

VOTO

I

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

2. Trata-se de embargos de declaração opostos pelos Srs. Homero Raimundo Cambraia, Joaquim de Sousa e Miguel de Souza, ex-Diretores-Adjuntos e ex-Diretor-Geral do DER/RO, respectivamente, em desfavor do Acórdão 286/2015-Plenário. Por meio da referida decisão, este Colegiado examinou recursos de reconsideração interpostos pelos, agora, embargantes e pela empresa Planurb - Planejamento e Construções Ltda. -, oportunidade em que: a) deu provimento parcial ao apelo do Sr. Homero Raimundo Cambraia (subitem 9.1 do Acórdão recorrido); b) deu provimento ao recurso da empresa Planurb - Planejamento e Construções Ltda. (subitem 9.2 do Acórdão recorrido) e; c) negou provimento ao apelo dos Srs. Joaquim de Sousa e Miguel de Souza (subitem 9.4 do Acórdão recorrido).

3. Originariamente este processo cuidou de tomada de contas especial destinada à apuração de irregularidades nas obras de construção da BR-429 no Estado de Rondônia, no trecho compreendido entre Presidente Médici e São Miguel do Guaporé. O empreendimento foi objeto do Contrato 66/96/PJ/DER/RO, financiado com recursos do convênio de delegação PG-160/96-00, instrumento este que repassou recursos federais para custeio das benfeitorias.

4. Três irregularidades foram discutidas nos recursos de reconsideração interpostos, a saber: a) superfaturamento decorrente de preços excessivos frente aos referenciais de mercado; b) grave divergência entre o projetado e o executado em uma obra de arte especial; e c) pagamento em duplicidade para serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras.

5. Na decisão vergastada, afastou-se o superfaturamento decorrente de preços excessivos, tendo em vista que os parâmetros utilizados pelo TCU eram referentes a Belém/PA, município este distante cerca de 3.000km do local das obras. Assim, acolheu-se a utilização de parâmetros constantes em sistema próprio do DER/RO. Outrossim, fez a seguinte ponderação:

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

6. Nos demais assuntos, os recursos apresentados pelos responsáveis não foram acolhidos, razão pela qual este Plenário manteve as irregularidades. Apenas para lembrar, a grave divergência entre o projetado e o executado em uma obra de arte especial diz respeito à alteração construtiva de uma ponte, que passou a ter um custo menor, sem a correspondente redução dos preços praticados no contrato. A duplicidade de pagamentos decorre da constatação de que os serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras estavam previstos tanto no custo direto quanto no indireto da planilha licitada e contratada.

II

7. Apresentado um breve relato das principais questões abordadas neste processo, passo ao exame dos embargos de declaração opostos.

8. Os recorrentes buscam rediscutir o mérito, o que, diante da estreita via dos embargos de declaração, é incabível. Ainda que fosse possível reexaminar as questões suscitadas, não haveria razões para modificar o julgado recorrido.
9. Dois são os pontos questionados: a prescrição das ações de ressarcimento ao erário e das multas aplicadas pelo TCU e a suposta contradição entre o resultado dos recursos apresentados pela empresa contratada e pelos gestores punidos.
10. Sobre a prescrição, transcrevo trecho do Voto condutor da deliberação embargada.

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

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

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

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

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

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

11. De fato, o STF e o TCU vêm reiteradamente afirmando que o dano ao erário decorrente da malversação de recursos públicos é imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. A situação fática examinada no Recurso Extraordinário 669.069/MG mencionado pelos embargantes, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, com votação ainda não concluída, é significativamente diversa da examinada nesta tomada de contas especial, pois aqui se examina a responsabilidade contratual originada de atos de gestão, enquanto que o caso concreto examinado pelo STF discute responsabilidade extracontratual e alheia a atos de gestão (acidente de trânsito causador de dano em automóvel de propriedade da União).

12. Quanto às multas, os embargantes entendem ter ocorrido a perda da pretensão punitiva pelo TCU. Isso porque os recursos de reconsideração foram examinados no dia 25/2/2015, ou seja, mais de doze anos após a vigência do novo Código Civil. A alegação não merece prosperar, pois a citação e a audiência dos responsáveis interrompem o curso do prazo prescricional, reiniciando, do zero, a contagem no momento imediatamente subsequente. Ademais, a decisão original que aplicou

multa aos recorrentes ocorreu em 11/7/2012, há menos de dez anos do chamamento dos responsáveis (marco interruptivo anterior).

13. Prosseguindo, os embargantes argumentam possível contradição na decisão combatida, que deu provimento ao recurso apresentado pela empresa contratada (Planurb – Planejamento e Construções Ltda.), mas negou provimento aos recursos de dois gestores e deu provimento parcial ao de um terceiro ex-dirigente do DER/RO.

14. Inicialmente destaco que a primeira decisão, de autoria da Relatora *a quo*, E. Min. Ana Arraes, individualizou a responsabilidade pelo débito nos seguintes termos:

9.1.1. Joaquim de Souza:

<i>Valor histórico</i>	<i>Data de ocorrência</i>
<i>R\$ 321.495,37</i>	<i>21/03/1997</i>

9.1.2. Homero Raimundo Cambraia:

<i>Valor histórico</i>	<i>Data de ocorrência</i>
<i>R\$ 13.395,64</i>	<i>30/04/1997</i>

9.1.3. Miguel de Souza:

<i>Valor histórico</i>	<i>Data de ocorrência</i>
<i>R\$ 334.890,91</i>	<i>14/07/1997</i>

9.1.4. Homero Raimundo Cambraia, Isaac Bennesby e Planurb – Planejamento e Construções Ltda.:

<i>Valor histórico</i>	<i>Data de ocorrência</i>
<i>R\$ 11.569,40</i>	<i>21/11/1997</i>
<i>R\$ 55.472,09</i>	<i>5/12/1997</i>
<i>R\$ 53.251,31</i>	<i>5/12/1997</i>

9.1.5. José Humberto do Prado Silva, Isaac Bennesby e Planurb – Planejamento e Construções Ltda.:

<i>Valor histórico</i>	<i>Data de ocorrência</i>
<i>R\$ 89.168,75</i>	<i>17/07/1998</i>

15. Os três primeiros itens (9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3) dizem respeito ao pagamento em duplicidade dos serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras. Os dois últimos, ao superfaturamento decorrente de preços excessivos frente aos referenciais de mercado. Tendo em vista que esta última irregularidade foi afastada, evidente que a decisão embargada acertou em dar provimento ao recurso da empresa Planurb. A mesma sorte não socorre aos gestores, visto que remanesce a responsabilidade pelo débito decorrente da duplicidade de pagamentos e, no caso dos Srs. Homero Raimundo e Miguel de Souza, pela multa aplicada em razão da execução de uma obra de arte especial com diferenças muito significativas em relação ao projeto aprovado.

III

16. Após a inclusão do processo em pauta para a sessão do último dia 27 de maio, o Sr. Miguel de Souza apresentou complemento aos embargos de declaração (peça 169), oportunidade em que excluí o processo de pauta para apreciar os novos elementos juntados. A nova manifestação do

embargante tem por propósito nítido rediscutir o mérito de questões já apreciadas tanto na tomada de contas especial quanto no recurso de reconsideração. Apesar de os embargos não se prestarem a tal propósito, convém realçar que os argumentos apresentados, ainda que o fossem no momento adequado, não afastaria a responsabilidade do Sr. Miguel de Souza no caso concreto. Senão vejamos.

17. Como já citado neste Voto, a irregularidade atribuída ao recorrente diz respeito ao pagamento em duplicidade para serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras. A duplicidade está fundamentada nas seguintes constatações:

- a) o convênio firmado com o Governo Federal continha cláusula expressa obrigando o conveniente a observar a Lei 8.666/1993 e as normas em vigor no DNER, inclusive as especificações técnicas, instruções e demais atos normativos e técnicos adotados pelo departamento nacional;
- b) o Sistema de Custos Rodoviários do então DNER (Sicro), acompanhando a prática rotineira do mercado à época, inseria no BDI dos contratos de obras rodoviárias percentuais a título de remuneração pelos serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras;
- c) o BDI do contrato em apreço foi fixado em 50%, muito superior à média de mercado e ao previsto no Sicro (35,5%), e, diante do não detalhamento do BDI, presume-se que tais serviços estariam incluídos nos custos indiretos do contrato;
- d) a planilha contratual continha, no custo direto, rubrica para mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras, cujos valores correspondem ao débito imputado aos recorrentes.

18. O embargante apresenta um histórico do processo, em que afirma ter sido a autoridade máxima do DER/RO por apenas dois meses e que, por isso, não participou da licitação, da assinatura do contrato, da ordem de início de serviços, nem da primeira medição. Assim, alega que assinou a nota financeira que compunha a segunda medição amparado em pareceres técnicos que possuem presunção de legitimidade e de veracidade. Não haveria, no seu entender, razão para duvidar das informações constantes do processo de pagamento.

19. Por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986 e a jurisprudência pacífica desta Corte de Contas, incide sobre o gestor o ônus de provar a aplicação regular dos recursos públicos repassados via convênio com o Governo Federal. Assim, o gestor máximo do órgão conveniente, ainda que não tenha participado da assinatura do ajuste ou do contrato firmado com a construtora, responde pelos atos que praticar. É o caso concreto, pois o Sr. Miguel está sendo responsabilizado tão somente pelo pagamento irregular no segundo boletim de medição, de cuja nota financeira foi signatário.

20. O fato de assinar a nota financeira amparado em boletim de medição encaminhado pela área técnica também não socorre ao responsável. Nesse ponto, verifico que o recorrente não é interessado processualmente para requerer a responsabilização solidária de servidores estaduais, nem da empresa contratada, razão pela qual o argumento deve ser rejeitado. Por sinal, a solidariedade é um benefício do credor, de forma que a exclusão de um responsável não representa prejuízo para o devedor remanescente, o qual permanece responsável pela totalidade da dívida.

21. A presunção de veracidade e de legitimidade de que se revestem os atos administrativos não pode servir de argumento favorável aos recorrentes, pois tal juízo é aplicável aos administrados, não aos órgãos de controle. Cito, nesse sentido, o Acórdão 1.761/2013-Plenário.

22. O embargante afirma que seu direito de defesa foi prejudicado por não ter acesso a nenhum documento, de posse da empresa, que demonstrasse a ocorrência, de fato, de serviços incluídos em duplicidade no BDI e na planilha de custos diretos. A alegação de ofensa ao contraditório e à ampla defesa não merece prosperar. Cabia ao responsável, diante da previsão de um BDI que foge ao senso comum e da inclusão no custo direto de serviços de mobilização, desmobilização e instalação de

canteiro de obras – ambas as constatações em desacordo com os manuais do DNER à época –, questionar a contratada sobre estes pontos, o que não fez.

23. O embargante teve ciência por diversas vezes da irregularidade que lhe está sendo imputada, mas não trouxe aos autos nenhuma prova capaz de afastar a razão determinante pela qual foi chamado aos autos. Ao contrário, busca tão somente desconstituir as análises canceladas pelo Plenário deste Tribunal.

24. Lembro que, em alguns casos, esta Corte já excluiu a responsabilidade de dirigentes máximos por débitos apurados em planilhas de medições, sob o pressuposto de que não seria razoável ao dirigente proceder a uma revisão individual de todos os preços unitários. Todavia, a situação concreta é diversa. Primeiro porque a medição cancelada pelo Sr. Miguel avaliou tão somente dois serviços (“mobilização de equipamentos, pessoal e canteiro de obras” e “obras de arte especiais”), itens estes que foram cotados como “verba”, isto é, sem qualquer detalhamento. Se não bastasse, o BDI também não possuía descrição de seus componentes. Nesse contexto de indefinições, torna-se reprovável a conduta do embargante, que não exigiu nenhuma discriminação por parte da empresa contratada e que, mesmo assim, pagou as faturas.

25. Segundo, considerando tratar-se de um órgão estadual que tinha por finalidade a execução de obras rodoviárias no Estado de Rondônia, o diretor-geral da instituição – cargo ocupado pelo Sr. Miguel – conhecia ou pelo menos deveria conhecer que a Lei 8.666/1993 e as normas do DNER eram de cumprimento obrigatório por parte do conveniente. Dito de outro modo, o BDI dos contratos de obras rodoviárias incluía à época, por força das orientações do DNER, percentuais a título de remuneração pelos serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras.

26. Por último, gostaria de ressaltar que, na instrução do recurso de reconsideração, determinei que os autos fossem encaminhados à então Secretaria de Obras Rodoviárias para que fosse avaliada a eventual existência de superfaturamento no contrato como um todo. Para tanto, a unidade técnica deveria analisar, como de costume, uma amostra percentualmente significativa dos serviços pagos.

27. A unidade especializada não vislumbra “a possibilidade de sucesso na estimativa do superfaturamento dos serviços medidos e pagos, visto que grande parte dos serviços medidos trata das obras de arte especiais, executados até 1998, cujo projeto básico não existe e não existe orçamento detalhado” (peça 117). Para se ter ideia da relevância das obras de arte especiais, caso fosse possível analisar o item, a amostra da unidade técnica subiria de 17,0% para aproximadamente 70% do total dos serviços medidos e pagos. A falha teve origem no orçamento utilizado na licitação e foi mantida no contrato firmado, não tendo sido saneada por nenhum dos dirigentes que assumiram o contrato em execução.

28. Por essa razão, reafirmo posição externada na decisão embargada, segundo a qual condicionar o débito da duplicidade de pagamentos à existência de superfaturamento no contrato não me parece razoável, pois, dada a impossibilidade de se proceder à análise técnica, os responsáveis acabariam, da mesma forma, por se beneficiar da própria torpeza.

Com fundamento nessas questões, deixo de acolher os embargos de declaração, razão pela qual Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de junho de 2015.

BENJAMIN ZYMLER
Relator