

VOTO

O presente processo originou-se por força do item 9.1.2 do Acórdão nº 1.221/2004-Plenário, da então relatoria do emérito Ministro Adylson Mota, que determinou a instauração de autos apartados de tomada de contas especial, no intuito de verificar a questão dos preços relativos aos serviços praticados na construção de trechos rodoviários na BR-364, no Estado de Mato Grosso. As obras foram executadas mediante contratos celebrados diretamente pelo extinto DNER com as empresas construtoras.

2. Nos termos dos ofícios citatórios de fls. 23/50 da peça 1 e fl. 51 da peça 2 destes autos, convertidos em processo eletrônico, os responsáveis arrolados foram instados a apresentar alegações de defesa relativas a superfaturamento decorrente de quantitativos cobrados a maior na execução dos contratos concernentes aos lotes 2.1, 3.1 e 3.2, especificamente quanto à espessura das camadas de sub-base, de base e de rolamento, ao percentual de brita empregado na camada de base estabilizada granulometricamente com mistura solo-brita e à distância média de transporte de brita.

3. Essas três frentes de investigação e de apuração do débito basearam-se em trabalho de perícia realizado pelo 9º Batalhão de Engenharia de Construção do Exército Brasileiro (9º BEC), trabalho que subsidiou a Secex-MT a calcular o valor da dívida imputada aos responsáveis.

4. A imputação de responsabilidade pelos valores pagos a maior, objeto do chamamento citatório, decorrem da execução de quatro contratos, a saber:

- Contrato PD/11-012/2001-00, celebrado com a Construtora Agrimat Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., destinado às obras do lote 2.1;
- Contrato UT/11.021/2004-00, celebrado com a Construtora Sercel Ltda., destinado à conclusão do remanescente dos serviços do lote 2.1, em virtude de rescisão do contrato originalmente celebrado com a Construtora Agrimat;
- Contrato PD/11-013/2001-00, celebrado com a empresa Enpa Engenharia e Parceria Ltda., destinado às obras do lote 3.1;
- Contrato PD/11-009/2001-00, celebrado com a empresa Tamasa Engenharia S/A, destinado às obras do lote 3.2.

5. Após sucessivas e extensas dilações de prazo solicitadas pelos responsáveis, essencialmente pelas empresas, foram apresentadas as alegações de defesa que restaram analisadas no âmbito da Secob-2, tendo em vista a redistribuição da atribuição instrutiva dos autos por conveniência do serviço.

6. Em conclusão às análises empreendidas, a auditora-instrutora da Secob-2 considerou não mais persistir o débito relativamente ao trecho executado pela Construtora Agrimat Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., tendo em vista o fato de o laudo do órgão do Exército não ter sido conclusivo quanto ao percentual do material pétreo empregado nas amostras da base do leito estradal. Tampouco as diferenças das espessuras das camadas de rolamento influenciaram na apuração de débito, para os serviços executados pela empresa em causa. Essas conclusões foram corroboradas pela instância dirigente da Secob-2 e pela representante do Ministério Público. Alinho-me à análise da unidade especializada para esse ponto e, por conseguinte, acolho as alegações de defesa apresentadas pela Agrimat, excluindo-a do rol de responsáveis desta tomada de contas especial.

7. De igual sorte, por restarem afastadas, por razões de caráter subjetivo, as responsabilidades dos Senhores Laércio Coelho Pina e Sérgio Luis Morais Magalhães e da Senhora Moema Miranda Martins Melhorança, nos termos dos fundamentos da instrução técnica que incorporo às minhas razões de decidir, também entendo que devam ser acolhidas suas alegações de defesa, com a consequente exclusão dessas pessoas físicas do rol de responsáveis.

8. Todavia, no que concerne às empresas Sercel Ltda., Enpa Engenharia e Parceria Ltda. e Tamasa Engenharia S/A, e aos Senhores Rui Barbosa Igual, Antonio Carlos de Melo Victório, Orlando Fanaia Machado e Amauri Sousa Lima, as defesas esgrimidas não lograram elidir parte do débito imputado a esses responsáveis, razão pela qual devem ser condenados a ressarcir os cofres do DNIT, segundo os montantes solidariamente especificados na minuta de acórdão que ao final estarei submetendo à consideração dos meus pares.

9. No âmbito, portanto, dos Contratos UT/11.021/2004-00 (Construtora Sercel), PD/11-013/2001-00 (Enpa), e PD/11-009/2001-00 (Tamasa), subsistiu o pagamento por serviços não executados para a confecção das camadas de sub-base, base e rolamento, bem como o pagamento para distâncias médias de transporte de brita maiores do que as efetivamente praticadas. Esses dois itens configuram os montantes de débito que motivam a irregularidade das contas, a condenação dos responsáveis à recomposição dos cofres do DNIT e a aplicação da multa proporcional prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992.

10. Quanto ao terceiro item investigado neste feito – composição percentual de brita empregada na base estabilizada granulometricamente – o laudo do 9º BEC foi inconclusivo, razão pela qual não há elementos de convicção adequados que permitam a imputação de débito a esse título, conforme bem analisado pela Secob-2.

11. Também no que concerne aos dois itens anteriormente mencionados, reveladores de dano ao erário (pagamento por serviços não executados das camadas da rodovia e distâncias de transporte de brita cobradas e pagas a maior que as realmente praticadas), foram acolhidas parte das alegações de defesa, reduzindo-se o débito inicialmente imputado aos responsáveis.

12. Assim, para o Contrato UT/11.021/2004-00 (Construtora Sercel), o valor inicialmente imputado de R\$ 3.041.620,25 foi reduzido para R\$ 747.740,81. No Contrato PD/11-013/2001-00 (Enpa), após o exame das alegações de defesa o débito foi reduzido de R\$ 5.525.799,58 para R\$ 526.334,38. E, por fim, no Contrato PD/11-009/2001-00 (Tamasa), a imputação inicial de R\$ 3.883.162,11 decresceu para R\$ 3.020.141,22.

13. Em suma, a análise técnica empreendida pela Secob-2, confrontando os laudos periciais produzidos pelo Exército Brasileiro e os argumentos de defesa apresentados pelos responsáveis, demonstra-se irretorquível. A auditora-instrutora da unidade especializada logrou refutar com propriedade as alterações dos defendentes, tanto no que se refere a espessura real das camadas de sub-base, base e de rolamento dos trechos estradais objetos do presente processo, como das distâncias efetivas de transporte de brita.

14. Não há reparos a fazer à metodologia de aferição das espessuras das camadas, na forma calculada pelo 9º BEC, que seguiu todas as normas aplicáveis à espécie, de acordo com os ensaios constantes das especificações do DNER.

15. As defesas apresentadas para esse ponto não lograram infirmar a correção dos resultados obtidos pela perícia do Exército. Tampouco foram apresentadas contraprovas que contestassem os dados obtidos, malgrado o longo prazo de defesa concedido e várias vezes estendido para os responsáveis.

16. Nesse ponto, cumpre deixar clara a distinção que se faz entre critérios tidos por aceitáveis para pequenas variações da espessura das camadas da estrada (do ponto de vista da solidez da obra) das diferenças de espessura que representam parte do débito discutido nesta TCE. No primeiro caso, resulta em se admitir que o recebimento do serviço não é obstado caso se apresentem variações aceitáveis pelas normas do DNER/DNIT. No segundo caso, todavia, não se admite que essas variações de espessura sejam pagas como se inexistentes. E, no caso concreto em exame, para todos os trechos e respectivos contratos analisados, as variações a menor das camadas foram pagas como se tivessem sido executadas de acordo com o projeto, ou seja, maiores do que a realidade revelada pela perícia.

17. Reproduzo, para maior clareza, o seguinte trecho em que a Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva trata essa questão:

“7. No entanto, não se afigura razoável, ainda que aceitável como critério de admissibilidade da obra, que os valores pagos pela Administração Pública não reflitam a realidade dos serviços prestados pelas empresas contratadas. E é exatamente este o caso objeto da presente TCE. Pagou-se, a maior, de forma indevida, em prejuízo do erário, às empresas contratadas para a execução dos lotes do trecho da citada rodovia, garantindo-lhes enriquecimento injustificado.

*8. Ressalte-se que independentemente de os serviços estarem ou não em conformidade com as normas que regem a matéria, consideraram-se, para efeito de **cálculo do débito, os valores recebidos pelas empresas por quantitativos de serviços não executados**, e não a diferença entre o contratado e o pago, ou ainda, entre o contratado e o realizado, que representaria a parcela do serviço executada em desconformidade com as normas e especificações.*

9. Em louvor à clareza de pensamento, para que não reste dúvida alguma sob o acerto do critério adotado, repise-se que os débitos imputados às empresas contratadas exprimem a diferença entre os serviços que foram atestados e pagos pelo Dnit e aqueles que foram efetivamente realizados, aferidos pelo 9.º Batalhão de Engenharia de Construção – BEC. Portanto, não merecem prosperar as alegações das empresas citadas quanto à inexistência de prejuízo ao Erário e, por conseguinte, de débito a ser a elas imputado.” (Grifos do original).

18. Quanto ao segundo item formador do débito – a diferença entre os pagamentos a maior para as distâncias de transporte da brita utilizada nas obras, a partir das efetivas pedreiras utilizadas – as defesas também não lograram afastar os resultados da perícia do 9º BEC, quando essa foi conclusiva em apontar a real fonte utilizada para a retirada do material pétreo.

19. Nos casos em que o órgão militar não logrou apontar conclusivamente a jazida utilizada, adotou-se como cálculo do item, de forma favorável aos defendentes, o local previsto em revisão de projeto. E, ainda, em casos em que se apresentou a possibilidade de utilização de mais de uma pedreira, considerou-se a maior distância, em atitude conservadora e de modo a não imputar débito não apurado de forma rigorosa.

20. As alegações em contrário formuladas pelas empresas e demais responsáveis não se apoiaram em nenhum elemento de convicção mais robusto, como seria o caso de se apresentar, por exemplo, notas fiscais idôneas e abrangentes de todo o material adquirido; contratos firmados com os proprietários das jazidas; pareceres técnicos; atas de reunião; estudos das jazidas; licenças ambientais ou qualquer outra prova documental capaz de sustentar a defesa. Permaneceram no campo da mera alegação e da apresentação de parca documentação ineficaz para elidir os sólidos fundamentos de apuração do dano ao erário.

21. Assim, após acolhida parte das alegações de defesa, os débitos são fixados a partir do confronto entre as quantidades realmente executadas para as espessuras das camadas dos trechos rodoviários e para as distâncias de transportes de brita, *versus* as medições consideradas para os pagamentos. Os cálculos estão minuciosamente postos no Anexo I à peça instrutiva (fls. 771/791) e são retomados de forma explicativa no curso da instrução incorporada ao relatório precedente.

22. Nessas condições, tenho por adequado os cálculos que revelam os débitos a que são condenados a ressarcir ao erário os responsáveis, na forma da minuta de acórdão que se segue a este voto e com base nos fundamentos, análises e pareceres emitidos nos autos, os quais incorporo às minhas razões de decidir, com os acréscimos e destaques lançados neste voto.

23. De igual modo, tenho por suficientemente demonstradas as responsabilidades dos devedores solidários.

24. As empresas se beneficiaram, em prejuízo ao erário, dos valores recebidos indevidamente.

25. Os ex-agentes do extinto DNER tiveram suas condutas devidamente analisadas pela auditora-instrutora da Secob-2, restando demonstrado de forma irrefutável o nexa causal entre suas atribuições e responsabilidades e as medições indevidamente atestadas que ocasionaram pagamento por serviços não executados ou pagos a maior do que o devido.

26. As responsabilidades pelas atestações indevidas, por culpa *in vigilando* e por omissão na necessária conferência dos reais serviços produzidos/realizados nas respectivas medições, estão devidamente e exaustivamente explicitadas nos itens 242 a 308 da primeira instrução reproduzida no relatório que antecede este voto, e são dotadas dos suficientes fundamentos – que incorporo às minhas razões de convicção – para conduzir ao julgamento pela irregularidade das contas dos Srs. Antônio Carlos de Melo Victório, Rui Barbosa Igual, Amauri Sousa Lima e Orlando Fanaia Machado. Em consequência, e em razão dos débitos fixados, devem ser condenados, solidariamente com as empresas construtoras, ao pagamento dos montantes especificados para cada uma das medições relacionadas na minuta de acórdão que se segue.

27. Registro, ainda, que fenece, por absoluta impropriedade argumentativa, a preliminar de incompetência desta Corte de Contas para julgar as contas dos responsáveis, pelos atos e fatos apurados neste feito.

28. Comento, por fim, que também não procedem, conforme exame técnico também reproduzido no relatório que antecede este voto e com o qual me associo para embasar meu julgamento, as alegações adicionais de defesa carreadas aos autos pela empresa Enpa, quanto à pedreira que deveria ser considerada para o momento extraordinário de transporte, eis que se trata de matéria já examinada na primeira oportunidade em que a unidade técnica analisou a defesa da construtora.

29. Conforme todo o quanto aqui discorrido, acompanho, no essencial, as propostas de encaminhamento, com alguns ajustes de forma que entendi necessários, cabendo ainda retirar o Sr. Laércio Coelho Pina do quadro de débito constante do item i.3 da proposta, tendo em vista que as alegações de defesa desse servidor estão sendo acolhidas, de modo a excluí-lo do rol de responsáveis, conforme já explicitado no parágrafo 7, acima.

30. Estando os autos em meu gabinete, na tarde de ontem, a Construtora Tamasa Engenharia acostou memorial técnico contradizendo as derradeiras conclusões da unidade técnica e perícia então realizada pelo 9º BEC.

31. As vésperas deste julgamento, informou ter realizado novos e volumosos ensaios periciais – à sua conta – além de requerer a desconstituição da própria defesa anteriormente oferecida (na qual se basearam as conclusões para a quantificação do débito). Alega-se, *in verbis*, que "*os cálculos apresentados em sede de alegações de defesa estavam errados*".

32. Renovo que, nestes autos, consideraram-se **extensas dilações de prazo, todas elas solicitadas** pelos responsáveis, especialmente pelas empresas.

33. É verdade que o princípio do formalismo moderado e o da verdade material têm iluminado as decisões prolatadas por este *Plenum*. Sopeso, contudo, que devem ser coibidos abusos processuais. Infundáveis avaliações e contra-avaliações, a obstar o dever jurisdicional desta Corte, com claro viés protelatório, podem consubstanciar um verdadeiro "cinismo processual" – conforme dizer do Ministro Ayres Britto, ao enfrentar situação semelhante apreciada pelo STF no agravo de instrumento 587.285. Este é, senão, a aplicação do próprio princípio da eventualidade.

34. Este Plenário, no Acórdão 846/2010, de competente relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, também julgou caso congênere. Tal qual consta do voto condutor da decisão, *in verbis*:

“Alega o embargante que o Tribunal teria sido omissa ao não acolher argumentos por ele apresentados, por memorial, no dia em que foi apreciado o seu pedido de reexame, 7/10/2009, tendo os

encaminhado por fax, às 13:33 h., conforme informação nos próprios embargos. O início da sessão, como previsto no art. 94 do Regimento Interno, deu-se às 14:30 h.

A instrução processual, nos termos do art. 160, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno, e do art. 110, §3º, da Resolução TCU 191/2006, encerra-se no momento em que o titular da unidade técnica emitir seu parecer conclusivo, ocorrido em agosto de 2009. A apresentação de memorial, após inclusão do processo em pauta, prevista no parágrafo terceiro desse artigo, não condiciona, nem vincula a atuação do relator.

Ao interpor pedido de reexame, operou-se a preclusão consumativa, extinguiu-se o direito de o interessado alterar o ato (art. 186, parágrafo único, do Regimento Interno). A apresentação de memorial, com o processo já em pauta, tem por finalidade sensibilizar os demais ministros e o representante do Ministério Público para o pleito do interessado. Não é recurso aditivo, como pretende o recorrente. Não integra formalmente o processo e por isso não se constitui em informação necessária e imprescindível para a formação de juízo de valor. Eventual aproveitamento de informação apresentada em memorial não constitui fato vinculativo para o relator.”

35. Ao agir assim, a empresa pode trespassar aos autos a sua já tumultuada participação processual, imprimindo um viés protelatório que, nesses termos, deve ser veementemente rechaçado por este Plenário.

Ante o exposto, voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de junho de 2012.

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator