia do TCU, dentro desse período, na persecução da responsabilidade do indigitado [isto é, não se operou a prescrição intercorrente]. Em tempo, insta lembrar que os fatos irregulares imputados a ele quando do exercício da função de Presidente da Comissão de Licitação, apurados no TC 002.035/1999-5 (em apenso), importaram na restrição da concorrência objeto do Edital de Concorrência 01/98, da qual deflui o Contrato 01/99. Por tais irregularidades, consubstanciadas no edital de concorrência 01/98, de 30/12/98 (fls. 39/61 do v.p. do TC 002.035/1999-5), o ora responsável foi instado pelo TCU a se justificar em 10/03/00 (fls.*

177/178 c/c 184 do v.p. do TC 002.035/1999-5), ou seja, após o decurso de pouco mais de 1 (um) ano das irregularidades, de modo que prescrição não ocorreu.

40. Quanto ao seu argumento de não ser o ordenador de despesa, pelo que, segundo entende, faleceria responsabilidade sua no ato em questão, é de se frisar que, na qualidade de Presidente da Comissão de Licitação, perpetrou as irregularidades constantes do edital de licitação 01/98, ensejando, pois, as faltas alvitadas nas fls. 177/178 do v.p. do TC 002.035/1999-5. Extrai-se destas folhas, inclusive, que a natureza das irregularidades praticadas pelo ora responsável não se conecta, necessariamente, com o débito apurado nestes autos e do qual se insurgem alguns dos ora recorrentes, razão pela qual sua condenação se deu exclusivamente em multa. Logo, é irrelevante a alegação do recorrente no sentido de que não era o ordenador de despesas, já que sua condenação em multa não advém desse fato. Tivesse, também, nexos causal de sua ação com a malversação dos recursos públicos federais, ser-lhe-ia imposta a condenação cumulativa em débito, de igual forma.

41. Relativamente ao arguido pelo senhor José Moacyr, importa destacar que o fato de o seu cargo ser demissível **ad nutum** em nada interfere na sua responsabilização, visto que tal característica, própria dos cargos em comissão, apenas diz com a possibilidade de ele ser exonerado do cargo prescindindo-se da necessidade de motivação para tanto. Também não lhe socorre o fato de dizer que o seu cargo de Secretário Municipal não exigia qualquer qualificação técnica, tanto porque lhe competia, sim, enquanto Secretário Municipal, consoante explanado no item 5.8 da instrução da 2ª Diretoria da 7ª Secex [‘o acompanhamento e a fiscalização de obras executadas sob a responsabilidade da prefeitura fazem parte das atribuições de uma secretaria municipal de obras’], quanto porque ele próprio atestou a regularidade dos preços e medições da obra de que se trata, quando não deveria fazê-lo, mormente se não tinha conhecimento.

42. Relativamente ao argumento de que não era o ordenador de despesas e ao argumento de que a irregularidade detectada por este Tribunal de Contas não está nas medições, vale dizer, no volume e na natureza dos trabalhos executados, mas sim na constatação de que alguns preços unitários estão com sobrepreço, assiste razão ao recorrente. Dessa feita, ainda que os documentos de fls. 290 a 423, vol. 3, e 424 a 629, vol. 4, do TC-006.510/2002-8 façam referência aos preços cobrados pelos serviços, cabe aclarar que a liquidação de despesa – fase que sucede ao empenho – tem por fito atestar a regularidade da execução dos serviços prestados e/ou bens recebidos, conforme art. 63, § 1.º, da Lei 4.320/64, **in verbis**:

‘Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação’.

43. Nesse diapasão, ainda que se adote interpretação mais elástica de tal dispositivo, consoante o faz o Prof. Sebastião Rios Jr. citado por Flávio C. de Toledo Jr. e Sérgio Ciquera Rossi, na obra ‘A Lei 4.320 no contexto da Lei de Responsabilidade Fiscal’, 1º ed. São Paulo: Editora NDJ, 2005, p. 172, a fase da liquidação de despesa não transfere a quem a realiza a tarefa de exercer um juízo de mérito sobre o valor dos bens/serviços prestados, para efeito de se constatar eventual sobrepreço. A propósito, vejamos a interpretação esposada pelo aludido professor:

A liquidação ‘não se limita à simples atestação do recebimento do material ou da prestação dos serviços, como muito entendem. Consiste em examinar a regularidade da despesa e se foi observado um conjunto de elementos afetos a diversos segmentos da Administração. Esses elementos relacionam-se à regularidade da licitação, contrato, empenho, documentação do credor, exatidão dos cálculos,

além da recepção do material ou prestação de serviços. O liquidante da despesa instruirá o processo com o resultado de sua verificação' (in Revista de Administração Pública, IOB, out. 1997, p. 45).

44. Quer nos parecer, mais uma vez, mesmo tendo por espeque a interpretação acima, que se exige do agente público que realiza a liquidação de despesa diligência maior relativa à prova da correta execução dos serviços e/ou recebimento de bens, mas não, insiste-se, sobre o mérito do valor então cobrado, sob pena de se responsabilizar tal agente por atividade que se encaixa para além das suas funções. Dessa feita, tendo em vista que o referido agente público agiu de acordo com o exercício de suas funções, atestando a regularidade da construção da obra acobertado pelos documentos (provas materiais) que dão conta de tal execução, é de se ter por excluído o débito que lhe fora imputado solidariamente com os demais responsáveis e, por conseguinte, a multa decorrente deste mesmo débito, razão pela qual se pugna pela reforma do acórdão recorrido neste particular.

45. Quanto ao argumento esposado pelo senhor Luiz Berti, cabe aclarar, tomando por empréstimo o que já se disse acima (parágrafos 38 e 39), que não houve prescrição e/ou decadência da ação do TCU quando da sua resposta com débito e multa às irregularidades praticadas por este responsável. Em tempo, ressalte-se que, consoante a fl. 1587, v. 9, destes autos, que a data mais antiga em que se deu causa ao pagamento a maior é 17/01/1997, de modo que, ainda que se considere o prazo de cinco anos, encontra-se dentro do prazo quinquenal a resposta do TCU. Desse modo, mesmo que pagos com suporte em contrato de 1993 (Contrato 01/1993), o fato gerador de tais irregularidades é a data dos pagamentos feitos (onde 17/01/1997 é o primeiro deles), pelo que, mais uma vez, entendemos por não ocorrida a prescrição.

46. Aduz também a existência de boa-fé, dado a não-existência de dolo de sua parte, aliada à complexidade da obra, o que, segundo decidido pelo TCU nos Acórdãos 55 e 136/97 do Plenário exime sua responsabilidade. Inicialmente não se vê boa-fé na conduta do ora recorrente, senão vejamos: a) a uma, porque não se exige o dolo para a configuração de irregularidade no âmbito dos processos desta Corte de Contas, bastando a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e/ou imperícia) logo, por igual razão, não basta a não configuração do dolo para se concluir pela boa-fé do recorrente; b) a duas, por que a própria culpa, na linha do dito no relatório do acórdão recorrido, restou configurada, na medida em que 'geriu diretamente todos os recursos, sendo o signatário de todos os termos aditivos do Convênio n. 35/1995, dos termos e aditamentos contratuais, notas de empenho, liquidação e autorização de pagamento, emitidos a partir de 1997' (fl. 1572, v. 9); c) a três, porque os acórdãos mencionados pelo recorrente não traduzem o que ele pretende, vez que, além de não versarem sobre boa-fé de responsáveis, tratam-se de decisões em que os responsáveis principais neles arrolados foram condenados, invariavelmente. Além disso, é cediço, novamente consoante relatório do acórdão ora guerreado, que 'é facultado ao administrador municipal compor a sua equipe, por meio do preenchimento de cargos, com a obrigação de fiscalizar a adequabilidade do trabalho por esta realizado, ficando a sua responsabilidade/culpa pela escolha e fiscalização, recaindo ao gestor (ex-Prefeito) as culpas **in eligendo e in vigilando**' (fl. 1572, v. 9).

47. Por fim, o fato de ter havido fiscalização pelo Ministério da Integração Nacional em nada altera a responsabilidade do ora recorrente, pois que, além de ser o gestor do empreendimento e de as tomadas de decisão serem de sua responsabilidade e risco, promana de lei o mandamento que diz que 'o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado' (art. 70 da Lei 8.666/93).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

48. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo:

a) *conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pela Construtora Gautama Ltda e pelos Srs. Cícero de Oliveira, ex-Presidente da Comissão de Licitação, José Moacir Torres, ex-Secretário Municipal de Obras, e Luiz Berti Tomás Sanjuan, ex-Prefeito de Sobradinho/BA, estribado nos arts. 32, I, e 33 da Lei nº 8.443/1992, para, no mérito:*

a.1) *negar provimento, em relação à Construtora Gautama Ltda e senhores Cícero de Oliveira e Luiz Berti Tomás Sanjuan, mantendo-se, in totum, o Acórdão nº 501/2009-TCU-Plenário;*

a.2) *dar provimento, em relação ao senhor José Moacir Torres, reformando-se o acórdão citado, para efeito de excluir o item 9.3.2 no qual se lhe imputa débito em solidariedade e, bem assim, o item 9.4.6 onde se lhe imputa multa em decorrência do débito.*

b) *dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessados.”*

6. O Secretário da Serur manifestou-se nestes termos:

“O Sr. Auditor, às fls. 52/66 do Anexo 8, propõe, com a anuência do Diretor de Divisão, conhecer e negar provimento aos recursos da Construtora Gautama Ltda., do Sr. Cícero de Oliveira e do Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan e, em relação ao recurso do Sr. José Moacir Torres, propõe conhecer para no mérito dar-lhe provimento para excluí-lo dos subitens 9.3.2 e 9.4.6 que lhe imputou débito em solidariedade e multa do art. 57 da Lei 8.443/92.

2. *Deste logo, concordo com o exame realizado nos subitens 41 a 46 da instrução e, conseqüentemente, com o provimento do recurso do Sr. José Moacir Torres, pelas razões ali expostas.*

3. *Todavia, destaco que a situação dos responsáveis Luiz Berti Tomás Sanjuan, Paulo Roberto de Araújo, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva é análoga a do Sr. José Moacir Torres. Nota-se que o fundamento da condenação foi as irregularidades verificadas no procedimento licitatório que permitiu a contratação da obra com sobrepreço. Entretanto, os atos praticados pelos responsáveis ocorreram em fase posterior e cingem-se à liquidação da despesa, nos quais não se constatou nenhuma irregularidade quanto à exatidão dos valores executados, medidos e pagos.*

4. *Com essas considerações adicionais, divirjo parcialmente da proposta constante às fls. 65/66 do Anexo 8, e, em consequência, proponho, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/92:*

a) *conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pela Construtora Gautama Ltda. e pelo Sr. Cícero de Oliveira, ex-Presidente da Comissão de Licitação, para no mérito negar-lhes provimento;*

b) *conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. José Moacir Torres, ex-Secretário Municipal de Obras, e pelo Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan, ex-Prefeito de Sobradinho/BA, para, no mérito, dar-lhes provimento, aproveitando-os aos Sr. Paulo Roberto de Araújo, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva, para excluí-los da relação processual.”*

7. Por seu turno, o membro do Ministério Público junto a esta Corte, Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico, pronunciou-se na forma que se segue:

“Registramos, de início, nossa concordância com as análises efetivadas pelo Auditor instrutor nos itens 25 a 36 de sua peça técnica (fls. 59/63, anexo 8), as quais encontraram respaldo nas manifestações do Diretor e do Secretário da Serur e tratam do débito apurado neste processo.

*Aludidas análises, a propósito, reforçam os fundamentos aduzidos pelo Ministro-Relator **a quo** em seu voto-condutor (itens 14 a 27), os quais, em nossa opinião, não merecem reparos.*

O débito apurado nestes autos, repise-se, decorre de substancial sobrepreço havido nos serviços de escavação, carga e transporte de materiais de 1ª e de 3ª categorias, constantes dos contratos nº 001/93, 055/98 e 001/99. Tal sobrepreço, segundo entendemos, encontra-se devidamente

configurado, tendo sido mensurado mediante idôneo método de cálculo usado pela Secex/BA, referendado pela unidade técnica especializada dessa Casa com ligeiro ajuste – efetivado em razão do acatamento de parte dos argumentos sustentados pela Construtora Gautama em sede de alegações de defesa, ajustando-se a produtividade dos mencionados serviços –, o que fez a dívida total diminuir de pouco mais de R\$ 10,616 milhões para cerca de R\$ 10,450 milhões.

Desse modo, entendemos que os argumentos trazidos em sede recursal não foram suficientes para descaracterizar o sobrepreço havido nos contratos em análise nestes autos, remanescendo, pois, o débito imputado por meio do Acórdão ora recorrido.

No que tange à responsabilidade pelo débito, a proposta formulada pelo AUFC contempla a negativa de provimento ao recurso do Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan, ex-Prefeito daquele município, e o provimento daquele interposto pelo Sr. José Moacir Torres, ex-Secretário Municipal de Obras de Sobradinho/BA, com a exclusão de sua responsabilidade neste processo, uma vez que os atos praticados por esse ex-gestor não tiveram relação direta com a existência do débito.

O Secretário da Serur, por sua vez, após concordar com a exclusão da responsabilidade do ex-Secretário Municipal de Obras, ressalta que a situação de outros responsáveis (Luiz Berti Tomás Sanjuan, Paulo Roberto de Araújo, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva) é análoga à deste, para então concluir pelo provimento do recurso do Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan e pelo aproveitamento dos recursos interpostos por este último e pelo Sr. José Moacir Torres aos demais responsáveis em situação supostamente análoga, excluindo-os da relação processual.

Pensamos ser necessário, quanto a esse ponto, diferenciar a situação do Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan, ex-Prefeito daquele Município, da dos Srs. Paulo Roberto de Araújo, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva, todos ex-ocupantes do cargo de Secretário Municipal de Obras de Sobradinho.

No caso do Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan, percebemos que, dos três contratos em que essa Corte identificou a ocorrência de sobrepreço no serviço de escavação, carga e transporte de materiais de 1ª e 3ª categorias, esse responsável, na condição de Prefeito Municipal, subscreveu dois deles (Contratos nº 055/98 e 01/99), além de ter firmado alguns aditivos contratuais.

Assemelha-se a sua situação, portanto, à do Sr. Hamilton Pereira de Souza Filho, também ex-Prefeito daquele município, o qual teve suas contas julgadas irregulares e seu espólio condenado em débito neste processo, dissociando-se sobremaneira da situação do Sr. José Moacir Torres, ex-Secretário Municipal de Obras, uma vez que o último responsável não firmou qualquer contrato em que tenha sido verificado a ocorrência de sobrepreço, cingindo-se seus atos àqueles relativos à liquidação de despesa, em que não seria razoável exigir-lhe uma criteriosa aferição quanto à regularidade dos valores unitários contratados pelo Município.

Dito isso, pensamos que o julgamento das contas do Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan deve seguir a mesma sorte do julgamento das contas do Sr. Hamilton Pereira de Souza Filho, ou seja, irregulares, com a imputação de débito correspondente. Sugerimos, portanto, quanto a esse responsável, a negativa de provimento de seu recurso.

No mais, anuímos à ponderação efetivada pelo titular da unidade técnica no que diz respeito ao aproveitamento do recurso do Sr. José Moacir Torres aos demais ex-Secretários Municipais de Obras, uma vez que os atos praticados por estes são análogos e não têm relação direta com o dano em apuração nestes autos.

À vista do acima exposto, e considerando os demais elementos contidos nos autos, anuímos, em parte, às análises e encaminhamentos formulados pelo AUFC da Serur, bem como, em parte, ao encaminhamento final proposto por seu titular (fl. 68, anexo 8), no sentido de, em síntese:

a) conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pela Construtora Gautama Ltda., pelo Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan e pelo Sr. Cícero de Oliveira, para, no mérito, negar a eles provimento;

b) conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. José Moacir Torres, para, no mérito, dar-lhe provimento, aproveitando-o aos Srs. Paulo Roberto de Araújo, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva, para, reformando o Acórdão nº 501/2009-Plenário, excluí-los da relação processual.

c) dar ciência da deliberação às partes e aos órgãos/entidades interessados.”

É o Relatório.