

VOTO

Registro, inicialmente, que os presentes embargos de declaração, opostos pela Construtora Sucesso S.A. ao Acórdão 1.464/2013 – Plenário, podem ser conhecidos, por atenderem aos requisitos gerais previstos no art. 34, § 1º, da Lei 8.443/1992.

2. Em síntese, a embargante alega que a decisão impugnada foi omissa na apreciação de quatro questões, abaixo descritas:

i) 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;

ii) ausência de fixação de parâmetro válido para efeitos de apuração de sobrepreço com consequente inversão do ônus da prova, impondo à defendente o dever de provar a regularidade dos preços praticados;

iii) impossibilidade de aplicação dos preços de referência estabelecidos na tabela Sicro para o contrato em exame; e

iv) não consideração dos efeitos de fato novo, consubstanciado em acórdão do TRF da 1ª Região que apreciou questão idêntica à tratada neste feito, no julgamento da TCE.

3. Passo agora à análise desses pontos.

I

4. Em sua resposta à citação (peça 7, pp. 36-51, e peça 8, pp. 1 -29), apresentada antes do julgamento embargado, a construtora alegou cerceamento de defesa por não ter sido intimada a se manifestar sobre os fatos apurados previamente à conversão do processo em tomada de contas especial. Nenhuma menção foi feita quanto a possíveis dificuldades encontradas em obter provas ou elementos de defesa em razão do intervalo entre a ocorrência entre as irregularidades e a citação, que, pelo cálculo da responsável, seria superior a dez anos.

5. Esse argumento apenas foi manejado, e de forma tangencial, em pedido de prorrogação de prazo para oferecimento de defesa, encaminhado em 20 de abril de 2007 (peça 13, pp. 6-7). Nesse documento a empresa não argui a impossibilidade de construir defesa eficaz, mas, ao contrário, apenas a dificuldade em reunir, no prazo originalmente estipulado, todos os elementos necessários para fundamentar seu arrazoado, consoante se depreende do trecho a seguir reproduzido:

“(...) a signatária, foi intimada a promover defesa no processo em epígrafe. Os fatos relatados envolvem eventos complexos e pretéritos, e, principalmente, números e orçamentos, todos referentes e ocorridos no já distante ano de 1996, e que dependem em grande parte de localização de documentação e informações, o que, invariavelmente, enseja tempo [para sua consecução]. Bem como necessita promover a checagem de preços e quantitativos a fim de promover sua defesa, o que [também] demanda tempo.

Assim, para que possa promover sua defesa, a empresa necessita dar busca em documentos que já estão em arquivo morto, bem como requerer documentos a diversos órgãos públicos, pelo que o prazo oferecido é insuficiente para tanto, sobretudo frente ao injustificado cerceamento de defesa verificável.”

6. Como visto, não há prova de que o transcurso de tempo acabou por prejudicar, de forma inarredável, o estabelecimento do contraditório e ampla defesa da empresa. Ao contrário, a apresentação de peça defensiva que contraditou todos os pontos levantados na citação demonstra que a envolvida foi capaz de reunir, no tempo aprazado, todos os elementos de prova necessárias à fundamentação de sua posição.

7. A dispensa de instauração de TCE quando decorridos dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis não é regra absoluta, devendo restar comprovados, ou pelo menos haver indícios, de reais prejuízos à parte, o que não sucedeu no presente processo. Trata-se, portanto, meramente de uma possibilidade a ser considerada pelo Tribunal, que, no

caso concreto, após avaliar o desenvolvimento do feito, segundo seu juízo de conveniência, oportunidade e razoabilidade, julgou que as investigações mereciam prosseguir. Os recorrentes pretendem, de forma descabida, rediscutir o mérito dessa análise, em sede de embargos, o que não merece acolhida.

II

8. O cálculo do sobrepreço apurado foi fixado a partir de parâmetro válido, objetivamente demonstrado e sem que houvesse inversão do ônus da prova, uma vez que as quantias foram calculadas, justificadas e apresentadas aos envolvidos pelo Tribunal para que, se assim desejassem, as contraditassem.

9. Tais assertivas encontram-se sobejamente fundamentadas no voto da decisão impugnada, consoante os excertos a seguir reproduzidos:

“(...) Em síntese, o débito pode ser decomposto em três parcelas, oriundas das seguintes constatações:

a) superfaturamento nos preços de oito itens: (i) imprimação, (ii) pintura de ligação, (iii) mistura areia-asfalto, (iv) recomposição de revestimento AAUQ, (v) remoção de pavimento, (vi) peneiramento, (vii) transporte em basculante de 5 m³ e (viii) transporte em basculante de 4 m³, que, ponderadas com os demais preços praticados, resultaram em um valor global do contrato superior ao orçado pelo Sicro em R\$ 291.408,86;

b) pagamento em duplicidade pelos serviços de: (i) escavação e carga de matéria de jazida, que foi contemplado tanto isoladamente na planilha de preços (item 01.200.01), quanto nas composições de sub-base (item 02.200.00) e base estabilizada granulometricamente sem mistura (item 02.200.01), sendo que esses dois últimos já preveem, em sua composição de preço unitário, o fornecimento do primeiro e (ii) areia extraída, também paga isoladamente (item 09.517.00) e nas composições dos serviços de mistura areia-asfalto usinada a quente (item 02.521.00) e lama asfáltica fina (item 02.510.01), que perfazem o total de R\$ 158.329,06; e

c) incompatibilidade entre os quantitativos adquiridos de material betuminoso e o volume de serviços que os empregaram, representando dano ao erário de R\$ 70.531,04.

(...)

17. Atendendo à solicitação do Relator do TC-004.034/2001-5, a Secob analisou o Contrato PG-078/96-00, elaborando o parecer contido nas fls. 374/389 do vol. 3 daquele processo. Reproduzo a seguir excertos de sua manifestação, que descrevem a metodologia empregada para cálculo do sobrepreço:

‘A convocação da Construtora Sucesso S/A, para que apresentasse proposta de preços para execução das obras e serviços emergenciais de recuperação do corpo estrada! e da pavimentação, ocorreu em 15/04/96, por meio do Ofício CD 115/1996 (fl. 51, v.3), no qual foi estabelecido que, para a formulação da proposta de preços, deveriam ser tomados como referenciais os preços adotados ou praticados pelo DNER para obras e serviços de construção e conservação (Sicro). No entanto, não foi estabelecido critério de aceitabilidade de preços unitários. Por esse motivo, entendemos que eventual débito decorrente de sobrepreço ou superfaturamento deve ser obtido pela diferença entre o valor global pago e o valor global de mercado (Sicro). Dessa forma (...) consideramos, no cálculo do sobrepreço / superfaturamento, todas as diferenças entre os preços contratados e os do Sicro/DNER/Nordeste, tanto as positivas quanto as negativas. Procedendo assim, diferenças decorrentes de preços unitários contratados inferiores ao Sicro foram creditados em benefício dos responsáveis, pois o objetivo é verificar se a obra foi contratada por preço global compatível com o preço de mercado.

Devido à inexistência de projetos nos autos que permitissem aferir a adequação dos quantitativos dos serviços orçados e, posteriormente, medidos e pagos, em regra, foram aceitos como corretos (...).

Concordamos que seria razoável que se procedessem adaptações nas produções das equipes mecânicas para atender às peculiaridades da obra, desde que realizadas de forma técnica e utilizando

a metodologia do Sicro.

(...)

Considerando que a obra em questão caracteriza -se como sendo de 'restauração', seria compreensível aplicar nas produções das equipes mecânicas dos serviços de 'construção', um fator de redução que levasse em conta a menor eficiência dos equipamentos quando utilizados na execução desse tipo de obra. Entretanto, não é razoável a aplicação desse fator de redução em serviços de 'conservação', pois estes já utilizam fator de eficiência inferior ao que é aplicado aos serviços de 'restauração'.

(...)

Por esse motivo, para a determinação do preço de mercado, base para o cálculo de eventual sobrepreço, utilizamos como parâmetro de referência as composições de preços unitários do Sicro na modalidade 'construção', adaptadas, incidido nelas um redutor na produção da equipe mecânica de 10%, de forma a contemplar a diferença dos fatores de eficiência dos equipamentos utilizados nas obras de 'construção' e de 'restauração' ($0,75/0,83=0,90$).

No caso dos serviços orçados com base no Sicro Conservação, não há necessidade de redução da produção da equipe, pois como visto (...), os fatores de eficiência dos equipamentos nos serviços de 'restauração' são superiores aos de 'conservação', o que levaria a custos de referência ainda menores. Portanto, utilizamos critério conservador em benefício dos responsáveis. ”

10. A suposta irregularidade processual não existe. A alegação da embargante deve, portanto, ser rejeitada.

III

11. Quanto à possibilidade de aplicação dos valores do Sicro I para o cálculo do sobrepreço, a hipótese foi exaustivamente discutida nas fases anteriores do processo, não havendo nenhuma omissão do Tribunal ao avaliar a matéria, como se depreende do seguinte trecho do voto embargado:

“(...) a utilização do Sicro I como referencial de preço para a contratação foi questionada por José Ribamar Tavares, ex-Chefe do 15º DRF, José Orlando Sá de Araújo, engenheiro encarregado do orçamento, e pela empresa contratada Construtora Sucesso S.A. De acordo com suas ponderações, não havia obrigatoriedade normativa do uso do Sicro, que ainda padeceria de falta de confiabilidade e não seria adequado às circunstâncias da obra.

19. Entretanto, tal entendimento encontra óbice nas premissas que fundamentaram todo o processo de dispensa de licitação, uma vez que a própria autarquia condicionou a contratação emergencial à adoção dos preços referenciais estabelecidos pelo Sicro. O ofício encaminhado à empresa selecionada para executar as obras foi claro ao estabelecer que, ‘na formulação da proposta de preços, devem ser tomadas como referenciais os preços adotados ou praticados pelo DNER para obras e serviços de construção e de conservação (Sicro)’ (TC-004.034/2001-5, vol. 3, fls. 48/49). Da mesma forma, os pareceres técnicos que subsidiaram a contratação (TC-004.034/2001-5, vol. 3, fls. 86 e 90) atestaram que os preços propostos estavam coerentes com os daquele sistema, sendo esta uma das razões que autorizaram a concretização do negócio.

20. Uma vez que o Sicro foi adotado como referencial de preços, a previsão e contratação de outros valores, distintos em decorrência de particularidades da obra, só poderiam ser admitidas se devidamente fundamentadas e justificadas na fase da orçamentação, realizadas de forma técnica e coerente e utilizando a metodologia do Sicro, o que não ocorreu.”

12. Evidente, neste caso, o desejo da embargante de apenas tentar a rediscussão do mérito da matéria, o que deve ser prontamente rechaçado, por incompatível com a via eleita.

IV

13. Por fim, a empresa apresenta decisão prolatada no âmbito do TRF da 1ª Região que apreciou questão idêntica à tratada neste feito e que conduziria a conclusões distintas das obtidas por esta Corte de Contas.

14. A rigor, como essa informação configura fato novo, manejado pela primeira vez nesta fase recursal, não seria admissível analisá-la no âmbito dos presentes embargos de declaração. Contudo,

apenas para que o assunto não fique sem esclarecimento, considero cabível fazer as seguintes ponderações.

15. A decisão expedida no âmbito do TRF-1 deu provimento a apelação dos envolvidos, para reformar sentença expedida no âmbito de ação de improbidade, proposta pelo Ministério Público Federal, com a assistência da União e do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), em decorrência de suposta prática de ato de improbidade administrativa pela dispensa irregular e não observância de prévio procedimento licitatório na contratação da Construtora Sucesso S/A, para a realização de obras e serviços emergenciais de recuperação de rodovias federais no Estado do Maranhão (BR-222/MA), bem como de irregularidades na aplicação dos recursos destinados à realização das respectivas obras e serviços.

16. A decisão em comento não se debruçou sobre a apuração de preços excessivos com base nas mesmas premissas adotadas pelo Tribunal, mas sim sobre a dispensa indevida de licitação e o possível pagamento por serviços executados a menor, não podendo falar em identidade de objeto com a presente representação.

17. Mesmo que os assuntos fossem inteiramente idênticos, não haveria repercussão da decisão judicial no processo de competência deste Tribunal, em face do princípio da independência das instâncias, exceto na hipótese de absolvição penal explicitamente reconhecida pela inexistência do fato ou negativa de autoria, o que não foi o caso. A parte dispositiva do acórdão deixa evidente a declaração de improcedência da ação por falta de provas:

“Ademais, no caso em exame, não se colhe das circunstâncias dos fatos tenham os réus agido com dolo ou má-fé, ou mesmo culpa, condição indispensável, na hipótese, para a condenação por ato de improbidade administrativa.

Assim, não vejo nos autos elementos à configuração de ato de improbidade administrativa a amparar a pretensão do autor de condenação dos requeridos por ato de improbidade.

(...)

Demais disso, não há nos autos prova de que o pagamento, relativo à base de pavimentação, tenha sido feito além dos serviços prestados e executados de 16,5km, como registrado pelo perito judicial na ação cautelar.

Dessa forma, tem razão a empresa apelante quando defende o afastamento da condenação que lhe foi imposta na sentença recorrida pela execução a menor de reconstrução de pavimentação de 07 (sete) quilômetros.” (grifei)

18. O documento apresentado não merece, por conseguinte, ser conhecido nesta fase recursal.

Assim, não constatada nenhuma contradição, omissão ou obscuridade no julgamento anteriormente proferido, os presentes embargos de declaração devem ser rejeitados, razão pela qual voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação do Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de dezembro de 2014.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator