

## VOTO

Com fundamento nos artigos 32, inciso II, e 34, da Lei 8.443/1992, conheço dos embargos de declaração opostos por Rosenilde Martins Lima Borges, por Wesley José Gadêlha Beier e pela empresa VGS Produções S.A. (atual razão social da empresa GV2 Produções S.A, anteriormente F.J. Produções Ltda) contra o Acórdão 2.079/2018-TCU-Plenário.

O Acórdão 2.079/2018-TCU-Plenário, por mim relatado, negou provimento aos recursos de reconsideração interpostos pelos referidos interessados em face do Acórdão 895/2015-TCU-Plenário (Relator Ministro Vital do Rêgo), mantendo, no que interessa ao exame dos embargos declaratórios, as seguintes deliberações originais proferidas no âmbito de prestação de contas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), relativa ao exercício de 2009:

- julgamento pela irregularidade das contas de Rosenilde Martins Lima Borges e de Wesley José Gadêlha Beiere e aplicação de sanção pecuniária individual de R\$ 8.000,00, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “b”, 19 e 23, inciso III, e 58, inciso III, da Lei 8.443/1992, em razão de, à época dos fatos, na condição de Pregoeira e Gerente-Geral de Gestão Administrativa e Financeira da Anvisa, respectivamente, haverem adjudicado objeto e homologado resultado do Pregão SRP 32/2008, sem observarem ocorrência de “jogo de planilha” oriunda de incompatibilidade de preços contratados com os valores de mercado, expondo à Administração à ocorrência de prejuízo e contrariando o disposto nos artigos 15, inciso V, e 43, inciso IV da Lei 8.666/1993, c/c o artigo 3º do Decreto 3.931/2001;

- condenação da empresa F.J. Produções Ltda (VGS Produções S.A.), em solidariedade com agentes públicos e demais gestores da Agência Nacional de Vigilância Sanitária cujas contas foram julgadas irregulares, a restituir à Anvisa os débitos descritos no subitem 9.5 do Acórdão 895/2015-TCU-Plenário, transcrito no relatório antecedente, em razão de pagamentos indevidos de serviços contratados de ata de registro de preços formado pelo Pregão SRP 32/2008, cujo critério de medição estava em desacordo com as condições estabelecidas pelo edital.

Consoante apurado na análise da prestação de contas da Anvisa relativa ao exercício financeiro de 2009, da qual resultou o Acórdão 895/2015-TCU-Plenário, foram identificadas as seguintes irregularidades no processamento e execução de contratos oriundos do Pregão SRP 32/2008, cujo objeto é o registro de preços de serviços de organização de eventos, atividades correlatas de suporte e ações de concepção, planejamento e coordenação:

“Jogo de planilha”

Quando da adjudicação de objeto e da homologação do resultado do Pregão SRP 32/2008, foi verificada omissão dos responsáveis em não apontar ocorrência de “jogo de planilha” na proposta da licitante vencedora do certame. De acordo com a instrução inicial, a aludida irregularidade foi evidenciada no registro de preço de itens de serviços de maior complexidade, com expressivo desconto em relação ao orçamento-base da administração e baixa probabilidade de contratação, conjugado com registro de preços de serviços de menor complexidade, com pequeno deságio em relação ao orçamento de referência e maior probabilidade de demanda de contratação. Nessa configuração, a proposta da empresa vencedora do torneio licitatório seria economicamente desvantajosa à Anvisa.

Essa distorção foi identificada no registro de preço de serviço de Recepcionista - Português no Distrito Federal (código 3.42), cujo valor foi de R\$ 115,00, enquanto que o serviço de Recepcionista Trilíngue (código 3.41), presumivelmente mais caro, teria sido registrado por R\$ 52,00. A diferença nos preços registrados desses serviços foi maior para as demais unidades da federação, que obtiveram os valores de R\$ 120,00 e R\$ 25,00, respectivamente.

No subitem Montagem e Instalações, foi também registrado para o item Cadeira Fixa Sem Braço de Plástico (código 13.16) o preço de R\$ 15,67, tanto para o DF como para as demais unidades da federação, enquanto que os preços para Cadeira Giratória com Braço Estofada (código 13.15) e para Cadeira Fixa com Braço Estofada (código 13.14), supostamente mais caras, foram registrados em R\$ 5,00 e R\$ 10,00, respectivamente.

Semelhante singularidade foi observada no registro de preço do serviço de Secretária (códigos 3.47, 3.48 e 3.49), fixado em R\$ 20,00 tanto para Trilíngue, Bilíngue ou Português.

Segundo a unidade técnica de origem, a incongruência dos preços do serviço de Recepcionista havia sido apontada pela Unidade de Promoção de Eventos da Anvisa (Unipe), responsável pela demanda dos serviços licitados e execução do contrato, conforme Nota Técnica de 12/12/2008 (peça 40, p.1). No entanto, a despeito do alerta da Unipe, nenhuma providência fora adotada pelos responsáveis pela condução e homologação do pregão.

#### Pagamento de serviços contratados em desacordo com as condições estabelecidas no edital

Também foi observado pagamento indevido de serviços de edição de filmagem de evento por hora, quando o anexo II do Edital do Pregão SRP 32/2008 previa que a contraprestação pecuniária deveria ser realizada por valor unitário. Essa ocorrência foi verificada na execução dos contratos 9/2009, 51/2009, 56/2009, 58/2009, 79/2009, da qual resultou dispêndio indevido de R\$ 51.600,00, em valores históricos.

Ao apreciar recursos de reconsideração interpostos por Rosenilde Martins Lima Borges, por Wesley José Gadêlha Beier e pela empresa F.J. Produções Ltda./GV2 Produções S/A, o Tribunal, por intermédio da decisão ora embargada, o Acórdão 2.079/2018-TCU-Plenário, negou-lhes provimento.

Especificamente em relação aos recursos de reconsideração manejados por Rosenilde Martins Lima Borges e por Wesley José Gadêlha Beier, a decisão embargada afastou imputação de omissão dos referidos agentes em não terem verificado possível existência de “jogo de planilha” na avaliação dos preços registrados.

Considerou que o termo de referência do Pregão SRP 32/2009 não havia divulgado estimativa prévia da demanda dos serviços, o que afasta a possibilidade de a licitante vencedora, antecipadamente, maximizar o ganho de sua oferta, em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, seja pela conjugação de preços de itens de serviços registrados com descontos diminutos em relação do orçamento-base e quantidade projetada expressiva, seja pela apresentação de preços de itens de serviços cujos valores ostentassem significativo desconto em relação ao orçamento de referência, mas com baixa probabilidade de execução.

No entanto, o acórdão embargado negou provimento aos recursos e manteve o julgamento pela irregularidade e aplicação de multa aos referidos agentes públicos por entender que os recorrentes aquiesceram à proposta aparentemente inexecutável da licitante vencedora sem adotar as diligências cabíveis à verificação da viabilidade dos serviços, contrariando o art. 48, II, da Lei 8666/93 e os itens 5.8.8 e 5.8.10 do edital (peça 32, fls. 5-6), uma vez que foram oferecidos descontos de até 89% do valor de referência sugerido pela Administração para alguns dos itens contratados.

Nesse sentido, a decisão embargada sustentou que cabia à pregoeira e à autoridade homologatória, exigir a demonstração de viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado, como determina o referido diploma legal, o Enunciado 248 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal de Contas da União e recomendava o alerta emitido pela Unidade de Promoção de Eventos da Anvisa (Unipe) sobre possível assimetria dos valores lançados pela proposta vencedora do certame licitatório.

No que tange ao apelo recursal da F.J. Produções Ltda./GV2 Produções S/A, a decisão embargada, ao afastar os argumentos da defesa, registrou que a estimativa de dano decorrente de medição e pagamento indevidos à contratada pelos serviços de edição de filmagem deveria ter como critério a forma estabelecida pelo edital, ou seja, valor unitário ou por evento, e não valor da diária tal qual arbitrado pelo Acórdão 895/2015-TCU-Plenário.

No entanto, uma vez que a estipulação de débito com base na disposição editalícia implicaria agravamento da situação do recorrente, se comparada ao dano imputado pela decisão original, o Acórdão 2.079/2018-TCU-Plenário manteve a condenação inicial da contratada ao ressarcimento de débito, em atenção ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Nesta feita, os embargantes alegam em síntese:

Rosenilde Martins Lima Borges e Wesley José Gadêlha Beier

- violação ao contraditório e à ampla defesa diante de nova imputação de fatos irregulares e manutenção da condenação dos responsáveis, realizada na etapa recursal, sem prévia manifestação dos defendentes;

- contradição entre a suposta ausência de verificação da exequibilidade da proposta registrada e a prova juntada aos autos, a qual evidencia que a Unidade de Promoção de Eventos da Anvisa (Unipe), órgão demandante dos serviços licitados, teria atestado a viabilidade e qualidade dos serviços ofertados pela licitante vencedora;

- possibilidade de contratação, pela Anvisa, dos serviços cujos preços registrados fossem mais baratos, afastando o risco de dano ao Erário;

- incompetência da pregoeira em realizar pesquisa de preços e verificar exequibilidade dos serviços licitados, incumbência essa do órgão demandante dos serviços (Unipe);

- contradição decorrente de tratamento não-equânime dispensado à autoridade homologadora da licitação, a qual não detinha competência para avaliar exequibilidade da proposta de preços dos serviços, nem teria sido previamente cientificada da existência de vício no procedimento licitatório conduzido pela pregoeira;

- obscuridade e contradição oriundas de presunção da inexecutabilidade da proposta sem considerar a sua efetiva viabilidade, a qual é refutada pela regular execução dos contratos de serviços licitados por parte do órgão responsável da Anvisa;

- possibilidade e prática usual de empresas de eventos concederem descontos significativos em determinados preços de serviços, a considerar as condições de mercado e vantagens competitivas, conforme processos licitatórios colacionados pela defesa, os quais foram realizados pela Administração Pública à época da licitação ora questionada;

- obscuridade decorrente da ausência de descrição dos elementos objetivos que configurem omissão dos responsáveis nos atos questionados no julgamento e homologação de licitação;

VGS Produções S.A. (GV2 Produções S.A.)

- existência de nulidade processual insanável no Acórdão 895/2018-TCU-Plenário, retificado pelo Acórdão 2250/2015-TCU-Plenário, por não constar do título condenatório a alteração da razão social da FJ Produções para GV2 Produções S.A. (atual VGS Produções S.A.);

- contradição, omissão ou obscuridade decorrente da manutenção da condenação da embargante apesar de o acórdão guerreado reconhecer ausência de parâmetros adequados para aferir o sobrepreço dos serviços de edição de filmagem.

Ao fim, os embargantes Rosenilde Martins Lima Borges e Wesley José Gadêlha Beier requerem acolhimento dos declaratórios para sanear os vícios apontados para, atribuindo-lhes efeitos infringentes, acolher as razões de justificativa e afastar o julgamento pela irregularidade das contas e aplicação de multa aos responsáveis.

Por sua vez, VGS Produções protesta por que sejam acolhidos os embargos declaratórios para afastar a condenação em débito da empresa. Alternativamente, requer a anulação do acórdão embargado.

Feita essa introdução, passo a decidir.

Assiste razão aos embargantes Rosenilde Martins Lima Borges e Wesley José Gadêlha Beier no ponto em que asseveram existência de nulidade insanável, decorrente de nova imputação de fato, em sede recursal, sem que tenha havido prévio contraditório e ampla defesa.

Consta dos atos convocatórios de audiência dos responsáveis que o motivo do chamamento dos responsáveis foi omissão, diante da ocorrência de “jogo de planilha”, expondo a Administração a prejuízos ao Erário e contrariando o disposto no inciso IV, art. 43 e inciso V, art. 15, da Lei 8.666/1993; e no art. 3º, do Decreto 3.931/2001, uma vez que os preços contratados não seriam compatíveis com os preços de mercado.

Na oportunidade do exame dos recursos de reconsideração interpostos pelos embargantes em face do Acórdão 895/2015-TCU-Plenário, a Secretaria de Recursos, com o endosso do Ministério Público, afastou a imputação de “jogo de planilha” aos embargantes, pelas razões já descritas neste voto. Todavia, negou-lhes provimento e manteve a irregularidade das contas e a cominação de sanção pecuniária individual tendo por base nova imputação de fato ilícito: aceitação de proposta aparentemente inexequível da licitante vencedora sem adotar as diligências cabíveis estabelecidas no artigo 48, inciso II, da Lei 8.666/1993 e no Enunciado 248 da Súmula de Jurisprudência do TCU. A nova capitulação de fatos, sob outro fundamento legal, foi endossada pelo Acórdão 2.079/2018-TCU-Plenário.

Revedo os autos, não vejo como possa prosperar a manutenção do título condenatório com base em nova imputação de fato irregular, sem que aos responsáveis Rosenilde Martins Lima Borges e Wesley José Gadêlha Beier tenha sido assegurados os primados do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a decisão embargada, em relação a esses responsáveis, padece de eiva insuperável.

Com efeito, por maior que seja o esforço hermenêutico, não há relação causal necessária e suficiente entre a ausência de realização de diligência prévia por parte dos responsáveis para verificação da exequibilidade dos preços da proposta da licitante vencedora e eventual “jogo de planilha”, para enquadrá-la no mesmo arcabouço de audiência dos embargantes e preservar a higidez do processo.

Ao menos em tese, a presunção de inviabilidade do preço da oferta adjudicada à empresa vencedora do torneio licitatório não implica, por si só, manipulação da planilha orçamentária pelo nefasto “jogo de planilha”. Mesmo que a suspeita de inexequibilidade da oferta comercial seja afastada, nos termos do artigo 48, inciso II, da Lei 8.666/1993, ante a demonstração das condições mercadológicas e das vantagens competitivas da sociedade empresária, não haverá ganhos indevidos durante a execução contratual se os quantitativos de serviços forem corretamente estimados e

obedecidos durante a realização da avença, mantido o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste contratual estabelecido no torneio licitatório.

No caso vertente, a existência de “jogo de planilha” foi afastada pelo Tribunal diante da ausência de prévia estimativa das quantidades de serviços projetadas pela Administração, a afastar hipótese de eventual ardid por parte da licitante vencedora em estabelecer prévio arranjo de preços não-vantajosos e quantidades expressivas em detrimento da seleção da oferta mais vantajosa ao Erário.

Trata-se, portanto, de atribuição de novos fatos para manutenção da irregularidade das contas e apenação dos responsáveis, à revelia do devido processo legal, o que impõe a insubsistência do item 9.1.1 do Acórdão 2.079-TCU-Plenário em relação aos embargantes e, conseqüentemente, dos itens 9.4 e 9.6 do Acórdão 895/2015-TCU-Plenário.

Considerando, ainda, que não há informação nos autos de eventual comprometimento na prestação dos serviços avançados em razão de possível inexecutabilidade da proposta de preços da licitante vencedora do Pregão SRP 32/2008, e tendo em vista os primados da racionalidade administrativa e da economia processual, julgo, desde logo, regulares com ressalva as contas Rosenilde Martins Lima Borges e de Wesley José Gadêlha Beier, expedindo-lhes quitação plena, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992.

Com relação aos embargos de declaração opostos pela VGS Produções S.A. (GV2 produções S.A.), afasto a arguição de nulidade em razão de o Acórdão 895/2015-TCU-Plenário e das deliberações que a sucederam, uma vez que foi devidamente retificada a alteração da razão social da empresa F.J. Produções Ltda. para GV2 Produções S.A. (atual VGS Produções S.A.), conforme Acórdão 2.250/2015-TCU-Plenário. Demais disso, não foi identificado qualquer prejuízo à defesa da responsável ao longo de toda a tramitação processual.

A decisão guerreada também não padece de qualquer vício de contradição, omissão ou obscuridade quanto à manutenção da condenação da embargante. Os fundamentos do Acórdão 2079/2018-TCU-Plenário foram claros em informar que não havia incerteza no edital do Pregão SRP 32/2008 quanto ao critério de medição dos serviços de edição de filmagem, o qual era unitário ou por evento, o que independia do número de câmeras utilizadas ou da quantidade de horas de filmagem.

No entanto, o *decisum* fustigado manteve o valor do débito imposto à empresa embargante em homenagem ao princípio do *non reformatio in pejus*, pois a condenação que resultaria da aplicação dos exatos termos do edital seria superior ao valor estimado pelo Acórdão 895/2015-TCU-Plenário.

Por fim, registro que Maria Amelia Parente Arena protocolou peça intitulada “Pedido de Reconsideração” em face do Acórdão 2.079/2018-TCU-Plenário (peças 505 e 506), devendo, assim, este processo ser restituído à Secretaria de Recursos para exame preliminar de admissibilidade após o julgamento dos presentes embargos de declaração.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação do colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de setembro de 2019.

WALTON ALENCAR RODRIGUES  
Relator