

## VOTO

Passo a apreciar os embargos de declaração interpostos pelos responsáveis condenados em débito e multa pela prática de superfaturamento, resultante de subdimensionamento da produtividade na derrocagem e cobrança a maior no “bota-fora”, na obra de construção do Cais para Contêineres de Maceió em 2001 e 2002.

2. Manifesto-me pelo conhecimento do recurso, por preencher os requisitos de admissibilidade, e pela sua rejeição em virtude das razões a seguir expostas, que se encontram na mesma linha colocada pela Secex/RN.

3. Nenhum dos argumentos ou fatos trazidos está relacionado com omissão, contradição ou obscuridade contida no acórdão impugnado. A indignação dos embargantes levou-os à utilização da via recursal imprópria, visto que o objetivo foi rediscutir o mérito das questões, contestando inclusive inferências a respeito de fatos tratados nos autos, a exemplo do exame das cotações de derrocagem fornecidas pela contratante, que foram exaustivamente analisadas, mas levaram à conclusão, tanto das unidades técnicas quanto deste Relator, de que não comprovavam um preço de mercado superior ao contratado.

4. Os argumentos comuns elencados pelos embargantes foram:

a) contradição entre o reconhecimento de boa-fé dos responsáveis e a condenação ao ressarcimento do superfaturamento na derrocagem;

b) contradição entre o reconhecimento de boa-fé no subdimensionamento da produtividade da derrocagem e a aplicação de multa pela prática de outra irregularidade e omissão quanto à proporcionalidade que deve reger a aplicação da sanção e sobre a reconhecida boa-fé;

c) omissão por não analisar preços cotados de derrocagem;

d) omissão por não considerar todos os equipamentos utilizados na derrocagem;

e) omissão em não considerar o baixo percentual de superfaturamento;

f) omissão na análise de argumento sobre os critérios de medição do bota-fora previstos no edital;

g) omissão ao desrespeitar o princípio da inocência pela utilização de método inconsistente na aferição do superfaturamento.

5. Além dessas alegações elaboradas por todos os responsáveis, José Jackson Queiroga de Moraes e Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo questionaram a aplicação de duas multas a eles.

6. Lafayette Alves de Oliveira e Fernando Antônio Crisóstomo, que embargaram conjuntamente, alegaram ainda:

a) contradição entre a aceitação do pagamento de transporte de material, nos casos em que o edital não estava claro, e a afirmação de que a “*contratada deve executar os serviços nos valores constantes de sua proposta e segundo os critérios de medição previstos no edital de licitação*”;

b) contradição em admitir a existência de assessoria técnica e isentá-la de responsabilidade;

c) omissão em mencionar a iniciativa dos embargantes em descontar das faturas da empresa contratada os valores do “bota-fora”, que, mediante revisão, entenderam já compor o preço de outros itens, o que, certamente, repercutiria na apuração do dito prejuízo.

7. A alegada contradição entre o reconhecimento de boa-fé dos responsáveis e a condenação ao ressarcimento do superfaturamento tem origem na suposição de que a restituição ao erário teria natureza de penalidade. Mas não, o ressarcimento não é sanção, é a recomposição do prejuízo causado, é a devolução de recursos para os quais não houve comprovação de contraprestação. A penalidade é a multa. Assim, não havendo má-fé, a multa pode eventualmente ser dispensada. Não é o caso do ressarcimento, cujo rigor tem previsão constitucional, sendo até mesmo imprescritível.

8. Quando manifestei, no voto anterior, o meu sentimento de que não teria havido atitude intencional nem erro inescusável, não concluí, de modo nenhum, pela descaracterização da culpa, visto que os responsáveis não tomaram os devidos cuidados para se certificarem da conformidade do preço

pago pela derrocagem. Mesmo com a compreensão de que o erro não teria sido proposital, não quis dizer que o caráter escusável da conduta significaria o afastamento da culpa ou do dever de reparar o dano produzido, conforme se pode perceber do contexto geral do voto. A escusa deve ser entendida com relação apenas ao elemento volitivo na prática da irregularidade.

9. Quanto à possível contradição entre o reconhecimento de boa-fé no subdimensionamento da produtividade da derrocagem e a aplicação de multa pela prática de outra irregularidade, não existe nem correlação lógica entre os fatos. Uma irregularidade é independente da outra. As conclusões de uma podem, excepcionalmente, repercutir na outra, como acontece quando determinada quantidade de serviço não é comprovada e também tem seu preço superfaturado. Mas, mesmo nesses casos, a análise da existência de má-fé deve ser avaliada em ambas.

10. A proporcionalidade das multas aplicadas também foi questionada nos embargos. Reitero os fundamentos já expostos no voto do acórdão recorrido, no qual fixei o percentual de 30% do valor atualizado do dano.

11. No que tange à análise dos preços cotados de derrocagem, à consideração de todos os equipamentos utilizados no mesmo serviço e ao baixo percentual do superfaturamento, trata-se de controvérsias relativas ao mérito dos autos e não omissões passíveis de serem preenchidas por meio dos embargos declaratórios. Ademais, os débitos dos responsáveis estão fundados em diversos argumentos, suficientes e independentes entre si. O ataque do mérito, na via recursal adequada, deverá abarcar todos os fundamentos, incluindo as diversas metodologias de cômputo do superfaturamento, pois todos os cálculos efetuados ao longo do processo levaram à mesma conclusão. Analogamente ao processo civil, onde não se exige do órgão judicante manifestação sobre todos os argumentos de defesa apresentados pelo recorrente, mas apenas fundamentação das razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento (art. 93, inciso IX, da Constituição da República), as deliberações da Corte de Contas expressam as conclusões e decisões sobre os fatos e o direito necessários para o caso em concreto.

12. As observações do parágrafo anterior se aplicam também à tese trazida pelos embargantes de que houve desrespeito ao princípio da inocência pela utilização de método inconsistente na aferição do superfaturamento. Inicialmente, não houve desrespeito ao mencionado princípio, pois a tramitação dos autos seguiu os procedimentos previstos na Lei 8.443/1992, que estabelece os atos do processo administrativo do TCU. O entendimento de que o método de aferição do superfaturamento é inconsistente representa, notoriamente, uma contestação inaplicável aos embargos, pois se trata de questão de mérito, relativa à forma de cálculo. O valor superfaturado tem por base os dados disponíveis nos autos, como diários de obras, sistemas oficiais, etc. Igual oportunidade de prova tem o responsável. Foi por isso que muitas vezes se fez referência nos autos à importância da nota fiscal emitida pela empresa Lana Drilling, com a qual a derrocagem foi subcontratada pela construtora Mendes Junior, que, entretanto, não quis apresentá-la de modo a comprovar a adequação do preço cobrado do poder público.

13. Também não houve omissão na análise de argumento sobre os critérios de medição do bota-fora previstos no edital, primeiro porque não se estabeleceu esta controvérsia nos autos e depois em virtude dos detalhados exames realizados pela equipe técnica até que concluisse pela imprecisão em determinados pontos, os quais foram interpretados em benefício dos responsáveis para, conseqüentemente, considerar-se o transporte não incluso no serviço, admitindo o pagamento do “bota-fora” (serviço 2.4).

14. Especificamente com relação à sustentada contradição entre a aceitação do pagamento de transporte de material, nos casos em que o edital não estava claro, e a afirmação de que a “*contratada deve executar os serviços nos valores constantes de sua proposta e segundo os critérios de medição previstos no edital de licitação*”, não existe a incoerência arguida, sobretudo porque a lei determina a vinculação do contrato ao edital e à proposta. Não se trata de afirmações internas à decisão embargada. Aceitar o pagamento do “bota-fora” nos casos de imprecisão do edital e do termo de referência foi a

alternativa mais benéfica aos embargantes, de onde se infere que, não fosse a inaplicabilidade dos embargos para discutir a questão, seria a tese rechaçada por falta de interesse de agir dos recorrentes.

15. A isenção da responsabilidade da assessoria técnica está fundamentada nos autos, bem como os valores descontados das faturas, não havendo nestes argumentos contradição ou omissão na decisão embargada.

Ante o exposto, voto por que o tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de junho de 2014.

**JOSÉ MÚCIO MONTEIRO**  
Relator