VOTO

Trata-se de remédio jurídico adequado à espécie recursal e, por estarem satisfeitos os requisitos legais de admissibilidade, entendo que os presentes embargos declaratórios devem ser conhecidos.

2. Antes, porém, de adentrar à análise da questão de fundo, repiso que os autos em questão cuidam de tomada de contas especial instaurada em razão de determinação constante do Acórdão 546/2008 – Plenário (TC-019.771/2006-4), que deliberou sobre auditoria em obras de penitenciárias federais sob a responsabilidade do Departamento Penitenciário Nacional – Depen/MJ – e determinou a abertura de processo apartado para apuração de eventual dano ao erário e identificação dos responsáveis pelas irregularidades verificadas na obra de construção da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS.

3. Quando da prolação do Acórdão 740/2017-Plenário, ora embargado, o Tribunal deliberou sobre a responsabilização decorrente de três achados de auditoria, a saber: aplicação irregular de reajuste de preços sobre os valores pagos à contratada (culminando em pagamentos a maior); pagamento em duplicidade dos valores pertinentes à administração da obra; e baixa qualidade da obra.

4. Em breve síntese, a embargante, Srª Érika Hatano Routledge, alega que a decisão apresentou omissão e contradição. A omissão foi fundamentada na alegada ausência de análise de dois de seus argumentos de defesa, a saber: (i) o BDI do contrato (22%) foi abaixo do esperado para a licitação; e (ii) a gestão do contrato efetuada pela responsável considerava a análise técnica da Caixa e o limite de 25% previsto na Lei 8.666/1993. No que diz respeito à contradição, a arquiteta alega que (iii) houve rigor excessivo por parte desta Corte, já que o débito seria de pequena monta e não poderia macular toda a gestão.

5. Os fundamentos de defesa que lastrearam a alegação de omissão foram encontrados em sua defesa da seguinte forma (peça 13, p. 41):

> "Assim, considerando que a empresa apresentou a composição de custo do BDI de 22%, percentual abaixo do esperado para a licitação, da inexistência de legislação ou norma técnica que discipline a elaboração de orçamentos de engenharia, e das considerações da empresa sobre os insumos relativos ao serviço, optamos pela continuidade dos pagamentos referentes ao item, ponderando agir corretamente."

6. E assim (peça 13, p. 39):

> "Acontece que, para gerenciamento da implantação de penitenciárias federais, o DEPEN estabeleceu o Contrato 01/2003 com a Caixa Econômica Federal (..)
>
> [transcrição das atividades e obrigações contratuais da Caixa]
>
> Sendo assim, a Caixa Econômica Federal tinha entre suas responsabilidades a emissão de pareceres conclusivos referentes a reprogramações contratuais com o objetivo de subsidiar as decisões do Ministério em relação à construção das Penitenciárias Federais, bem como prezar pela boa condução da obra em questão, atestando a regularidade dos serviços executados."

7. No que diz respeito ao argumento (i) acima – BDI de 22% foi abaixo do esperado para a licitação –, ressalto, primeiramente, que tal argumento não poderia socorrer a embargante. Sem pretender rediscutir tal mérito neste ato, relembro que o cotejo dos preços contratados (ou percentuais de BDI) com aqueles de mercado não foi objeto de decisão no presente feito. Nessa esteira, destaco que não foi imputado à Srª Érika qualquer débito relacionado ao sobrepreço, sendo todos os valores imputados decorrentes de falhas na fase de execução contratual.

8. Nesse sentido, observo que a informação da redução dos valores em tempo de licitação fora trazida em suas alegações de defesa como elemento para contextualizar a decisão tomada à época,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57357492.

sem, contudo, ter o condão de enfrentar a imputação que lhe era feita. Argumento bastante semelhante foi trazido pelo engenheiro da Caixa em sua defesa (peça 29, p. 27), como aduzido no item 115 do relatório:

> "(..) O engenheiro acrescenta que a proposta vencedora da licitação, datada de 4/4/2004, já apresentava 25% de desconto em relação ao orçamento base da licitação."

9. Assim, ao analisar a defesa do Sr. Ricardo Paes, engenheiro da Caixa, a unidade técnica assim o enfrentou:

> "149. Quanto às alegações do responsável sobre defasagem do valor da obra à época da inclusão do novo item na planilha orçamentária, **bem como sobre o desconto concedido na proposta vencedora** e sobre o baixo percentual previsto no BDI para as despesas de administração central, sobre o qual o defendente cita acórdão do TCU (peça 29, p. 27), **entendemos não serem pertinentes**."

10. Além disso, ao tratar do argumento quanto ao enquadramento do BDI em limites aceitáveis pelo TCU, a unidade instrutiva ressaltou que:

> "150. Quanto ao BDI, cumpre esclarecer que o acórdão aludido pelo defendente (Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, que, a propósito, versava sobre obras de transmissão de energia elétrica) informa uma faixa referencial para os itens que devem compor o seu percentual, não vinculando a administração ou as empresas construtoras à obediência irrestrita aos valores ali presentes. Em outras palavras, **não era vedada** a utilização de valores superiores aos ali indicados, desde que tecnicamente justificados para o caso concreto, muito menos a **utilização de valores inferiores, como no caso em tela, quando a empresa licitante julgar que consegue reduzir os seus custos indiretos.**"

11. No que se refere ao argumento (ii) do item 4 acima – gestão do contrato considerava a análise da Caixa e o limite de 25% da Lei 8.666/1993 –, transcrevo trecho da instrução da unidade técnica em que se analisou o suporte da Caixa à gestão contratual:

> "165. Quanto às alegações sobre o contrato entre Depen e Caixa, conforme já discutido nesta instrução, entende-se que a contratação de terceiros para auxílio à fiscalização, nos termos no art. 67 da Lei 8.666/1993, não exime o órgão contratante da sua responsabilidade pela regular aplicação dos recursos. Dessa forma, em que pese a concorrência do fiscal da Caixa quanto à diferença entre o valor devido e o valor pago, a gestora não é isenta de responsabilidade por qualquer dano ao erário ocorrido no âmbito do contrato de execução da obra."

12. Ademais, na análise da irregularidade referente à aplicação irregular de reajuste de preços sobre os valores pagos à contratada, o mesmo argumento fora analisado pela unidade instrutiva da seguinte forma:

> "34. Em suma, vê-se que a responsável estrutura sua defesa alegando que os seus atos foram baseados em pareceres de outras unidades ou entidades, a saber: manifestação da Consultoria Jurídica e análise da Caixa. (..) Quanto à análise de valores efetuada pela Caixa, cumpre ressaltar que o exercício da prerrogativa concedida pelo art. 67 da Lei 8.666/1993, a respeito da contratação de terceiros para auxiliar a administração na fiscalização de seus contratos, não afasta a responsabilidade do servidor público designado para fazer a gestão do contrato. O encargo assumido pela supervisora – Caixa – tem natureza assistencial, subsidiária. É este o entendimento ratificado nos Acórdãos 1930/2006-TCU-Plenário, 1278/2009-TCU-Plenário e 4983/2011-TCU-2ª Câmara."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57357492.

13. Em relação ao limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, não se encontrou menção a ele na defesa apresentada anteriormente pela embargante. De toda sorte, tal argumento não poderia socorrer-lhe, porquanto a inobservância aos limites legais não fora objeto de imputação.
14. Nesse sentido, em que pese a embargante afirmar que a gestão contratual observava a análise técnica da Caixa, as mensagens eletrônicas mencionadas no item 34 daquele Voto condutor indicam em sentido contrário, ao menos em relação à quarta e quinta reprogramações.
15. No que tange às alegações de omissão, alerto à embargante entendimento desta Corte no sentido de que (TC-000.224/2010-3):

> "Nos processos do Tribunal de Contas da União, está fundamentada a decisão, nos termos do art. 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil, se as questões suscitadas foram enfrentadas em algum dos elementos que a compõem (instrução, parecer do Ministério Público ou voto do relator, consoante o disposto no art. 1º, § 3º, da LOTCU)."

16. À luz deste entendimento e considerando que as transcrições dos itens 9 a 12 acima encontram-se no relatório do acórdão embargado, entendo que a decisão atacada não merece reparos.
17. Em relação à contradição alegada pela gestora – rigor excessivo por parte do TCU – destaco, em primeiro lugar, que não se trata de falha isolada. Trata-se, em relação ao pagamento adicional da administração da obra, de sucessivas falhas, que culminaram em cinco reprogramações, ao longo de vários meses. Além de todas essas reprogramações, ressalto a ocorrência de aplicação irregular de reajuste de preços sobre os valores pagos à contratada, culminando em pagamentos a maior (irregularidade 1), cuja responsabilidade também foi imputada à embargante.
18. No que diz respeito ao Acórdão 1.152/2013-Plenário, mencionado pela embargante, vejo que esse não pode ser aproveitado em sua defesa. O precedente diz respeito a entendimento quanto a índices de superfaturamento contratual, o que não se confunde com os fatos discutidos nos presentes autos, além do que inexistiu naquele caso a ocorrência de dano ao erário, ao contrário do que se evidenciou no presente feito.
19. Com efeito, também quanto à suposta contradição, entendo que o Acórdão 740/2017-TCU-Plenário não merece reparos.
20. Portanto, considero que os presentes embargos devem ser conhecidos e, no mérito, rejeitados.
21. Por fim, registro a interposição de outras quatro peças recursais, intituladas como "Recurso de Reconsideração", pelos Srs. Cristiano Orem de Andrade e Maurício Kuehne e pelas Sras. Marcele Simone Câmara de Andrade e Carla Sueli Barbosa. Assim sendo, considero que os autos devem ser encaminhados à Serur para exame de admissibilidade.
22. Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 5 de julho de 2017.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57357492.