

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 013.538/2005-3 [Apenso: TC 010.194/2004-9]

Natureza: Embargos de Declaração (em Recurso de Reconsideração de Prestação de Contas).

Órgão/Entidade: Serviço Social do Comércio - Administração Nacional.

Exercício: 2004.

Responsáveis: Abram Abe Szajman (001.214.108-97); Antônio José Domingues de Oliveira Santos (014.706.557-72); Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda. (17.455.288/0001-91); Infracon Construtora e Incorporadora Eireli (02.329.639/0001-40); João Carlos Gomes Roldão (261.617.707-25); Luis Fernando de Mello Costa (180.811.187-72); Maron Emile Abi-abib (030.228.541-53); Renato Rossi (001.285.626-68).

Interessado: Serviço Social do Comércio - Administração Nacional (33.469.164/0001-11).

Representação legal: Marcello Terto e Silva (21.959/OAB-GO) e outros, representando Infracon Construtora e Incorporadora Eireli; Alain Alpin Mac Gregor (101.780/OAB-RJ) e outros, representando Antônio José Domingues de Oliveira Santos; Antônio Perilo Teixeira Netto (21359/OAB-DF) e outros, representando Antônio José Domingues de Oliveira Santos e Serviço Social do Comércio - Administração Nacional.

SUMÁRIO: PRESTAÇÃO DE CONTAS SIMPLIFICADA. SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - ADMINISTRAÇÃO NACIONAL. EXERCÍCIO 2004. CONTAS REGULARES COM RESSALVAS. RECURSO DE REVISÃO INTERPOSTO PELO MPTCU. CONTAS REABERTAS PARA APURAÇÃO DE FATOS NOVOS. CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES COM IMPACTO NEGATIVO NA GESTÃO. SUPERFATURAMENTO DE CONTRATOS E OUTRAS IRREGULARIDADES NAS OBRAS DO CENTRO ADMINISTRATIVO DO SESC E SENAC. CITAÇÃO. AUDIÊNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO PARA TORNAR INSUBSISTENTE O JULGAMENTO ANTERIOR. IRREGULARIDADE DAS CONTAS, CONDENAÇÃO EM DÉBITO SOLIDÁRIO E APLICAÇÃO DE MULTA AOS ENVOLVIDOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS APONTADOS. REJEIÇÃO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMA DO JULGADO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NA DECISÃO EMBARGADA. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Em apreciação embargos de declaração opostos por Antônio José Domingues de Oliveira Santos, então Presidente do Conselho Nacional do Sesc/Senac (peça 123), e pela empresa Infracon - Construtora e Incorporadora Eireli (peça 127) contra o Acórdão 2.690/2020-TCU-Plenário (peça 107), por meio do qual este Tribunal negou provimento aos recursos de reconsideração interpostos pelos mesmos responsáveis contra o Acórdão 686/2019 (peça 51), de natureza condenatória.

2. Após breve síntese acerca do processo, o recorrente Antônio José Domingues de Oliveira Santos apresenta alegações no intuito de demonstrar que o acórdão embargado incorreu em omissão e contradição, conforme excerto do recurso a seguir transcrito (peça 123):

4. *Conforme será visto abaixo, esse Eg. Tribunal de Contas deixou de apreciar alguns pontos da defesa, deixando sem apreciação alegações importantes que poderiam modificar o resultado do julgamento e que por isso merecem ser apreciadas por meio do presente recurso.*

(II) Omissão: Fundamentação Insuficiente. Violação ao art. 489, §1, inc. III, do CPC.

Contradição com as orientações da Portaria SEGECEX nº 33/2012.

5. *Ao rejeitar o recurso de reconsideração interposto pelo Requerente, essa Eg. Corte negou o argumento apresentado pelo Embargante, no sentido de que não teria como ser responsabilizado por danos decorrentes de suposto faturamento, uma vez que não tinha a obrigação, nem seria exigível do Presidente do Conselho Nacional do Sesc/Senac, analisar planilhas de engenharia.*

6. *De modo genérico, essa Eg. Corte de Contas rejeitou o argumento, por entender que o suposto faturamento de valores constantes em planilhas decorreu de falta de planejamento, caracterizado pelos seguintes fatos. Confira-se:*

I - Inúmeras modificações no projeto arquitetônico no decorrer da obra, ocasionando gastos excessivos com demolições, repinturas e reformulações de projeto, em afronta aos Princípios da Economicidade e da Eficiência;

II - Justificativa para a celebração de mais de duzentos contratos para a execução da obra em tela, caracterizando infringência aos Princípios da Economicidade, Eficiência, Publicidade e Razoabilidade;

III - Fracionamento de licitações, em afronta ao art. 7º das Resoluções SENAC 801/2001 e 747/98;

IV - Aditamentos superiores a 25% nos contratos 1/2002, 2/2002, 4/2002, 6/2002, 14/2002, 23/2002, 24/2002, 25/2002, 27/2002, 28/2002, em dissonância ao artigo 25 da Resolução 801/2001 Senac;

V - Utilização da modalidade licitatória 'Convite' para casos em que o valor total do contrato ultrapassou o limite permitido para essa modalidade, afrontando o artigo 6º da Resolução 801/2001-SENAC. Contrato 67/084."

7. *Com a devida vênia e total respeito à decisão prolatada, não há no Acórdão 2690 uma fundamentação suficiente que atenda aos reclamos do art. 489 do CPC, visto que a r. decisão embargada não aponta em que medida a conduta imputada ao embargante impactou na planilha de engenharia, tampouco indica o nexo causal direto entre os itens das planilhas de engenharia que sofreram aumento a partir da conduta de má gestão que está sendo imputada ao Embargante.*

8. *Sem admitir qualquer dos fatos imputados ao Embargante, é intuitivo notar que eventual falta de planejamento e falha de gestão não geram superfaturamento, podendo, no máximo, ser hipótese de aumento de custos e sobrepreço, **jamaís superfaturamento**, que é um vício praticado por quem elabora as planilhas de custos de engenharia ou pelo encarregado de fiscalizar e medir a obra.*

9. *Conforme ensina José Cretella Junior:*

"Superfaturamento é o pagamento de preços exorbitantes pelo Estado, em decorrência de obras, serviços ou fornecimento, cujo preço de mercado é muito inferior ao realmente entregue ao fornecedor ou ao prestador de serviços públicos,

(...)” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à Lei Federal nº 8.666/93 e à Lei nº 10.520/02*. Rio de Janeiro: Forense, 2008)

10. Esse Tribunal distingue bem as hipóteses de superfaturamento e sobrepreço, tendo inclusive feito tal diferenciação no Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, aprovado por esse Eg. Tribunal de Contas através da Portaria SEGECEX nº 33/2012, na forma de cartilha orientativa, confira-se:

“I.3 – SOBREPREGO/SUPERFATURAMENTO

“[...]200. Há **sobrepreço global** quando o preço global da obra é injustificadamente superior ao preço global do orçamento paradigma. De modo similar, há **sobrepreço unitário** quando o preço unitário de determinado serviço é injustificadamente maior que o respectivo preço unitário paradigma.

201. Cabe esclarecer, contudo, que **a existência de sobrepreço, por si só, não resulta em dano ao erário. É o superfaturamento que materializa o dano, com a liquidação e o pagamento de serviços com sobrepreço ou por serviços não executados.**”

11. O acórdão embargado imputa responsabilidade ao Embargante, mas não diz em que medida nem específica como sua conduta gerou o dano. No âmbito da responsabilização do Tribunal de Contas é preciso que a conduta seja **diretamente** relacionada ao dano, não se podendo imputar ao agente um dano por estimativa. Essa é a orientação desse Eg. Tribunal para os auditores que fiscalizam a obra, conforme a Portaria SEGECEX nº 33/2012:

“A equipe deve atentar para a **devida caracterização do nexo de causalidade entre a conduta do responsável e a irregularidade observada**. Além disso, deve buscar elementos suficientes para caracterizar a culpabilidade do agente. Por isso, a equipe deverá aprofundar os trabalhos de investigação, solicitando documentação adicional ao órgão/entidade, se necessário.

37. A Matriz de Responsabilização deve ser preenchida, observando-se atentamente a caracterização do nexo de causalidade entre a conduta do gestor e a irregularidade observada e as premissas apresentadas nas “Orientações para Auditoria de Conformidade”, aprovadas pela Portaria Adplan 1/2010.

12. Apesar da muito questionável conclusão da unidade técnica sobre a existência de superfaturamento nos contratos, ela não poderia imputar a responsabilidade pelo dano ao Embargante, pois não foi ele quem elaborou a planilha de engenharia nem foi ele quem as analisou, até porque não detinha competência legal e técnica para tal função. Para responsabilizar o Embargante por esses danos é preciso **minudenciar e especificar qual conduta** deu azo à determinado aumento de preços nas planilhas, segundo prevê a própria Portaria SEGECEX nº 33/2012.

13. Nesse ponto, a Portaria SEGECEX nº 33/2012 orienta didaticamente como deve ser a responsabilização do agente que der causa ao superfaturamento. Tal norma técnica não cogita de responsabilização de quem não atua diretamente na obra. Confira-se:

“II.5 – Imputação de débitos por superfaturamento de quantidade e de preços

“556. Parcelas de dano decorrentes de superfaturamento de quantidade geralmente têm responsáveis distintos das parcelas de dano decorrentes do sobrepreço.

557. A partir da análise de uma situação hipotética, é possível demonstrar que existem diversas formas de dividir os débitos de quantidade e de preço entre os responsáveis.

558. Nesse exemplo, considera-se que o responsável pelo superfaturamento de quantidade é o **fiscal da obra**, e que o responsável pelo superfaturamento de preço é o **engenheiro orçamentista**. O superfaturamento combinado de quantidade e de preços é de R\$ 950,00 (R\$ 2.000,00 – R\$ 1.050,00).” (Portaria SEGECEX nº 33/2012, pag. 138)”

14. Como se vê, os responsáveis não são “condenados” por todo o eventual superfaturamento. Cada conduta individualizada é relacionada com um dano específico, não podendo o fiscal responder por eventuais vícios na planilha de preços, nem o orçamentista responder por falha de quantidade decorrente de medição equivocada.

15. Assim, condenar o Embargante por dano ao erário sem dizer o grau exato em que sua conduta acarretou dano ao Sesc/Senac, responsabilizando-o por todo o suposto acréscimo de preço identificado vai de encontro à própria orientação desse Eg. Tribunal na Portaria SEGECEX n° 33/2012, o que não juridicamente possível admitir. A Corte de Contas tem o dever de delimitar a conduta e o dano e apontar conclusivamente e de forma específica o nexo causal direto entre esses dois pontos.

16. Da forma como se encontra fundamentado o acórdão, seria possível condenar o Embargante por qualquer dano, bastando dizer, como consta no Acórdão 2690, que as condutas listadas causaram o dano. Tal fundamentação se aplicaria a qualquer dano e nesse ponto, o Acórdão 2690/20 viola o art. 489, §1º, inc. III do CPC.

17. Exemplo claro de que a fundamentação não declara a relação causal entre as condutas e o dano pode ser verificada na seguinte passagem:

“47. Além dessa citação, o Sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos, na condição de ex-presidente dos Conselhos Nacionais do Senac e do Sesc, foi chamado em audiência por irregularidades cometidas no planejamento e na condução das contratações para as obras do Centro Administrativo de ambas as instituições, consubstanciadas em (TC 013.538/2005-3, peça 5, p. 3-4):

a) inúmeras modificações no projeto arquitetônico no decorrer da obra, ocasionando gastos excessivos com demolições, repinturas e reformulações de projeto, em afronta aos Princípios da Economicidade e da Eficiência;

b) justificativa para a celebração de mais de duzentos contratos para a execução da obra em tela, caracterizando infringência aos Princípios da Economicidade, Eficiência, Publicidade e Razoabilidade;

c) fracionamento de licitações, em afronta ao art. 7º das Resoluções SENAC 801/2001 e 747198;

d) aditamentos superiores a 25% no contrato 67/084, era dissonância ao artigo 25 da Resolução 801/2001 Senac; e) utilização da modalidade licitatória "Convite" para casos em que o valor total do contrato ultrapassou o limite permitido para essa modalidade, afrontando o artigo 6º da Resolução 801/2001-SENAC. Contrato 67/084.” (TC 010.117/2004-0 – Instrução – peça 228)

18. Embora tais condutas possam no máximo justificar eventual sobrepreço e jamais superfaturamento, uma vez que o Tribunal decidiu imputar responsabilidade ao Embargante por esse tipo de ocorrência, seria indispensável que constasse no Acórdão de forma pormenorizada quais os gastos extras foram diretamente causados por atos do Embargante. Na forma como proferida a decisão embargada merece ser integrada para definir o nexo causal direto entre o dano e a conduta específica, de modo que se adequa ao art. 489, do CPC e às orientações da Portaria SEGECEX n° 33/2012.

(III) Omissão: Novos Parâmetros legais Impostos ao Controle Externo pelo Decreto-Lei 4657/42 - LINDB (alterada pela Lei 13.655/18)

19. Outro ponto que, com todas as vênias merece ser suprido, visto ter sido ignorado na decisão embargada, diz respeito à alegação de que a responsabilização do embargante violaria as normas da Lei de Introdução ao Direito brasileiro – LINDB, alterada pela Lei 13.655/18.

20. Alegou-se, em síntese, que a imputação de débito ao Embargante violaria o art. 12, do Decreto 9830/18, visto que não há prova de que o Embargante tenha agido com dolo ou erro grosseiro.

21. A complexidade dos fatos afastaria por completo qualquer ilação sobre possível erro grosseiro, principalmente pelo fato do processo já perdurar por 19 anos, com análises de preços históricos e diversas planilhas de engenharia, que não seria exigível do homem médio o dever verificar tais dados com precisão cirúrgica, sobretudo do Embargante, na condição de Presidente do Conselho Nacional, pois não detinha competência técnica nem jurídica para tal função.

22. No recurso de reconsideração foi apresentada a alegação de violação ao art. 12, §4º, do Decreto 9830/18. Confira-se:

“100. Não faz sentido prosseguir na busca da condenação de gestores por supostos atos de negligência tão antigos, apurados a partir de metodologias tão controvertidas e contraditadas, e que concluem por afirmar a existência de uma margem de sobrepreço que não pode ser devidamente comprovada nos dias de hoje e que passaria despercebida por qualquer pessoa, principalmente ante o vulto e a complexidade da obra. Não é por outra razão que atualmente a complexidade é fator obrigatório de ponderação da responsabilidade, nos termos do art. 12, do Decreto 8.830/19: (...)”

101. Portanto, o mérito da condenação não poderia subsistir frente aos ditames legais atuais, de tal modo que o acórdão 686/19 deveria ser revisto, com a anulação da condenação pelo débito imputado (...) (Recurso de Reconsideração, pag. 29)

23. *Portanto, com o respeito devido a essa Eg. Corte de Contas, o presente recurso merece ser provido para que o Acórdão 2690 seja integrado, de modo que o argumento do Embargante seja apreciado, sem o que a decisão incorrerá em flagrante violação ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa.*

(IV) Conclusão:

24. *Ante o exposto, o Embargante requer a essa Eg. Corte de Contas o provimento do recurso para que: (i) seja fundamentado de modo a atender o art. 489, §1º, inc. III, do CPC, com a especificação da conduta do Embargante e do nexa causal ao dano; (ii) que seja afastada a contradição do r. acórdão ao Roteiro de Auditoria de Obras Públicas implementado pela PORTARIA-SEGECEX Nº 33, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2012; (iii) que sejam analisados os pontos omitidos sobre a violação ao art. 12, do Decreto 9830/19.*

3. Após breve síntese acerca do cabimento da peça recursal, a recorrente empresa Infracon - Construtora e Incorporadora Eireli (peça 127) apresenta alegações no intuito de demonstrar que o acórdão embargado incorreu em omissão e contradição, conforme excerto do recurso a seguir transcrito (peça 123):

A omissão consiste na falta de apreciação relativa a questão jurídica ou fato relevante para o julgamento do processo.

A contradição, para existir esse vício interno no julgado embargado, não pode ser confundido com uma mácula atestada pela comparação da decisão embargada com outro ato ou elemento do processo.

Esse vício de lógica interna do ato decisório configura uma desconformidade entre a fundamentação e a conclusão, entre elementos da fundamentação, entre capítulos componentes e o dispositivo, entre a ementa de acórdão e seu voto do condutor.

Trata-se, em suma, da ilogicidade do julgado que, segundo Freddy Didier Jr, “traz proposições entre si inconciliáveis. O principal exemplo é a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão”.

*No caso em apreço, foram conhecidos, **mas desprovidos**, os recursos de reconsideração interpostos por Antônio José Domingues de Oliveira Santos e pela empresa Infracon – Construtora e Incorporadora Eireli contra o Acórdão 686/2019-TCU-Plenário, por meio do qual esse e. Tribunal conheceu de recurso de revisão interposto pelo MPTCU e deu-lhe provimento, julgando irregulares as contas dos recorrentes e condenando-os ao pagamento de débito e multa.*

*O acórdão embargado, no que se refere ao sobrepreço, não se pronunciou acerca da tese lançada pela empresa embargante no Capítulo VII do seu recurso de reconsideração, na qual apontou ser pacífica a jurisprudência dessa c. Corte de Contas no sentido de que **é incabível a imputação de débito com base em sobrepreço de itens isolados da planilha contratual, porquanto a aferição da adequabilidade do preço contratado deve perpassar por uma avaliação mais abrangente da avença, permitindo-se, em geral, compensações de itens com sobrepreço e itens com subpreço.***

Nesse sentido, a embargante trouxe à luz os Acórdãos Plenários nºs 2.482/2008, 2.885/2008, 1.064/2009, 1.302/2015 e 2.510/2016, dentre outros desse c. TCU, que admitiram ser

forçoso reconhecer que a apuração do sobrepreço **não dispensa o exame global da planilha contratual.**

Transcreveu, ainda, parte de julgado no qual a c. 1ª Câmara do TCU, em sessão realizada no dia 06/03/2018, seguiu a mesma linha e decidiu que as análises técnicas adotadas não devem utilizar o método da limitação dos preços unitários (MLPU), que considera apenas os serviços com preço unitário acima do referencial, sem compensação com os itens subavaliados; *in verbis*:

76. ... **O Tribunal tem sistematicamente adotado outro método para a apuração de sobrepreço em obras já contratadas, qual seja, o método da limitação do preço global (MLPG), o qual prevê a compensação entre os preços superavaliados e os subavaliados, só havendo, nesse caso, sobrepreço ou superfaturamento se a soma dos valores superavaliados superar os subavaliados, imputando-se o sobrepreço pela diferença global.**

77. Entendo que o MLPG deveria ser o parâmetro adotado para os serviços originalmente contratados, tais como os serviços de concreto, cujas quantidades não foram sensivelmente alteradas pelos aditamentos contratuais. Aliás, os aditamentos proporcionaram uma redução na quantidade total do concreto. Assim, proponho excluir o débito imputado ao recorrente quanto às distâncias de transporte de areia e brita para os serviços de concretagem.

78. Ênfase que situação diversa ocorre com o serviço já analisado de estaca raiz, que foi incluído por meio de termo de aditamento contratual. Nesse caso, deve ser mantida a avaliação do superfaturamento pelo MLPU, conforme exposto magistralmente pelo Ministro Augusto Nardes na ementa do Acórdão 1.551/2008- Plenário:

“3. Na avaliação econômica do contrato, o eventual sobrepreço existente deve ser apurado de forma global, isto é, fazendo-se as compensações dos preços excessivos de alguns itens com os descontos verificados em outros, principalmente se os preços são os mesmos oferecidos na licitação da obra e se pode constatar que a proponente sopesou de forma diferenciada o custo dos diversos serviços, tirando proveito das possíveis vantagens comparativas, desde que de forma legítima. Situação diversa ocorre com itens eivados de ilegalidade, tais os que apresentaram modificação sensível dos parâmetros eleitos na licitação, justificando a impugnação individual do item anômalo” (grifo meu).

(Acórdão 1.7127 – Primeira Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo nº 008.911/2004-2, Ata 6/2018, j. 06/03/2018, Rel. da deliberação recorrida, Min. Bruno Dantas, g. nosso).

Essa tese não foi enfrentada no acórdão embargado, muito embora inegavelmente interferisse na metodologia utilizada para o cálculo do débito, pois a análise do sobrepreço, de fato, não abrangeu a totalidade dos preços do contrato em relação aos do mercado à época nem considerou o total contratado, limitando-se a 8 itens de um universo de aproximadamente 50 itens de serviços efetivamente contratados.

Para perceber a relevância do que se alega, é só lembrar que o sobrepreço, nos 8 itens em que foi encontrado, ao lado da não identificação dos elementos de composição de cada um dos preços unitários, não foi cotejado com o valor global do contrato.

Se o órgão competente tivesse feito a compensação entre os preços eventualmente superavaliados e os subavaliados, poderia, sem sombra de dúvidas, encontrar uma soma dos valores superavaliados que não superasse os subavaliados, não sendo possível, assim, imputar sobrepreço pela diferença global, na linha dos precedentes desse e. TCU.

Importante dizer ainda que, se por um lado a tabela do SINAPI promoveu a uniformização dos procedimentos ou atividades de serviços e obras civis nas áreas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana; por outro, a Lei 10.524/2002 (LDO 2003), reconhecendo as fragilidades das referências existentes à época, estabeleceu que os custos de contratações com recursos

provenientes do Orçamento Geral da União — 2003 não poderia ser superiores a 30% daqueles constantes do SINAPI.

Isso torna, sem sombra de dúvida, indispensável que esse e. TCU considere no julgado argumento relevante consistente no fato de que as variações encontradas pela unidade técnica, ainda que equivocadas, foram de 3,01% (três inteiros e um centésimo por cento), 13,52% (treze inteiros e cinquenta e dois décimos por cento) e 15,47% (quinze inteiros de quarenta e sete décimos por cento), dentro do limite tolerado pela legislação à época das contratações.

Por esse motivo, em especial, é que o juízo sobre a exclusão ou não da responsabilidade da empresa INFRACON não prescindia de novo exame da Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob/TCU) a respeito das falhas na composição dos preços dos serviços em que se apurou sobrepreço, como equivocadamente, data máxima vênua, procedeu-se no acórdão embargado.

Ora, ao se omitir sobre ponto tão relevante da insurgência recursal da embargante, o acórdão embargado deixou de se pronunciar sobre argumento relevante capaz de interferir no desfecho do processo, criando uma situação prejudicial ao jurisdicionado e um sentimento de que a tese da análise global da planilha contratual socorre apenas poucos afortunados que contem com a sensibilidade dessa e. Corte de Contas em casos isolados.

Tal omissão, nesse sentir, sacrifica a transparência em relação aos motivos que levaram o órgão julgador a deixar de aplicar a tese no presente caso e aplicá-lo em outros, em prejuízo dos princípios refletidos a partir do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ante o exposto, requer que os presentes embargos de declaração sejam conhecido e acolhidos, a fim de suprir a omissão quanto à tese de que as análises técnicas adotadas por esse e. TCU não devem utilizar o método da limitação dos preços unitários (MLPU), que considera apenas os serviços com preço unitário acima do referencial, sem compensação com os itens subavaliados, sem prejuízo de lhes serem atribuídos efeitos infringentes, caso o eventual acolhimento implique a modificação do acórdão embargado.

Reitera, ainda, o pedido para que todos os atos processuais de interesse da INFRACON sejam objeto de intimações endereçadas aos seus advogados regulamente constituídos nos autos, inclusive a inclusão em pauta para julgamento, sob pena de nulidade do ato processual.

É o relatório.