

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 034.400/2013-3 (Apensos: TC 008.477/2008-0, TC 007.077/2016-5).

Natureza: Embargos de declaração (Tomada de Contas Especial).

Órgão: Secretaria de Portos (extinta).

Recorrente: Ecoplan Engenharia Ltda (92.930.643/0001-52).

Representação legal: Augusto Rolim da Silva Neto (OAB/DF 60.947) e outros, representando Ecoplan Engenharia Ltda.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ALEGAÇÕES DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E OBSCURIDADE NA DECISÃO RECORRIDA. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela empresa Ecoplan Engenharia Ltda, líder e representante do Consórcio Ecoplan/Planave, contra o Acórdão 1.520/2019-TCU-Plenário, por meio do qual este Tribunal negou provimento ao recurso de reconsideração interposto pela responsável, contra o Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário.

2. Mediante a decisão de 2017, o TCU rejeitou suas alegações de defesa, com condenação em débito e aplicação de multa individual no valor de R\$ 100.000,00.
3. O processo em apreço apurou sobrepreço no Contrato AQ-96/2003-00, o qual tinha por objeto serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do Porto de Rio Grande/RS.
4. O recorrente aduz, em síntese, que haveria contradições, omissões e obscuridades na decisão recorrida com necessidade de aplicação de efeitos infringentes de forma a ser dado provimento ao recurso apreciado pelo acórdão embargado.
5. Transcrevo as considerações da recorrente quanto à eventual contradição do acórdão embargado, que teria desconsiderado a data correta para iniciar a contagem do prazo a partir do qual a instauração de tomada de contas especial poderia ser dispensada, nos termos da IN TCU 71/2012 (peça 150, p.3):

4.1. Contradição quanto ao marco inicial considerado pelo acórdão embargado

De início, vale destacar a dispensabilidade da instauração de tomada de contas especial ante o transcurso de mais de 10 (dez) anos contados entre a data de ocorrência do provável dano e a notificação inicial do Consórcio ECOPLAN/PLANAVE. Esse é o comando contido no artigo 62, inciso II, da IN/TCU 71/2012:

Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, **fica dispensada a instauração da tomada de contas especial**, nas seguintes hipóteses:

[...]

II - houver **transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis** pela autoridade administrativa competente;

Ocorre que a aplicação do dispositivo em questão restou afastada, pois depreende-se dos fundamentos do acórdão embargado que o marco temporal utilizado para a contagem não seria a citação do Consórcio a respeito da instauração da presente TCE ocorrida em março de 2015 (que inaugurou a discussão a respeito do superfaturamento da planilha orçamentária), mas sim a notificação realizada em 2009, ainda no escopo do TC nº 008.477/2008-0. Confira-se:

16. Não concordo com essas ponderações porque esse normativo tem como premissa garantir a possibilidade de defesa em face de eventual transcurso de tempo que impossibilite o responsável de reunir informações para o contraditório. Muito embora a citação seja de 2015, os custos do contrato já vinham sendo discutidos desde 2009, quando da apreciação do Acórdão 32712009-TCU-Plenário, cuja ciência foi concedida ao responsável por meio de ofício expedido em 11/3/2009 (peça 2, p. 113).

Sucedendo que a questão de fundo tratada no âmbito desse último processo é totalmente diversa da matéria discutida na presente TCE, tendo sido notificado o Consórcio em 2008 para apresentar razões de justificativa a respeito apenas das folhas de pagamento e/ou recibos de pagamento dos empregados em questão. Confira-se o teor da intimação (peça 001 do TC nº 008.477/2008-0, fls. 8):

(...)

Note-se que a notificação do Consórcio supervisor em relação aos termos do Ofício acima só veio a ocorrer em 16/6/2008, por meio do Ofício 206-195/2008 (Peça 001 do TC nº 005.477/2008-0, fls. 150):

(...)

Em contrapartida, a citação para que fosse apresentada defesa no escopo do presente processo só veio a ocorrer em 24/3/2015 através do Ofício n2186/2015- TCU/SeinfraHidroferrovias (Peças 21 e 24), por meio do qual cientificou-se o Consórcio supervisor acerca de possível superfaturamento nos serviços de supervisão contratados. Confira-se:

(...)

Vale reiterar que jamais houve qualquer discussão acerca do suposto sobrepreço dos preços orçados na licitação que originou o Contrato AQ 96/2003-00 até o momento da instauração da presente TCE.

É nesse ponto que se contradiz o acórdão embargado que, ao mesmo tempo em que afirma não ser o marco temporal correto a notificação de 2015, **registra que a irregularidade tratada no escopo da presente TCE é totalmente diversa daquela tratada na notificação de 2009**. Veja-se:

2. Após análise da unidade especializada em obras, o TCU julgou irregulares as contas dos responsáveis e os condenou ao pagamento de R\$ 1.486.619,63, valor calculado a partir dos valores referenciais dos salários contidos na Instrução de Serviço DG/DNER 0612001 (IS-DGDNER 06/2001) com os percentuais de cálculo do edital do certame, tais como encargos sociais e custos administrativos. Esse valor não incluiu provável crédito oriundo dos valores retidos em obediência ao disposto no subitem 9.1.3 do Acórdão 32712009-TCU-Plenário, e nem os efeitos do transcurso do tempo (atualização monetária).

3. Como havia valores retidos em função de outras irregularidades que não se confirmaram, a compensação de pagamentos resultou em um ressarcimento de R\$ 306 mil em valores atualizados à época (em 6/2/2015: peça 16) para a quitação do débito, segundo informações à peça 67, página 2. De forma proporcional ao dano, nos termos do artigo 57 da Lei 8.443/1992, foi aplicada multa aos responsáveis no valor de R\$ 100 mil. (Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário).

Note-se que ao afirmar a retenção de valores em função de "outras irregularidades", o voto condutor expressamente impõe divisa aos assuntos tratados em momentos distintos. Ou seja, a notificação de 2008 tratou das irregularidades aventadas no Acórdão 327/2009, as quais não se confirmaram.

Ora, se não se confirmaram, sequer poderiam dar ensejo à instauração da presente TCE, procedimento que prescinde da adequada apuração das irregularidades impostas aos acusados. Assim, o relator reconhece tratar-se a presente TCE de outra acusação, distinta daquelas que foram objeto do TC nº 008.477/2008-0.

Portanto, evidencia-se que a ausência de intimação do Consórcio supervisor implica em prejuízo à sua defesa, sobretudo pela inviabilidade de produção de provas e reunião de informações para o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa consubstanciada no largo lapso de tempo existente entre o provável dano (elaboração do edital de onde adviriam os supostos sobrepreços que teriam ocasionado o superfaturamento aventado na presente TCE) e a notificação do Consórcio contratado. Veja-se que o lapso é de 13 anos, transcurso de tempo entre o orçamento referencial do edital (2002) e a citação para que o consórcio se defendesse da irregularidade de "sobrepreço na planilha orçamentária do Edital de Concorrência, que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 306.061,12" (Ofício 0186/2015- TCU/SeinfraHidroferrovias - Peça 21).

Outro fato relevante é que a discussão original (da tomada de contas de 2008) nada tem a ver com a discussão de preços orçados, ou seja, não demandou nenhuma busca por parte do Consórcio embargante de documentos relativos à formação dos preços no momento da licitação (orçamento estimativo e proposta da licitante vencedora). A discussão fechou-se na avaliação da obrigatoriedade ou não da vinculação dos preços propostos aos salários efetivamente pagos às equipes. Não se discutiu o orçamento da licitação!

Não se pode dizer que há qualquer tipo de aderência do debate originado em 2008 ao debate originado na presente TCE. Foram matérias diversas e que não demandaram o mesmo contexto probatório, portanto, não se pode dizer que o debate original teria o condão de afastar a incidência da decadência prevista na IN/TCU nº 71/2012.

Desse modo, considerando o transcurso de mais de 10 (dez) anos entre o alegado dano e a notificação do Consórcio supervisor, além da comprovação dos prejuízos resultantes à elaboração da defesa, é que incide ao caso em apreço a dispensa de instauração de TCE na forma do artigo 6º, inciso II, da IN/TCU 71/2012.

Nesse contexto, confirmam o raciocínio da IN/TCU nº 71/2012, as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que, em observância ao aspecto objetivo da segurança jurídica e do princípio do devido processo legal, vem reconhecendo a incidência do prazo decadencial ou prescricional até mais severo (de cinco anos) previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99 e no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32 nos processos de controle externo a cargo do TCU.

A esse respeito, confira-se o recente julgado do Min. Marco Aurélio Melo no âmbito do MS 35.971/DF, no qual houve a concessão de liminar para suspender os efeitos de uma condenação do TCU ao ressarcimento de um débito de mais de R\$ 7 milhões a uma construtora por alegadas irregularidades na execução de obras de uma rodovia no Estado de Goiás, por notificação tardia da interessada. Segundo o ministro, decorridos mais de 5 (cinco) anos do fato supostamente lesivo e da intimação do particular, não poderia o Estado lhe impor o ressarcimento ou a punição:

"Decorridos mais de 8 anos entre o fato supostamente lesivo e a intimação do particular, o Estado não poderia impor o ressarcimento ou a punição, seja na via administrativa, seja na judicial. Não se deve admitir - considerada a Carta que se disse cidadã, a trazer ares democráticos ao Direito Administrativo - a irrestrita atuação do Tribunal de Contas da União, no que voltada a recompor dano ao erário. Fazê-lo implicaria assentar poder insuplantável do Estado, a obrigar o cidadão a guardar documentos indefinidamente para a própria defesa." (Supremo Tribunal Federal, MS nº 35971/DF - Tutela Provisória em Mandado de Segurança, Relator: Ministro Marco Aurélio Melo, Publicado no DJ Nr. 32 do dia 18/02/2019).

Soma-se a isso a consideração do ministro acerca da extensa tradição legislativa acerca da aplicação do prazo quinquenal como marco temporal limitador da atuação do Estado, citando, inclusive, o artigo 12º do Decreto nº 20.920/32 e o artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Veja-se:

"O que ocorre, tradicionalmente, no Direito? O quinquênio a reger a prescrição - ou a possibilidade de a Administração suplantar, ela própria, certa situação, conforme Celso Antônio

Bandeira de Mello. Verifica-se o mesmo prazo relativamente à ação a ser ajuizada pela Fazenda, assim como por aquele prejudicado por ato do Estado - Decreto n220.910/1932. Mais ainda: esse é o lapso aplicável, por força da Lei n24.717/1965, à ação popular e à ação de improbidade, nos termos do artigo 23, inciso I, da Lei n28.429/1992. É observável, também, ante o poder-dever de autotutela administrativa - artigo 54 da Lei n29.784/1999." (Supremo Tribunal Federal, MS n° 35971/DF - Tutela Provisória em Mandado de Segurança, Relator: Ministro Marco Aurélio Melo, Publicado no DJ Nr. 32 do dia 18/02/2019)

Por fim, o Ministro finaliza afirmando que o TCU, enquanto órgão de controle externo, deve respeitar o prazo de 5 (cinco) anos para exercício de sua atividade para conceder a liminar requerida, entendimento este que poderia ser igualmente aplicado no presente caso:

"Descabe admitir que o Poder Público, na seara patrimonial, cruze os braços, permanecendo com poder exercitável a qualquer momento. A evocação da segurança jurídica, como garantia da cidadania diante de guinadas estatais, confere relevância à passagem do tempo. Por isso há a prescrição, a alcançar a pretensão, a ação e a decadência, que apanha e fulmina o próprio direito. Nesse contexto, deve o Tribunal de Contas da União levar em conta o lapso de 5 anos para proceder à notificação daquele que busca responsabilizar por dano ao erário. 3. Defiro a liminar, suspendendo os efeitos da condenação imposta pelo Órgão impetrado por meio da deliberação n° 439/2018, formalizada no processo de tomada de contas especial 002.673/2012-6." (Supremo Tribunal Federal, MS n° 35971/DF — Tutela Provisória em Mandado de Segurança, Relator: Ministro Marco Aurélio Melo, Publicado no DJ Nr. 32 do dia 18/02/2019)

Por todo o exposto, verifica-se que a notificação tardia do Consórcio supervisor sobre a matéria versada na presente TCE em relação ao momento em que teria ocorrido o provável dano, enseja a aplicação do prazo decadencial ou prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 54 da Lei n29.784/99, bem como que o seu eventual direito à reparação também esbarra no prazo quinquenal prescricional previsto no Decreto n2 20.910/32, aplicável ao Poder Público em virtude do princípio da simetria e da isonomia.

O saneamento do vício aqui colocado, por implicar a inviabilidade do questionamento central da presente TCE (e mesmo de sua instauração), já seria motivo suficiente para a reforma da decisão embargada, dispensando o enfrentamento do mérito e dos vícios relacionados ao julgamento de contas identificados no Acórdão. No entanto, com o intuito de ver elididas todas as máculas identificadas na decisão, são trazidas a seguir as demais considerações.

6. Na mesma toada, a embargante apresenta outra suposta contradição mediante os seguintes argumentos (peça 150, p. 8):

4.2. Contradição quanto à peculiaridade dos serviços de supervisão no modal aquaviário

Depreende-se da análise feita pelo acórdão embargado acerca da adequabilidade da Tabela de Preços de Consultoria do DNIT, referência 04/2001, para a avaliação dos preços de serviços de consultoria e supervisão de obras portuárias, o entendimento de que o tipo de obra não implica na definição do valor dos salários dos profissionais.

Entretanto, o acórdão embargado justifica a afirmativa expressa acima com base no fato de a Associação Brasileira de Consultores de Engenharia (ABCE) sugerir tabelas em que os preços dependem, também, da experiência profissional do trabalhador. Veja-se:

18. Sobre a adequabilidade da tabela do Dnit para a avaliação de preços de serviços de consultoria e supervisão de obras portuárias, todas as análises efetuadas neste caso me convenceram de que não haveria distinção entre os tipos de obras para a definição do valor dos salários, uma vez que a própria Associação Brasileira de Consultores de Engenharia (ABCE) sugere tabelas em que os preços dependem apenas do nível de escolaridade e da experiência profissional do trabalhador, não sendo categorizados por tipo de obra.

Ou seja, ainda que não se entenda que o tipo de obra implica necessariamente no valor dos serviços de consultoria, fato é que foi reconhecido pelo acórdão embargado que a experiência dos profissionais da obra resulta na definição dos salários.

Não foi por acaso que a licitação para os serviços de supervisão que originaram o Contrato AQ 96/2003-00 exigiu das licitantes experiência em obras de infraestrutura aquaviária com execução de obras de enrocamento. A esse respeito, estabeleceu o Edital n° 53/2002-00 (Peça 13, fls. 27):

(...)

Rememore-se que o recém-criado DNIT, antigo DNER, à época da licitação, passava por mudanças estruturais, de modo que ainda não tinha padrão de preços a ser utilizado nas licitações para o modal aquaviário. Dito isso, a inadequação da Tabela de Preços de Consultoria do DNIT, referência 04/2001, deriva do fato de tal referencial não contemplar o mercado específico que ela estava precificando.

Inclusive, essa tabela foi considerada inadequada pelo próprio DNIT que em 2008 reconheceu a necessidade de se agregarem novos modais ao Sistema de Custos Referenciais - SICRO. A esse respeito, confira-se a consulta pública realizada pelo DNIT com essa proposta (Peça 124, Anexo 3):

(...)

Essa inovação só veio a ser implementada em 2012, mediante a Instrução de Serviço DG n204/2012, sendo reconhecida a necessária correção da defasagem salarial em contratos de consultoria, desta feita incluindo a supervisão de obras do modal aquaviário. Veja-se (Peça 124, Anexo 4):

(...)

Ademais, reforça a aludida peculiaridade dos serviços de supervisão em obras do modal aquaviário o lançamento do novo SICRO em 2017, no qual indicou-se expressamente que os custos referenciais de obras aquaviárias constitui medida de caráter inédito:

(...)

Tal fato é apenas mais uma evidência de que a Tabela de Preços de Consultoria do DNIT de 2001 é inadequada, pois os referenciais de preço para obras aquaviárias só foi implementado no ano de 2017, 15 anos após a licitação. Essa inovação constitui a declaração de que até então inexistia referencial de preços dos serviços de supervisão no âmbito de infraestrutura aquaviária.

Assim, considerando a contradição ora apontada no acórdão recorrido que atribuiu a peculiaridade do Contrato AQ 96/2003-00 diante de ter assentado expressamente a necessária exigência de experiência profissional dos trabalhadores e a notória distinção dos serviços de consultoria em obras pertencentes ao modal aquaviário, é forçoso reconhecer a inadequação da Tabela do DNIT de 2001 para parametrização dos preços orçados.

Logo, revela-se contradição no Acórdão 1520/2019, na medida em que este rejeita o argumento recursal relativo à especificidade dos serviços, ao mesmo tempo que reconhece a necessidade de ter expertise na área (experiência específica).

Uma vez dirimido esse vício e, então, reconhecendo a peculiaridade dos serviços de supervisão licitados, tem-se os preços contratados como próprios dessa especificidade, afastando-se a aplicação do paradigma definido pelo TCU, por não aplicável aos serviços de modal diverso daquele contemplado na Tabela de Preços de Consultoria do DNIT vigente à época da licitação (modal rodoviário, único abrangido pelo então DNER, autor da planilha de referência adotada pelo TCU).

7. Em sequência, aponta como obscuridade o fato de a decisão em debate não ter aclarado que as majorações de preço seriam, na verdade, o lucro auferido pelo particular, por serviços prestados de forma correta e com qualidade, valor esse que, na visão do recorrente, não poderia ser objeto de apontamento pelo TCU (peça 150, p.11):

4.3. Obscuridade quanto à alegada irregularidade na majoração dos preços

Note-se que a suposta irregularidade apontada pelo Tribunal recai unicamente sobre o alegado superfaturamento dos preços constantes do Edital n(2. 53/2002-00, certame que deu origem à celebração do Contrato AQ 96/2003-00.

Ora, a elaboração da planilha orçamentária é procedimento que compõe a fase interna da licitação, sendo a sua regular e adequada formação de responsabilidade exclusiva do órgão licitante. O Consórcio supervisor não pode sofrer as consequências de atos praticados pela Administração Pública e para os quais não concorreu.

Contudo, verifica-se que o acórdão embargado impõe a responsabilidade do Consórcio ECOPLAN/PLANAVE unicamente em razão de o contratado ter se beneficiado pela suposta majoração dos preços contratados pelo DNIT. Confira-se:

20. Outro ponto trazido pelos recorrentes refere-se à impossibilidade de responsabilizar o consórcio contratado por eventuais erros em uma planilha de preços que eles sequer elaboraram. Em paralelo, aduzem que o Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário teria determinado a conversão em TCE,, mas que o voto dessa decisão não teria autorizado formalmente tal procedimento e que somente foram notificados da decisão em 2015 muito embora tenha sido exarada em dezembro de 2013.

21. Relativamente a esse ponto, adoto todas as considerações da Serur. De fato, o contratado se beneficiou de eventual majoração de preps realizada no contrato, ainda que o vício tenha se iniciado na fase interna a licitação e apenas tenha se consumado de fato na medição dos itens de serviço. Nesses casos, a jurisprudência do TCU converge para a possibilidade de condenação de particulares em débito a fim de restituir os valores indevidamente recebidos.

Nesse sentido é que se verifica ser impugnável o acórdão embargado quanto a este ponto, pois **o simples fato de o consórcio contratado ter auferido lucro em decorrência da adequada e correta prestação dos serviços não constitui irregularidade**, não podendo o TCU se imiscuir nos ganhos da empresa.

Essa questão é puramente mercadológica, não sendo admitido que o TCU realize verdadeira fiscalização da rentabilidade do particular, diante da proteção constitucional expressamente conferida à iniciativa privada.

Dada essa proteção constitucional e considerando que os serviços foram orçados e acordados pelo órgão licitante, com respeito a todos os prazos estabelecidos no contrato, é que se constata a inviabilidade de o TCU se imiscuir no julgamento da adequabilidade dos lucros auferidos pelo Consórcio supervisor.

8. Outro ponto trazido na peça recursal seria a presença de contradição, omissão e obscuridade na alteração indevida do referencial que balizou as análises de preços que fundamentaram o superfaturamento no contrato (peça 150, p. 12-17):

4.4. Contradição, omissão e obscuridade na alteração indevida de parâmetro estabelecido na referência de preços definida para o presente julgamento de contas

Como visto, o TCU se utilizou da Tabela de Preços de Consultoria do DNIT, referência 04/2001, como parâmetro dos preços orçados quando da elaboração do edital que culminou no entendimento de suposta irregularidade do Contrato AQ 96/2003-00.

Ocorre que **essa referência foi adotada de maneira parcial** por esta Corte de Contas, sendo empregada apenas para considerar os preços unitários ali dispostos, tendo sido adotada taxa de custos administrativos (percentual aplicados sobre os custos diretos) diversa da definida naquela referência.

Alinhando-se à argumentação apresentada pelo MPTCU (que indicou a possibilidade de alterar um parâmetro da tabela paradigma: a taxa de custos administrativos), entendeu o Relator que, inobstante a evidência de que o normativo vigente à época da licitação indicasse a taxa de administração de 75%, seria usual que o DNIT deliberadamente optasse por qual a taxa de custos administrativos (se 50% ou 75%) adotaria em seus orçamentos licitatórios. Confira-se:

26. À primeira vista, pontuo que, se o normativo vigente à época estabelecia um percentual de custo administrativo de 75% (Instrução de Serviço DG/DNER 06:2001), não haveria motivo em se considerar na formação do preço paradigma o percentual de 50%, uma vez que o Dnit só

passou a adotar este Último com a revogação do normativo anterior, por meio da aprovação da Instrução de Serviço DG/DNER 062006, de 1º de junho de 2006.

27. Da leitura das análises da SeinfraPortoFerrovia, pude verificar que, na formação dos preços usados como referência, os salários constavam da IN vigente à época (2001), com a imposição dos custos administrativos do edital no valor de 50% (peça 12, pp. 28-29 e 41 do TC 008.477/2008-0).

28. Nesse aspecto, tive o receio de ser algum erro do próprio Dnit em adotar um percentual diferente do seu próprio normativo, mas as percucientes considerações do MPTCU revelaram que era usual naquele momento de vigência do normativo de 2001 que aquela autarquia ora licitasse serviços dessa natureza com custos administrativos de 50% ora o fizesse com a mesma taxa em 75%.

Já fica clara aqui a contradição: a TCE foi instaurada para comparar os preços do contrato (estes inferiores aos do edital) com os preços referenciais do contratante (DNIT) vigentes à época, porém o acórdão embargado recusa a adoção desse paradigma em prol de uma "escolha aleatória" que entende ter sido uma praxe da época. O referencial em questão consiste em uma tabela padrão, cuja aplicabilidade deveria ser considerada na íntegra (com todos os parâmetros nela constantes). Essa é a medida que se impõe, pois o que se busca na presente TCE é verificar a regularidade dos preços e o marco regulatório não está sendo obedecido.

Não se trata aqui de justificar o emprego de uma ou outra taxa, trata-se de defender o atendimento à determinação expressa que deu origem à presente TCE: adotar como padrão de preços de mercado a referência "Tabela de Preços de Consultoria do DNIT, referência 04/2001, devidamente reajustada para data-base do contrato" (Acórdão 2784/2012, item 9.2.1).

É preciso pontuar que **quem rejeitou a aplicação da planilha do edital foi o próprio TCU**, e o fez em nome da adoção de uma outra planilha referencial que entendeu ser paradigma dos preços de mercado, unicamente em razão de estar vigente à época da licitação. Então, mais do que uma planilha de referência, o TCU elegeu um **NORMATIVO** de preços de referência.

O verdadeiro motivo que ensejou a escolha pela taxa de custos administrativos ser estabelecida em 75% não foi a mudança advinda da aprovação da Instrução de Serviço DG/DNER nº 06/2006, mas sim o fato de que **a tabela paradigma estabelecida na Instrução de Serviço DG/DNER nº 06/2001 impunha a composição de preços em um percentual de custos administrativos de 75%**.

Inclusive, a Serur, órgão **técnico** deste TCU, entendeu ser devida a alíquota de 75% a incidir sobre o item total de pessoal, a título de custos administrativos. Tudo em consonância com a referência para cálculo do sobrepreço vigente à época estabelecida na Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001.

E aquela unidade técnica o fez por um único motivo: para fazer cumprir a determinação do acórdão que resultou na instauração da presente TCE.

Com base nesse novo exame, que corrigiu os cálculos anteriores para ajustá-lo ao paradigma de preços de mercado em todos os seus termos, a unidade técnica **concluiu pela inexistência de débito e, via de consequência, da multa imputada ao Consórcio supervisor**, nos seguintes termos:

9.14. Pelo exposto, entende-se que a imputação de débito constante do item 9.1 do acórdão recorrido deva ser afastada. Por consequência a multa aplicada no item 9.2, art. 57, da Lei 8443/92, também deve ser afastada, pois decorre do débito. A inexistência do débito conduz a exclusão da multa. Ainda no mesmo sentido, entende-se oportuno, uma vez inexistente o débito, que o julgamento das contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, seja modificado e suas contas julgadas regulares com ressalvas.

Assim, a existência de contradição no acórdão embargado fica clara em torno da **utilização incompleta da tabela referencial do DNIT considerada como adequada pelo TCU**. Não é razoável que se estabeleça um "conglobamento" (teoria aplicada apenas em situações restritíssimas

no âmbito do Direito do Trabalho) de dois paradigmas distintos apenas para prejudicar o consórcio supervisor.

Até porque a questão ora enfrentada não é jurídica, mas sim questão de matemática simples. Ao adotar a planilha referencial definida pelo TCU, multiplicando-se os quantitativos executados até a última medição do contrato (quantitativos esses que não estão sendo questionados) pelos preços unitários e aplicando-se sobre eles os demais parâmetros estabelecidos, tem-se como resultado um valor que, comparado com o valor remunerado à contratada, é resultado da diferença entre o que o TCU julgou "justo pagar" (preços de mercado) e o que foi pago. Trata-se, portanto, de uma operação de subtração simples.

Dito isso, considerando a aplicação integral da planilha atribuída pelo TCU como adequada e ao contrário do que afirmou o MPTCU em sua manifestação, resta evidenciado o necessário ajuste dos cálculos relativos aos preços do Contrato AQ 96/2003-00, adotando 75% ao invés de 50% a título de taxa de custos administrativos, em especial porque a referida taxa não é uma premissa isolada, devendo ser adotada em conjunto com a tabela referencial a que está vinculada.

Ademais, o argumento de que era prática usual do DNIT estabelecer a taxa de custos administrativos no importe de 50% não procede. Veja-se, **em planilha fornecida pela Coordenação-Geral de Custos de Infraestrutura (CGCIT) do DNIT acostada aos autos na peça 133 ficou expressamente constatado que o percentual aplicado à época da licitação era de 75%**. Veja-se:

(...)

Ora, verifica-se que o Tribunal deixou de apreciar documento que traz solução à controvérsia instaurada entre o MPTCU e a Serur no escopo do presente processo, uma vez que informa a taxa de custos administrativos praticada à época da licitação. Outrossim, os dois editais citados pelo acórdão embargado como exemplares à definição da taxa de custos administrativos em 50%, a despeito de ambos terem sido formulados na vigência da Instrução de Serviço nº 06/2001, não são parâmetro para essa definição.

Isso porque esses editais têm planilhas referenciais de preços idênticas às do edital que culminou na celebração do Contrato AQ 96/2003-00. Portanto, **a sua adoção implicaria na plena regularidade do contrato em questão, uma vez que o acórdão admite, ainda que implicitamente, a possibilidade de serem utilizadas referências distintas da Tabela de Preços de Consultoria do DNIT**. Ainda que tais editais tenham como taxa de custos administrativos o percentual de 50%, os preços unitários são mais elevados do que aqueles constantes da tabela padrão definida na IS 06/2001, de sorte que, uma vez permitida a utilização, como paradigma, das planilhas desses editais tomados como exemplo e, assim, adotando, na íntegra tais planilhas, a discussão aqui empreendida estaria encerrada, já que aqueles editais trazem planilhas orçamentárias idênticas às do edital em questão.

Além disso, o voto acompanhou o raciocínio de cálculo cujo pressuposto só passaria a vigor anos **após a licitação**. Explica-se: a possibilidade de aplicação da taxa de administração de 50% (quando a normativa do DNIT instruída uma taxa de 75%) estaria presente na Instrução Normativa nº 206/2006. Ora, como aplicar uma normativa de 2006 para uma licitação de 2002? Sobretudo porque a própria IN nº 06/2006 definiu que sua aplicação abrangeria apenas os orçamentos formulados **a partir do dia 01/06/2006**. Confira-se:

INSTRUÇÃO DE SERVIÇO Nº 06, DE 01 DE JUNHO DE 2006

(...)

2º - **A partir desta data**, todos os orçamentos e novas contratações previstas em editais para serviços de engenharia consultiva a serem efetivadas pelo DNIT, deverão obedecer aos procedimentos, critérios e recomendações da presente Instrução de Serviço, revogando as disposições em contrário dispostas na Instrução de Serviço DG/DNER nº 06/2001, de 03 de setembro de 2001. As licitações que, nesta data, encontram-se em andamento, deverão permanecer como estão sem necessidade de alteração dos seus critérios.

Se a finalidade da presente TCE é obter um comparativo com os preços de mercado, considerados justos para contratação, e tendo o TCU rejeitado as teses de defesa no sentido de discutir qual seria o padrão de preços de mercado adequado ao caso concreto, insistindo no entendimento de que seria a "Tabela de Preços de Consultoria do DNIT", então, cabe aqui exigir que esse padrão eleito seja efetivamente o aplicado.

Daí porque a decisão incorre em contradição, pois justifica um posicionamento (de adotar percentual de 50%) conflitante com o acórdão que determinou a apuração (cujo paradigma contemplava um percentual de 75%). Assim, entende-se que, uma vez esclarecida a impossibilidade de alterar o paradigma definido pelo TCU em apenas um parâmetro, resta clara a necessidade de sanear os vícios que levaram a uma deliberação maculada pela contradição.

Por fim, vale notar que o acórdão embargado pressupõe que o Consórcio contratado não deveria ter anuído com as disposições do edital ou, se anuído, que fossem impugnados os pontos considerados irregulares:

30. Não se pode concluir em que premissa a entidade se baseava para escolher entre uma ou outra. Certo é que os licitantes apresentaram seus preços, a contratada anuiu aos ditames do edital e não impugnou ou representou quanto a este critério, vindo a assinar um contrato, cuja execução se deu a valores inferiores ao apresentado em sua proposta.

Ocorre que esse enquadramento revela a inconsistência da deliberação recorrida em razão de implicar postura contraditória. De acordo com o acórdão embargado, se anuída as disposições do edital, o Consórcio estaria concorrendo para irregularidades ante o suposto sobrepreço da planilha orçamentária. Por outro lado, se impugnasse os pontos reputados como irregulares, o Consórcio ficaria sem paradigma para a formulação de sua proposta, pois a Tabela de Preços de Consultoria do DNIT então vigente tampouco poderia ser utilizada (já que o TCU, acompanhando a tese defendida pelo MPTCU, entende a planilha referencial da IS 06/2001 não deveria ser utilizada na íntegra), ficando, assim, sempre sujeito a ter seus preços questionados.

A contratada, de fato, anuiu aos ditames do edital, e o fez considerando a planilha orçamentária de referência, a quem se submeteu, ainda aplicando sobre aqueles preços um desconto, que manteve ao longo da execução contratual. Porém, a aceitação da planilha do edital, a qual a contratada honrou na contratação e contra eles nunca se insurgiu, se deu de forma integral.

O que o voto aponta é que, da planilha do edital, só se manteria o percentual de custos administrativos (com o qual a contratada anuiu). Em contrapartida, o voto em questão ignorou o restante da planilha referencial do edital, adotando, em seu lugar, a Tabela de Preços de Consultoria do DNIT vigente à época da licitação (rejeitando, assim, o percentual de custos administrativos).

Não se pode aceitar uma manipulação da planilha comparativa em desfavor da contratada, adotando-se sempre os parâmetros que levem à amplificação do superfaturamento em apuração. Isso não levaria apenas a um cálculo indevido, mas também a um cerceamento absoluto da defesa, pois não teria a contratada a ciência de qual era o referencial de preços correto para o seu contrato, já que sequer o parâmetro definido pelo TCU foi aplicado.

Do que se expôs aqui, constata-se que, segundo a tese imposta pela decisão, onde os preços licitados são colocados sob suspeita (pois os contratados, sendo inferiores aos do edital, são mera decorrência daqueles), as licitantes não poderiam dispor de nenhum referencial de preços para compor sua proposta. Isso porque:

A planilha orçamentária do edital não poderia ser considerada, pois estaria com preços acima do mercado;

Também não poderia ser adotada como referência a Tabela Padrão do órgão licitante, por ter percentual de custos administrativos que futuramente viria a ser considerado, isoladamente, elevado;

Tampouco se poderia tomar como parâmetro os editais lançados pelo órgão na mesma época e que indicavam padrão de preços diferentes daqueles estabelecidos na Tabela de Preços de consultoria do DNIT (os editais referidos pelo MPTCU com percentual de custos administrativos de 50%, com

exceção dos editais 0054/2002 - Supervisão Porto de Laguna) e 0085/2002 - Supervisão Porto de Paranaguá, ambos com preços unitários iguais aos do edital 53/2002), são todos posteriores.

Vê-se, pois, que a decisão rejeitou todos os parâmetros referenciais contemporâneos ao edital. Assim, não poderia, tanto o órgão licitante quanto as empresas interessadas em concorrer para o serviço, nem que pesquisassem em todas as fontes disponíveis à época, tomar como baliza nenhum teto de preços.

Não é coerente julgar as contas colocando em xeque um parâmetro de cálculo consolidado (pois fiel à Tabela de Preços de Consultoria do DNIT definida como padrão comparativo dos preços contratados'), e, dessa forma, desvirtuar a apuração finalística da presente TCE, com o aparente intuito de ver ratificado um débito que, matematicamente, incorria em erro de cálculo.

Portanto, constata-se ser necessária a alteração do julgamento das contas dos responsáveis, pois a correção do parâmetro "taxa de administração" (em relação aos parâmetros que fundamentaram o acórdão embargado) para aquele constante da Tabela de Preços de Consultoria de abr/2001 (75%), afasta o débito anteriormente calculado, pois há valores acumulados em crédito da contratada por decorrência de irregularidades apontadas no âmbito do TC 08.477/2008-0 que não se confirmaram, o que tornou insubsistentes as retenções antes aplicadas ao contrato.

O saneamento dos vícios apontados neste item implicará o reconhecimento do acertado refazimento dos cálculos efetuados pela Serur (Peça 129), os quais foram realizados com base em verificação do erro de premissa de cálculo, pois havia parâmetro de cálculo que estava incoerente com a planilha paradigma definida pela Corte de Contas ao determinar a apuração. Corrigindo esse erro, percebeu a Serur que os novos cálculos apontaram para a inexistência de débito.

9. Por fim, o embargante apresentou pedidos finais com as seguintes considerações (peça 150, p. 8-9):

Ante o exposto, a empresa ECOPLAN, líder e representante do Consórcio ECOPLAN/PLANAVE, ora embargante, requer o conhecimento e acolhimento dos presentes embargos, com efeitos infringentes, para que, supridos os vícios acima apontados, este Tribunal proceda à reforma do Acórdão embargado (Acórdão 1520/2019 — Plenário), de modo a que seja dado provimento ao recurso julgado pelo referido *decisum*.

Requer-se, também, a imediata suspensão dos efeitos e ordens emanadas do acórdão embargado (Acórdão 1520/2019 - Plenário), mantendo-se o efeito suspensivo do recurso original, manejo contra o Acórdão nº 1298/2017 - Plenário, nos termos do art. 287, §3º, do Regimento Interno do TCU.

É o relatório.