

VOTO REVISOR

Por força do Acórdão nº 7.514/2010-Segunda Câmara, que apreciou as contas do Serviço Social do Transporte/Conselho Nacional – Sest/CN, do exercício de 2003, foram levantados possíveis superfaturamentos na execução das obras de construção dos Centros Assistenciais Integrados dos Trabalhadores em Transporte – Capit de Campina Grande/PB (Capit 55), Uberaba/MG (Capit 57) e Varginha/MG (Capit 60); obras executadas conjuntamente pelo Sest/CN e pelo Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte/Conselho Nacional – Senat/CN.

Referido acórdão determinou a reabertura das contas ordinárias já julgadas dessas entidades, relativas aos exercícios de 2003, 2004 e 2005, bem como instauração de processos de Tomadas de Contas Especiais para apurar danos aos cofres do Sest/CN e Senat/CN, ocorridos em 2002, uma vez que as contas ordinárias daquelas entidades relativas ao citado exercício não mais poderiam ser reabertas mediante recurso de revisão.

O Plenário do TCU, em 22/6/2011, aprovou questão de ordem suscitada pela Segecex para que fosse sorteado um único relator para todos os processos de contas do Sest/CN e do Senat/CN em que se apuraram irregularidades e danos na contratação e na execução das obras de construção dos Capits de Campina Grande/PB, Uberaba/MG e Varginha/MG, em nome da racionalidade administrativa, da conexão entre as matérias e da necessidade de uniformidade de tratamento a processos semelhantes.

Aduzo que o Relator de todos esses oito processos já levou a julgamento três deles, os TC 011.826/2005-0, TC 021.298/2006-8 e TC 013.765/2006-5. Por meio dos Acórdãos 3440/2012-Plenário, 3441/2012-Plenário e 3442/2012-Plenário, respectivamente, os recursos de revisão interpostos pelo Ministério Público/TCU para reabertura das referidas contas foram conhecidos e providos, sendo os responsáveis arrolados condenados em débito e multados. Nesses três processos proferi voto revisor no sentido de manter a responsabilização dos gestores públicos, contra a proposta inicial do Relator de que o valor do superfaturamento apurado fosse atribuído apenas à empresa contratada, por considerar que não havia indícios de que os membros da comissão de licitações e da diretoria geral executiva das entidades obtiveram proveito financeiro dos recursos pagos às contratadas a título dos serviços executados, não havendo conluio ou concessão de benefícios indevidos, além do fato de que os débitos apurados seriam de baixa monta, se comparados com o custo total das obras. Prosperou a tese de responsabilização solidária dos gestores e das empresas contratadas.

Os cinco outros processos conexos envolvem os mesmos gestores já responsabilizados nos três outros processos julgados, os quais citei, além da empresa Construtora Ápia Ltda. e de outras. Todos eles já haviam sido levados a julgamento, quando a Construtora Ápia Ltda. apresentou memorial contendo novos elementos. O Relator apresentou a tese no sentido de acatar as justificativas dos responsáveis e elidir os débitos. Com base em voto revisor por mim proferido, o Plenário determinou a conversão dos cinco autos em diligência e seu retorno à unidade técnica especializada para emissão de parecer técnico.

Nesta sessão de hoje, o Relator traz à apreciação os cinco outros processos conexos, os TC 004.153/2011-1, TC 004.149/2011-4, TC 009.887/2004-0, TC 010.111/2004-6 e TC 016.814/2005-1, com a proposta no sentido de não existir superfaturamento para todos os responsáveis, devido aos baixos valores dos débitos apurados na execução dos respectivos contratos, quando relativizados com os valores globais das obras em análise.

Peço vênia ao E. Relator para divergir da sua proposta, no que tange à desconsideração do débito devido aos valores apurados somarem montante considerado por vossa excelência insuficiente para que se possa caracterizar o superfaturamento.

Sua Excelência considera o índice médio de superfaturamento apurado, de 8.94%, como percentual de variação razoável e adequado à espécie, tomando como base o art. 3º, alínea “f”, da Resolução nº 361, de 10/12/1991, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Confea, que delimita as principais características de um projeto básico:

f) definir as quantidades e os custos de serviços e fornecimentos com precisão compatível com o tipo e porte da obra, de tal forma a ensejar a determinação do custo global da obra com precisão de mais ou menos 15% (quinze por cento);

Ocorre que a Resolução Confea nº 361/91, aprovada dois anos antes da promulgação da Lei nº 8.666/93, tomou como base as disposições do Decreto-Lei nº 2.300/86, conforme se depreende do texto da Resolução, que expressamente se vincula ao referido texto legal:

*CONSIDERANDO que o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 NOV 1986, determina, em seu artigo 6º, que "as obras e os serviços só podem ser licitados, quando houver Projeto Básico aprovado pela autoridade competente" e que o mesmo diploma legal conceitua, em seu artigo 5º, inciso VII, o projeto básico como sendo "o conjunto de elementos que defina a obra ou serviço, ou o complexo de obras ou serviços objeto da licitação, e que possibilite a **estimativa de seu custo final** e prazo de execução"*

Da leitura do dispositivo, verifica-se que, ao tempo do Decreto-Lei nº 2.300/86, era exigido **estágio de desenvolvimento menos avançado para os projetos básicos** quando comparado com a legislação superveniente.

De fato, o inciso IX, art. 6º, da Lei nº 8.666/93, em sua alínea “f”, dispõe que o projeto básico deverá conter, dentre outros componentes, “orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”.

Ao tempo em que foi editada a Resolução Confea nº 361/91, a legislação exigia do projeto básico elementos bastantes para **mera estimativa** de custos, sendo razoável, portanto, a faixa de variação de 15% então fixada. Essa disposição não mais prospera ante a precisão exigida pela lei atualmente em vigor, que demanda a existência de elementos e informações **necessários para a confecção de orçamento detalhado e fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados**.

O percentual de precisão de 15%, previsto na Resolução Confea nº 361/91, torna-se, portanto, inepto, após a publicação da Lei nº 8.666/93, que exige maior rigor e precisão no orçamento da obra.

Sobre essa questão, retomo palavras de vossa excelência proferidas no voto que subsidiou o Acórdão 1894/2011-Plenário:

*Afirmou também o representante legal da empresa contratada que, considerando a supressão no contrato do item “Trilho para portainer/3º trilho para guindastes antigos”, mesmo admitindo o sobrepreço hoje existente de R\$ 10.741.770,31, este “representa aproximadamente 9,50% do valor global da contratação, percentual este ainda dentro da margem de variação aceita pelo CONFEA e também por inúmeros julgados dessa C. Corte de Contas” (grifo original). **Essa generalização foi prontamente repudiada pelo Ministro José Jorge na sessão plenária da semana passada, que deixou assente que cada caso deve ser analisado à luz das particularidades que apresenta. Manifesto a minha concordância com esse pensamento: este Tribunal pode, eventualmente, admitir preços de determinados itens acima dos referenciais de preços oficiais em situações comprovadamente justificadas; jamais estabeleceu um limite “tolerável” de sobrepreço global em um determinado empreendimento.***

No voto que embasou o Acórdão 1.155/2012-Plenário sobre o pedido de reexame interposto contra o acórdão de relatoria de vossa excelência que acabei de citar, assim me pronunciei:

Também não procede o argumento da recorrente, no sentido de que, por representar percentual insignificante em relação ao valor global da contratação (R\$ 125.902.307,88), o sobrepreço apontado pelo TCU encontra-se dentro da faixa de aceitação e reflete oscilações normais de mercado.

Na verdade, não existe percentual de sobrepreço aceitável. A Lei define os preços máximos das obras e serviços contratados pela Administração. Valores excedentes são ilegais e devem ser rejeitados por esta Corte, cuja atuação se pauta, entre outros, pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Portanto, repiso que não existe percentual de sobrepreço aceitável.

Impõe-se ressaltar, ainda, a distinção entre orçamento contido no projeto básico – este sim passível de alguma variação ante as incertezas nos quantitativos de serviços a serem demandados no decorrer da obra – do preço efetivamente contratado e pago após a execução da obra e em razão dos serviços efetivamente medidos.

A imprecisão do orçamento decorre, no mais das vezes, da impossibilidade de se calcular com exatidão os quantitativos, por exemplo, de volume de material a ser escavado. Essa imprecisão já não existe quando o serviço foi executado, pois o quantitativo de material escavado é conhecido e foi, ao menos em tese, devidamente medido.

Uma vez que os quantitativos são conhecidos, e os preços podem ser efetivamente calculados, nos termos efetuados pela Secob, não há falar na existência de percentual de variação de preço aceitável ou tolerável.

Aduzo que em seu voto, no presente processo, o Relator reiterou que o parecer da unidade técnica especializada foi conservador com relação aos débitos apurados, pois adotou metodologia de cálculo conservadora, considerando inclusive como crédito custos cujos valores foram inferiores aos custos contidos nos sistemas referenciais de preços utilizados.

Na emissão do parecer técnico sobre o memorial apresentado pela empresa Construtora Ápia Ltda., a Secob-3 procedeu também de modo bastante conservador. Na análise das composições apresentadas pela construtora, apenas considerou aquelas favoráveis a empresa, que reduziam seu débito, embora, em vários itens, se fosse aplicar a composição aludida pela empresa, o débito seria majorado. A unidade técnica, por economia processual, sugeriu, para esses itens, a manutenção do débito inicialmente calculado, a fim de evitar o retorno dos autos para nova citação dos responsáveis. Concluiu pela redução significativa do débito da empresa.

A rigor, a Construtora Ápia Ltda. já foi extremamente favorecida pelas metodologias de cálculo adotadas.

Quanto à atuação dos gestores, nos termos do voto, as irregularidades cometidas pelos agentes do Conselho Nacional do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte-Senat/CN revestem-se de gravidade suficiente para ensejar o julgamento pela irregularidade das contas e a aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei Orgânica do Tribunal.

Em seu voto, vossa excelência admite que:

(...) a justificativa da falta de conhecimentos técnicos sobre obras não pode ser aceita, vez que eventuais deficiências poderiam ser supridas com pesquisas a revistas especializadas em custos, ou mesmo com a solicitação de parecer de engenharia, elaborado pelo Departamento Técnico da entidade.

32. *A responsabilidade da Comissão de Licitação residiria, então, no fato de que a sua atuação teria sido determinante para que a entidade efetuasse contratações com preços supostamente superfaturados, com inobservância não só ao princípio da eficiência, como também ao da economicidade (art. 37, caput da CF/1988).*

33. *Frise-se, por oportuno, que por meio da Decisão nº 907/1997-Plenário, firmou-se o entendimento de que as licitações promovidas pelas entidades integrantes do Sistema S, embora não se sujeitassem aos ditames da Lei nº 8.666/1993, e sim, ao disposto em seus próprios regulamentos de licitações, deveriam pautar-se, sobretudo, nos princípios da administração pública estabelecidos na Constituição Federal, em especial os contidos no caput do art. 37. Dessa forma, vê-se que o projeto básico é elemento essencial para a consecução de uma contratação mais vantajosa, principalmente em termos financeiros.*

Embora reconheça que tais agentes tenham concorrido para os débitos apurados nos autos, a proposta ora apresentada ao Plenário é no sentido de que eles não sejam responsabilizados pelos danos causados ao Erário, com base no argumento de que “*não há nos autos qualquer sinal de desvio, locupletamento ou qualquer outra irregularidade grave que possa manchar as contas da Entidade sob análise. Não se constatou nenhum tipo de irregularidade grave como direcionamento das licitações, desvios ou outros fatos que pudessem apontar para a irregularidade destas contas.*”

O Acórdão proposto está, portanto, em dissonância com o que preceituam o art. 16, § 2º, da Lei Orgânica e o art. 209, § 5º, do Regimento Interno do Tribunal, ao disciplinarem que, no caso de dano ao Erário, decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ao julgar irregulares as contas, o Tribunal fixará a responsabilidade solidária “*do agente público que praticou o ato irregular*” e “*do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.*”

Desta forma, nos termos da lei, para que o agente público seja responsabilizado pelos débitos, identificados nos processos de contas submetidos à apreciação deste Tribunal, é necessário que se estabeleça o liame causal entre a sua conduta irregular e o débito apurado.

No processo, restaram devidamente comprovados os requisitos para configuração da responsabilidade civil, ou seja, a conduta ilícita do agente; o elemento subjetivo, consistente no dolo ou culpa “*stricto sensu*”; o resultado danoso; e o nexa causal entre a conduta e o resultado.

A comprovação da má-fé é juridicamente despicienda - basta o resultado danoso ao Erário, o elemento subjetivo e o vínculo causal - e a sua eventual inexistência não exclui a responsabilidade dos gestores em relação aos débitos. Tanto é assim que o art. 12, § 2º, da Lei nº 8.443/92 prevê a possibilidade de reconhecimento da boa-fé dos responsáveis por danos ao Erário, porém, não os isenta do dever de liquidar a importância devida, com as atualizações legais.

Considerando, pois, que, no caso concreto, os funcionários do Senat/CN concorreram para os débitos, não vejo como eximi-los do recolhimento dos respectivos valores, em solidariedade com as empresas contratadas.

Destarte, anuindo à proposta de encaminhamento formulada pelo Ministério Público, VOTO no sentido de que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Plenário.

“9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos este autos de Tomada de Contas Especial instaurada por força do Acórdão nº 7.514/2010-TCU- 2ª Câmara, com vistas à apuração dos fatos, quantificação do dano e identificação dos responsáveis relativos ao superfaturamento apontado no Contrato 2.009/2002 (Senat/CN), firmado com a Construtora Ápia Ltda., no valor histórico de R\$ 69.598,45,

visando à construção do Centro Assistencial Integrado dos Trabalhadores em Transporte - Capit 60 - Varginha-MG;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em:

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis Maria Tereza da Costa Pantoja, Raphael Luiz Gurjão Lott Cauceglia, Jovenilson Alves de Souza, Roselane Siqueira Alves e pela empresa Construtora Ápia Ltda.;

9.2. com fundamento no art. 16, inciso III, alínea “c”, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, alínea “a” da Lei nº 8.443/92, julgar irregulares as contas de Maria Tereza da Costa Pantoja, Raphael Luiz Gurjão Lott Cauceglia, Jovenilson Alves de Souza e Roselane Siqueira Alves;

9.3. condenar solidariamente Maria Tereza da Costa Pantoja, Raphael Luiz Gurjão Lott Cauceglia, Jovenilson Alves de Souza, Roselane Siqueira Alves e a empresa Construtora Ápia Ltda. ao pagamento da quantia de R\$ 31.799,52, referente a 19/11/2002, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte-Senat/Conselho Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas enumeradas abaixo, na forma da legislação em vigor:

9.4. aplicar a Maria Tereza da Costa Pantoja, Raphael Luiz Gurjão Lott Cauceglia, Jovenilson Alves de Souza, Roselane Siqueira Alves e à empresa Construtora Ápia Ltda., multa individual, prevista no art. 57, da Lei nº 8.443/92, c/c art. 267, do Regimento Interno, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.6. dar ciência ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte-Senat/Conselho Nacional do inteiro teor do presente acórdão.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de outubro de 2013.

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Revisor