

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC-027.712/2006-8 [Apenso: TC-004.034/2001-5]

Natureza: Embargos de Declaração (em Tomada de Contas Especial)

Embargante: Construtora Sucesso S.A.

Unidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – 15º Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (15º DRF/DNER) – extinto

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TCE. OBRAS DE RESTAURAÇÃO DA BR-222/MA. SOBREPREGO APURADO EM DECORRÊNCIA DA ADOÇÃO DE PREÇOS EM DESCONFORMIDADE COM O SICRO. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÕES, OMISSÕES OU OBSCURIDADES. REJEIÇÃO. CIÊNCIA À EMBARGANTE DO DECIDIDO.

## RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Construtora Sucesso S.A. ao Acórdão 1.464/2013 – Plenário, que a condenou, solidariamente com os gestores do extinto 15º Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (15º DRF/DNER), ao pagamento de débito e a multa em decorrência de superfaturamento no Contrato PG-078/96, celebrado emergencialmente para a execução de obras de restauração na BR-222/MA.

2. A decisão embargada, no que interessa ao deslinde da matéria, possui o seguinte teor:

*“9.2. julgar irregulares as contas de José Ribamar Tavares e José Orlando Sá de Araújo, condenando-os, solidariamente com a Construtora Sucesso S.A., ao pagamento das importâncias a seguir discriminadas, compensando-se o valor lançado à crédito, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos corres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas correspondentes até a data do recolhimento, na forma da legislação vigente:*

<i>Data</i>	<i>D/C</i>	<i>Valor (R\$)</i>
<i>23/07/1996</i>	<i>C</i>	<i>(11.209,71)</i>
<i>23/09/1996</i>	<i>D</i>	<i>215.709,49</i>
<i>14/11/1996</i>	<i>D</i>	<i>158.060,64</i>
<i>22/11/1996</i>	<i>D</i>	<i>157.708,51</i>

*9.3. aplicar individualmente a José Ribamar Tavares, José Orlando Sá de Araújo e à Construtora Sucesso S.A. multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;”*

3. Inconformada, a Construtora Sucesso S.A. opôs os presentes embargos alegando a existência de omissões na decisão prolatada pelo Tribunal, como se depreende da leitura dos seguintes excertos, extraídos de sua peça recursal:

*“A) Omissão. Lapso Temporal entre a instauração do processo e a citação do responsável. Cerceamento de defesa. Precedentes do TCU. Arquivamento.*

*O embargante suscitou a nulidade do processo em face da ausência de intimação para apresentar sua defesa em procedimento anterior à presente tomada de contas especial, que foi instaurada 10 anos após a ocorrência do fato gerador.*

*O acórdão embargado limitou-se a afirmar a ausência de violação ao contraditório e à ampla defesa, sem a necessária e imprescindível motivação para justificar a estrita observância ou não do devido processo legal no caso concreto.*

*Trata-se de aspecto relevante da lide, na medida em que a jurisprudência desta Egrégia Corte de Contas evoluiu no sentido de que, ultrapassado o lapso temporal de 10 (dez) anos entre o fato gerador e o chamamento dos responsáveis, (...) as contas têm sido consideradas ilíquidáveis (Acórdão 3.496/2009 – 1ª Câmara, Acórdão 3.707/2010 – 2ª Câmara, Acórdão 1.717/2010 – 2ª Câmara, Acórdão 293/2008 – 2ª Câmara e Acórdão 4.086/2008 – 2ª Câmara, dentre outros).*

*Por conta disso, e do fato de o acórdão embargado não tê-la enfrentado - omissão --, requer expressa manifestação, para efeitos de observância do princípio constitucional do devido processo legal, acerca da circunstância relativa ao lapso temporal entre a apuração do fato gerador e a imputação de débito ao responsável, e, especialmente, quanto à aplicação do pacífico entendimento desta Corte no sentido de considerar que o longo lapso temporal decorrido entre o fato gerador e o chamamento dos responsáveis prejudica o exercício constitucional da ampla defesa e do contraditório.*

*Nesse mesmo diapasão, observe-se que esse Egrégio Tribunal firmou a orientação contida no art. 5º, § 4º, da IN/TCU 56/2007 que dispensou, como regra geral, a instauração de tomada de contas especial depois de transcorridos dez anos desde o fato gerador.*

*Por tudo isso, requer o embargante seja sanada a omissão apontada, a fim de que seja enfrentado o tema sob às luzes da jurisprudência acima citada, bem como do art. 5º, § 4º, da IN/TCU 56/2007, ao final, para que esse Egrégio Tribunal integre o v. acórdão embargado, caso entenda, preste efeitos modificativos, ao menos, para dar descabimento da instauração da TCE em função da impossibilidade da liquidação do débito pelo decurso do tempo.*

*B). Omissão e obscuridade. Ônus da prova do TCU. Preço de mercado. Ausência de motivação. Nulidade.*

*O acórdão embargado rejeitou as alegações de defesa da embargante aduzindo que 'o respondente nenhuma prova traz quanto à suposta compatibilidade entre os preços do Contrato PG 078/1996 e dos do mercado'.*

*Neste aspecto da controvérsia, há também, pelo menos, duas omissões, a ensejar a integração do v. acórdão embargado, a saber: (i) ausência de fixação de parâmetro válido para efeitos de apuração de sobrepreço; (ii) indevida inversão do ônus da prova, já que não é ônus do defendente provar a regularidade das contas, mas da unidade técnica provar a ilegalidade, no caso, o alegado sobrepreço.*

*A esse propósito, é de se observar que a decisão embargada não fundamentou a sua conclusão a respeito de um parâmetro seguro, mínimo que seja, para efeitos de comparação entre os preços praticados pela embargante com aqueles preços que essa Egrégia Corte considera factíveis para a execução da obra, com base nos preços de mercado.*

*Mais. Contrapôs-se ao entendimento consagrado por esta Corte de Contas de que o ônus da prova cabe a quem alega, no caso a unidade técnica que formulou essa grave acusação. Nesse sentido:*

*Preço superfaturado - ônus da prova: o TCU entendeu que no caso de preço superfaturado o ônus da prova é de quem faz a alegação. Se a alegação provier do corpo técnico dos Tribunais de Contas, a esse compete o ônus da prova. Fonte: TCU. Processo TC-015.669/1992-0. Acórdão 72/1996.*

*Ou seja, não há fundamento válido na decisão embargada a justificar nem o parâmetro de preço, muito menos para justificar a inversão do ônus da prova.*

*A omissão é igualmente grave, pois o acórdão embargado sequer se pronunciou acerca dos limites aceitáveis de variação de preço de mercado, tanto mais em se tratando de uma imputação com, pelo menos, 17 anos, conforme orientação pacífica deste Tribunal de Contas.*

*Para que se possa, na eventualidade, considerar a ocorrência de sobrepreço na hipótese, esse deve ultrapassar necessariamente a variação normal dos preços de mercado, considerando-se todas as circunstâncias do caso concreto e a confiabilidade do parâmetro comparativo de preços a ser utilizada, além do fato incontroverso da execução integral do contrato.*

*Diante de tais omissões neste aspecto da controvérsia, revela-se crucial que essa Egrégia Corte decida fundamentadamente, de maneira expressa e clara, qual o parâmetro válido de mercado para comparação, a quem compete o ônus da prova e, na ausência de provas, qual seria o fundamento para imputar a responsabilidade ao embargante, bem como sobre as variações normais de mercado e os limites aceitáveis, de acordo com as circunstâncias do caso em concreto.*

C) Omissão. Tabela Sicro. Irretroatividade. Não incidência.

*Nas alegações de defesa, a embargante sustenta a aprovação do contrato pelo Conselho de Administração do DNER e a impossibilidade de aplicação da tabela Sicro para os contratos então celebrados, visto que não havia qualquer norma ou regulamento do DNER impondo essa obrigação.*

*Na verdade, a tabela Sicro surgiu após o cumprimento do contrato, e, por conta do princípio da irretroatividade dos atos e das decisões administrativas, não se afigura possa tal tabela servir de parâmetro.*

*Se à época dos fatos os preços apresentados foram aceitos pelo Conselho do DNER e inexistia obrigatoriedade de uso da tabela Sicro, não poderia a embargante ser compelida a reduzi-los pela superveniência de novas tabelas, em atenção também ao princípio do **pacta sunt servanda**.*

*Nesse aspecto da lide, o acórdão embargado nada dispôs a respeito do fundamento legal para se determinar a exigibilidade da tabela Sicro, e, tampouco, da impossibilidade da retroatividade da aplicação dessa tabela aos contratos vigentes.*

*Neste aspecto, impositiva também a integração do v. acórdão embargado, para o enfrentamento dos pontos omissivos acima destacados – princípio da irretroatividade dos atos e das decisões administrativas e do **pacta sunt servanda** –, e, além disso, deve-se pronunciar explicitamente sobre outra circunstância igualmente relevante, já que o preço global do contrato está de acordo com os preços de mercado e sobre o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que "a distorção de algum preço unitário não implica na existência de superfaturamento, caso o preço global esteja de acordo com o mercado."*

D) Omissão. Fato Novo. Superveniência do Acórdão do TRF/1ª Região. Ausência de ilicitude da Construtora Sucesso. Coisa Julgada.

*O Tribunal Regional Federal, nos autos da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa 2001.37.00.002993-0, ao apreciar questão idêntica à tratada nos presentes autos, reconheceu a ausência de qualquer ilicitude do contrato administrativo e/ou mesmo da Construtora Sucesso na sua execução, notadamente quanto a ausência de superfaturamento e da execução integral do serviço contratado.*

*Ou seja, o Poder Judiciário já julgou a lide objeto desta tomada de contas especial e deu pela legalidade do contrato administrativo, pela conduta regular do embargante, e pela regularidade dos preços praticados por decisão já transitada em julgado.*

*Embora o acórdão do TRF/1ª Região, transitado em julgado em 13/02/2013, tenha afastado toda e qualquer responsabilidade da Construtora Sucesso, tal circunstância, apesar de totalmente relevante, não foi levada em consideração quando do julgamento da tomada de contas especial por essa Corte.*

*Tendo o Poder Judiciário arquivado o processo por ausência de ilicitude dos preços praticados, baseado nas provas dos autos e, sobretudo, em laudo pericial produzido no âmbito judicial, afigura-se impositiva a integração do acórdão para que essa Egrégia Corte se pronuncie sobre esse fato superveniente – art. 462 do CPC e 29 da CF/88 - e determine, em consonância com a decisão judicial transitada em julgado, o arquivamento da presente tomada de contas sem penalidades para a embargante."*

4. Em face dessas considerações, a recorrente requer que seja dado provimento aos presentes embargos declaratórios, com efeitos modificativos, para, sanadas as omissões apontadas, afastar sua responsabilidade em relação à condenação imposta.

É o relatório.