

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do art. 34 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 287 do Regimento Interno, conheço dos embargos de declaração opostos pelas empresas Cesbe S.A. Engenharia e Empreendimentos e Emtuco Serviços e Participações S.A. (atual razão social da Engepas S.A.), integrantes do Consórcio Cesbe/Engepas S.A., e pela empresa Esteio Engenharia e Aerolevantamentos S.A. contra o acórdão 1.466/2016-Plenário.

2. Os embargos opostos por Maurício Hasenclever Borges, no entanto, não devem ser conhecidos, porquanto o responsável teve ciência do Ofício 0434/2016-TCU/SECEx-SC em 23/06/2016 (peça 72), mas apenas apresentou embargos em 07/07/2016 (peça 74), quando já vencido o prazo de dez dias estabelecido no § 1º do art. 34 da Lei 8.443/1992.

3. A deliberação embargada negou provimento a recursos de reconsideração interpostos pelas empresas contra o acórdão 1.529/2008-Plenário, que julgou irregulares as contas especiais das interessadas e do ex-diretor-geral do extinto DNER, condenou-os, solidariamente, ao pagamento de débito de R\$ 3.591.249,97 (valores com data-base de 1997 a 2001) e aplicou-lhes multas individuais de R\$ 300.000,00.

4. A questão central destes autos, debatida exaustivamente nas fases precedentes, diz respeito ao superfaturamento nas obras do lote 1 da duplicação do trecho norte da BR-101/SC, causado por alterações contratuais nos serviços de terraplenagem, especificamente por meio do aditivo que incluiu no contrato o item “execução c/ ECT e compactação de aterros c/ seixo rolado”.

5. Ao fim das análises da fase recursal, que incluíram duas manifestações da Secretaria de Recursos, três instruções da unidade especializada em obras e dois pareceres do Ministério Público junto ao TCU, todas as instâncias concluíram de forma unânime pela ocorrência de prejuízo ao erário e pela responsabilização das empresas recorrentes. As propostas técnicas foram integralmente acolhidas e o Tribunal, por meio do acórdão 1.466/2016-Plenário, manteve a condenação.

II

6. A Esteio Engenharia foi a supervisora das obras de duplicação da BR-101/SC e, nos termos detalhados no relatório, suscitou as seguintes falhas na deliberação embargada: (i) omissão e obscuridade no exame da prescrição da pretensão de ressarcimento; (ii) obscuridade em relação à metodologia de apuração do dano ao erário e sua aplicação a fatos pretéritos; (iii) omissão quanto ao exame das circunstâncias próprias da supervisora, que não figurava como parte no contrato de execução das obras; e (iv) omissão relativa à suposta ausência de exame conclusivo sobre o ato ilícito que teria sido praticado pela empresa.

7. Ao rejeitar os argumentos da recorrente, destaco que os embargos de declaração não podem ser desviados de sua específica função jurídico-processual para serem utilizados com a indevida finalidade de instaurar nova discussão sobre controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal, ensejando rediscussão dos fundamentos do acórdão impugnado.

8. As contestações apresentadas se limitam a questões de mérito e não demonstram qualquer omissão, obscuridade ou contradição que afete a integridade do acórdão 1.466/2016-Plenário.

9. A totalidade das questões aduzidas foi, expressamente, discutida na deliberação embargada.

10. Em face das alegações de prescrição do débito, aduzi que (destaques acrescidos):

“17. No que tange à alegada prescrição, é pacífica a jurisprudência desta Corte quanto à **imprescritibilidade das ações movidas pelo Estado para reaver prejuízos causados ao erário**, matéria consolidada na Súmula 282/2012 do TCU.”

11. Também não há dúvidas acerca da suficiência, consistência e clareza dos procedimentos técnicos adotados na apuração do superfaturamento. A metodologia foi detalhada no relatório que

acompanhou a deliberação e também foi destacada em diversas passagens do voto, do qual transcrevo alguns trechos para afastar a arguição de obscuridade (destaques acrescidos):

“23. (...) Mesmo com a especificidade do caso em exame, no qual o Sicro 2 é tomado como parâmetro para aferição da regularidade de preços contratados antes de sua vigência, **é perfeitamente possível sua utilização**, sobretudo porque foram realizadas as adaptações necessárias às peculiaridades das obras.

24. Foi item específico de análise a possível influência de fatores econômicos e de produção que impossibilitassem a retroação de preços do Sicro 2 (out/2000) à data-base do aditivo (mai/1996). A antiga Secob-2 comparou os preços deflacionados com os constantes das propostas iniciais dos termos aditivos e **atestou a compatibilidade das referências.**

25. **O Sicro 2 incorpora aperfeiçoamentos da evolução da engenharia de custos ao sistema anterior e, tendo sido realizadas as adaptações exigidas, constitui o paradigma de custos mais adequado ao caso em epígrafe.**

26. Prova disso é que, em atendimento a uma das alegações recursais, a unidade especializada em obras aplicou ao caso a metodologia definida no acórdão 177/2005-Plenário, que consiste na utilização das composições do Sicro 2 com a substituição de seus custos de insumos (out/2000) pelos publicados no sistema Sicro 1 (maio/1996). Mesmo atendendo à solicitação de inclusão do adicional de 15,51% sobre a mão de obra, que sequer poderia ser admitido para o grupo de serviços em exame, o superfaturamento encontrado foi de R\$ 4,5 milhões, valor que supera em R\$ 912 mil o débito imputado.

27. Assim, diante de duas metodologias aptas a aferir o sobrepreço, por cautela, esta Corte estabeleceu como sistemática a ser seguida aquela que resultou no menor débito, atendendo, pois, à exigência do art. 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno do TCU.”

12. Outra matéria tratada de forma literal na deliberação embargada, o que afasta a omissão sugerida pela recorrente, diz respeito à possibilidade de inclusão da empresa supervisora no polo passivo destes autos, examinada nos seguintes termos (destaques acrescidos):

“19. Outra alegação que não deve ser acolhida diz respeito à ilegitimidade passiva da empresa supervisora na responsabilização pelo prejuízo causado ao erário.

20. O débito imputado nesta TCE tem origem na repactuação que trouxe ao contrato serviços com preços incompatíveis com os referenciais de mercado. **A supervisora, na condição de responsável contratual por examinar ‘as alterações técnicas de natureza, qualidade ou espécie do serviço e seu reflexo sobre os quantitativos, bem como avaliando o reflexo financeiros das alterações propostas’ concorreu para o superfaturamento.**

21. **É irrelevante o fato de não ser parte no contrato de execução. O art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, que expressamente atribui responsabilidade solidária a terceiro que ‘de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado’, não permite interpretação tão restritiva quanto quer a empresa supervisora.** A participação na revisão de projeto que incorporou à avença preços superestimados é conduta perfeitamente identificada com a descrita naquele dispositivo.”

13. Aliás, já em 2008, por meio do acórdão 2.144/2008-Plenário, ao apreciar embargos de declaração opostos pela Esteio em face da decisão condenatória original, o TCU já havia deliberado sobre essas mesmas questões, como expresso no voto de autoria do eminente ministro Valmir Campelo (destaques acrescidos):

“13. A alegação de impossibilidade de ser responsabilizada pelos atos e fatos que ensejaram sua condenação em débito não resiste ao exame das peças processuais.

14. Compulsando novamente os autos, verifico que **os documentos produzidos pela empresa supervisora às fls. 75/77 e 105/107 do Anexo 4 concorreram sim para a celebração do termo aditivo que trouxe consigo os preços dos serviços superfaturados**, geradores do prejuízo aos cofres do extinto DNER.

15. **O próprio contrato trazido em anexo aos embargos é claro ao prever a responsabilidade da empresa supervisora pela avaliação dos reflexos financeiros das alterações de serviços.** É o item 5.8 (fl. 21 do anexo que contém os embargos):

‘5.8 Elaborar, quando necessário, ‘Relatório de Revisão do Projeto de Engenharia’, justificando as alterações técnicas de natureza, qualidade ou espécie do serviço e seu reflexo sobre os quantitativos, bem como avaliando o reflexo financeiros das alterações propostas...’ (Grifei).

16. E, com efeito, foi da alteração de serviços em fase de obras que nasceu o superfaturamento, consoante expus no voto condutor da decisão embargada:

(...)

17. Como visto, **o sobrepreço decorreu de composições indevidas, matéria essencialmente técnica que não teria como ser desconsiderada na análise da supervisora da obra**, não se restringindo, a meras questões de fixação de preço, como tenta argumentar em seus embargos.

18. Com relação à pretensa inexistência de previsão legal que sustente a solidariedade da embargante, remeto ao art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei nº 8.443/92, dispositivo expressamente chamado a fundamentar o acórdão condenatório.”

14. Destarte, não há que se falar em omissão na análise das circunstâncias próprias da supervisora, tampouco em falta de exame conclusivo sobre a conduta faltosa da empresa.

15. Por conclusão, os embargos opostos pela Esteio Engenharia e Aerolevantamentos S.A. contra o acórdão 1.466/2016-Plenário devem ser rejeitados.

III

16. O Consórcio Cesbe/Engepasa S.A. foi o executor das obras do lote 1 da duplicação do trecho norte da BR-101/SC e, nos termos detalhados no relatório, suscitou, essencialmente, omissões quanto à avaliação de pontos específicos que poderiam influenciar nos parâmetros de velocidade de transporte do material para execução do aterro. Alegou não terem sido abordadas questões como as más condições das vias utilizadas (estreitas, de sentido único e sem cobertura asfáltica); a necessidade de parada potencialmente longa antes de acesso à rodovia estadual SC-310; os constantes engarrafamentos na BR-101; a utilização do trecho de obras para o acesso a cidades importantes da região; e a notícia de que cada caminhão trabalhava entre 10 e 12 horas por dia.

17. Em acréscimo, defendeu a necessidade de suspensão do processo em razão da pendência de recursos repetitivos que tramitam no Supremo Tribunal Federal e que tratam da prescritibilidade de pretensões reparatórias do erário.

18. De pronto, é necessário destacar que as omissões atacáveis por embargos declaratórios são as lacunas eventualmente existentes no juízo a que chegou a deliberação, não aquelas relacionadas a argumentos das partes que sequer têm substância para alterar as conclusões do julgado. Apenas as questões capazes, em tese, de infirmar a deliberação exigem manifestação destacada.

19. Também é essencial ponderar que não incorre em omissão passível de ensejar o acolhimento de embargos de declaração a decisão que deixa de apreciar questão levantada unicamente em sede de memoriais.

20. Como destacado pelas próprias embargantes na peça apresentada ao Tribunal, as omissões arguidas, na quase totalidade, são concernentes a questões suscitadas em memoriais. Essa constatação já justificaria a rejeição dos embargos.

21. Não obstante, de forma a afastar qualquer arguição de insuficiência do acórdão recorrido, é necessário observar que a velocidade de transporte do material de jazida foi um dos temas centrais das análises ao longo de toda a instrução processual.

22. Os argumentos ora aduzidos se referem a aspectos específicos daquela atividade e, além de não estarem apoiados por quaisquer evidências técnicas que demonstrem a necessidade de alteração da metodologia de cálculo utilizada, também não podem ser tidos como preteridos nas análises.

23. As sistemáticas de cálculo que fundamentaram a imputação de débito têm por base o sistema de custos rodoviários do Dnit, o Sicro 2. Ao adotar as composições daquele sistema, tacitamente são assumidas todas as suas proposições, que, no tocante às operações de transporte local, passam por ponderações relativas à perda de tempo em esperas causadas por interferências de

outras frentes de serviço, à influência do tráfego de terceiros existente no percurso local e aos tempos gastos em manobras para carga e descarga, dentre outras.

24. Como pacificamente estabelecido na jurisprudência do TCU, os sistemas referenciais gozam de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo àqueles que o contestam demonstrar, objetivamente, sua inaplicabilidade em cada caso. No relatório que fundamentou a deliberação, expressamente registrou-se (destaques acrescidos):

“(…) Assim, se é fato que a jurisprudência do TCU por vezes admite adaptações do Sicro às particularidades de cada obra, **por outro lado impõe ao contratado o ônus de argui-las**. Na própria decisão da 2ª Câmara, citada pelas recorrentes, o relator é expresso ao admitir o ajuste de valores e parâmetros dos referenciais utilizados pelo Tribunal, mas complementa: **‘entretanto, os responsáveis devem demonstrar efetivamente quais são essas peculiaridades e como elas impactam os preços referenciais utilizados’**”.

25. A engenharia de custos que sustenta a referida metodologia é detalhada no volume 1 – Metodologia e Conceitos (páginas 84/87) do Manual de Custos Rodoviários (Sicro 2) e as contestações genéricas apresentadas pelas embargantes não afastam as premissas do sistema referencial, pois não permitem qualquer avaliação objetiva do eventual impacto na velocidade dos caminhões.

26. Ademais, ao contrário do que foi arguido, ao verificar que a velocidade de transporte foi amplamente discutida na deliberação embargada, nem mesmo é possível concluir que os parâmetros para sua formação foram desprezados.

27. Outra vez destaco que a omissão que enseja embargos de declaração deve se referir a questão que deixou de ser decidida pelo julgador, embora fosse essencial ao desfecho da lide. O relator não está obrigado a responder, um a um, argumentos invocados pelas partes que sequer tenham substância para determinar a solução da controvérsia.

28. No tocante ao fator de redução da velocidade em 30%, a avaliação foi expressa e a alegação foi rejeitada nos seguintes termos (destaques acrescidos):

“45. Nesse aspecto, as condições específicas do lote 1 não se confundem com aquelas adotadas para o lote 8 da mesma obra, aceitas nas análises do acórdão 649/2011-Plenário. O lote 1 corresponde ao trecho desde a divisa PR/SC até Joinville/SC e só atravessa zona urbana nos quilômetros finais. **De outra forma, o lote 8 está integralmente compreendido na zona metropolitana de Florianópolis/SC, em trechos dos municípios de Biguaçu, São José e Palhoça.**

46. As comparações de volume de tráfego apresentadas pelas recorrentes, ao contrário do que foi requerido, apenas **confirmam a improcedência da aplicação do fator de redução. Enquanto os valores relatados para o lote 1 se encontrariam entre 16 e 20 mil veículos por dia em 2001, no relatório do acórdão 649/2011-Plenário consta a informação de que, no início das obras, o lote 8 já contava com volume médio diário de aproximadamente 30 mil veículos em alguns segmentos.**”

29. Na avaliação daquele ponto, como visto, foram consideradas questões relativas ao volume de tráfego do trecho em obras, fato que também afasta as supostas omissões em analisar condições específicas da BR-101.

30. Por último, também deve ser rechaçada a pretensão de suspensão deste processo em razão da pendência de recursos repetitivos que tramitam no Supremo Tribunal Federal e que tratam da prescribibilidade de pretensões reparatórias do erário.

31. Ao apreciar o recurso extraordinário (RE) 669.069, o STF entendeu necessário reexaminar, sob a sistemática da repercussão geral, o alcance da regra estabelecida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, que diz respeito às pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões do TCU. Por conseguinte, os casos análogos foram sobrestados nas demais instâncias do Poder Judiciário e a decisão a ser tomada pelo STF quanto ao mérito do recurso deverá ser aplicada aos processos que tratarem da mesma matéria.

32. Não obstante, até que sobrevenha decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal, não é possível, como requerido pelas embargantes, reconhecer um sobrestamento tácito de todos os processos que tramitam no TCU afetados por uma potencial prescrição das ações de ressarcimento.

33. O Tribunal de Contas da União tem jurisdição e competência próprias estabelecidas pela Constituição Federal e pela Lei 8.443/1992, e não representa óbice à sua atuação o fato de tramitar no âmbito do Judiciário ação versando sobre o mesmo assunto. É competência exclusiva do TCU a verificação da regularidade da aplicação de recursos federais.

34. Na decisão que admitiu o mencionado recurso extraordinário, o ministro Teori Zavascki expressamente lembrou que o STF assentou a imprescritibilidade de pretensão de ressarcimento ao erário em caso similar, na apreciação do Mandado de Segurança (MS) 26210. É também nessa linha o entendimento que prevalece no TCU, consolidado na Súmula 282/2012.

35. Ao contrário do que sustentaram as embargantes, ainda que o Código de Processo Civil tenha aplicação subsidiária no TCU, não vislumbro de qualquer de suas regras a afetação tácita dos processos de natureza administrativa desta Corte a partir da admissão do RE 669.069 pelo STF.

36. Destarte, devem ser rejeitados os embargos opostos pelas empresas Cesbe S.A. Engenharia e Empreendimentos e Emtuco Serviços e Participações S.A. (atual razão social da Engepas S.A.), integrantes do Consórcio Cesbe/Engepas S.A.

IV

37. Ante o exposto, em face da inexistência das falhas suscitadas pelos recorrentes e da impossibilidade de se reabrir, na via recursal eleita, o debate de questões de mérito já apreciadas, concluo pela rejeição dos embargos de declaração e pela manutenção integral do acórdão 1.466/2016-Plenário.

Assim, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que submeto a este colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 24 de agosto de 2016.

ANA ARRAES

Relatora