

VOTO

Em apreciação, os embargos de declaração opostos pelas empresas Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Alya 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.

2. Este feito tratou originalmente de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 1.193/2011-Plenário, em razão dos indícios de superfaturamento observados nas obras de implantação e conservação do trecho paraense da BR-163, executadas entre 1997 e 2008, nos termos do histórico apresentado no relatório que fundamenta esta deliberação.

3. O Acórdão 1.929/2019-Plenário julgou irregulares as contas dos agentes elencados na tabela a seguir, imputando-lhes os seguintes débitos (valores atualizados até o dia 24/6/2019):

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

4. Além disso, o mencionado **decisum** 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

5. Por intermédio do Acórdão 992/2022-Plenário, o TCU negou provimento ao recurso de reconsideração interposto pelos embargantes e demais recorrentes em face do Acórdão 1.929/2019-Plenário.

6 Conforme contextualizado no relatório que fundamenta esta deliberação, os primeiros embargos opostos pelas referidas construtoras trouxeram as seguintes alegações, apontando erros de fato, omissões e contradição no Acórdão 992/2022-Plenário (peça 394):

a) o parágrafo 54 do voto do Acórdão 992/2022-Plenário afastou a incidência do art. 24 da LINDB e 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;

b) nesse sentido, as embargantes citam trechos da Decisão 339/2000-1ª Câmara e do Acórdão 1.057/2003-Plenário;

c) assim, solicitam que se reconheça a suposta contradição em que incorreu a decisão embargada e entenda-se, como ocorreu no passado, pela legitimidade dos contratos firmados, dos serviços realizados e dos valores pagos aos contratados;

d) nos parágrafos 94 e seguintes do voto, ao avaliar os Trabalhos Técnicos da PINI e da SKILL apresentados como prova pelas empresas, a decisão embargada acabou apresentando os mesmos fundamentos do Acórdão 1.929/2019-Plenário para afastar o impacto das chuvas nos preços do contrato, apesar de fortemente combatidos no recurso;

e) dessa forma a decisão teria sido omissa, tendo em vista que de sua leitura não se tem a certeza e a clareza necessárias dos números que deveriam ser considerados para cada fator de impacto reconhecido pelo próprio TCU – seja em razão das chuvas, seja pelo indicado “fator de escala”, “poder de barganha” eventualmente alcançados pelas contratadas, dentre outros;

f) 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;

g) o artigo 20 da LINDB não admite que sejam usados valores jurídicos abstratos como razão de decidir, como ocorreu na decisão recorrida;

h) assim, ao se utilizar expressões como “ínfimo”, “fator de escala” e “fator de barganha” — premissas de cunho abstrato — para desconsiderar os relevantes elementos técnicos trazidos pelas embargantes, a decisão também viola os parâmetros da LINDB, sendo este mais um motivo para sua esclarecimento;

i) haveria erro de fato nos parágrafos 103 a 106 do voto, ao atribuir a responsabilidade para as empreiteiras pelas erosões por elas apontadas na obra em virtude das chuvas, porque todos os problemas deste caso decorreriam da falta de recursos da União, que impediu a regular e esperada execução da rodovia;

j) a falta de avanço das obras para que a terraplenagem tivesse a devida imprimação e pavimentação ocorreu exclusivamente pela falta de recursos, e se em algum momento a rodovia ficou desprotegida, da mesma forma, somente ocorreu pela falta de aportes pela União; e

k) por fim, a decisão foi omissa quanto ao pedido do embargante para que, na eventualidade de se manter os apontamentos, que fossem excluídos os juros em razão do tempo transcorrido desde a celebração dos contratos ou mesmo da conversão dos autos em TCE, sem que as empresas tenham contribuído em qualquer medida para esse longo prazo, na linha do que já decidiu o TCU em outros casos, valendo citar recentíssimo acórdão proferido no dia 8/6/2022, no processo 003.911/1999-3, que excluiu os juros de mora tendo em vista o longo trâmite do processo, sem culpa dos responsáveis.

7. Conforme contextualizado no relatório que fundamenta esta deliberação, tais embargos foram rejeitados pelo Acórdão 1.500/2022-Plenário.

8. Irresignadas com esse último **decisum**, as quatro construtoras apresentaram novos embargos de declaração, desta feita contra o Acórdão 1.500/2022-Plenário, aduzindo 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 da 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.

9. 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 conseqüente 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.

II

- 10. Feita essa apresentação dos fatos mais relevantes ocorridos nos autos, passo a decidir.
- 11. No âmbito desta Corte de Contas, os embargos de declaração destinam-se a sanar obscuridades, esclarecer contradições e suprir omissões porventura existentes em deliberações dos seus órgãos colegiados.
- 12. No caso de omissões, as que possuem aptidão de justificar a interposição de embargos de declaração são aquelas atinentes à ausência de apreciação de algum pedido ou argumento que o julgador estivesse obrigado a se manifestar na etapa processual imediatamente anterior, e que poderia alterar o julgamento.
- 13. Dito isso, não são aptos a justificar a interposição dos presentes embargos os argumentos sintetizados acima, porquanto se trata de matéria analisada de forma exauriente nas etapas processuais anteriores, cujo exame se encontra devidamente exposto ao longo dos relatórios e votos condutores que embasaram os Acórdãos 1.929/2019-Plenário (apreciou o mérito desta TCE), 3.044/2019-Plenário (rejeitou os embargos de declaração das construtoras opostos à primeira decisão), 992/2022-Plenário (negou provimento aos recursos de reconsideração dos responsáveis) e 1.500/2022-Plenário (rejeitou embargos de declaração em face do Acórdão 992/2022-Plenário).

14. Os embargos de declaração não se prestam para a apreciação de novas provas ou argumentos, tais como as alegações inéditas de que o custo por km da rodovia não estaria elevado, afirmação que contraria o que está registrado no âmbito do processo TC 008.178/2003-4, apreciado pelo Acórdão 1.057/2003-Plenário, em que se concluiu que o custo por quilômetro da obra estaria elevado.

15. Também não procede o novo argumento de que o custo por unidade de extensão de obras rodoviárias seja metodologia de orçamentação e de pagamento contemplado no próprio Sicro. Na verdade, a ilustração apresentada na peça recursal do embargante se refere ao novo indicador de custo médio gerencial implantado pelo Dnit, o qual poderia ser utilizado apenas para efeito de estudo de viabilidade de novos empreendimentos, consoante o exposto na apresentação do manual do indicador (disponível em https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/documentos/ManualdeCMGVol01ManualdeMetodologia_.pdf), **in verbis** (grifo acrescido):

“De fato, a dificuldade para se classificar e apropriar o custo de projetos lineares de infraestrutura de transportes é considerável, pois inúmeros elementos atuam em sua formação. Diante disso, o Manual de Custos Médios Gerenciais apresenta os indicadores de custos médios das obras sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Seu objetivo central consiste em embasar a tomada de decisão gerencial sobre a viabilidade de empreendimentos de infraestrutura de transportes. Ademais, a divulgação dos custos médios gerenciais possibilita ao público geral consultar quanto custam, em média, serviços e obras em vias de transporte.”

16. Com efeito, o uso de estimativas expeditas de custo, tal como o indicador de custo médio gerencial do Dnit, permite que os tomadores de decisão aprovelem o início de novos empreendimentos sem que sejam necessários gastos expressivos com a elaboração de projetos ou com a elaboração de orçamentos detalhados e mais precisos.

17. Diversos julgados recentes do TCU têm considerado que a reiteração, por meio de embargos de declaração, de argumentos devidamente examinados e refutados pelo órgão julgador evidencia uso abusivo da espécie recursal com intuito de evitar que a decisão do TCU produza os efeitos que lhe são inerentes, bem assim que a interposição reiterada de embargos declaratórios manifestamente protelatórios justifica a aplicação da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, consoante a jurisprudência deste Tribunal (v. g. Acórdãos 593/2017-Plenário, 1.687/2020-Plenário, 2.095/2020-Plenário, 2.001/2020-Plenário, 8.839/2020-2ª Câmara e 6.854/2020-1ª Câmara, dentre outros).

18. Idêntico entendimento encontra correspondência na jurisprudência dos tribunais superiores, que não raras vezes, aplicam na apreciação de embargos a multa do art. 1.026, §2º, do CPC, por identificarem intento protelatório¹.

19. O expediente recursal à peça 428 possui caráter nitidamente protelatório porque é o terceiro em sequência em que o recorrente apresenta os mesmos argumentos já exaustivamente enfrentados pelo TCU, o que implica seu recebimento, assim como de futuras impugnações da espécie, como mera

¹ Cito, à guisa de exemplo, os acórdãos proferidos pelo STF nos ED Rcl: 21986 RN (Rio Grande do Norte 0006699-93.2015.1.00.0000, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 13/04/2018, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-083 30-04-2018) e AgR-ED ARE: 975993 PR - Paraná, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 31/08/2018, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-189 11-09-2018; e pelo STJ no AgInt no REsp: 1553012 TO 2015/0168696-3, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 10/06/2019, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 12/06/2019).

petição, sem efeito suspensivo, nos termos do artigo 287, § 6º, do Regimento Interno, não suspendendo a consumação do trânsito em julgado do acórdão condenatório.

20. Registro que a argumentação relacionada ao fato de o TCU ter atestado a regularidade das obras em auditorias anteriores, além de não condizer com a realidade dos fatos, foi apreciada em ao menos três ocasiões, por meio dos Acórdãos 1.929/2019-Plenário (apreciou o mérito desta TCE), 992/2022-Plenário (negou provimento aos recursos de reconsideração dos responsáveis) e 1.500/2022-Plenário (rejeitou embargos de declaração em face do Acórdão 992/2022-Plenário).

21. Assim, remeto as empresas embargantes à leitura dos parágrafos 41 a 44 do voto condutor do Acórdão 1.500/2022-Plenário, em que tais questões foram apreciadas.

22. Por seu turno, as alegações tentando justificar a regularidade e economicidade dos preços acordados em virtude do suposto impacto das chuvas foram analisadas em quatro oportunidades por esta Corte de Contas, por meio dos Acórdãos 1.929/2019-Plenário, 3.044/2019-Plenário, 992/2022-Plenário e 1.500/2022-Plenário.

23. Talvez tenha sido a questão analisada com maior profundidade pelo TCU, de forma que remeto aos embargantes a leitura dos parágrafos 45 a 55 do Acórdão 1.500/2022-Plenário e 93 a 108 do Acórdão 992/2022-Plenário.

24. Há um novo argumento nos embargos ora em apreciação que não foi apresentado anteriormente, no sentido de que o Sicro atualmente prevê oficialmente os impactos das chuvas no custo de obras. De fato, tal informação é correta e foi considerada no voto condutor da decisão embargada para demonstrar exatamente o oposto do que era alegado pelas recorrentes, demonstrando que as metodologias dos pareceres das consultorias Pini e Skill eram inadequados por remunerar os equipamentos paralisados pelas chuvas pelos seus custos operativos, os quais consideram inclusive o gasto com combustíveis.

25. No voto condutor do Acórdão 1.500/2022, exemplifiquei tal conclusão com uma composição extraída do novo Sicro para o Estado do Pará (janeiro/2022), demonstrando que o fator de influência de chuvas representa apenas 4,68% em relação ao custo de execução do aludido serviço.

26. Dessa maneira, concluí que não haveria reparos a fazer quanto aos exames até então conduzidos sobre o impacto das chuvas nos custos dos serviços e, por conseguinte, no cálculo do débito imputado aos responsáveis, haja vista que o impacto das chuvas ordinárias mais do que seria compensado por outros fatores.

27. Portanto, fica patente o intento das empresas embargantes de dificultar o exercício das competências constitucionais por este Tribunal, a tumultuar a marcha processual e a subtrair o tempo do corpo técnico desta Casa e dos membros deste colegiado, que poderia ser utilizado em outros processos igualmente relevantes.

28. No intuito de inibir o manejo interminável de expedientes recursais procrastinatórios perante esta Corte de Contas, valho-me da solução adotada pelo Tribunal ao exarar o Acórdão 593/2017-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, e o Acórdão 1.687/2020-Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, e aplico às empresas Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Álya Construtora S.A. e Estacon Engenharia S.A., a multa prevista no artigo 58 da Lei 8.443/1992 c/c o artigo 1.026, § 2º, do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), na forma do artigo 298 do Regimento Interno do TCU. Estipulo o valor individual da sanção para cada empresa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

29. No mais, alerto as recorrentes de que a reiteração de embargos protelatórios ensejará a elevação da penalidade, conforme artigo 298 do Regimento Interno, c/c o artigo 1.026, § 3º, da Lei 13.105/2015.

30. Por fim, cabe determinar à Secretaria de Gestão de Processos (Seproc) que, de imediato, certifique o trânsito em julgado do Acórdão 1.929/2019-Plenário e adote as medidas pertinentes no sentido de autuar o processo de cobrança executiva dos débitos e das multas imputados neste processo.

Ante o exposto, voto no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2022.

BENJAMIN ZYMLER
Relator