

VOTO

Atuo nos presentes autos com fundamento no art. 27-A da Resolução-TCU 175/2005, tendo em vista haver sido designado, por meio da Portaria-TCU 271, de 6/9/2019, substituto do eminente Ministro Vital do Rêgo.

2. Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço dos 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.

3. A decisão embargada negou provimento a recurso de reconsideração interposto pela responsável contra o citado acórdão de 2017, por meio do qual este Tribunal rejeitou suas alegações de defesa, condenando-a em débito, com aplicação de multa individual no valor de R\$ 100.000,00.

4. A condenação da empresa decorreu de superfaturamento no Contrato AQ-96/2003-00 destinado à prestação dos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do porto do Rio Grande-RS.

5. Na visão do recorrente, haveria contradição, obscuridade e omissão na decisão recorrida, pelos seguintes motivos, em suma (peça 150, pp. 4-18):

a) Haveria contradição na decisão quanto à data considerada como primeira notificação do responsável para fins de dispensar a instauração de tomada de contas especial, nos termos da IN/TCU 71/2012: a citação do consórcio ocorreu em 2015 (débito baseado nos normativos do DNIT) e o acórdão teria considerado a notificação em 2009 (suposto débito não confirmado pelo TCU calculado a partir dos salários dos empregados);

b) Outra contradição levantada é que o TCU, confirmando o entendimento da IN/TCU 71/2012, deveria seguir entendimentos do Supremo Tribunal Federal de que o prazo para o TCU impor ressarcimento ou punição seria de 5 anos, na linha do artigo 54 da Lei 9.784/1999;

c) A última contradição alegada seria a de que o Acórdão 1.520/2019-TCU-Plenário teria ora afirmado que o tipo de obra não implica na definição do valor dos salários dos profissionais ora declarado que as tabelas de preços desses serviços dependem da experiência profissional do trabalhador, ou seja, a decisão rejeita o argumento recursal relativo à especificidade dos serviços, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de ter expertise na área (experiência específica);

d) Obscuridade quanto à alegada irregularidade na majoração de preços: o simples fato de o consórcio ter auferido lucro, por si só não se constituiria em irregularidade, sendo que o TCU não poderia se imiscuir nos ganhos da empresa;

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

6. Relativamente à primeira suposta contradição, a empresa defende que o Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário considerou que o responsável teria tomado conhecimento das irregularidades que originaram a condenação em débito por meio de decisão prolatada em 2009, quando na sua visão só teria tido ciência do fato em 2015, uma vez que as irregularidades notificadas pelo TCU em 2009 diferem daquelas discutidas no bojo das alegações de defesa.

7. Esse pormenor toma relevo porque o recorrente teria defendido a tese de que a tomada de contas sequer poderia ter sido instaurada em função de o conhecimento das irregularidades ter ocorrido há mais de dez anos após o cometimento, em consonância com o artigo 6º da IN/TCU 71/2012

8. De pronto afirmo que não há contradição. Ao ser notificado sobre os indícios de sobrepreço no contrato em 2009, o responsável tomou conhecimento sobre os problemas de economicidade do ajuste, que se confirmaram quando da citação em 2015. Não há como arguir dificuldades na produção de contraditório e dos elementos de defesa simplesmente porque o TCU primeiramente discutiu o valor dos salários no âmbito do Contrato AQ-96/2003-00 e posteriormente reavaliou o preço final dos itens do contrato, que subentendiam além dos salários, os encargos e custos administrativos ali inseridos. Aliás, esse aspecto foi asseverado no voto do Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário:

17. A despeito de a metodologia do cálculo ter sido alterada entre 2009 e o momento da citação, desde à época da auditoria os responsáveis já tinham ciência dos questionamentos de preços pelo TCU, razão pela qual não há sentido em considerar que o tempo decorrido trouxe prejuízo à defesa.

9. Nesse passo, reafirmo que o recorrente já possuía condições de reunir seus elementos de defesa desde a notificação de 2009 quando se discutiu os custos do contrato pela primeira vez, não tendo apresentado, de forma objetiva, quando da interposição de recursos, qual seria a dificuldade gerada para a defesa decorrente do alegado decurso de prazo.

10. Vale lembrar que, especificamente quanto à aplicação ou não das disposições do artigo 6º, da IN/TCU 71/2012, entendo que estas devem ser avaliadas a cada caso, pois a interpretação do referido dispositivo não deve estar dissociada da verificação da presença de prejuízos concretos à racionalidade administrativa, à economia processual, à ampla defesa ou ao contraditório. Assim também entende ampla jurisprudência desta casa, a exemplo dos Acórdãos 3.898/2016 e 6.990/2014, da 1ª Câmara, e Acórdãos 2.630/2015, 3.535/2015, 9.570/2015, 444/2016 e 2.024/2016, todos da 2ª Câmara.

11. No que se refere a entendimento do STF sobre o prazo de cinco anos para o TCU impor sanção ou ressarcimento, tal alegação constitui tentativa do recorrente de rediscutir o mérito da decisão pela via estreita dos embargos de declaração. Apesar de o embargante não apontar objetivamente qual seria a contradição da decisão recorrida no que se refere a esse ponto, assinalo que a jurisprudência do TCU ratifica o entendimento segundo o qual são imprescritíveis as ações de ressarcimento por prejuízos gerados ao Erário (Súmula TCU 282), em consonância com posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), exarado em sede de Mandato de Segurança (MS 26.210-9/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

12. Ainda sobre o tema, registro que há repercussão geral reconhecida, mas ainda pendente de julgamento pelo STF especificamente quanto à prescritibilidade ou não da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas (tema 899). Nesse contexto, enquanto não sobrevier julgado da Suprema Corte que limite a atuação do Tribunal de Contas na persecução do ressarcimento ao erário, inclusive pela via da Tomada de Contas Especial, deve prevalecer a orientação consignada na Súmula TCU 282.

13. Relativamente à prescrição da pretensão punitiva, esclareço que nos termos do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, o qual uniformizou a jurisprudência do TCU acerca da questão, prevaleceu o entendimento de que se aplica o prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, que é de 10 anos, contado da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil, sendo este prazo interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva do responsável.

14. Quanto à última contradição intitulada “contradição quanto à peculiaridade dos serviços de supervisão do modal aquaviário”, o recorrente aponta que a decisão, a despeito de afirmar que os

preços dos salários dos serviços de consultoria não dependeriam do tipo de obra a que se referiam, asseverou que as remunerações desse tipo de serviço estariam relacionadas ao nível de escolaridade e experiência profissional do trabalhador. Ou seja, na visão da empresa, a experiência profissional teria impacto na definição dos salários.

15. Juntamente com o apontamento dessa suposta contradição, as razões recursais novamente debatem vários pontos já discutidos em decisões pretéritas, pontos esses que não devem ser avaliados mediante embargos, porquanto tentam novamente discutir mérito de matéria já examinada pelo Tribunal.

16. Reproduzo trecho do voto do acórdão combatido para evidenciar que não há a referida contradição na decisão:

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.

19. Mesmo assim, eventual peculiaridade das obras em lâmina d'água foram consideradas nas análises, a exemplo dos salários de auxiliar de mergulho e do próprio mergulhador, cujos cálculos de sobrepreço, de forma prudente, adotaram os próprios custos do contrato para esses valores, em face de não haver padrão similar na tabela do Dnit (peça 56 do TC 008.477/2008-0).

17. Da leitura do trecho, resta claro que a experiência profissional do trabalhador, detalhada na tabela da própria Associação Brasileira de Consultores de Engenharia (ABCE,) está dissociada do tipo de obra para fins de avaliação dos custos de remuneração. Logo, não há contradição na decisão, uma vez que reconhecer que profissionais com mais experiência se diferenciam em termos salariais daqueles em início de carreira não significa dizer que o tipo de obra deve ser considerado para se avaliar os valores de remuneração do mercado de consultoria em engenharia.

18. Ao examinar a obscuridade levantada pela embargante, assinalo que a recorrente não conseguiu demonstrar qual ponto da decisão teria falta de clareza ao fundamentar a majoração dos preços que resultou em débito no contrato. Os pontos recursais versam sobre a inexistência de irregularidade ante a possibilidade de a contratada auferir lucro, uma vez que o TCU não poderia fiscalizar a rentabilidade do particular.

19. Essa pretensa obscuridade, por conseguinte, não está presente na decisão em destaque. Os pontos de vista sobre direito à lucratividade e suas consequências para a economicidade do contrato, bem como a competência deste TCU para avançar nesse campo sequer foram levantados diretamente em sede de recurso de reconsideração. Há, portanto, uma tentativa de imposição de novos argumentos de defesa, alheios à decisão que ora se analisa, com conseqüente fuga do propósito maior dos embargos de declaração: sanear contradições, omissões e obscuridades.

20. Passo ao exame das alegadas contradição, omissão e obscuridade na alteração indevida de parâmetro estabelecido na referência de preços definida para o levantar o superfaturamento que fundamentou o julgamento irregular das contas.

21. Da leitura do item 4.4 do recurso (peça 150, pp. 12-17), o recorrente sugere que haveria contradição expressa na apuração de preços em uma TCE cujo paradigma adotado, a tabela de referência do Dnit à época (Instrução de Serviço DG/DNER nº 06/2001), indicava uma formação de custos com um percentual de taxa administrativa (75%) diferente da adotada nas análises técnicas do TCU (50%), as quais se valeram das informações contidas no edital da licitação e dos valores adotados pela própria autarquia em licitações similares de serviços de consultoria à época.

22. Na visão do recorrente ainda haveria omissão e obscuridade na decisão quanto à adoção desse parâmetro de 50%, mas estas não foram indicadas expressamente na peça recursal. Ao compulsar as razões, presumo que a pretensa omissão decorreria de uma possível ausência de análise de uma tabela fornecida pelo Dnit acostada à peça 133, em que lá se apresenta a formação dos custos dos serviços de consultoria contidos na tabela de referência contemporânea à contratação.

23. Não há contradição tampouco omissão. O recorrente novamente traz argumentos já considerados na fase de recurso de reconsideração que não se configuram oposições de ideias dentro da decisão embargada, na tentativa de fomentar novas discussões sobre matéria já decidida. Importante esclarecer que a contradição do embargo de declaração não se presta a elucidar as dissonâncias entre o que compôs a decisão e as intenções e entendimentos do próprio recorrente:

2. Conforme entendimento desta Corte, "a contradição que autoriza o manejo dos embargos de declaração é a contradição interna, verificada entre os elementos que compõem a estrutura da decisão judicial, e não entre a solução alcançada e a solução que almejava o jurisdicionado" (REsp 1.250.367/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 22/8/2013).

24. Registro que a decisão abordou os motivos e fundamentos da adoção do percentual de 50%, inclusive com as devidas razões para a escolha de um percentual em detrimento do outro, não havendo obscuridade alguma:

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 nº 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 06/2006, 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 percuientes 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%.

29. À título de exemplo cito a Concorrência 0054/2002-00 (supervisão das obras de recuperação e prolongamento do molhe sul da barra do Porto de Laguna/SC) e a Concorrência 0085/2002-00 (supervisão das obras de ampliação, recuperação e reforma da infraestrutura portuária do Porto de Paranaguá/PR), ambas realizadas em 2002, na vigência da IN de 2001, cujos custos administrativos foram orçados e definidos em 50% no edital dos certames, como bem nos esclareceu o Ministério Público de Contas em sua manifestação.

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.

31. De relevo mencionar que, ainda que este TCU decidisse utilizar os 75% como parâmetro para o cálculo dos custos administrativos, o débito subsistiria, dado que o prejuízo originário se manteria em R\$ 1,06 milhão a valores históricos, uma vez que os valores retidos não teriam o condão de sanear a irregularidade de superfaturamento no contrato, motivo do julgamento irregular das contas, representando assim tão somente um pagamento antecipado das dívidas.

25. Por tudo que se expõe, as alegações da embargante não procedem.



Diante do exposto, e considerando não haver contradição, omissão e obscuridade na decisão recorrida, VOTO para que este Tribunal adote a minuta de acórdão que submeto a este Colegiado

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

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Ministro-Substituto