

VOTO

Inicialmente, registro que atuo no presente processo por força de sorteio (peça 175), de acordo com o art. 154, I, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RI/TCU) c/c os arts. 20 e 22 da Resolução-TCU 175/2005.

2. Trata-se de recurso de revisão interposto pela empresa Ecoplan Engenharia Ltda. (peça 170) contra o Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, o qual julgou suas contas irregulares e condenou-a em débito solidariamente com o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, então coordenador da Diretoria de Infraestrutura Aquaviária do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), e com a empresa Planave S/A – Estudos e Projetos de Engenharia.

3. Apesar de a Serur entender, em seu exame inicial à peça 172, que a peça recursal não atenderia aos requisitos específicos de admissibilidade, no que foi acompanhada pelo MP/TCU (peças 176 e 187), considerei os elementos adicionais acostados pela recorrente à peça 177 e, em homenagem aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da busca da verdade material, com fulcro no art. 35, I, Lei 8.443/1992, c/c art. 288 do RI/TCU, conheci do Recurso de Revisão interposto à peça 170 por meio de Despacho (peça 178).

*

4. Inicialmente, a recorrente alega, em seu recurso, que teria havido a prejuízo à defesa, o que implicaria o trancamento das contas por iliquidáveis, pois: (i) o Ofício 6-195/2008 (TC 008.477/2008-0, de relatoria do Ministro André Luís de Carvalho) não teria dado conhecimento à recorrente sobre os fatos que nestes autos teriam sido considerados irregulares; (ii) o longo período transcorrido inviabilizaria a produção de provas e a reunião de informações por parte do Consórcio supervisor; (iii) a IN-TCU 71/2012 dispensa a instauração de TCE quando 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”; e (iv) o Supremo Tribunal Federal (STF) vem reconhecendo a incidência de prazo prescricional menor, de cinco anos, conforme o caso do MS 35.971/DF.

5. Tanto o auditor da Serur, como o titular da unidade e o representante do MP/TCU foram unânimes em concluir pela improcedência das alegações. O auditor (peça 184) menciona que o Consórcio tomou ciência da discussão a respeito do suposto superfaturamento existente no Contrato AQ-96/2003-00 desde sua notificação, realizada em 16/6/2008, menos de cinco anos após a celebração do ajuste, além de não trazer aos autos qualquer evidência ou demonstração de prejuízo à defesa na presente peça recursal.

6. O auditor acrescenta, ainda, que, para que as contas possam ser trancadas como iliquidáveis, três requisitos precisariam ser atendidos: lapso temporal superior a dez anos, prova ou demonstração pela parte do efetivo prejuízo à defesa, e que os motivos para o decurso do prazo sejam alheios à sua vontade. No presente caso, verificou que os dois primeiros requisitos não restariam atendidos.

7. O Secretário da Serur (peça 186) apontou diversos atos registrados no processo que se enquadram como possíveis causas de interrupção da prescrição, sendo que o período existente entre dois atos consecutivos não ultrapassa o prazo de cinco anos, motivo pelo qual não vislumbra a incidência de efeitos prescricionais sobre o débito, mesmo que se adotasse o entendimento de que o débito prescreveria em tal interregno. O representante do MP/TCU concorda com a inoccorrência de prejuízo à ampla defesa e de prescrição (peça 187).

8. Penso que não merecem prosperar os argumentos da recorrente. O levantamento de auditoria realizado pela então Secex-RS, no âmbito do TC 008.477/2008-0, de relatoria do Ministro André Luís de Carvalho, nos molhes do canal de acesso ao Porto de Rio Grande/RS, foi realizado em 2008, apenas cinco anos após a assinatura do Contrato AQ-96/2003-0. Naquela fiscalização, o Consórcio Ecoplan/Planave foi instado a prestar informações a respeito do referido contrato, como o próprio recorrente confirma. Assim, deveria ter tido o necessário zelo e diligência de guardar todos os documentos e informações necessárias à sua defesa, até o trânsito em julgado de todas as apurações referentes ao ajuste no âmbito deste Tribunal. De qualquer modo, vejo que seu recurso de revisão (peça 170) é robusto em termos de argumentos e evidências no que se refere ao suposto equívoco no cálculo do débito, conforme veremos mais a frente, o que demonstra que não houve prejuízo efetivo à defesa.

9. Conforme menciona o Secretário da unidade técnica em seu parecer à peça 186, foram imputados débitos ao Consórcio em razão do sobrepreço concretizado por pagamentos superfaturados ao longo do período de 2004 a 1/6/2011. Por meio do Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro André Luís de Carvalho, foi autorizada a *“citação desses responsáveis, para que apresentem alegações de defesa em relação ao possível superfaturamento no valor de R\$ 1.486.619,63 (um milhão, quatrocentos e oitenta e seis mil, seiscentos e dezenove reais e sessenta e três centavos) apurado no Contrato AQ-96/2003-00, celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit e o Consórcio Ecoplan/Planave, referente aos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do porto do Rio Grande/RS”*.

10. Assim, constato que o ato que ordenou a citação foi editado em 2013, menos de dez anos após o primeiro pagamento superfaturado (2004), o que afasta a incidência da prescrição da pretensão punitiva por este Tribunal. Relembro que, por meio do Acórdão 1.441/2016-Plenário (rel. Min. Benjamin Zymler), o TCU firmou o entendimento de que, no que concerne à prescrição da pretensão punitiva nos processos que aqui tramitam, deve-se aplicar a regra dos arts. 202 e 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), ou seja, a prescrição geral de dez anos a partir da ocorrência dos fatos, e a interrupção do prazo prescricional com o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte no âmbito do TCU. Resta, portanto, afastada a ocorrência da prescrição referente à multa.

11. No tocante à imputação de débito, embora meu entendimento seja de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 636.886, tenha concluído ser prescritível a pretensão ressarcitória nos processos de controle externo, reconheço que a questão necessita ser amadurecida neste Tribunal. Ademais, há de se considerar a existência de embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União, pendentes de apreciação pela Suprema Corte.

12. Diante desse contexto, segue o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas: imprescritibilidade das condenações em débito e prescrição decenal para sanções, contada da ocorrência do fato e sujeita a interrupções.

13. Especificamente quanto ao MS 35.971/DF, mencionado pelo recorrente, em consulta ao sítio da Suprema Corte, realizada em 4/3/2021, averigui que se trata de decisão liminar do Ministro Marco Aurélio de Mello, datada de 14/2/2019, não havendo ainda decisão definitiva para aquele caso concreto. Ademais, cabe mencionar a manifestação da Procuradoria-Geral da República naqueles autos, em 15/5/2019: *“É de ser reconhecida a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos apurados na tomada de contas especial a que o mandado de segurança se refere”*.

14. No que concerne ao prazo para a autuação de uma TCE no âmbito deste Tribunal, conforme nossa jurisprudência selecionada, o art. 6º, II, da IN-TCU 71/2012, não tem aplicação automática em face do simples transcurso do prazo de dez anos entre a ocorrência do dano e a citação, devendo ser verificado, no caso concreto, se houve efetivo prejuízo à racionalidade administrativa, à economia processual, à ampla defesa ou ao contraditório. Tal é o disposto nos Acórdãos 461/2017-TCU-Primeira Câmara (relator Ministro Walton Alencar Rodrigues), 3.898/2016-TCU-Primeira

Câmara (relator Ministro Bruno Dantas) e 2.850/2016-TCU-Plenário (relator Ministro Vital do Rego). Como não ficou demonstrado prejuízo à defesa, não há a obrigatoriedade de aplicação de tal dispositivo.

15. Assim, verifico que não houve prejuízo à defesa, não havendo embasamento para o trancamento das contas dos responsáveis.

*

16. Passo agora a tratar da questão de mérito dos presentes autos.

17. O recorrente alega que teria havido erro na forma de cálculo do superfaturamento por parte deste Tribunal, pois a unidade técnica utilizou uma referência específica, a Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 (Tabela de Consultoria Dnit) para extrair o preço de referência de toda a mão de obra, e outra referência distinta, o Edital 053/2002-00, que deu origem ao Contrato AQ-96/2003-00, para retirar a alíquota dos custos administrativos que, no caso, era de 50%. Segundo o consórcio, o correto seria utilizar também para tais custos a Tabela de Consultoria Dnit, onde consta a alíquota de 75% para os custos administrativos.

18. Considero adequado transcrever a linha de raciocínio da recorrente, exposta em seu recurso de revisão à peça 170, p. 16-17:

“Ora, o que não se pode admitir é que o TCU se valha do parâmetro por ele empregado de maneira parcial. mesclando os preços referenciais para os serviços de consultoria de um (baixos preços referenciais de salários constantes da Tabela do DNIT) e outro órgão (taxa de custos administrativos da Tabela da SEP) concomitantemente, como ocorreu no caso em apreço.

Tampouco seria possível tomar como parâmetro os editais promovidos pelo DNIT citados pelo MPTCU na peça 132 e que foram considerados pelo Tribunal para entender pela aleatoriedade na definição da taxa de custos administrativos, com padrão de preços distinto dos estabelecidos na Tabela de Preços de Consultoria do DNIT (referência abril/ 2001).

Isso porque, todos os editais tomados como exemplo pelo MPTCU são posteriores ao Edital nº 53/2002-00, com exceção da Concorrência nº 0054/2002-00 (supervisão das obras de recuperação e prolongamento do molhe sul da barra do Porto de Laguna/SC), e da Concorrência nº 0085/2002-00 (supervisão das obras de ampliação, recuperação e reforma da infraestrutura portuária do Porto de Paranaguá/PR), os quais têm seus preços unitários idênticos aos do Edital nº 53/2002-00.

Isso quer dizer que, se de um lado não é possível a adoção dos preços referenciais do Contrato AQ-96/ 2003-00 por serem supostamente discrepantes do padrão contido na Tabela de Preços de Consultoria do DNIT (referência abril/ 2001), de outro, se o Tribunal adota os preços constantes da Tabela da SEP (que tinha sido incorporada no DNIT há menos de um ano quando o Edital nº 53/2002-00 foi promovido), inclusive com o percentual de 50% a título de custos administrativos, os preços empregados no edital estariam corretos, não havendo que se falar em qualquer sobrepreço.

Essa incorreção dos cálculos realizados ampliou a margem de comparação dos preços contratados e a citada tabela referencial definida pelo Tribunal, pois acarretou a falsa premissa de que os valores estariam muito além daqueles contidos na Tabela de Preços de Consultoria do DNIT (abril/ 2001).” (grifei)

19. O auditor da Serur, em sua instrução (peça 184), concorda com a alegação apresentada pela recorrente, reiterando o entendimento já expresso anteriormente pela unidade técnica à peça 129:

“9.13 Após a realização dos novos cálculos utilizando a alíquota de 75% e excluindo o subitem “Serviços Gráficos e Material de Consumo Permanente”, mantendo todos os demais parâmetros e considerações, verifica-se a inexistência de débito no Contrato AQ-96/2003-00 após atualizado os valores históricos no sistema débito, conforme demonstrado na peça 127 c/c peça 128.

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.” (grifei)

20. O MP/TCU à época discordou da proposta da Serur, por considerar que não havia a necessária correlação entre os custos mensais de pessoal e a taxa de custos administrativos, de forma que a redução de um provocasse o aumento de outro, o que poderia ser observado ao se comparar dados constantes das planilhas orçamentárias de diversas licitações do Dnit. O *Parquet* de Contas também alegou que, conquanto o percentual máximo de 75% estabelecido pelo referencial oficial, o Dnit vinha adotando ora o percentual de 75%, ora o percentual de 50% para os custos administrativos em licitações análogas, concluindo pelo não provimento do então recurso de reconsideração, tese acolhida na prolação do Acórdão 1.520/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Vital do Rego.

21. O Secretário da Serur, em seu pronunciamento (peça 186), concorda com a tese do auditor de que houve equívoco no cálculo do superfaturamento:

“19. De início, esclareço que os preços dos serviços de consultoria e supervisão resultam da soma dos salários de pessoal, encargos sociais, taxa de custos administrativos incidentes sobre o valor dos salários, despesas gerais, taxa de remuneração da empresa, além de despesas fiscais (TC-008.477/2008-0, peça 11, pp. 44-50, e peças 12 e 13). Para efeito de avaliação da adequabilidade dos valores contratados, o Tribunal utilizou por paradigma os salários constantes da IN DG/DNER 6/2001, de 3/9/2001 (peça 125, p. 5), para comparação com o orçamento da licitação e contratação (TC 008.477/2008-0, peça 12, p. 35). Todavia, a unidade técnica não aplicou sobre o custo de pessoal o percentual de 75% relativo ao custo administrativo previsto na IN DG/DNER 6/2001, mas o de 50% constante do edital da licitação (TC 008.477/2008-0, peça 12, p. 28).

20. A meu ver, o cômputo dos salários mais baixos da IN DG/DNER 6/2001 e do menor percentual do custo administrativo previsto no edital da licitação (50%) origina um orçamento com critérios e fontes distintas, o que por certo ocasiona distorção no resultado.

21. Ademais, me parece inversamente proporcional a relação entre os salários referenciais e o custo administrativo. Assim, caso os salários adotados em editais de licitação sejam menores, o custo de administração a ser aplicado tende a ser maior. É essa a conclusão que extraio da tabela elaborada pelo MP/TCU, que destaca os percentuais de custos administrativos adotados em editais de licitação do Dnit e retrata os salários de dois profissionais (engenheiro residente e topógrafo). Na maior parte dos casos em que os salários dos profissionais são maiores, o percentual relativa ao custo de administração é menor, como no Edital 53/02-00 e no Edital 54/02-00, que preveem um salário maior para Engenheiro Residente de R\$ 7.140,00 e para Topógrafo de R\$ 1.680,00, ao passo que o custo administrativo encontra-se fixado em 50%. Já nos editais 101/04-03, 271/04-00, 260/04-01 e 19/2005, que trazem salários menores para Engenheiro Residente, que variam de R\$ 4.882,67 a R\$ 5.035,43, e para Topógrafo, entre R\$ 1.337,59 a R\$ 1.379,56, os custos administrativos correspondem a 75% (peça 132, p. 3).

22. *Verifico, ainda, que a IN DG/DNER 6/2001, utilizada como parâmetro no cálculo do sobrepreço da SeinfraPortoFerrovia, apresenta salário de engenheiro residente de R\$ 3.877,10, valor abaixo dos referenciais mencionados pelo MP/TCU. Logo, além de o percentual do custo administrativo se encontrar previsto na tabela utilizada por referência para o cálculo do sobrepreço (IN DG/DNER 6/2001), não me parece desarrazoado o patamar fixado em 75% se comparado aos demais percentuais fixados nos editais trazidos à lume pela Procuradoria (peça 125, p. 6). Por conseguinte, na linha adotada anteriormente por esta Serur, concluo pelo equívoco na metodologia utilizada pelo Tribunal, ou seja, por erro na premissa de cálculo do sobrepreço.”*

22. Diferentemente do que propôs o auditor, o titular da unidade lembrou que “*existiu um sobrepreço/superfaturamento de R\$ 1.060.114,07, embora quitado de forma antecipada unicamente em razão da ação fiscalizadora do Tribunal, que havia determinado a retenção de valores*”. Assim, propõe manter o julgamento dos responsáveis pela irregularidade das contas e reduzir proporcionalmente a multa, desconsiderando o valor do débito constante do acórdão recorrido.

23. O MP/TCU, em seu parecer (peça 187), assim se manifestou:

“(…) mantenho o posicionamento de que inexistente correlação de proporcionalidade, mesmo que inversa, entre a taxa de custos administrativos do contrato de supervisão de obras e a remuneração dos profissionais nele previstos. Essa percepção se fundamenta na análise de diversas contratações similares promovidas pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), reproduzida na instrução de mérito da Serur (peça 184, p. 10-12), e constituiu um dos esteios para o julgamento do recurso de reconsideração mediante o Acórdão 1520/2019-Plenário. Dessa forma, considero que, mesmo que admitido o pleito revisional, os argumentos recursais não se mostram suficientes para provocar qualquer modificação na decisão impugnada.”

24. Alinho-me ao posicionamento da Procuradoria em relação ao mérito.

25. Assinalo, de início, que, de forma geral, defendo a premissa de que, para o cálculo de eventuais sobrepreços, é sempre desejável que haja uma única referência de preços de mercado, para se evitar distorções, tendo em vista que pode haver discrepância significativa entre as metodologias utilizadas para se obter os valores paradigmas.

26. Ocorre que, no caso em exame, percebo que o efeito pode ser o oposto, pois utilizar apenas a Tabela de Preços de Consultoria do então DNER (IS DG/DNER 6/2001) pode implicar o distanciamento do cálculo da realidade de mercado.

27. Para compreender melhor os percentuais aplicados para se obter o valor do custo administrativo e também a possível correlação entre estes percentuais e os salários pagos aos profissionais, solicitei à minha assessoria que realizasse pesquisa adicional em todos os editais de supervisão de obras lançados sob vigência da referida IS DG/DNER 6/2001. Verificou-se, por meio do sítio www1.dnit.gov.br/editais/consulta/editais2.asp, que, dos **dezessete certames** conduzidos pelo DNER entre 2002 e 2006, **nove** aplicaram o percentual de **75%** para se determinar o custo administrativo e **oito** utilizaram **50%**.

28. Além disso, pode-se concluir que as variações de salário de profissionais não permitem estabelecer relação entre as duas grandezas (utilizou-se a mesma referência do MPTCU – remunerações de engenheiro residente e topógrafo). Na sequência, transcrevo parcialmente a tabela que consta do Parecer do Ministério Público de peça 32, acrescida de dados de oito licitações pesquisadas por minha equipe:

| EDITAL | CUSTOS DE PESSOAL (R\$) | CUSTOS ADMINISTRATIVOS |
|---------------|---|-------------------------------|
| 0053/02-00 | Eng. Residente: 7.140,00 Topógrafo: 1.680,00 (abr/2002) | 50% |
| 0054/02-00 | Eng. Residente: 7.140,00 Topógrafo: 1.680,00 (data-base não indicada) | 50% |
| 0085/02-00 | (Dados não disponíveis) | 50% |
| 101/04-03 | Eng. Residente: 4.869,67 (mar/2004) | 75% |
| 0271/04-00 | Eng. Residente: 4.882,22 Topógrafo: 1.337,59 (abr/2004) | 75% |
| 0260/04-01 | Eng. Residente: 4.882,22 Topógrafo: 1.337,59 (abr/2004) | 75% |
| 186/2004 | Eng. Residente: 4.940,05 Topógrafo: 1.353,44 (mai/2004) | 50% |
| 19/2005 | Eng. Residente: 5.035,43 Topógrafo: 1.379,56 (out/2004) | 75% |
| 58/05-07 | Eng. Residente: 5.058,55 Topógrafo: 1.385,91 (nov/2004) | 50% |
| 0020/02-00 | (Dados não disponíveis) | 75% |
| 130/05-03 | Eng. Residente: 5.151,84 Topógrafo: 1.379,56 (abr/2003) | 75% |
| 0058/05-07 | Eng. Residente: 5.058,55 Topógrafo: 1.358,91 (nov/2004) | 50% |
| 0019/05-05 | Eng. Residente: 5.035,43 Topógrafo: 1.379,56 (nov/2004) | 75% |
| 0185/04-00 | (Não previa Eng. Residente ou Topógrafo) | 50% |
| 0108/04-00 | Eng. Residente: 5.180,00 Topógrafo: não previsto (abr/2004) | 50% |

| EDITAL | CUSTOS DE PESSOAL (R\$) | CUSTOS ADMINISTRATIVOS |
|------------|---|------------------------|
| 0083/04-03 | Eng. Residente: 4.869,67 Topógrafo: 1.358,56 (mar/2004) | 75% |
| 0077/04-05 | Eng. Residente: 4.849,85 Topógrafo: 1.385,91 (abr/2004) | 75% |

29. Certamente em virtude de peculiaridades de cada contratação – que podem ter implicado a previsão de diferentes custos administrativos pelos contratados –, o DNER decidiu, em quase a metade de suas licitações do período, deixar de adotar o valor de sua própria tabela de referência. Considero plausível inferir que o órgão admitia haver duas categorias de certames, especificamente quanto aos custos administrativos; para uma delas, usava o índice de 75%, para a outra, 50%.

30. Como bem afirmou o Ministro Vital do Rêgo no voto condutor do Acórdão 1.520/2019-TCU-Plenário, em que se apreciou recurso de reconsideração no presente processo, “*não se pode concluir em que premissa a entidade se baseava para escolher entre uma ou outra*”.

31. O ministro acrescentou ainda, com bastante lucidez, o seguinte: “*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*”. Em outras palavras, a própria contratada aceitou como adequado percentual fixado em edital, sem que haja relato algum de contestação à época do certame.

32. Ante essa clara constatação de que o DNER estabeleceu que, para determinadas contratações, haveria exceção na aplicação de suas tabelas, entendo que o cálculo do sobrepreço ficaria distorcido, caso se ignorasse essa particularidade e se utilizasse indistintamente 75% como parâmetro. Dessa forma, apenas para o cálculo do custo administrativo, compreendo que o percentual do próprio Edital 053/2002-00 (50%) reflete com mais precisão, para fins de apuração do valor do débito, os preços praticados no período em questão.

33. Diante do exposto, o recurso de revisão apresentado pela empresa Ecoplan Engenharia Ltda. deve ser conhecido, sendo-lhe negado o provimento, mantendo-se os exatos termos do Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, já ratificado por meio do Acórdão 1.520/2019-TCU-Plenário, em que se apreciou recurso de reconsideração.

Assim sendo, voto para que seja adotado o acórdão que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de março de 2021.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator