

## VOTO

Em exame, embargos de declaração opostos por Hilário Ferreira Filho e Adriana Medeiros Araújo Pires Leal, em conjunto, e pela empresa Ram Engenharia Ltda. em face do Acórdão 862/2016-TCU-Plenário, decisão por meio da qual o Tribunal conheceu de recursos de reconsideração contra o Acórdão 1.935/2012-TCU-Plenário, negou-lhes provimento e corrigiu de ofício o valor do débito solidário imputado aos responsáveis embargantes.

2. Conforme apurado nesta tomada de contas especial, foi verificado que a empresa Ram Engenharia Ltda., vencedora da Concorrência 71/2003, destinada à contratação dos serviços de elaboração do projeto executivo das obras do Porto de Itaqui, cotou o item “Estudos em modelo hidráulico”, constante da planilha dos serviços do contrato, em R\$ 600.000,00, o valor máximo aceitável da planilha orçamentária do edital da licitação. Porém, a empresa subcontratou este serviço com a Fundação Centro Tecnológico de Hidráulica (FCTH), vinculada à Universidade de São Paulo (USP), tendo pago o valor de R\$ 30.000,00. Dessa forma, configurou-se um prejuízo no valor de R\$ 570.000,00, correspondentes à diferença entre o valor pago pela Emap pelo serviço e o valor pago pela Ram à FCTH pela sua efetiva execução, dos quais R\$ 181.500,00 correspondentes à parcela federal do débito.

3. Por meio do Acórdão 1.935/2012-TCU-Plenário, o Tribunal julgou irregulares as contas dos Srs. Hilário Ferreira Filho (Diretor de Engenharia e Operações da Emap à época dos fatos) e Fernando Antônio Jorge Pires Leal (então Chefe da Divisão de Engenharia da Emap), de quem a Sra. Adriana Medeiros Araújo Pires Leal é viúva, e da empresa Ram Engenharia Ltda., condenou-os solidariamente ao pagamento da quantia de R\$ 181.500,00, em decorrência da parcela originada de recursos federais do prejuízo apurado, e lhes aplicou multa individual no valor de R\$ 10.000,00.

4. O Acórdão 862/2016-TCU-Plenário ora recorrido resultou de exame de recursos de reconsideração, que foram conhecidos e considerados improcedentes. A mesma decisão operou, de ofício, ligeira correção no valor do débito (de R\$ 181.500,00 para R\$ 172.479,30), em razão de desconto da taxa de BDI da subcontratada pela Ram Engenharia.

5. Feita esta breve introdução sobre os fatos discutidos nestes autos, preliminarmente, conheço destes embargos declaratórios, por estarem presentes os requisitos previstos nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992.

6. Acerca dos embargos de declaração, a jurisprudência assente do TCU indica que essa espécie recursal não se presta à rediscussão do mérito nem para reavaliação dos fundamentos que conduziram à prolação do acórdão recorrido, e que não há omissão quando a matéria é analisada na instrução da unidade técnica que consta do relatório que precede o voto e que integra as razões de decidir da deliberação.

7. Preconiza ainda a jurisprudência da Corte de Contas que o julgador não está obrigado a apreciar todos e cada um dos argumentos desfiados pela parte, sendo suficiente que se atenha àqueles bastantes à formação de sua convicção acerca da matéria. Ainda, decisões reiteradas desta Corte consolidaram o entendimento de que eventual erro de julgamento deve ser corrigido por outra via recursal própria.

8. À luz de tais ensinamentos, antecipo que não assiste razão aos embargantes em suas arguições, haja vista que o acórdão recorrido não padece das omissões apontadas, e que a tentativa de rediscutir o mérito da deliberação proferida, na via estreita dos embargos declaratórios, é inadmissível, consoante pacífica jurisprudência do TCU.

## II

9. Com relação ao recurso manejado conjuntamente pelo Sr. Hilário Ferreira Filho e pela Sra. Adriana Medeiros Araújo Pires Leal, os argumentos trazidos à baila em sede de embargos de declaração revisitam questões efetivamente analisadas no momento processual anterior. Em síntese, os recorrentes repisam a tese de que o pagamento referente à primeira medição do Contrato 10/2004-Emap, de 5/2/2004, no valor de R\$ 600.000,00, nota fiscal 1738, imputado como débito aos responsáveis, foi realizado por conta de recursos do orçamento da Emap, e não de parcela federal, uma vez que, segundo alegam, os recursos financeiros do Convênio DNIT/AQ/173/2003-00 somente foram repassados a partir do mês de agosto de 2004.

10. A questão foi devidamente enfrentada por ocasião da apreciação dos recursos de reconsideração que resultou no Acórdão 862/2016-TCU-Plenário, ora recorrido. Assim, não há que se falar em qualquer omissão da decisão, mas, em realidade, na discordância, por parte dos responsáveis, das conclusões ali exaradas, o que não admite rediscussão em sede de embargos.

11. Para demonstrar a tentativa dos recorrentes de argumentar sobre questão já tratada anteriormente, transcreve-se trecho do relatório que serviu de supedâneo ao Acórdão 862/2016-TCU-Plenário, no qual a unidade sumariza os argumentos apresentados à época em sede de recurso de reconsideração e os analisa:

35. Os recorrentes alegam que esta Corte não tem competência para lhes imputar o débito recorrido. Fundamentam dizendo que os recursos relativos ao pagamento de 16/4/2004, concernentes à Primeira Medição do Contrato 010/2004/00 - Emap, não são de origem federal, mas estadual. Acrescentam que isso decorre da Cláusula Décima no contrato. Esclarecem que só houve pagamento utilizando recursos do Convênio DNIT/AQ/173/2003-00 a partir do Termo Aditivo do contrato, datado de 7/6/2004. Aditam que o convênio mencionado foi assinado em 9/12/2003, mas que seus recursos só foram transferidos pela União em agosto de 2004. Acrescentam que o item 71.2 da decisão recorrida estima aplicação de percentuais que não está baseada em qualquer elemento dos autos. Arremata dizendo que a imputação de débito feita pelo acórdão recorrido caracteriza enriquecimento ilícito da União.

#### Análise

36. Em face das razões expostas a seguir, não assiste razão aos recorrentes.

37. A nota fiscal de peça 50, p. 3, tem carimbo explícito de que seus valores foram pagos a título de contrapartida, o que ainda é confirmado por outros elementos. Ela data de 5/4/2004, e o cheque que a pagou (peça 50, p. 1 - com valor inferior porque houve retenção de tributos discriminada na própria nota) de 16/4/2004. Nesse momento, vigia o Contrato em seus termos originais, em que a Cláusula Dez (peça 50, p. 23) previa como fonte dos recursos o orçamento da Emap de procedência exclusivamente estadual.

38. Apenas em 7/7/2004 (posteriormente ao pagamento em pauta) foi prevista a participação de recursos federais para a execução do contrato em tela, em decorrência da celebração do aditivo de peça 50, p. 26-27, oriundos do Convênio/Dnit/AQ/173/2003 (peça 12, p. 13-21), firmado em 9/12/2003, com o objetivo de executar serviços de elaboração do projeto executivo das obras de ampliação, recuperação e reforma da infraestrutura do Porto do Itaqui, de São Luís – Maranhão”.

39. Nada obstante, os recursos concernentes ao pagamento das despesas incorridas anteriormente à celebração termo aditivo supramencionado foram utilizados a título de contrapartida da Emap no âmbito do supramencionado convênio. Tanto é assim que, conforme afirmado no item 37 desta instrução, constam, da nota fiscal emitida pela RAM Engenharia Ltda. e do cheque utilizado para seu pagamento, vários carimbos com a informação de que tal despesa refere-se ao Convênio/Dnit/AQ/173/2003-00, custeada por meio dos recursos da contrapartida.

40. A própria documentação ora apresentada pelos recorrentes, relativa à prestação de contas do convênio, demonstra que a despesa em questão integra o rol de despesas custeadas com os recursos ajustados. Se os recursos aplicados no pagamento dessa despesa fossem de origem outra que não o

convênio em questão, consoante alegam os recorrentes, não haveria razão para inseri-la na respectiva prestação de contas.

41. Por fim, cabe esclarecer que a unidade técnica de origem, ao calcular o valor do débito, levou em consideração os percentuais de recursos federais e estaduais estabelecidos no termo do ajuste, motivo pelo qual está a se exigir dos responsável o ressarcimento de valores correspondentes apenas a recursos federais, conforme itens 71 a 73 da instrução transcrita no relatório integrante do acórdão recorrido (...)

12. As conclusões da unidade contaram com anuência expressa deste relator, que passaram então a incorporar as razões de decidir que fundamentaram o Acórdão 862/2016-TCU-Plenário.

13. Comprovada a inadequação da via recursal eleita pelos recorrentes para rediscussão de mérito, cabe rejeitar os seus embargos, ante a inexistência de obscuridade, omissão ou contradição no acórdão ora atacado.

### III

14. Por sua vez, a empresa Ram Engenharia Ltda. argui, em síntese, duas supostas omissões a macularem o Acórdão 862/2016-TCU-Plenário: (i) inexistência de sobrepreço, uma vez que o valor contratado era inferior ao valor orçado pela Administração para o preço global da licitação; e (ii) inexistência de conluio que justifique o envio do processo ao Ministério Público do Estado do Maranhão.

15. A empresa menciona o Acórdão 910/2014-TCU-Plenário, no qual se discutiu a impossibilidade de se analisar um ou mais itens de planilha orçamentária de forma isolada para imputar débito, sendo necessário examinar o preço global do contrato.

16. Argumenta que se deve levar em consideração que a utilização de modelo hidráulico da área do Porto de Itaqui, já pronto, disponível junto à FCTH, era incerta quando da licitação, visto que dependia de autorização de terceiro detentor dos direitos sobre o modelo. E que não cabe à Administração se apropriar de ganhos econômicos provenientes da eficiência empresária da contratada quando da contratação por regime de Empreitada por Custo global, trazendo como precedentes os Acórdãos 2369/2011 e 2622/2013, ambos do Plenário deste Tribunal.

17. Não assiste razão à embargante, porquanto não existe a omissão declarada. O sobrepreço que resultou em prejuízo de R\$ 570.000,00 é a questão central desta tomada de contas especial, de modo que as discussões travadas no processo orbitam exatamente esse ponto principal. Seria impossível chegar ao julgamento de mérito deste processo sem o seu devido enfrentamento, conforme trechos a seguir:

#### Argumento

17. A recorrente afirma que não houve o sobrepreço por que foi condenada. Fundamenta dizendo que, como é de conhecimento notório na área, os custos dos estudos de modelos hidráulicos não correspondem única e exclusivamente aos valores pagos a instituições de pesquisa que executam os testes hidráulicos. Acrescenta que a elaboração de projetos portuários depende da participação de empresa de consultoria que empreende diversas outras atividades além dos testes, atividades essas contidas nos “estudos em modelo hidráulico de obras marítimas” e sem as quais os testes sequer podem ser executados. Adita que os valores pagos à Fundação Centro Tecnológico de Hidráulica - FCTH - remuneraram apenas os testes, ao passo que os valores pagos pela EMAP a si remuneraram todas as demais atividades, que lista e descreve com grande riqueza de detalhes. Complementa dizendo que cotou o serviço em R\$ 600.000,00 para cobrir todos os custos envolvidos, e não apenas o dos testes.

#### Análise

18. Não é possível acompanhar a recorrente. A notoriedade é atributo de fato que tem o efeito jurídico de dispensar sua prova, nos termos do art. 334, inciso I, do CPC, aplicável aos processos desta Corte por força do art. 298 do RITCU. Agora, um fato é notório quando se mostra evidente ou manifesto perante todo o público. Desse modo, não se pode ter notoriedade acerca da composição de custos de estudos de modelos hidráulicos justamente porque o grande público não tem conhecimento sequer de como são esses estudos, quem dirá de como se calculam seus custos.

19. Ainda, existem diversos fortes indícios nos autos de que não houve execução por parte da FCTH de meros testes que seriam apenas parcela dos estudos em modelo hidráulico. A discriminação dos serviços da nota fiscal de peça 54, p. 10, é referente a estudos hidráulicos, e não a testes hidráulicos. Em carta à Emap (peça 48, p. 37), a recorrente alega que “procedeu-se uma análise dos estudos hidrodinâmicos desenvolvidos em modelos hidráulicos matemático e físico executados no FCTH”. Note-se que a referência é genérica aos estudos como um todo, não se restringindo a meros testes. Consta da peça 55, página 6, que os estudos realizados tiveram como escopo as “condições de amarração, circulação de correntes e manobra de navios”, enquanto o item 5.4 do Termo de Referência da Concorrência 71/2003 descreve os estudos em modelo hidráulico como voltados a “determinar os esforços de amarração, movimento dos navios quando atracados e aspectos relacionados as manobras dos navios” (peça 41, p. 34), o que aponta para grande coincidência entre os estudos realizados pela FCTH e a integralidade do que deveria ser contratado a título de estudos em modelo hidráulico.

20. Por fim, o único documento que discrimina os referidos testes em apartado de outras atividades foi trazido agora, e consta da peça 91, p. 33-34. Trata-se de documento datado de 3/9/2012 em que solicita ao Instituto Nacional de Pesquisas Hidrovias orçamento de estudos de modelos hidráulicos segregados em seis itens distintos, e que nada tem que indique que os estudos realizados tenham ocorrido segundo essas categorias. (peça 164, p. 5-6)

#### Argumento

(...) Complementa dizendo que, como o preço global não foi inadequado perante o orçamento da licitação e sua proposta foi inferior a ele, não há que se falar em dano aos cofres públicos - o que estaria de acordo com os Acórdãos do Plenário desta Corte de números 1.575/2002, 257/2004 e 583/2003 - que entende não poderem ser afastados sob a alegação do acórdão recorrido de que tratam de caso diverso do seu, em que se examinaram variações de preços cotados em relação aos custos orçados pela administração compatíveis com o preço de mercado. Frisa que entender pela execução dos serviços por R\$ 30.000,00 é admitir algo sabidamente irreal, produzindo manifesta injustiça.

#### Análise

22. Não assiste razão à recorrente. Como visto no exame do argumento anterior, não se extrai dos autos que os estudos de modelos hidráulicos compreendiam diversas outras atividades além das realizadas pela FCTH. Não se pode entender como notórios os fatos acerca da execução e contabilização desses estudos. O ônus probante que recai sobre a recorrente não foi exercido de modo a se poder acompanhar sua defesa. Apesar de descrever inúmeras atividades que entende estar compreendida nos estudos de modelos hidráulicos, a recorrente não traz qualquer documento que faça prova tanto de sua necessidade, quanto de sua pertinência aos estudos em pauta, e, principalmente, de sua execução. E não se pode desconsiderar o estranhamento que isso causa, já que, de um universo de R\$ 600.000,00 de despesas, apresentou-se documentos relativos a apenas R\$ 30.000,00. (peça 164, p. 6).

18. Impende ressaltar que, antes da prolação do acórdão ora atacado, ordenei o encaminhamento dos autos à unidade especializada do TCU para que também se pronunciasse sobre a existência ou não do sobrepreço apurado, em busca da verdade material, ante a suposta apresentação de documentação apta a reformar a decisão condenatória desta Corte. Por sua vez, concluiu a SeinfraHidroFerrovia:

26. Por outro lado, apesar de a RAM Engenharia ter feito jus ao recebimento do item 1.4 do orçamento, a inspeção constatou também que não houve outro componente na medição, que não fosse tão só os estudos da FCTH. Portanto, pode-se afirmar que não houve participação técnica da RAM Engenharia na

prestação do serviço, a não ser os correspondentes componentes administrativos, BDI, que será avaliado neste parecer em seguida.

27. Dando continuidade na análise do parecer, cabe agora definir qual seria o preço de mercado para o item, considerando na análise a discrepância entre o valor estimado no edital (R\$ 600.000,00) e o valor efetivamente gasto pela empresa (R\$ 30.000,00), considerando a argumentação trazida aos autos pela RAM Engenharia por meio dos recursos à peça 91 e, principalmente, pelo elemento novo constante da peça 170, contendo suposta pesquisa de preço para o item, conforme despacho à peça 181.

28. Primeiramente, pode-se afirmar que a designação do serviço no orçamento contratado - Estudos em modelo hidráulico - é coberta de subjetividade. Não há referência de mercado tão precisa quanto a que se deseja precificar no caso concreto (com os requisitos específicos do edital). Também não há preço de mercado nos sistemas oficiais de preço, como o Sicro e o Sinapi.

29. Elucubrações, proposições ou hipóteses do que teoricamente devem consistir “estudos em modelo hidráulico” certamente não ajudariam a trazer solução para o presente processo. Não fosse especificado no edital, a generalidade do tema permitiria que fossem realizados quaisquer estudos em modelo hidráulico.

30. O documento novo trazido à peça 170 é composto de carta do representante legal da RAM Engenharia, de fevereiro de 2014 (p. 1-11), e por proposta comercial do INPH, de outubro de 2012, para realização de estudos em modelo hidráulico (p. 14-21).

31. A argumentação é constituída apenas por suposições teóricas do que deveria haver em um estudo em modelo hidráulico, sem mencionar o conteúdo adicional que a empresa poderia ter efetivamente realizado.

32. Não podem ser aceitos os argumentos trazidos. Inicialmente, porque a primeira parte da peça é coberta de especulações hipotéticas do que seriam estudos em modelo hidráulico, que é a mesma linha argumentativa já defendida exaustivamente no recurso de reconsideração da peça 91, corretamente rejeitada na análise da Serur (peça 164). Não há qualquer comprovação de que foram efetivamente executados outros serviços pela RAM Engenharia para fazer jus ao recebimento do item contratado da planilha, além dos estudos realizados pela FCTH.

33. A argumentação trazida na carta nada mais é do que meras repetições das alegações já trazidas no recurso de reconsideração (...).

34. A segunda parte da peça nova apresentada, a proposta do INPH, também não pode ser aceita, pois, conforme dito acima, a subjetividade da descrição do serviço poderia levar a interpretações distantes sobre a intensidade do conteúdo que deve conter a documentação, além de ser intempestiva (proposta feita em 2012 quando o contrato é de 1996). Eventuais pesquisas de preços de mercado realizadas antes ou durante o procedimento licitatório para subsidiar a referência de preço do serviço utilizada no certame teriam maior credibilidade, no entanto, ao que tudo indica, não foram feitas.

35. Entende-se que, no presente caso, a referência de preço para o serviço prestado não pode ser estabelecida de outra forma que não seja pelo valor efetivamente gasto para realizá-lo, o que, conforme diligência realizada pela Secex-MA (peças 54 a 57), comprova-se ter sido de R\$ 30.000,00. Conclui-se, portanto, que argumentações teóricas ou especulativas sobre a abrangência de estudos em modelo hidráulico são irrisórias, secundárias ou de pouco préstimo frente aos resultados da inspeção realizada para detectar o conteúdo efetivamente realizado e entregue à EMAP.

36. Vale acrescentar que os serviços prestados pela FCTH para a RAM Engenharia possuíam valor comercial. Não consta nos autos provas de que a FCTH cobrou da RAM Engenharia pela prestação do serviço valor irrisório ou abaixo de seus custos operacionais, ou ainda, se houve prejuízo financeiro à fundação com a realização do serviço e o recebimento da correspondente quantia. (peça 182, p. 4-5).

19. Assim, não há que se falar em qualquer omissão da decisão, mas, em realidade, em discordância, por parte dos responsáveis, das conclusões ali exaradas, o que não admite rediscussão em sede de embargos.

20. Quanto à segunda omissão alegada, a empresa expõe que a instrução precedente da Secex-MA afastou os argumentos de que a exigência de capacidade técnica e experiência em estudos em modelos hidráulicos como quesito de pontuação técnica e a suposta inflação do capital social mínimo exigido teriam restringido a competição no certame, e que, assim, não haveria que se falar em conluio entre a Ram Engenharia e a Emap, o que obstaria o envio dos autos ao Ministério Público.

21. Em que pese a questão não ter sido expressamente mencionada no voto que suporta o acórdão recorrido, as conclusões da unidade contaram com anuência expressa deste relator, que passaram então a incorporar as razões de decidir que fundamentaram o julgado.

22. Com efeito, a questão foi devidamente enfrentada no parecer da Serur, transcrito na íntegra no relatório que antecede o acórdão recorrido:

31. Não é possível acompanhar a recorrente. A determinação em pauta não gerou qualquer prejuízo a ela, já que a possibilidade de ajuizamento de ações pelo MPU, em si mesma, não caracteriza nenhum gravame imposto a si. Além disso, é mera consequência do disposto no art. 16, § 3º, da Lei Orgânica deste Tribunal, Lei 8.443/1992. Isto é, esta Corte está apenas cumprindo o ordenamento jurídico ao comunicar o apurado por si. Ou seja, este Tribunal, toda vez que julgar irregulares as contas dos responsáveis com fundamento nas alíneas “c” e “d” do inciso III do artigo 16 do referido diploma legal, fixando a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado, está obrigado a providenciar “a imediata remessa de cópia da documentação ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis”.

32. Por conseguinte, a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público Federal decorre não apenas do indício de possível conluio entre as empresas participantes do certame, mas, principalmente, do julgamento pela irregularidade das contas em face da ocorrência de “dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômica (artigo 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992), com a fixação de responsabilidade solidária dos agentes públicos e da empresa recorrente.

23. Assim, tenho por pertinente conhecer dos embargos opostos pelo Sr. Hilário Ferreira Filho e pela Sra. Adriana Medeiros Araújo Pires Leal, em conjunto, e pela empresa Ram Engenharia Ltda. em face do Acórdão 862/2016-TCU-Plenário, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo inalterada a referida decisão.

Diante do exposto, VOTO por que seja adotada a minuta de deliberação que ora trago ao exame deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de junho de 2016.

Ministro VITAL DO RÊGO  
Relator