

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 014.919/2010-9 [Apensos: TC 013.325/2014-0, TC 000.282/2014-6, TC 017.813/2014-0, TC 016.984/2015-3, TC 025.241/2012-5, TC 018.921/2016-7, TC 011.859/2016-4, TC 005.290/2013-9, TC 025.629/2016-6, TC 005.178/2015-0, TC 000.027/2016-2]

Natureza: Relatório de Auditoria

Órgãos/Entidades: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro

Responsáveis: Construtora Norberto Odebrecht S.A. (15.102.288/0001-82); Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A. (40.450.769/0001-26); Construtora OAS S.A. Em Recuperação Judicial (14.310.577/0001-04); Consórcio Arco Metropolitano do Rio (09.551.901/0001-46); Consórcio Arco do Rio (09.536.294/0001-45); Delta Construções S.A. (10.788.628/0001-57); Gisela Kraus (793.159.337-53); Gustavo Ferreira Gomes (437.867.317-72); Henrique Alberto Santos Ribeiro (217.067.357-15); Hudson Braga (498.912.607-63); José Paes Leme da Motta (627.671.947-15); José Osório do Nascimento Filho (495.587.147-04); João Carlos de Oliveira Azedias (986.322.647-53); Luiz Antônio Pagot (435.102.567-00); Luiz Emygdio de Oliveira (376.444.677-34); Nilton de Britto (140.470.121-49); Walter Luiz Correa Magalhaes (199.181.007-53)

Interessado: Congresso Nacional (vinculador)

Representação legal: André Luís Santos Meira (25.297/OAB-DF) e outros, representando Construtora Norberto Odebrecht S.A. Jefferson Lourenço dos Santos e outros, representando Consórcio Arco Metropolitano do Rio; Jean Guilherme Arnaud Deon (44.764/OAB-DF) e outros, representando Delta Construções S.A. e Consórcio Arco do Rio; Paulo Aristóteles Amador de Sousa, representando Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; Augusto Neves Dal Pozzo (OAB/SP 174.392), Raul Dias dos Santos Neto (OAB/SP 334.856), Edimar Ramos Gonçalves (35900/OAB-DF) e outros, representando Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A.; Fernando Antônio Muniz Lima, Arthur Lima Guedes (OAB/DF 18.073) e outros, representando Construtora OAS S.A. Em Recuperação Judicial; João Gabriel Perotto Pagot (12055/OAB-MT) e outros, representando Luiz Antônio Pagot; Diego Ricardo Marques (30782/OAB-DF), representando Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCOBRAS 2010. OBRAS NA BR-493/RJ, RELATIVAS AO CONTORNO RODOVIÁRIO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (ARCO METROPOLITANO). INDENIZAÇÃO DE JAZIDAS. PREÇO CONTRATUAL CONSIDERADO EXCESSIVO, PRINCIPALMENTE EM VISTA DO AUMENTO EXPONENCIAL DO QUANTITATIVO DO MATERIAL DE JAZIDAS. OBRA CONCLUÍDA. DANO AO ERÁRIO MATERIALIZADO. CONSTITUIÇÃO DE PROCESSOS APARTADOS DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DETERMINAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Cuida-se de Relatório de Auditoria realizada no âmbito do Fiscobras/2010 nas obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro.

2. Nesta etapa processual, são apreciados embargos de declaração opostos pela empresa Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A. contra o Acórdão 768/2018-Plenário, que foi proferido nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria realizada com o objetivo de verificar a execução das obras de construção do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, na BR-493/RJ, no segmento compreendido entre o entroncamento com a BR-040 e o Porto de Sepetiba, no estado do Rio de Janeiro,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fulcro no art. 47 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 41 da Resolução TCU 259/2014, determinar a instauração de quatro processos apartados de tomada de contas especial, a partir da extração de cópias das peças necessárias destes autos, com vistas à quantificação dos débitos e identificação dos responsáveis pelos indícios de dano ao erário apurados nos Contratos 007/2008, 008/2008, 009/2009 e 010/2010, relativos aos lotes 1 a 4 de construção do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro;

9.2. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil que, no âmbito dos processos apartados de tomada de contas especial a serem constituídos em atendimento ao subitem anterior, adote as seguintes medidas, ficando desde já autorizada a realizar as diligências ou inspeções que entender necessárias ao saneamento dos autos:

9.2.1. quantifique os débitos e respectivas datas de origem atinentes ao superfaturamento constatado nos Contratos 007/2008, 008/2008, 009/2009 e 010/2010, adotando como parâmetro o preço de indenização de jazida em R\$ 1,25/m³, sem embargo de esclarecer que tal valor poderá ser alterado em função do reconhecimento dos custos efetivamente incorridos pelas empresas construtoras com a indenização de jazida;

9.2.2. realize diligências com vistas a obter cópias de acordos de leniência, termos de delação premiada e sentenças judiciais que indiquem a prática de atos de corrupção e formação de cartéis no âmbito da licitação da obra do Arco Rodoviário do Rio;

9.2.3. identifique os responsáveis pelas irregularidades e submeta ao relator as propostas de citação e audiências pertinentes;

9.3. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil que adote as seguintes providências adicionais:

9.3.1. conclua, nestes autos, o exame das razões de justificativa apresentadas em respostas às audiências determinadas pelo Acórdão 2.919/2011-Plenário;

9.3.2. com base no art. 43 da Resolução TCU 259/2014, constitua, caso ainda não o tenha feito, processo apartado para tratar da repercussão do estudo sobre indenização de jazida, submetendo ao relator propostas de encaminhamento sobre o tema;

9.4. cientificar o Ministro de Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil acerca da instauração de tomada de contas especial, na forma do parágrafo único do art. 198 do Regimento Interno do TCU.”

3. Exsurgindo-se contra o referido desfecho processual, a construtora Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A. opôs embargos declaratórios em face do citado Acórdão, nos termos parcialmente transcritos a seguir (peça 434):

“(…)

1. SÍNTESE DA DECISÃO EMBARGADA

O presente processo cuidou da realização, no âmbito da Fiscobrás/2010, de Auditoria para a fiscalização da execução das obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro – contorno rodoviário na BR-493/RJ, entre os entroncamentos da BR-040/116/RJ e BR101/RJ. A ora Embargante esteve a cargo das obras compreendidas no Lote 02.

No bojo da instrução, a Secob-2 assinalou que o projeto executivo promoveu alterações no projeto básico que importaram em descaracterização do objeto e que, além disso, ensejaram o desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Sustentou, ainda, a suposta existência de jogo de planilha e a ocorrência de preços praticados superiores aos dos sistemas referenciais de preços. No mais, alegou ter ocorrido, in casu, relevante diferença nos valores do item “indenização de jazida”.

Sobreveio, por fim, o r. voto proferido por esse Excelentíssimo Ministro Relator, por meio do qual tece algumas considerações a respeito, principalmente sobre as interpretações em torno do adequado valor a ser considerado a título de indenização de jazida.

O r. voto sustenta que a indenização de jazidas, à época da celebração dos contratos examinados pela auditoria, se orientava pelo Sistema de custos Rodoviários do Dnit - Sicro-2, o qual, naquele momento, previa a indenização do produto da lavra pelo custo de R\$ 1,04/m³, enquanto os orçamentos dos ajustes consignavam um preço médio de R\$11,11/m³.

Em razão da diferença de valores apurada, sobreveio o Acórdão n° 2.919/2011, determinando que todos os pagamentos atinentes a esse item fossem limitados ao valor de referência de R\$ 1,25/m³. Nesta oportunidade, foi acolhida proposta apresentada pela Unidade Técnica, pelo então relator do feito, Ministro Vital do Rêgo, para autuar processo específico, no qual se trataria da repercussão do estudo, juntamente com o diálogo institucional entre DNIT e DNPM.

Vieram aos autos o Pedido de Reexame formulado pela SEOBRAS em face do acórdão mencionado, fundamentado precipuamente no fato da decisão impor prejuízo direto ao princípio da segurança jurídica, uma vez que não se revelava condizente com a realidade dos custos para a

obtenção dos materiais no local de execução, além de, em última medida, implicar ônus excessivo às obrigações inicialmente fixadas no convênio firmado entre DNIT e Estado.

O Acórdão nº 3451/2012, que acolheu o Pedido de Reexame em questão, reconheceu que: i) o preço de referência da tabela SICRO para a indenização de jazidas não seria confiável, uma vez que o valor não havia sido modificado desde sua implantação; ii) ante a ausência de normas tratando do tema, seria indispensável adotar um valor mediano de preços de acordo com o laudo da UERJ, que, atualizado até 2012, já considerando o índice deflacionário, perfazia o montante, referido a maio de 2007, de R\$ 5,84/m³.

Frise-se, ainda, que o destacado Acórdão nº 3451/2012 determinou à Secob-2 que concluísse os estudos relativos à metodologia de precificação do insumo "indenização de jazidas", bem como deu ciência à Seobras/RJ e ao DNIT de que o preço unitário de R\$ 5,84/m³ possuía caráter provisório e excepcional, aplicável exclusivamente ao Convênio TT262/2007-00, tendo em vista a ausência de normatização específica sobre a matéria, podendo tal entendimento ser novamente revisto, a depender do resultado dos estudos a serem concluídos pela Secob-2.

Por conseguinte, em observância à determinação contida no destacado acórdão, foi elaborado estudo pela Seinfra Rodovia, o qual, desconsiderando o entendimento anterior exarado por essa Egrégia Corte, sustentou que o preço do serviço de indenização de jazida, no presente caso, deveria observar eventual norma editada, ou, na sua ausência, a conclusão dos estudos sugeridos ao DNPM e DNIT.

Ato contínuo, a ora Embargante trouxe aos autos seus esclarecimentos, chamando a atenção para as impropriedades contidas no estudo produzido pela Seinfra.

Em seguida, foi proferido o v. acórdão, o qual determinou a instauração de tomada de contas especial objetivando a quantificação do suposto débito. O teor do v. acórdão sustenta, dentre outros aspectos, o de que esta Corte de Contas não acolheu definitivamente o valor de R\$ 5,84/m³, e que os acórdãos por ela proferidos adotaram "soluções provisórias", enquanto os estudos não se concluíam.

Ocorre que, com o devido respeito, no respeitável voto do Excelentíssimo Relator há um flagrante conflito de premissas, o que leva à hipótese de cabimento dos presentes Embargos de Declaração, objetivando eliminar a contradição detectada pela Embargante, conforme os elementos que serão explicitados detidamente a seguir.

(...)

3. O DIREITO

3.1. DA CONTRADIÇÃO DETECTADA NO V. ACÓRDÃO EMBARGADO

O v. acórdão, em seu item V, ao tratar do tema afeto à "indenização de jazida", reforça a tese de que se fazem necessários estudos mais aprofundados para a definição dos valores devidos a esse título, conforme se infere do trecho abaixo transcrito:

"Nesta ocasião, deixo de tecer outras considerações sobre tal estudo, por entender que o assunto seja de elevada complexidade jurídica e pelo fato de a unidade técnica ainda não ter formulado propostas de encaminhamento. Considero que tal providência deva ser conduzida em processo apartado, medida que já foi autorizada pelo Ministro Vital do Rêgo, na condição de relator anterior desse feito."

Muito embora o v. acórdão aponte que o estudo da Seinfra procurou observar as especificidades do caso concreto, também ressalta que buscou o oferecimento de soluções por meio de uma interpretação analógica, dada a ausência de critérios e limites normativos para a definição desses valores.

Extrai-se deste contexto, portanto, que a solução da questão por esta Egrégia Corte de Contas Federal reclama maior reflexão, por meio de um estudo técnico mais denso, o que faz com que o r. decisum contemple disposições conflitantes.

A contradição a que se alude no caso, portanto, reside no fato de que o v. acórdão afirma a necessidade de se instaurar um incidente específico para que se produzam estudos a respeito do valor adequado a ser atribuído à porcentagem de indenização de jazidas, bem como que se consolide as

posições relativas ao tratamento da questão (indenização pela servidão administrativa instituída), ao mesmo tempo em que estipula, para o presente caso concreto, um montante que entende adequado, mas que termina por não observar, além do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e em último grau, o princípio da segurança jurídica. As afirmações contidas no v. acórdão são inconciliáveis.

Em outras palavras: se é necessária a realização um estudo aprofundado envolvendo, inclusive, outros órgãos técnicos, para se chegar a uma conclusão sobre um valor que seja uniforme, é porque não se tem como afirmar, com segurança, que a solução adotada no Acórdão nº 2.919/2011, que fixa o valor de R\$ 1,25m³ à título de indenização de jazidas, é, de fato, a mais adequada e correta. Do contrário, vale dizer, caso o valor fosse correto e efetivo na remuneração dos custos incorridos, o v. acórdão não teria dúvidas em adotá-lo como paradigma uniformizador.

Essa exposição, portanto, torna inequívoco o prejuízo que a ora Embargante terá de suportar com a decisão exarada, notadamente porque, como já se demonstrou, há evidente insegurança jurídica na decisão que supostamente seria definitiva e, além disso, o valor definido por esta Corte não abarca todos os custos incorridos.

Ao mesmo tempo, diante desse cenário, também se apresenta contraditório afirmar que existem elementos suficientes para a conversão do processo em tomada de contas especial, nos termos do art. 252 do Regimento Interno dessa Corte, isso porque não se tem indícios de ocorrência de desfalque ou de qualquer outro ato que culmine em dano ao Erário.

Portanto, tem-se que os fundamentos explicitados pelo Julgador como razão de decidir estão em conflito com outras premissas estipuladas no próprio v. acórdão, o que limita a escorreita compreensão da decisão, para o conseqüente enfrentamento em outras instâncias e esferas administrativas e judiciais.

E toda a situação acima exposta acaba por inviabilizar o exercício da ampla defesa. O livre convencimento do julgador pressupõe a necessidade de uma análise motivada e congruente dos atos promovidos no curso do processo, seja ele judicial ou administrativo, ou seja, deverá levar em consideração a complexidade do tema, os argumentos e as provas produzidas pelas partes durante todo o procedimento, garantindo a racionalidade da decisão, que não poderá ser proferida fora dos limites do que as partes discursivamente debateram, e da base formadora do Estado Democrático de Direito. Disto resulta a importância da explicitação coerente dos fundamentos da decisão, uma vez que é direito da parte impugnar, por meio da via recursal, os motivos que levaram à eventual condenação.

Vale rememorar, inclusive, que a escorreita motivação das decisões administrativas encontra previsão na Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso X, da seguinte forma:

“X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;”

Além disso, o inciso IX do mesmo dispositivo constitucional deixa claro que quando não estiverem devida e adequadamente fundamentados de forma precisa e não dissonante, os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão passíveis de nulidade, o que, consoante interpretação permitida pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, também alcança as decisões emanadas pelos órgãos administrativos, especialmente os de controle externo.

A propósito da referida incongruência de fundamentação, se mostram relevantes as disposições constantes na já citada Lei Federal nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal, a qual dispõe em seu art. 2º e 50 que:

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

Nas palavras do de Celso Antônio Bandeira de Mello, a adequada motivação pode ser definida da seguinte maneira:

“(...) A motivação integra a ‘formalização’ do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como ‘causa’ do ato administrativo, (...)”

Com efeito, o artigo 287, do Regimento Interno desse Egrégio Tribunal, prevê a contradição como hipótese de cabimento dos embargos de declaração. Observe-se:

“Art. 287. Cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal.”

Nesse sentido, e por todas as razões acima expostas, entende-se indispensável que a contradição do v. acórdão embargado seja suprida, o que, em última análise, permitirá à Embargante exercer o seu direito fundamental ao exercício da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inc. LV, CF/88).

3.2. DA NULIDADE EM RAZÃO DA INOBSERVÂNCIA AO ART. 24 DA LINDB

Embora a via dos Embargos de Declaração admita apenas sanar os vícios relativos à obscuridade, contradição e omissão, é certo que as nulidades podem ser arguidas a qualquer tempo na esfera processual. Nesse sentido, cumpre trazer o artigo 24, recém introduzido na LINDB, o qual condiciona a revisão de determinado conteúdo emanado pela esfera administrativa à manutenção de orientação expressa anteriormente.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Em outras palavras, para além da contradição apontada em se determinar ao caso concreto a aplicação de um montante e, paralelamente, afirmar a necessidade de maiores estudos aprofundados para se dirimir a questão, com a devida vênia, subsiste uma inobservância ao conteúdo legal trazido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o que leva o r. decisum à nulidade.

Isso porque o valor fixado no edital de licitação reflete exatamente a especificidade do serviço e peculiaridades dos locais em que houve a extração dos materiais e, conseqüentemente, o cenário de custos suportados pela empresa, em nada caracterizando sobrepreço, tendo sido essas assertivas abarcadas pelo Acórdão nº 3.451/2012, que sustentou ser o preço adotado no Edital de Licitação como o efetivamente razoável à título de indenização de jazida e à luz das especificidades do projeto e da localização.

Portanto, trata-se de uma situação plenamente constituída, para qual, à época dos fatos, não se vislumbrava qualquer óbice, já que todo o conteúdo foi revestido de absoluta regularidade, reconhecida, inclusive, por essa Egrégia Corte de Contas no citado Acórdão nº 3.451/2012.

É patente, portanto, a reforma do v. acórdão nesse sentido, extraindo-se o comando de conversão em tomada de contas especial, sob pena de contemplar no seu cerne uma nulidade, já que atinge frontalmente o artigo 24 incorporado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

4. OS PEDIDOS

Ante o exposto, requer sejam os presentes Embargos de Declaração providos para suprir a contradição, com fundamento no artigo no artigo 287, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas. Paralelamente, objetivando a uniformização de entendimentos a respeito da matéria e visando evitar a imputação de qualquer prejuízo à Embargante em razão disso, pleiteia-se o sobrestamento do presente feito até que sobrevenha uma definição efetiva sobre a questão atinente à indenização de jazidas.



Por fim, ante à inobservância do art. 24 da LINDB, aspecto que importa em nulidade do r. decisum, requer seja revista o v. acórdão, em inteiro prestígio ao princípio da legalidade. Termos em que pede deferimento.”

É o Relatório.