

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 013.635/2011-5 [Aposos: TC 015.010/2008-9, TC 001.381/2015-6, TC 036.056/2016-2]

Natureza: I – Embargos de Declaração (Tomada de Contas Especial)

Órgão/Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

Responsáveis: Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (17.262.213/0001-94); Consórcio Construtor BR-163 (02.870.297/0001-71); Construtora Norberto Odebrecht S.A. (15.102.288/0001-82); Álya Construtora S.A. (33.412.792/0001-60); Estacon Engenharia S.A. (04.946.406/0001-12); Francisco Augusto Pereira Desideri (310.929.347-15); Hideraldo Luiz Caron (323.497.930-87); Luís Munhoz Prosel Junior (459.516.676-15); Maurício Hasenclever Borges (006.996.756-34); Roberto Borges Furtado da Silva (490.589.751-34); Rogério Gonzales Alves (553.259.397-34).

Representação legal: Guilherme Gonçalves Martin (42989/OAB-DF) e Elísio de Azevedo Freitas (18.596/OAB-DF), representando Hideraldo Luiz Caron; Igor Barbosa Faria (40.354/OAB-DF), Terence Zveiter (11717/OAB-DF) e outros, representando Roberto Borges Furtado da Silva; Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF), Patrícia Guercio Teixeira Delage (90.459/OAB-MG) e outros, representando Consórcio Construtor BR-163; Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF), Patrícia Guercio Teixeira Delage (90.459/OAB-MG) e outros, representando Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Pedro Eloí Soares (1586-A/OAB-DF), Karine Alves de Lima e outros, representando Maurício Hasenclever Borges; Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF), Patrícia Guercio Teixeira Delage (90.459/OAB-MG) e outros, representando Construtora Queiroz Galvão S.A.; Guilherme Gonçalves Martin (42989/OAB-DF) e Elísio de Azevedo Freitas (18.596/OAB-DF), representando Luís Munhoz Prosel Junior; Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF), Patrícia Guercio Teixeira Delage (90.459/OAB-MG) e outros, representando Andrade Gutierrez Engenharia S.A.; Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF), Patrícia Guercio Teixeira Delage (90.459/OAB-MG) e outros, representando Estacon Engenharia S.A.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DNER. OBRAS BR-163/PA. SUB-ROGAÇÃO DE CONTRATOS DO ESTADO DO PARÁ COM POSTERIOR UNIFICAÇÃO DOS AJUSTES. SOBREPREÇO. SUPERFATURAMENTO. CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DOS PAGAMENTOS. CITAÇÃO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTAS. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. SUPERFATURAMENTO EVIDENCIADO. NEGATIVA DE PROVIMENTO AOS RECURSOS. COMUNICAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU

OMISSÃO NA DECISÃO RECORRIDA. TENTATIVA DE REDISCUTIR O MÉRITO. REJEIÇÃO. NOVOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER PROTELATÓRIO. RECEBIMENTO DA PEÇA COMO MERA PETIÇÃO. MULTA. DETERMINAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. CIÊNCIA.

## RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelas empresas Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Álya Construtora S.A. (atual denominação da Construtora Queiroz Galvão S.A.) e Estacon Engenharia S.A., ao Acórdão 1.500/2022-Plenário, que, por sua vez, conheceu e rejeitou embargos declaratórios opostos pelas mesmas empresas e outros responsáveis ao Acórdão 992/2022-Plenário, por meio do qual o Tribunal negou provimento aos recursos de reconsideração interpostos em face do Acórdão 1.929/2019-Plenário, que julgou o mérito deste processo de tomada de contas especial, constituído em virtude de indício de superfaturamento apurado nas obras de implantação e conservação do trecho paraense da BR-163, executadas de 1997 a 2008.

2. No ano de 1989, o então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e a Secretaria Executiva de Transportes do Estado do Pará (Setran) firmaram o convênio PG-015/89, por meio do qual o concedente transferiu recursos ao conveniente para serem aplicados em obras num trecho de 698,5 km de extensão da BR-163, entre a divisa dos Estados do Pará e Mato Grosso e o entroncamento com a BR-230/PA.

3. Por meio da Concorrência 019/90, a Setran licitou quatro trechos da BR-163, resultando nos Contratos AJUR 55/91 (Lote 1), AJUR 56/91 (Lote 02), AJUR 57/91 (Lote 3) e AJUR 04/91 (Lote 4), celebrados, respectivamente, com as empresas Construtora Norberto Odebrecht S.A., Estacon Engenharia S.A., Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Construtora Queiroz Galvão S.A.

4. Em 25/11/1997, os referidos ajustes, totalizando R\$ 220.464.302,93 (duzentos e vinte milhões quatrocentos e sessenta e quatro mil trezentos e dois reais noventa e três centavos), foram transferidos ao extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), por intermédio dos respectivos Termos de Cessão ou Sub-rogação PG-209/97, PG-210/97, PG-211/97 e PG-212/97, conforme detalhado na tabela a seguir:

Tabela 1 – Contratos de sub-rogação firmados com o DNER.

Contratada	Contrato	Objeto	Valor (R\$)
Construtora Norberto Odebrecht S.A.	PG-211/97-00	Pavimentação de 172 km em areia-asfalto usinado a quente no lote 1 da BR-163.	41.634.305,69
Estacon Engenharia S.A.	PG-212/97-00	Pavimentação de 199,5 km em areia-asfalto usinado a quente no lote 2 da BR-163.	68.312.716,24
Construtora Andrade Gutierrez S.A.	PG-210/97-00	Pavimentação de 163,5 km em concreto betuminoso usinado a quente no lote 3 da BR-163.	54.116.485,96
Construtora Queiroz Galvão S.A.	PG-209/97-00	Pavimentação de 163,5 km em concreto betuminoso usinado a quente no lote 4 da BR-163.	56.400.795,04

5. Cerca de três anos depois, as contratadas formaram o Consórcio Construtor BR-163 e celebraram com a autarquia federal o Contrato PG 225/2000, em substituição aos quatro ajustes firmados anteriormente.
6. Essa última avença foi fiscalizada pelo Tribunal de Contas da União no âmbito do Fiscobras/2008 (TC 015.010/2008-9), processo em que foram apontados indícios de superfaturamento nas obras, decorrente do sobrepreço de itens de serviço do empreendimento. Tal fato ensejou a expedição de medida cautelar em 11/9/2008, determinando ao Dnit, órgão sucessor do DNER, a retenção de pagamentos.
7. Logo em seguida, em 30/9/2008, o ajuste foi rescindido pela referida autarquia, tendo em vista que a conclusão do projeto executivo, ocorrida em 2006, evidenciou significativa desvantagem de sua manutenção. O orçamento obtido para o contrato foi de R\$ 664.806.009,77, enquanto a estimativa de preços com base no Sicro era de R\$ 334.503.211,28.
8. O Acórdão 2.440/2008-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, embora tenha registrado a rescisão do mencionado ajuste, manteve os termos da medida cautelar vigente, bem como informou à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que o bloqueio orçamentário das obras de construção da BR-163/PA tornou-se desnecessário após a rescisão do Contrato PG 225/2000.
9. Cabe fazer um parêntesis para frisar que, no exercício de 2003, o Dnit publicou o Edital de Concorrência 228/2003, destinado a contratar os serviços de conservação e recuperação da BR 163/PA. No entanto, em fevereiro de 2005, em atendimento à solicitação do consórcio construtor, a autarquia revogou a licitação, sob o argumento de que haveria superposição entre os objetos do certame licitatório e do Contrato PG 225/2000.
10. Na ocasião, os quantitativos de restauração e conservação do Contrato PG 225/2000 já se encontravam inteiramente esgotados e tais serviços eram pagos com verbas destinadas aos itens contratuais de construção. Para superar tal óbice, o Dnit celebrou aditivo contratual, transferindo parte dos serviços de construção para as atividades de conservação da rodovia. Não havia, pois, o alegado impedimento para prosseguimento do certame, porque os itens de serviços de restauração e conservação da rodovia haviam sido consumidos nos 15 anos em que vigoravam aqueles contratos.
11. Além disso, a medida foi apontada como danosa ao Erário, haja vista que, na ocasião, os preços praticados pelo consórcio superavam, em 83%, os valores registrados no Sicro para os mesmos serviços. Tal decisão impôs, à época das medições, suposto prejuízo de R\$ 4,2 milhões ao Erário, montante este que só não foi superior porque a medida cautelar concedida pelo então relator, Ministro Ubiratan Aguiar, evitou o pagamento de R\$ 15,7 milhões ao contratado.
12. Após a quantificação do débito, conduzida no âmbito do TC 015.010/2008-9, o Acórdão 1.193/2011-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, determinou a constituição deste processo de tomada de contas especial e a citação dos responsáveis, bem como manteve os efeitos da cautelar referendada pelo Acórdão 2.440/2008-Plenário.
13. O Sr. Maurício Hasenclever Borges, ex-dirigente do DNER, e as quatro construtoras foram citados em razão da celebração dos contratos de 1997, que resultaram nos superfaturamentos apurados no período de 1997 a 2000. Segundo a decisão de mérito desta TCE, a assinatura dos Contratos PG-209/1997, PG-210/1997, PG-211/1997 e PG-212/1997 teria se dado sem qualquer tipo de análise sobre a real vantagem da sub-rogação dos referidos ajustes em alternativa à realização de uma nova licitação,

ou, ainda, à repactuação dos valores que haviam sido contratados no âmbito do certame realizado pela Setran/PA.

14. Por seu turno, os Srs. Roberto Borges Furtado da Silva (então Chefe do Serviço de Construção e Pavimentação do DNER), Francisco Augusto Pereira Desideri (como Chefe da Divisão de Construção do DNER) e Rogério Gonzales Alves (Diretor Substituto de Engenharia Rodoviária do DNER à época dos fatos) foram citados em solidariedade com as empresas componentes do Consórcio Construtor da BR-163, em razão do débito apurado no período de 2000 a 2003, pois teriam analisado e sugerido a aprovação da planilha de preços enviada pelo consórcio e que fundamentaria o Contrato 225/2000.

15. Por fim, os Srs. Luis Munhoz Prosel Júnior, então ocupante do cargo de Coordenador-Geral de Construção Rodoviária, e Hideraldo Luiz Caron, na condição de Diretor de Infraestrutura Terrestre, foram citados em solidariedade com as empresas componentes do Consórcio Construtor da BR-163 pelo débito decorrente da revogação do edital de licitação 228/2003, dando causa ao prosseguimento da execução do Contrato PG 225/2000, com superfaturamento, de 2003 a 2008.

16. Segundo o relator **a quo**, o eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, a revogação do Edital 228/2003 ocorreu em atendimento à solicitação do consórcio executor, sob o argumento de que haveria superposição entre os objetos do certame e do Contrato PG 225/2000. No entanto, não haveria impedimento para prosseguimento da nova licitação, porque os quantitativos de serviços de restauração e conservação do referido ajuste haviam sido integralmente consumidos e vinham sendo pagos com verba de construção.

17. Além disso, logo após a revogação do certame licitatório, o Contrato 225/2000 foi aditivado para remanejamento das verbas. Assim, o relator da decisão recorrida considerou que os responsáveis procederam sem avaliar a economicidade do contrato frente ao edital a ser revogado e aos valores constantes dos referenciais públicos.

18. Em linhas gerais, os percentuais de superfaturamento observados nos ajustes em apreciação foram os indicados na tabela a seguir, conforme relatório que embasou o Acórdão 1.929/2019-Plenário:

Tabela 2 – Percentuais de superfaturamento.

Contrato/Período de Execução	Superfaturamento apontado
209/1997 - Sem considerar a 34ª medição	52,62%
210/1997	66,47%
211/1997	63,64%
212/1997	64,86%
225/2000 - 2000 a 2002	45,37%
225/2000 - 2003 a 2008 - Somente até a 55ª medição	8,02%

19. O Acórdão 1.929/2019-Plenário, além de julgar irregulares as contas dos agentes elencados acima, imputou os seguintes débitos atualizados (até o dia 24/6/2019) a cada grupo de responsáveis solidários:

Contrato	Débito Atualizado	Responsáveis Solidários
Contrato PG 209/1997	R\$ 4.814.992,30	Maurício Hasenclever Borges Construtora Queiroz Galvão S.A.

Contrato PG 210/1997	R\$ 5.737.672,39	Maurício Hasenclever Borges Construtora Andrade Gutierrez S.A.
Contrato PG 211/1997	R\$ 47.260.992,11	Maurício Hasenclever Borges Construtora Norberto Odebrecht S.A.
Contrato PG 212/1997	R\$ 5.917.176,04	Maurício Hasenclever Borges Estacon Engenharia S.A.
Contrato PG 225/2000 (22/12/2000 a 24/6/2004)	R\$ 39.402.901,78	Roberto Borges Furtado Silva Francisco Augusto Pereira Desideri Rogério Gonzales Alves empresas integrantes do Consórcio Construtor da BR 163
Contrato PG 225/2000 (28/12/2005 a 14/8/2008)	R\$ 4.952.878,54	Luiz Munhoz Prosel Júnior Hideraldo Luiz Caron empresas integrantes do Consórcio Construtor da BR 163

20. Outrossim, o Acórdão 1.929/2019-Plenário aplicou as seguintes multas, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992:

Responsável	Valor (R\$)
Maurício Hasenclever Borges	22.746.166,57
Roberto Borges Furtado Silva	7.251.594,39
Francisco Augusto Pereira Desideri	7.251.594,39
Rogério Gonzales Alves	7.251.594,39
Luiz Munhoz Prosel Júnior	1.330.191,90
Hideraldo Luiz Caron	1.330.191,90
Construtora Queiroz Galvão S.A.	9.544.784,75
Construtora Andrade Gutierrez S.A.	9.729.320,77
Construtora Norberto Odebrecht S.A.	27.033.984,71
Estacon Engenharia S.A.	9.765.221,50

21. Ao Acórdão 1.929/2019-Plenário, foram opostos embargos de declaração, os quais foram conhecidos e rejeitados pelos Acórdãos 3.044/2019-Plenário e 755/2020-Plenário.

22. Irresignados com o referido desfecho processual, os responsáveis interpuseram recursos de reconsideração que foram apreciados pelo Acórdão 992/2022-Plenário, que negou provimento aos apelos.

23. Posteriormente, o Acórdão 1.500/2022-Plenário rejeitou os embargos de declaração opostos pelas quatro construtoras elencadas acima, bem como pelos Srs. Roberto Borges Furtado da Silva, Luiz Munhoz Prosel Júnior e Hideraldo Luiz Caron.

24. O Sr. Maurício Hasenclever Borges também opôs embargos declaratórios ao Acórdão 992/2022-Plenário, sendo tal expediente apreciado pelo Acórdão 1.725/2022-Plenário.

25. Nesta oportunidade, os novos embargos das empresas Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Álya Construtora S.A. (atual denominação da Construtora Queiroz Galvão S.A.) e Estacon Engenharia S.A. apresentaram as seguintes alegações (peça 428):

- a) ainda haveria dois pontos fulcrais com omissão e contradição que precisariam ser saneados para que se tenha os efeitos infringentes do recurso e a reforma da decisão final proferida;
- b) o primeiro deles seria a suposta omissão e contradição da decisão recorrida em relação às auditorias anteriores do TCU;

- c) o acórdão embargado afastou a legitimidade das auditorias que foram realizadas pelo TCU nos anos anteriores ao argumento de que nenhum julgamento anterior desta Corte de Contas atestou a regularidade dos preços contratados, mas a leitura das decisões proferidas nas fiscalizações anteriores, indicadas pelo Consórcio em seu recurso, deixa claro que especificamente nas auditorias de 2000 e 2003 o TCU analisou o orçamento pactuado e inclusive indicou a evolução do “custo médio por km” do contrato;
- d) o Acórdão 842/2003-Plenário, que apreciou auditoria realizada nas obras de construção de trechos rodoviários no Corredor Leste - BR-101 até o entroncamento das BR-040, BR-116 e BR-101 (BR-493), indica um custo por km como parâmetro de R \$3.224.413,06/km (maio/2002), valor muito superior aos R\$ 1.248.263,00 (reajustado até 2003) indicados na época para o Contrato PG-225/2000-00, ora em exame;
- e) além dos contratos de obras rodoviárias auditados à época por essa Corte de Contas a partir da análise do custo médio por quilômetro (a exemplo do Acórdão 139/1999-Plenário, da Decisão 487/2000-Plenário e do Acórdão 1.091/2000-Plenário, dentre tantos outros), tem-se que tal metodologia de orçamentação e de pagamento se tornou até mesmo parâmetro contemplado no próprio SICRO do DNIT – referencial oficialmente utilizado pelo TCU;
- f) com todo o respeito à decisão proferida, haveria importante omissão (ou erro de fato) na análise empreendida, porquanto o “custo por quilômetro” é oficialmente um parâmetro capaz de fornecer entendimento sobre os preços contratados e indicar se estão respeitando ou não a economicidade exigida pela Administração Pública;
- g) assim, o TCU teria auditado efetivamente o contrato e seu orçamento e nada contra ele determinou, revestindo de mais absoluta legitimidade todos os atos praticados até o momento em que foi levantada suposta irregularidade, o que precisaria ser reconhecido sob pena de afronta a tão caro princípio que é o da segurança jurídica;
- h) o segundo ponto destacado é que haveria omissão e contradição quanto ao impacto das chuvas na obra em exame;
- i) não foram emitidos termos de paralisação das obras pelo Dnit a permitir a regular e remunerada interrupção dos trabalhos nos períodos/dias de chuvas;
- j) esta Egrégia Corte usa como fundamento o fato de que “*os manuais de custos de obras rodoviárias não permitem alterar fatores de eficiência devido a paralisações ocasionadas por chuva*”, mas sabidamente tal previsão remete à necessidade de previsão de paralisação no cronograma de obras pactuado e de remunerada desmobilização nos períodos de notória chuva torrencial, o que também não ocorreu no caso em apreço;
- k) o novo Sicro prevê oficialmente os impactos relevantes das chuvas no custo de obras;
- l) ainda que as chuvas eventualmente sejam compreendidas como de pouca relevância, é fundamental que sejam consideradas para fins de redução (ainda que ínfima) do suposto débito;
- m) o fator de barganha não é uma diferença que existe em benefício do contratante, mas sim um ganho do particular que integra seu lucro e que decorre de seu próprio mérito na aquisição de insumos, devendo, portanto, ser entendido como remuneração devida pelo contratante, independentemente de outros aspectos;

n) nessa esteira, não se pode permitir que esse “fator de barganha” seja usado como forma de compensação com os custos incorridos no orçamento da obra em decorrência do impacto das chuvas na obra.

26. Diante do exposto, as empresas embargantes requerem que seus embargos de declaração sejam conhecidos e acolhidos em seu mérito para sanar os erros de fato, omissões e contradições apontados, reformando-se o Acórdão 1500/2022-Plenário, com a consequente reforma do Acórdão 1.929/2019-Plenário, para se reconhecer a regularidade dos valores pactuados e pagos, afastando-se a condenação e a aplicação de penalidade.

É o Relatório.