

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC-034.400/2013-3

[Apeços: TC-008.477/2008-0 e TC-07.077/2016-5]

Natureza: Embargos de Declaração (Recurso de Revisão em Tomada de Contas Especial)

Unidade: Secretaria de Portos (extinta)

Embargante: Ecoplan Engenharia Ltda.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVERTIDA DE PROCESSO DE AUDITORIA. SUPERVISÃO E ASSESSORIA À FISCALIZAÇÃO DAS OBRAS DE PROLONGAMENTO DOS MOLHES DA BARRA DO PORTO DE RIO GRANDE/RS. INDÍCIO DE SUPERFATURAMENTO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. RECURSO DE REVISÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DAS SUPOSTAS FALHAS APONTADAS. TENTATIVA DE REDISCUTIR O MÉRITO. REJEIÇÃO. COMUNICAÇÕES.

## RELATÓRIO

Neste processo de tomada de contas especial, examinam-se embargos de declaração opostos pela Ecoplan Engenharia Ltda. ao Acórdão 718/2021-TCU-Plenário, relator Ministro Raimundo Carreiro.

2. A Serur (peças 205-207), propõe conhecer e acolher os embargos, nestes termos:

### “INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de embargos de declaração (peça 199) opostos por Ecoplan Engenharia Ltda. em face do Acórdão 718/2021-TCU-Plenário, rel. o Ministro Raimundo Carreiro (peça 190), pelo qual o Tribunal conheceu do recurso de revisão da embargante contra o Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário, rel. o Ministro-Substituto André Luís de Carvalho (peça 76), e negou-lhe provimento.*

1.1. *Referido Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário tem o seguinte teor:*

*‘ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1. julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, com fulcro no art. 16, inciso III, alínea ‘c’, e no art. 19, caput, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, para condená-lo, em solidariedade com a Ecoplan Engenharia Ltda. e com a Planave S/A – Estudos e Projetos de Engenharia, ao pagamento das quantias abaixo especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora calculados desde as datas indicadas até o efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referida importâncias aos cofres do Tesouro Nacional, abatendo-se, na oportunidade, os valores eventualmente já recolhidos, nos termos do art. 23, III, ‘a’, da citada lei e do art. 214, III, ‘a’, do Regimento Interno do TCU (RITCU):*

[...]

9.2. aplicar, individualmente, ao Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca e às empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S/A – Estudos e Projetos de Engenharia, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendidas as notificações; e

9.5. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta:

9.5.1. à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária, à Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio Grande do Sul, ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), à Secretaria Nacional de Portos do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à Controladoria Geral da União, para ciência e eventuais providências; e

9.5.2. à Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.’

## **HISTÓRICO**

2. Trata-se de tomada de contas especial oriunda da conversão de processo de auditoria (TC 008.477/2008-0; Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário), diante de superfaturamento detectado no Contrato AQ-96/2003-00, que tem por objeto a prestação de serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do Porto de Rio Grande/RS.

2.1 Tal Contrato foi celebrado em 10/9/2003 entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e o Consórcio Ecoplan/Planave (formado por Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S/A), com prazo de vigência de 36 meses. Sua administração transferiu-se do Dnit para a Secretaria de Portos da Presidência da República (extinta), em maio de 2007 (TC 008.477/2008-0, peças 12/13).

2.2 A então Secex/RS realizou auditoria nas obras em maio de 2008 e relatou estas irregularidades: i) inclusão da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no BDI do consórcio contratado; ii) salários efetivamente pagos aos profissionais do referido consórcio em níveis consideravelmente inferiores aos da proposta comercial; iii) retenção do ISS pela alíquota de 4%, a despeito de a proposta comercial do consórcio prever o patamar de 5% (TC 008.477/2008-0, peça 1, p. 167-195).

2.3 No TC 008.477/2008-0, o Tribunal prolatou o Acórdão 2.784/2012-TCU-Plenário (peça 4, p. 52-53) que determinou à então Secob-4 as seguintes providências:

‘9.2. determinar à Secob-4 que:

9.2.1. com base na última medição acumulada no contrato AQ-96/2003-00, promova a comparação entre os preços contratuais e os referenciados pela ‘Tabela de Preços de Consultoria’ do Dnit, referência 04/2001, devidamente reajustada para data-base do contrato, a índices contratuais, a exemplo dos cálculos empreendidos às fls. 282, v.1, dos correntes autos;

9.2.2. isso feito e confirmado o sobrepreço preliminarmente identificado às fls. 282, v.1, promova, com base no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, a oitiva da Secretaria Especial dos Portos da Presidência da República e da empresa Ecoplan Engenharia Ltda., para, no prazo de 15

(quinze) dias, apresentarem suas justificativas em razão da contratação e execução do contrato AQ-96/2003-00 com valores acima dos de mercado;

9.2.3. analisadas as justificativas provenientes das oitivas a que se refere o item 9.2.1. e 9.2.2, submeta proposta de encaminhamento ao relator a quo;'

2.4 Após apurado o indício de superfaturamento e realizadas as oitivas dos interessados, o Tribunal por meio do Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário determinou a instauração desta TCE, para identificação dos responsáveis e a correspondente citação, a fim de que apresentassem alegações de defesa em relação ao possível superfaturamento apurado de R\$ 1.486.619,63 (peça 3).

2.5 Entretanto, antes das citações, a então SeinfraHidroFerrovia constatou que a SEP/PR havia feito as correspondentes retenções nos pagamentos à Executora do Contrato, em respeito ao item 9.1.3 do Acórdão 327/2009-TCU-Plenário (peça 17). Por conseguinte, o superfaturamento antes estimado em R\$ 1,48 milhão foi reduzido para aproximadamente R\$ 306 mil (atualizado até 5/2/2015).

2.6 As empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S/A apresentaram suas alegações de defesa (peças 41/42), assim como o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca (peça 63).

2.7 Na última instrução, a unidade instrutora concluiu pela rejeição das alegações de defesa e propôs imputar débito e multa ao Consórcio Executor e julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, porém, sem aplicar multa a este, por entender ter havido a prescrição da pretensão punitiva (peça 67, p. 18-22).

2.8 Já o Ministério Público de Contas divergiu da proposta no que se refere à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva relativa ao Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, e assim, não reconhecendo a prescrição, propôs aplicar-lhe multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 (peça 70, p. 3).

2.9 O Relator a quo, Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, concordou com a proposta do Ministério Público, sendo acompanhado pelos demais ministros (peças 77 e 76).

2.10 O Consórcio Executor interpôs recurso de reconsideração (peça 76). Após analisá-lo, esta Serur propôs dar-lhe provimento para afastar o débito e a multa (objeto dos itens 9.1 e 9.2 do Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário), e julgar regulares com ressalva as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca (peça 129, p. 23).

2.11 Já o MP/TCU divergiu da proposta da Serur, opinando por negar provimento ao recurso de reconsideração (peça 132, p. 4), proposição com a qual concordou o Relator a quo, Ministro Vital do Rêgo (peça 137, p. 4), sendo acompanhado pelos demais ministros (peça 136).

2.12 Irresignada, a Ecoplan Engenharia Ltda. interpôs recurso de revisão (peças 170 e 177). O Tribunal dele conheceu e, no mérito, negou-lhe provimento, conforme o Acórdão 718/2021-TCU-Plenário, rel. o Ministro Raimundo Carreiro (peça 190).

2.13. Em face desse último acórdão a Ecoplan Engenharia Ltda. opôs os presentes embargos de declaração (peça 199), os quais serão analisados a seguir.

#### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

3. Reitera-se o exame de admissibilidade realizado pelo SAR/Serur (peça 203), que propôs conhecer do recurso e suspender os efeitos do Acórdão 718/2021-TCU-Plenário, com base no art. 34, §2º, da Lei 8.443/1992. O recurso fora encaminhado para exame desta Serur pelo Ministro Raimundo Carreiro (peça 202).

#### **EXAME DE MÉRITO**

4. Constitui objeto dos presentes embargos analisar se:

- a) houve omissão e contradição quanto ao não reconhecimento da prescrição e do prejuízo à ampla defesa e ao contraditório (peça 199, p.3);
- b) houve omissões e obscuridade quanto ao marco temporal para a contagem do prazo prescricional e quanto à insegurança jurídica (peça 199, p.11);

c) houve omissão e contradição quanto à aplicação da alíquota de 50% para custos administrativos (peça 199, p.16).

### **5. Da omissão e contradição sobre a prescrição e o prejuízo à ampla defesa e ao contraditório**

5.1. A Ecoplan Engenharia Ltda. afirma existir omissão e contradição no Acórdão 718/2021-TCU-Plenário. Sob o título em epígrafe, a embargante intenta demonstrar que o voto que fundamenta a decisão embargada foi omisso em relação a duas questões e, por consequência, levou a conclusões que não seriam aderentes aos fatos. Em síntese, as omissões e conclusões apontadas são as seguintes (peça 199, p. 3-10).

5.2. Primeiro a embargante aponta omissão do voto quanto à afirmação da auditoria de que o Consórcio tinha conhecimento do superfaturamento no Contrato AQ-96/2003-00 desde a sua notificação em 16/6/2008 por meio do Ofício 06-195/2008. O voto ratificou tal afirmação e, ao fazê-lo, omitiu o fato de que referido Ofício havia sido remetido para a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR), e não para a Ecoplan, e ainda o fato de que esse ofício se limitou a informar prazo para resposta ao anterior Ofício 04-195/2008, que também havia sido remetido para a SEP/PR. Até então a discussão estava restrita aos apontamentos iniciais da auditoria que lastrearam as determinações do Acórdão 327/2009-Plenário (questões envolvendo recolhimento da CSLL, percentual do ISSQN incluído no BDI e ajuste na planilha dos valores de salários contratados x efetivamente pagos). Essas determinações, no entanto, vieram a ser desconstituídas pelo Acórdão 2.784/2012-Plenário, fundamentado no voto Revisor do Min. Ubiratan Aguiar, que deu provimento a Pedido de Reexame da ora embargante, tornando sem efeito o item 9.1 do mencionado Acórdão 327/2009-Plenário. Dessa forma, a discussão iniciada em 2008 envolvendo tais questões teriam sido encerradas em 2012.

5.3. Por outro lado, ao tempo em que pôs fim àquela discussão, o mesmo Acórdão 2.784/2012-Plenário instaurou uma nova discussão, agora sim envolvendo a questão do sobrepreço, com a determinação, em seu item 9.2, para que a unidade técnica realizasse ‘a comparação entre os preços contratados e os referenciados pela Tabela de Preços de Consultoria do Dnit’, e uma vez realizada tal comparação, caso se confirmasse o sobrepreço preliminarmente identificado, que promovesse a oitiva da SEP/PR e da empresa Ecoplan Engenharia Ltda., para apresentarem justificativas ante a contratação e execução do contrato AQ-96/2003-00 com valores acima dos de mercado. Ou seja, segundo a embargante, a controvérsia sobre o sobrepreço passou a existir somente em meados de 2013, quando a unidade técnica promoveu a sua oitiva, e só foi ratificada com a prolação do Acórdão 3.667/2013-Plenário, do qual alega ter tido ciência em 24/3/2015, mediante o Ofício 186/2015-TCU/SeinfraHidroferrovias (peças 21 e 24). Ao apontar que a Ecoplan ‘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’ (peça 191, p. 2), o voto embargado impôs-lhe uma condição impossível de ser cumprida, pois não estava em apuração o sobrepreço dos preços contratados, e assim a contratada não teria como imaginar que depois de eliminadas todas as apurações apontadas no Acórdão 327/2009, ‘no âmbito do Tribunal’ surgiria outra nova apuração. Prossequindo em sua argumentação, a empresa embargante afirma que o acórdão embargado omitiu tal linha temporal, ignorando que até a conversão do processo de auditoria em TCE ela havia se defendido somente da controvérsia relativa às diferenças na CSLL, ISSQN e salários, sendo que essa omissão impactou diretamente a conclusão do voto condutor.

5.4. A outra omissão apontada pela embargante cinge-se à origem do superfaturamento apurado, que, no seu entender, é o orçamento de referência utilizado pelo DNIT para elaboração de seu edital, pois os preços contratuais e os pagamentos decorrentes de sua execução são mera consequência dos preços referenciais, até porque o contrato respeitou cada um dos preços unitários referenciais como teto. O acórdão não observou que o superfaturamento se originou no orçamento, tendo reflexo sobre os preços unitários licitados. Ao atribuir responsabilidade à embargante pelos prejuízos à sua própria defesa, exigindo que mantivesse ‘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', o acórdão omite que já se tinha reconhecido inexistir superfaturamento por serviços prestados em quantidade ou qualidade inferiores à exigida: '32. (...) Em nenhum momento a decisão vergastada aponta medição superior à quantidade executada, nem deficiência da execução do serviço' (Relatório do Acórdão 2.784/2012-Plenário). Isso demonstra – alega a embargante - que este Tribunal entendera que a discussão estava limitada à própria Administração, responsável pelo orçamento tido como deficiente, sendo descabido exigir do Administrado que mantivesse todos os documentos e informações necessárias à sua defesa, quando sequer era possível determinar sobre o que mais deveria se defender.

5.5. Para limitar excesso de força da Administração Pública sobre o Administrado é que a Lei 9.784/99 determina à Administração que seja clara ao dar ciência ao particular sobre aquilo do que deverá se defender (art. 26, §1º, incisos II e IV). Portanto, se toda e qualquer fiscalização pelo Tribunal de Contas da União será para aferir, em maior ou menor grau, potenciais sobrepreço, superfaturamento, ou qualquer forma de desproporcionalidade e onerosidade excessiva em detrimento do erário público, esta Corte não pode agir de forma a surpreender o fiscalizado apenas por ter a competência e capacidade de analisar potenciais irregularidade sob os mais diversos aspectos. Afinal, se o sobrepreço pode estar no orçamento estimativo, que é de responsabilidade exclusiva da Administração; enquanto o superfaturamento pode estar na execução contratual, quando são executados serviços em quantidade menor ou qualidade inferior ao contratado, são diversas as linhas de investigação adotáveis; cada uma gera expectativa diferente e exige postura específica do defendente, seja na produção de provas, seja no encaminhamento jurídico de seu direito. No caso, a discussão passou a recair sobre ato administrativo (orçamento da licitação); nada se discute sobre a execução contratual pelo Consórcio embargante, ou seja, a discussão passou a ser travada num plano estritamente normativo, proveniente de uma ação unilateral da Administração (que elaborou o orçamento), muito diferente da discussão travada antes do Acórdão 3.667/2013-Plenário, que envolveu pagamentos de valores e recolhimentos tributários pelo Consórcio.

5.6. Como consequência, somente após treze anos da elaboração do orçamento estimativo é que esse Tribunal deu à embargante inequívoca ciência sobre os fatos, pareceres e instruções que fundamentariam a condenação da qual ora se recorre, fundada na existência de planilha orçamentária com preços supostamente acima dos valores de mercado à época do Contrato AQ-96/2003-00.

5.7. Tal omissão há de ser suprida a fim de evidenciar que o marco temporal para interrupção da 'prescrição acerca das irregularidades do orçamento estimativo formulado unilateralmente pelo DNIT' é o Ofício 186/2015-TCU/SeinfraHidroferrovias, de 24/3/2015 (peças 21 e 24).

5.8. Deve ser reconhecida a 'prescrição da discussão em comento' pelo decurso de mais de treze anos desde a elaboração do orçamento estimativo, e realizado o enquadramento na hipótese do art. 6º, inciso II, da IN 71/2012, contabilizando-se o prazo de cinco anos previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 e no art. 1º do Decreto 20.910/32, conforme o julgamento do STF no MS 35.971/DF.

#### Análise

5.9. O Ministro Raimundo Carreiro, Relator do acórdão embargado, registrou em seu voto que a recorrente ora embargante alegara ter havido prejuízo à defesa que implicaria o trancamento das contas por iliquidáveis, pois: (i) o Ofício 6-195/2008 não lhe teria dado conhecimento dos 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. Também consta no voto que o auditor da Serur, o titular desta e o representante do MP/TCU concluíram 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. O auditor acrescenta que, para que as contas possam ser trancadas como ilíquidáveis, 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. 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 interregno entre dois atos consecutivos não ultrapassa o prazo de cinco anos, pelo que não vislumbra a incidência de prescrição sobre [a imputação do] débito, mesmo que se entendesse que esta ocorreria em tal interregno. O representante do MP/TCU concorda com a inocorrência de prejuízo à ampla defesa e de prescrição (peça 187).

5.10. Prossegue o Relator. O levantamento de auditoria realizado pela então Secex-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. [...]. Conforme menciona o Secretário da unidade técnica 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 [...] 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 [...] apurado no Contrato AQ-96/2003-00 [...]'. 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. Por meio do Acórdão 1.441/2016 [...] 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.

5.11. No tocante à imputação de débito, o Relator declinou seu entendimento de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 636.886, concluiu ser prescritível a pretensão ressarcitória nos processos de controle externo, mas reconheceu (o Relator) que a questão necessita ser amadurecida neste Tribunal. Ademais, registrou que se deve considerar a existência de embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União, pendentes de apreciação pela Suprema Corte. Concluiu pela adoção da atual jurisprudência desta Corte de Contas, no sentido da imprescritibilidade da condenação em débito, e pela prescrição da pretensão sancionatória, no prazo de dez anos, contado da ocorrência do fato, sujeito a interrupções [que, neste caso, como visto, não ocorreu].

5.12. Especificamente quanto ao MS 35.971/DF, o Relator registrou que se trata de decisão liminar do Ministro Marco Aurélio de Mello, de 14/2/2019, não havendo ainda decisão definitiva para aquele caso concreto. Ademais, mencionou a manifestação da PGR, em 15/5/2019, pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos apurados na TCE objeto daquele mandado de segurança.

5.13. No que concerne ao prazo para a autuação de TCE no âmbito deste Tribunal, o Relator assentou que '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. Citou o disposto nos Acórdãos 461/2017 (relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) e 3.898/2016 (relator Ministro Bruno Dantas), ambos da Primeira Câmara, 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. Assim, verifico que não houve prejuízo à defesa, não havendo embasamento para o trancamento das contas dos responsáveis’.*

5.14. *Pois bem. A embargante tem razão ao contestar a afirmação de 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’. Isso porque o Consórcio foi notificado naquela data sim, mas para se defender de questões outras apontadas pela auditoria (diferenças na CSLL, ISSQN e salários), conforme consta no TC 008.477/2008-0 (apenso), peça I, p. 160-166), e não do superfaturamento, como constou no voto embargado. No entanto, pela transcrição do mesmo voto acima, resta claro que esse equívoco não repercutiu na contagem do prazo para se verificar a alegada ocorrência de prescrição, pois foi utilizado como ato que interrompeu a prescrição o Acórdão 3.667/2013-Plenário, editado em 2013, e não aquela notificação de 16/6/2008. De fato, o item 9.2 desse Acórdão determinou à unidade técnica que procedesse à citação dos responsáveis para apresentarem alegações de defesa em relação ao possível superfaturamento no valor de R\$ 1.486.619,63 apurado no Contrato AQ-96/2003-00. Pelo entendimento consolidado deste Tribunal nos termos do Acórdão 1.441/2016-Plenário, a pretensão punitiva do TCU prescreve no prazo de dez anos indicado no art. 205 do Código Civil, contado da data de ocorrência da irregularidade sancionada, e interrompe-se pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte. Já em relação à imputação de débito, o atual entendimento dessa Corte de Contas é pela imprescritibilidade. No caso em exame, restou afastada a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que a irregularidade sancionada (‘primeiro pagamento superfaturado’) ocorreu em 2/1/2004 (peça 76) e o ato que ordenou a citação (Acórdão 3.667/2013-Plenário) fora prolatado em 10/12/2013, ou seja, menos de dez anos.*

5.15. *Quanto ao argumento de que o sobrepreço pode estar no orçamento estimativo, de responsabilidade exclusiva da Administração, e que o superfaturamento pode estar na execução contratual, quando a prestação dos serviços se dá em quantidade menor ou qualidade inferior ao contratado, para afirmar que neste caso não houve nenhuma dessas duas modalidades, tal argumento não prospera porque uma outra modalidade de superfaturamento consiste na existência de pagamento por serviços com sobrepreço, e é disso que se trata no presente caso. Vale dizer, ‘a existência de sobrepreço, por si só, não resulta em dano ao erário’. Neste caso, o que gerou o superfaturamento foi a realização de pagamentos com sobrepreço (preço acima do ‘preço de mercado’).*

5.16. *No que concerne à aplicação do disposto no art. 6º, II, da IN-TCU 71/2012 (dispensa da instauração de tomada de contas especial 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), como visto, o Relator explicitou no voto embargado que tal dispositivo ‘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’. Assim, forte na jurisprudência desta Corte de Contas, concluiu que no presente caso tal aplicação não é obrigatória, por considerar que ‘não ficou demonstrado prejuízo à defesa’, ‘não havendo embasamento para o trancamento das contas dos responsáveis’.*

5.17. *Diante de tal fundamentação, conclui-se que não há omissão ou contradição a ser dirimida quanto às questões aqui analisadas.*

## **6. Das omissões e obscuridade quanto ao marco temporal para a contagem da prescrição e quanto à insegurança jurídica**

6.1. *A embargante acusa o acórdão embargado de omitir a gênese do suposto sobrepreço, asseverando que esta não é o primeiro pagamento, mas o orçamento referencial do edital, parâmetro a partir do qual foram ofertados os preços aceitos pela Administração (peça 199, p. 11-16). Os preços unitários dos serviços licitados foram devidamente executados pelo Consórcio, não sendo causa capaz de vincular a ora embargante, por falta de nexos causal entre o ato considerado danoso e a conduta da contratada. Aliás, frisa a embargante, essa foi a conclusão da Unidade Técnica ao assentar que o*

*superfaturamento teve origem na aprovação da planilha orçamentária, e não durante a execução dos serviços (peça 57 do TC 008.477/2008-0 [apenso]):*

*'72. O relatório de auditoria (peça 1, p. 174) identifica o Sr. José Evanio de Figueiredo, fiscal do contrato, como responsável pela irregularidade. Entretanto, como a proposta do consórcio apresentou preço inferior ao orçado pela Administração, entende-se que o superfaturamento teve origem na aprovação da planilha orçamentária que acompanhou o edital, e não durante a execução dos serviços. Desse modo, a responsabilização do referido fiscal mostra-se incompatível com a formação da irregularidade.'*

6.2. *Afirma que o elemento basilar para a conversão do processo de auditoria nesta TCE é um ato administrativo que viria a se tornar o Edital 053/2002. Sendo assim, para a análise do transcurso do prazo até a citação, deve-se considerar como data inicial a da assinatura do contrato, visto que esse tinha como anexo a planilha de preços. Afinal, o início do prazo deve estar atrelado ao ato defeituoso, que no caso é a planilha orçada, anexa ao contrato. Portanto, o transcurso de mais de dez anos entre a assinatura do contrato e a citação decorrente da nova investigação (peça 21) atrai o disposto no art. 6º, inciso II, e no art. 19, ambos da IN TCU 71/2012, impondo a dispensa da instauração da tomada de contas especial. A redefinição do ato defeituoso ('orçamento' e não mais os 'pagamentos e execução') não deixa dúvidas sobre a inexistência de nexos causal entre a conduta da embargante e o superfaturamento, e ratifica a noção de que o transcurso de mais de dez anos (parâmetro eleito pelo acórdão embargado como adequado para incidência da prescrição) causa prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, e mitiga a segurança jurídica do Administrado. Prejuízo observável – diz a embargante – não apenas nas balizas de interpretação eleitas por este Tribunal, conforme defendido em acórdão, mas também – e principalmente – em lei. Afinal, o acórdão embargado se olvidou do fato de que a alteração da metodologia de análise, de 'diferenças de custo efetivo de CSLL, ISSQN e salários' para 'compatibilidade do orçamento estimativo com preços de mercado' a partir da compreensão do Acórdão 2.784/2012-Plenário, equivale a nova interpretação, cuja aplicação retroativa é vedada pela Lei 9.784/99 e pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. A revolução de premissas de discussões já averiguadas, após a embargante ter sido isenta de responsabilidade pela diferença de custos efetivos por meio do Acórdão 2.784/2012-Plenário, sem readequar o lastro temporal dos 'pagamentos realizados durante a execução contratual' para o 'orçamento estimativo', torna totalmente inseguro o ambiente administrativo. A relativização dos marcos sem qualquer justificativa e a eleição discricionária, infundada e não motivada tornam a razão de decidir obscura, contaminando este processo pela insegurança dos atos e decisões administrativas. O conjunto de aspectos jurídicos e fáticos peculiares do caso singular, entre eles o excessivo lapso temporal decorrido entre a ocorrência do fato gerador do superfaturamento (orçamento estimativo) e a expedição da primeira notificação ao responsável com base em nova metodologia de avaliação do contrato, dá ensejo à ponderação de princípios em favor da segurança jurídica, como medida de aplicação do melhor direito e realização da justiça material.*

6.3. *A confiança é um dos principais pilares da relação Estado-Sociedade, razão pela qual a Administração Pública deve transmitir aos seus administrados a legitimidade e segurança de todos os seus atos, como leciona o administrativista José dos Santos Carvalho Filho. Assim, conforme reconhecido na citada instrução à peça 57 do TC 008.477/2008-0 (apenso), se não há relação entre os supostos sobrepreços apurados com os pagamentos realizados, que são mero reflexo dos preços unitários contratados abaixo do orçado pela Administração, também não há que se falar em fatos novos que o TCU só tenha conhecido depois do julgamento de 2012, ao dar aval à correição dos pagamentos e recolhimentos realizados pelo Consórcio. Logo, desde a data da elaboração do orçamento em 2002 (tido como defeituoso) e sua contratação em 2003 até a citação alternativamente eleita pelo Acórdão embargado, transcorreram mais de onze anos! Nesse sentido – afirma a embargante – é perfeitamente apropriado fazer menção à IN/TCU 71/2012, na medida em que estabelece em seu art. 6º, inciso II, a garantia dos demandados à apresentação de uma defesa técnica minimamente contemporânea à acusação. Referido dispositivo visa assegurar à empresa demandada*

*condições de reunir dados, documentos e informações disponíveis à época dos fatos e indispensáveis ao pleno exercício da ampla defesa e do contraditório previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Nesse contexto, cabe lembrar o entendimento adotado pelo TCU no Acórdão 12.119/2018- 2ª Câmara, pelo arquivamento da TCE em função da impossibilidade de desenvolvimento regular do processo diante do prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa.*

6.4. *Quanto à prescrição da pretensão de ressarcimento, a embargante cita o MS 35.971/DF, em que o Ministro Marco Aurélio Melo entendeu que, decorridos mais de cinco anos do fato supostamente lesivo e da intimação do particular, não poderia o Estado lhe impor o ressarcimento ou a punição. O ministro ainda considera a extensa tradição legislativa acerca da aplicação do prazo quinquenal como marco temporal limitador da atuação do Estado, citando inclusive o Decreto 20.920/32 e o art. 54 da Lei 9.784/99. O Ministro conclui afirmando que o TCU, enquanto órgão de controle externo, deve respeitar o prazo de cinco anos para o exercício de sua atividade.*

6.5. *Portanto – conclui a embargante – o extenso lapso temporal entre a celebração do contrato (cujos preços estão sendo questionados) e a citação da Ecoplan nesta TCE acarretou prejuízo às garantias constitucionais do pleno exercício da defesa e do contraditório da empresa demandada. Por conseguinte, mesmo se observados os dez anos entre o marco inicial (2002 - Edital de Concorrência 53/2002-00, ou, de forma mais conservadora, 2003 - Contrato AQ96/2003-00) e a efetiva citação da empresa Ecoplan, é evidente a incidência dos institutos da decadência e da prescrição do direito da Administração de rever seus atos. Por tais razões, pugna pela adequação do marco temporal à nova metodologia para avaliação dos preços contratuais (apuração de sobrepreço), afastando, assim, a responsabilidade atribuída à Ecoplan, e mesmo o pressuposto temporal para constituição de TCE.*

#### **Análise**

6.6. *Observa-se que as razões apresentadas neste tópico guardam nítida semelhança com aquelas já analisadas no item anterior desta instrução.*

6.7. *Agora se destaca o argumento de que o sobrepreço apurado teve origem no orçamento do edital, que serviu de parâmetro para os preços dos serviços ofertados pela contratada e que foram aceitos pela Administração. Sendo assim, não haveria como vincular a contratada ora embargante ao ato considerado danoso. Em consequência, para a contagem do prazo até a citação, deve-se considerar como data inicial a da assinatura do contrato, ao qual a planilha de preços está anexada. Assim, verifica-se o transcurso de mais de dez anos entre a assinatura do contrato e a citação da embargante pelo superfaturamento, o que justificaria a aplicação do disposto no art. 6º, inciso II, e no art. 19, da IN TCU 71/2012, uma vez que o lapso temporal de mais de dez anos entre o ato administrativo defeituoso e a citação da contratada causou-lhe prejuízo quanto ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Esse dispositivo visa justamente assegurar à parte condições de reunir dados, documentos e informações disponíveis à época dos fatos, indispensáveis ao pleno exercício da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV). Nesse sentido, pretende a embargante que seja aplicado a este caso o entendimento adotado pelo TCU no Acórdão 12.119/2018-2ª Câmara, em que a TCE foi arquivada por impossibilidade de desenvolvimento regular do processo diante do prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa.*

6.8. *Como já registrado na análise das razões objeto do item anterior, o Relator enfrentou, no voto embargado, a questão ora examinada. Seguindo a jurisprudência desta Corte de Contas, assentou que o disposto no art. 6º, inciso 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’. Na esteira desse entendimento, concluiu que no presente caso tal aplicação não é obrigatória, por considerar que ‘não ficou demonstrado prejuízo à defesa’, ‘não havendo embasamento para o trancamento das contas dos responsáveis’.*

6.9. *Em relação ao entendimento adotado no Acórdão 12.119/2018-2ª Câmara, resumidamente, trata-se de recurso de reconsideração em processo de tomada de contas especial. Foi*

observado que 'o recorrente teve ciência da constatação de omissão no dever de prestar contas do convênio apenas quando do recebimento da citação promovida por esta Corte, após cerca de 14 anos da data final para o cumprimento da referida obrigação e de 10 anos da tentativa frustrada e inválida de notificação pelo concedente'. O recurso foi provido, arquivando-se o processo sem julgar o mérito, por ausência dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular relacionados ao exercício do contraditório e da ampla defesa, decorrente da morosidade no exame da prestação de contas do convênio, com amparo no art. 212 do RI/TCU c/c o art. 6º, II, da IN TCU 71/2012.

6.10. No presente caso, conforme alegado pela embargante, o ato que deu origem ao sobrepreço é a planilha orçamentária do edital da licitação, e dela resultou um superfaturamento de R\$ 306.061,12 apurado no Contrato AQ-96/2003-00, celebrado entre o Dnit e o Consórcio Ecoplan/Planave. É o que se extrai do ofício de citação da embargante - Ofício 186/2015-TCU/SeinfraHidroferrovias, de 16/3/2015, recebido em 24/3/2015 (peças 21 e 24). Entre a assinatura do Contrato em 10/9/2003 (peça 1 do TC 008.477/2008) e o recebimento da citação em 24/3/2015 passaram-se mais de onze anos.

6.11. Ocorre que, como detalhado acima, o relator analisou a questão agora recolocada pela embargante, e então fundamentou o entendimento de que a citada Instrução Normativa do TCU não tem aplicação automática, e ressaltou que a obra em questão era objeto de análises pelo Tribunal desde a época das discussões acerca da CSLL, ISSQN e salários, de modo que a empresa ora embargante estava ciente de que havia problemas na contratação. Por tais razões, o relator já afastou, no voto embargado, o argumento de que teria havido prejuízo à defesa. Com efeito, é cediço em Direito Processual que o manejo de embargos de declaração deve se limitar ao escopo de apontar omissão, obscuridade e contradição na decisão contrastada, não sendo instrumento adequado para provocar rediscussão de questões de mérito.

#### **7. Da omissão e contradição quanto à aplicação da alíquota de 50% para os custos administrativos**

7.1. A embargante afirma ter demonstrado que o julgado, apesar de se apoiar na Tabela de Preços de Consultoria do DNIT (referência abril/2001), desconsiderou que o DNIT aplicara o percentual de 75% a título de custos administrativos, e dessa forma o julgado indicou superfaturamento a partir do percentual de 50% previsto no edital. Diz que com base em elementos de prova, demonstrou que o DNIT adotava – aleatoriamente - os percentuais de 50% e 75%, mas que havia normativo vigente à época estabelecendo que essa rubrica deveria ser de 75% (IS DG/DNER 06/2001). Ou seja, o DNIT aprovava o edital mesmo contendo orçamento diferente da sua planilha referencial, tendo tal orientação se perpetuado. Assevera que pode ser muito danoso que o TCU, mais de uma década depois, avalie os preços contratados **com um novo e inusitado referencial de preços, que nem era o utilizado na licitação** (peça 199, p. 16-29). **Fatos reconhecidos pela SERUR (peça 184), ratificando sua compreensão anterior (peça 129), opinando pela inexistência de débito e insubsistência da multa.**

7.2. No entanto, segundo a embargante, o acórdão afirmou que 'não se pode concluir em que premissa a entidade se baseava para escolher entre uma e outra', razão pela qual, sem lastro probante, afastou a aplicação da alíquota de 75% optando pela de 50%, prescrita no Edital 053/2002.

7.3. A fundamentação dessa decisão, no entanto, nas palavras da embargante, é **omissa e contraditória**. O orçamento tem caráter estimativo, enquanto a análise empreendida na presente TCE consistiu em avaliar a pertinência dos preços contratados com uma referência pré-existente, um referencial padrão para a época, possibilitando sua adoção pelo orçamentista à época (e, com isso, configurar parâmetro exigível de ser observado). Logo, o fato de a avaliação ser feita depois de o contrato ter sido executado, e de os preços terem sido pagos, impede a criação de parâmetro diferente do disponível à época.

7.4. Nesse sentido, a adoção de um percentual estranho à tabela padrão mostra-se tão incoerente que, se válida essa premissa, na hipótese de o edital ter adotado como planilha referencial a Tabela Padrão de Preços de Consultoria do DNIT (órgão licitante), o Tribunal teria identificado

*sobrepreço. Ora, onde está o caráter de previsibilidade que deveria ter o orçamento, se nem em uma tabela padrão se pode estar seguro de uma parametrização inquestionável?*

7.5. *Desse contexto, sobressai o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 718/2021, ora embargado: ‘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’.*

7.6. *A ‘realidade de mercado’ adotada pelo TCU como paradigma é a realidade do DNIT, ilustrada na sua Tabela de Preços de Consultoria vigente à época, confirmada pela CGCIT em consulta por e-mail (peça 133). Descortina-se, portanto, uma contradição, pois, de um lado, o TCU define a Tabela do DNIT como o parâmetro de mercado e, uma vez que os cálculos que o adotaram resultaram favorável à contratada, passou-se a considerar inadequado à realidade do mercado. Ora, há algo que caracterize mais o ‘mercado’ de algum órgão licitante do que o seu padrão de preços?*

7.7. *Em outro trecho do voto embargado, segundo a embargante, o relator sugere que, ao anuir com os parâmetros do orçamento referencial, a contratada estaria aceitando os critérios ali constantes (no caso, a taxa de administração), denotando a interpretação parcial dada a questão. Veja-se:*

*‘31. O ministro [Vital do Rêgo] acrescentou ainda [no voto condutor do Acórdão 1.520/2019-Plenário], 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.’*

7.8. *Aqui o voto sugere que, na condição de licitante, a embargante poderia ter impugnado o edital caso discordasse do parâmetro de custos administrativos. Ocorre que a empresa, ao participar de uma licitação, avalia todas as condições do negócio e, no caso concreto, a empresa acolheu em sua proposta financeira o percentual de custos administrativos menor que o observado nas licitações do DNIT à época, por ele estar atrelado a tarifas maiores, o que resultava em ‘preço de venda’ similar. Em um contrato de empreitada, onde os preços são fixados quando concretizada a avença, não importa à empresa como é composto o preço, e sim o valor que lhe será pago. E isso foi claramente definido na proposta aceita pela Administração. Tem-se, portanto, uma ponderação contraditória, pois atribui à licitante uma suposta omissão em relação ao orçamento a que se vinculou ao apresentar proposta, quando na verdade a contratada aderiu, integralmente, ao orçamento estimativo da Administração. A qual resulta na sugestão de que da composição do orçamento contratado, remanesça o único parâmetro que é desfavorável à contratada.*

7.9. *Outro trecho do voto que merece reparos é o seguinte, diz a embargante:*

*‘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.’*

7.10. *No trecho acima verifica-se a omissão quanto à consulta à CGCIT, que enviou a planilha padrão de preços da época. Se tivesse apreciado a planilha enviada, isso afastaria o emprego, em tom desabonador, do termo ‘indistintamente’, até porque, ao destoar de um padrão, a ótica empregada resulta em comportamento distinto do regular, de sorte que, no caso, o termo ‘indistinto’, considerando que se está buscando um padrão de comparação, corrobora a adoção da Tabela Padrão. No mesmo trecho **constata-se contradição, ao afirmar que o Edital 053/2002 é ‘o melhor referencial’, ao mesmo tempo que reputa os preços do contrato (inferiores ao do edital) como irregulares. Então, se o critério do Tribunal é que se deveria adotar os ‘preços de mercado’ definidos pelo órgão licitante, nada mais coerente do que utilizar o parâmetro vigente à época. Ato administrativo reveste-se da presunção de validade, podendo ser mitigada somente diante de prova***

*inequívoca, requisito que não foi preenchido pela decisão embargada, em especial porque omite informação à peça 133, **prestada pelo próprio DNIT. Essa não deixa dúvidas de que a taxa sobre os custos administrativos que incidia sobre o total de pessoal do Contrato AQ 96/2003-00 era de 75% e não de 50%.***

7.11. *A tal documento - diz a embargante - se soma a declaração contida no voto condutor do Acórdão 1.520/2019-Plenário, Relator o Ministro Vital do Rêgo (peça 137):*

*'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 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%.'*

7.12. *Portanto, muito embora este Tribunal já estivesse munido de informações e documentos que evidenciam que o percentual efetivamente adotado para a taxa de custos administrativos era de 75% (e não de 50%), conforme resposta do próprio DNIT, optou por ignorar tal informação, pautando-se em pesquisa feita pelo MPTCU que informou ser usual às licitações da época ora apresentarem o percentual de 50% ora apresentarem o percentual de 75%.*

7.13. *Isto é, o Tribunal deu prevalência a uma pesquisa genérica realizada em um parecer de 2 folhas de um órgão que sequer tem competência técnica sobre a matéria como o MPTCU, ignorando completamente o que disse a Coordenação-Geral de Custos de Infraestrutura de Transportes (CGCIT), equipe técnica do DNIT que detém a qualificação e especialização necessárias em Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO).*

7.14. *Ainda que fosse o caso de ser a prática do DNIT a aleatória definição desse percentual, **fato é que o próprio órgão contratante afirmou ser de 75% a taxa de custos administrativos aplicável no ano da contratação.** Aliás, a CGCIT, em resposta à consulta em que confirmou a taxa de administração adotada em 2002 pelo DNIT na sua Tabela de Preços padrão, não só informou os percentuais incidentes (75%, no caso de custos administrativos), em que constam os salários de cada categoria profissional e os valores para todo o ano de 2002 (1/2002 a 12/2002), de forma que não resta dúvidas de que o padrão de preços não era aleatório, era um padrão único (ainda que naquele ano). (peça 199, p. 22).*

7.15. ***Padrão que viveu todo o ano de 2002** (a data-base do edital era abr/2002). Logo, se variações havia, elas eram exceções, e não podem ser perseguidas como se referenciais fossem.*

7.16. *Para ilustrar a racionalidade do que se está aqui a esclarecer (ocasião em que se analisa um orçamento contratual histórico), no sentido de que o contrato deve ser avaliado com um paradigma aceito de forma universal e, como tal, ele deveria ser o padrão do órgão, propõe-se um exercício de imaginação: supondo que se voltasse no tempo e se oferecesse ao orçamentista da Administração a oportunidade de refazer a planilha referencial em conformidade com o padrão do órgão licitante, qual seria a planilha a adotar? Por certo que, se este orçamentista consultasse o setor competente do órgão em busca de uma orientação, lhe seria alcançada a planilha padrão.*

7.17. *A busca pela verdade real dos acontecimentos deve ser diretriz na qual deve ser pautada a atuação dos órgãos públicos, o que deveria ter ensejado, no mínimo, a apresentação dos motivos que o Tribunal teria deixado de observar a resposta do DNIT, órgão licitante e, mais ainda, o indexador de preços de mercado instituído pelo próprio Tribunal para avaliação dos preços do contrato. Missão que não pode ser suprida pelo resultado da pesquisa realizada pelo próprio Gabinete do*

*Excelentíssimo Ministro Relator, de modo a identificar quais os percentuais aplicados durante a vigência da IS DG/DNER 6/2001. Em especial quando dos certames pesquisados, revelou-se que a maioria prescrevia o percentual de 75%. Resultado que **contradiz** a conclusão ora recorrida, e também **ofende o princípio do in dubio pro reu**, princípio que impõe ao Julgador, quando observada mais de uma possibilidade de enquadramento da conduta investigada, optar por aquela mais favorável ao Administrado (peça 199, p. 22):*

*‘Se o julgador deparar com mais de uma interpretação possível em relação às circunstâncias do processo, deverá necessariamente adotar a mais favorável ao acusado, sob pena de violação da Constituição Federal. Tal dever de acolhimento da interpretação mais favorável ao réu incide não apenas sobre as questões de fato, mas também sobre as questões de direito envolvidas no caso concreto.’*

*(BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 382, grifos nossos)*

7.18. *Tal preceito não é exclusivo da esfera penal, abarcando inclusive os processos administrativos, conforme firmemente defendido pelo STJ e STF: ‘[...] 2. O Superior Tribunal de Justiça assentou a compreensão de que o postulado da presunção de inocência não tem aplicação exclusiva à seara penal, incidindo também na esfera administrativa’. (STJ, AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.427 – RN (2002/0133272-2), Min. Rel. Paulo Gallotti. Data de Julgamento: 26/05/2009)*

7.19. *A Corte Suprema partilha do mesmo entendimento, ao estabelecer que: ‘o princípio da presunção de inocência tem abrangência em matéria extrapenal, e deve ser aplicado sempre que houver dubiedade passível de alterar o resultado do julgado, mesmo que esse já tenha sido objeto de apreciações anteriores [...].’*

*(RE 634224, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 14/03/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 18/03/2011 PUBLIC 21/03/2011 RTJ VOL-00224-01 PP-00709, grifos nossos)*

7.20. *Portanto, se no caso concreto ‘não se pode concluir em que premissa a entidade se baseava para escolher entre uma ou outra’, não há como se afastar a aplicação do princípio do in dubio pro reo e assim optar pelo parâmetro mais prejudicial ao Administrado (50%), quando os indícios de que se aplicava aquele mais benéfico (75%) são mais fartos. Além de serem mais robustos os elementos probatórios que atestam a adoção da taxa de 75% - seja porque é a taxa constante da Tabela de Preços definida no acórdão que incitou a avaliação dos preços do contrato em relação aos preços de mercado, seja porque tal alíquota foi ratificada pelo DNIT (por meio da CGCIT) como sendo o parâmetro vigente à época da licitação.*

7.21. *Ao prosperar a lógica que sustenta o voto do acórdão ora embargado, estar-se-á diante de uma distorção do comando que originou a TCE: determinou-se apurar os preços do contrato com base em um parâmetro concreto e absoluto, taxativamente definido (‘Tabela de Preços de Consultoria’ do Dnit, referência 04/2001, devidamente reajustada para data-base do contrato). Não se afigura razoável deixar de adotar tal padrão de comparação, pinçando da referida tabela aquilo que mais convém ao avaliador: da tabela do edital utilizou o percentual de custos administrativos, e da tabela padrão do DNIT extraiu os salários. Até porque, no lado oposto, encontra-se a empresa que está tendo suas contas apuradas, implicando que a alteração de um padrão tomado como referência onera substancialmente os cálculos empreendidos.*

7.22. *Prossegue a embargante. Também não se pode compreender que, depois de duas instruções da SERUR: uma referente ao recurso de reconsideração (peça 129) e outra referente ao recurso de revisão (peça 184), confirmando o erro de cálculo decorrente da utilização da taxa de 50% e, por conseguinte, afirmando a necessidade de corrigir a taxa para 75%, ‘preferiu o Ministro, induzido por maliciosos pareceres do MPF, ir buscar confirmação que pudesse dar eco ao MPF, ao arrepio do exame técnico’. Veja-se a conclusão uníssona dos exames técnicos referidos (peças 129 e 184): ‘em consonância com a Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 (referência para cálculo do sobrepreço), a alíquota, a título de custos administrativos a incidir sobre total da remuneração com*

*peçoal deve ser de 75%’. A segunda instrução, elaborada por ocasião do recurso de revisão, além de ratificar a análise anterior do recurso de reconsideração, dedicou-se a vergastar o parecer do MPF anteriormente proferido, afastando, por várias razões técnicas e conceituais, o entendimento de que a taxa de administração poderia ser ‘escolhida’ e que o Tribunal poderia adotar a que fosse mais desfavorável à contratada. A SERUR, ao avaliar o posicionamento do MP em relação ao erro de cálculo, consistente em não ajustar o parâmetro de cálculo adotado incorretamente, ponderou a necessidade de observar a referência oficial de preços (peça 184). Veja-se:*

*‘6.12 Passando para a controvérsia, entende-se que o fato de o Dnit vir adotando percentuais diferentes para os custos administrativos nos certames da época não justifica o afastamento da referência oficial de preços por parte deste Tribunal.’*

*(...)*

*‘6.17 Em segundo entende-se que afastar o preço de insumo ou serviço, previsto no referencial oficial de preços, pode acarretar insegurança jurídica e comprometer a necessária previsibilidade por parte dos jurisdicionados, que passam a não saber qual será o preço de referência que será exigido pelo órgão de controle posteriormente.’*

7.23. *Neste ponto, a embargante entende ser claro e lógico acompanhar a unidade técnica, pois esta justificou, sob todos os aspectos, a coerência de efetuar as correções de cálculo, observando o parâmetro de referência oficial, cuja alíquota de custos administrativos é de 75%. Não acolher o que ela afirmou e demonstrou por meio de pareceres extensos e robustos é incorrer em contradição, pois implica deixar de confiar na análise técnica (não há que se duvidar sobre o cunho técnico da matéria aqui discutida), em prol de um entendimento circunstancial e controverso de que um padrão de análise de preços poderia ser aleatoriamente alterado. A controvérsia travada nos presentes autos não comporta suposições, ou exercícios de pesquisa, pois não se pode suportar que os parâmetros empregados para análise dos preços sejam oriundos de uma eleição (por parte do julgador) ainda mais que dessa análise deriva uma acusação de ressarcimento, ou seja, traz a conclusão de que ‘tudo o que foi maior que o parâmetro é indevido e deve ser devolvido’.*

7.24. *Segundo a embargante, os cálculos foram distorcidos ao considerar-se o percentual de 50% (indicado na planilha orçamentária) ao invés do percentual de 75% (indicado no parâmetro adotado pelo TCU), pois implicou em reintrodução dos itens dos custos diretos que antes incorporavam o percentual de 75%. Consequentemente, ampliou-se a margem de comparação dos preços contratados e a citada tabela referencial.*

7.25. *Salienta que a SERUR, órgão técnico deste Tribunal, entendera ser correta a incidência da alíquota de 75% em função desse ser justamente o percentual estabelecido na referência adotada pelo próprio Tribunal para a análise do suposto sobrepreço, concluindo pela inexistência de débito no Contrato AQ-96/2003-00, conforme a seguir demonstrado (peça 138, p. 19-20):*

*‘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 à 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.’*

7.26. *Noção reforçada por sua instrução anterior ao acórdão ora embargado (peça 138):*

*‘9.3. O ponto central da controvérsia se restringe a definir qual o percentual dos ‘custos administrativos’, se 50 ou 75%, a incidir sobre o item ‘Total de pessoal’. Esta Corte de Contas ao calcular o sobrepreço utilizou a Tabela de Referência constante do TC 008.477/2008-0 (peça 35), na qual de fato aponta a alíquota de 50% para os custos administrativos. Por sua vez, o recorrente colaciona o documento constante da peça 124, p. 18-21 que aponta o percentual de 75% referente a custos administrativos.*

9.4. Entende-se assistir razão ao recorrente, devendo ser adotada a alíquota constante da Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 (documento colacionado pelo recorrente), contudo, há que se adequar um item da planilha constante da peça 14, qual seja, 'Serviços Gráficos e Material de Consumo Permanente', pelo que se passa a expor.

9.5. A referência utilizada para se definir o valor padrão do Contrato AQ-96/2003-00 foi a Tabela de Consultoria Dnit, referência abril 2001 e o edital do certame, de forma subsidiária, para os serviços que não encontravam paralelo na Tabela de Consultoria. Nessa esteira, a referência deve prevalecer, salvo se não houver serviço ou alíquota similar.

9.6. No caso específico, verifica-se que a Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 institui a alíquota de 75% a título de custos administrativos a incidir sobre o total de pessoal (peça 124, p. 18, item C), assim não há como, em razão de a referência ser a Tabela de Consultoria, se utilizar a alíquota de 50% para cálculo de sobrepreço no presente processo, posteriormente adotada pelo Dnit, com as consequentes alterações nos demais itens.

9.7. Pelo exposto, entende-se que o débito deve ser recalculado utilizando a alíquota de 75% para custos administrativos.'

7.27. Pugna a empresa embargante pelo saneamento das omissões, contradição e obscuridade que levaram à indevida mitigação do in dubio pro reo para eleição do percentual de 50% em detrimento dos 75% aplicados a título de custos administrativos, observando os documentos já colacionados, de modo a julgar regulares as suas contas. Requer o acolhimento dos embargos, com efeitos infringentes, para que, supridos os vícios acima apontados, este Tribunal proceda à reforma do acórdão embargado (Acórdão 712/2021-Plenário), de modo a dar provimento ao recurso julgado pela referida decisão, afastando o débito e respectiva multa. Requer também a imediata suspensão dos efeitos e ordens emanadas, nos termos do art. 287, §3º, do Regimento Interno do TCU.

#### Análise

7.28. Após a transcrição do imenso volume de informações acima, convém ressaltar o ponto central da controvérsia, que é definir, para o fim específico de apuração de sobrepreço no Contrato, qual o percentual do custo administrativo deve ser adotado: 50% ou 75% a incidir sobre a rubrica de pessoal. Esta Corte de Contas adotou o percentual de 50%, com base no edital da licitação (TC 008.477/2008-0, peça 2, p. 51). Por sua vez, a ora embargante tem contestado essa escolha, defendendo que o correto seria adotar o percentual de 75%, com base na Instrução de Serviço DG/DNER 6/2001 (peça 124, p. 18, item C).

7.29. Passa-se à análise das supostas obscuridade, omissão e contradição na deliberação embargada.

7.30. A embargante aponta contradição no seguinte trecho do voto embargado:

'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.'

7.31. A contradição estaria no fato de ter sido definida a Tabela de Preços de Consultoria do então DNER como o parâmetro de mercado e, caso os cálculos efetuados com base nela resultem favoráveis à contratada, considera-se o resultado inadequado à 'realidade do mercado', sendo que para um órgão licitante – afirma a embargante – não há nada que caracterize mais o 'preço de mercado' do que o seu próprio padrão de preços.

7.32. A instrução da Serur que analisou o Recurso de Reconsideração (peça 129) consignou, em seu item 9.5, que 'a referência utilizada para se definir o valor padrão do Contrato AQ-96/2003-00 foi a Tabela de Consultoria do Dnit, ref. abril 2001 e, de forma subsidiária, o edital da licitação, para serviços sem paralelo na Tabela de Consultoria, devendo a referência prevalecer, se não houver serviço ou alíquota similar' [grifo acrescido]. Conforme registrado no item 9.6 da citada instrução, a IS DG/DNER 6/2001 instituiu a alíquota de 75% para o Custo Administrativo a incidir sobre o total de pessoal. Por essa razão, considerando que a referência é a Tabela de Consultoria, a instrução concluiu que não se justifica utilizar a alíquota de 50% para efeito de cálculo de sobrepreço neste processo, pois o Dnit passou a adotá-la posteriormente, com as consequentes alterações nos demais itens. Após realizar 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, verificou-se a inexistência de débito no referido Contrato (item 9.13 da instrução à peça 129).*

7.33. *Do acima exposto, observa-se que para a apuração de sobrepreço no Contrato AQ-96/2003-00, o acórdão embargado adotou como parâmetro de mercado a Tabela de Preços de Consultoria do então DNER (IS DG/DNER 6/2001), mas, especificamente em relação ao Custo Administrativo (75%), utilizou o edital da licitação, onde tal Custo é de 50%, com a justificativa de que utilizar apenas aquela referência ‘pode implicar o distanciamento do cálculo da realidade de mercado’. Entende-se que a mudança de parâmetro operada dessa forma, no caso, torna o procedimento de apuração do sobrepreço incoerente, a implicar uma contradição nos próprios fundamentos da decisão embargada, uma vez que a conclusão pela existência de sobrepreço no contrato foi deduzida de um parâmetro utilizado para inferir o preço de mercado de um só item especificamente, em contraste com o parâmetro previamente definido para inferir os preços de mercado dos itens contratados.*

7.34. *Outro trecho do voto em que a embargante aponta omissão é o seguinte:*

*‘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.’*

7.35. *Nesse ponto haveria omissão em face da tabela padrão de preços vigente à época do contrato (peça 133), encaminhada pelo próprio DNIT, a qual não deixa dúvidas de que a taxa sobre os custos administrativos que incidia sobre o total de pessoal do Contrato AQ 96/2003-00 era de 75% e não de 50%.*

7.36. *De fato, à peça 133, consta e-mail enviado pela Coordenação-Geral de Custos de Infraestrutura – CGCIT do DNIT, em resposta a consulta da embargante, juntado aos autos em 16/4/2019, acompanhado da Tabela de Valores Mensais para Contratos de Supervisão, na qual consta a taxa de custo administrativo no percentual de 75% a incidir sobre o item de pessoal. A juntada de tal documento aos autos é anterior à decisão embargada, prolatada em 31/3/2021.*

7.37. *No recurso de revisão, a ora embargante informou que a Coordenação-Geral de Custos de Infraestrutura de Transportes (CGCIT) havia encaminhado a Tabela de Consultoria de 2002, a evidenciar que a taxa sobre os custos administrativos que incidia sobre o total de pessoal na época do Contrato AQ-96/2003-00 era de 75% e não de 50%, reproduzindo-a (peça 170, p. 13). Com base nesse fato, argumentou que o próprio órgão contratante afirmara ser de 75% a taxa de custos administrativos aplicável no ano do orçamento referencial da licitação que deu origem à contratação em apreço, acrescentando que o Acórdão 2.784/2012-Plenário, ao determinar a apuração do sobrepreço, não deixou dúvidas sobre qual seria a referência de preços a ser adotada: ‘9.2.1. com base na última medição acumulada no contrato AQ-96/2003-00, promova a comparação entre os preços contratuais e os referenciados pela ‘Tabela de Preços de Consultoria’ do Dnit, referência 04/2001, devidamente reajustada para data-base do contrato (...)’.*

7.38. *Entretanto, observa-se que o voto condutor do acórdão embargado (peça 191) não se dedicou a enfrentar tal argumento, sendo certo que este se apresentava com potencial capaz de infirmar a conclusão que ao final foi adotada.*

7.39. *Em relação à pesquisa realizada pelo Gabinete do Relator para identificar qual o percentual do custo administrativo era aplicado nos editais de supervisão de obras sob a vigência da IS DG/DNER 6/2001, a embargante argumenta que o resultado revelou que a maioria dos certames pesquisados prescrevia o percentual de 75%, sendo que a conclusão assentada no voto embargado, entretanto, contradiz tal resultado.*

7.40. *De fato, há nos itens 27-29 do voto embargado (peça 191) o relato da citada pesquisa, o resultado e a conclusão. O resultado mostrou 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%. Daí o Relator concluiu que em quase a metade das licitações do período o DNER deixou de adotar o valor de sua própria tabela de referência, e inferiu que o órgão admitia haver duas categorias de certames, especificamente quanto aos custos administrativos, usando para uma o índice de 75%, e para a outra o de 50%. Ocorre que, ao contrário, a pesquisa evidenciou que em mais da metade das licitações o órgão adotou o percentual de 75% e, a despeito disso, o outro é que foi considerado pelo voto embargado como referência para o cálculo do sobrepreço. Dessa forma, o voto afastou o percentual de custo administrativo mais aplicado pelo DNER em suas licitações no período do contrato: 75%, e adotou o menos aplicado: 50%, para efeito de apurar o aventado sobrepreço. Nisto reside a contradição apontada no voto embargado: entre os dois percentuais adotados pelo órgão contratante no período pesquisado, o voto elegeu o menos aplicado como parte dos fundamentos do acórdão embargado. Em outras palavras, a conclusão deduzida é inversa à lógica evidenciada pelos números da pesquisa.

7.41. Diante do exame realizado, entende-se que restou demonstrado haver contradição nos fundamentos da decisão embargada, visto que para a apuração de sobrepreço no Contrato AQ-96/2003-00, o acórdão embargado adotou como parâmetro a Tabela de Preços de Consultoria do então DNER (IS DG/DNER 6/2001), mas, especificamente em relação ao Custo Administrativo (75%), utilizou o edital da licitação, onde tal Custo é de 50%, com a justificativa de que utilizar apenas aquela referência 'pode implicar o distanciamento do cálculo da realidade de mercado'. A mudança de parâmetro operada dessa forma, no caso, torna o procedimento de apuração do sobrepreço incoerente, a implicar uma contradição neste ponto da fundamentação da decisão, uma vez que a conclusão pela existência de sobrepreço no contrato foi deduzida de um parâmetro utilizado para inferir o preço de mercado de um só item especificamente, em contraste com o parâmetro previamente definido para inferir os preços de mercado dos itens contratados.

7.42. Entende-se que restou demonstrado haver omissão na fundamentação da decisão embargada, pois, no recurso de revisão, a ora embargante informou que a Coordenação-Geral de Custos de Infraestrutura de Transportes (CGCIT) havia encaminhado a Tabela de Consultoria de 2002, a evidenciar que a taxa sobre os custos administrativos que incidia sobre o total de pessoal na época do Contrato AQ-96/2003-00 era de 75% e não de 50% (peça 170, p. 13). E argumentou que o próprio órgão contratante afirmou ser de 75% a taxa de custos administrativos aplicável no ano do orçamento referencial da licitação que deu origem à contratação em apreço, acrescentando que o Acórdão 2.784/2012-Plenário, ao determinar a apuração do sobrepreço, não deixou dúvidas de que a referência de preços a ser adotada seria a 'Tabela de Preços de Consultoria' do Dnit, referência 04/2001, devidamente reajustada para a data-base do contrato. O voto condutor do acórdão embargado, no entanto, ao apreciar o recurso de revisão, não se dedicou a enfrentar tal argumento, sendo este revestido de potencial capaz de infirmar a conclusão nele adotada.

7.43. Entende-se que restou demonstrado haver contradição no voto embargado, no ponto em que analisa o resultado da pesquisa realizada para identificar o percentual do custo administrativo aplicado nos editais de supervisão de obras sob a vigência da IS DG/DNER 6/2001. O resultado mostrou 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%. Daí o Relator concluiu que em quase a metade das licitações do período o DNER deixou de adotar o valor de sua própria tabela de referência, e inferiu que o órgão admitia haver duas categorias de certames, especificamente quanto aos custos administrativos, usando para uma o índice de 75%, e para a outra o de 50%. Ocorre que, ao contrário, a pesquisa evidenciou que em mais da metade das licitações o órgão adotou o percentual de 75% e, a despeito disso, o outro é que foi considerado pelo voto embargado como referência para o cálculo do sobrepreço. Dessa forma, o voto afastou o percentual de custo administrativo mais aplicado pelo DNER em suas licitações no período do contrato: 75%, e adotou o menos aplicado: 50%, para efeito de apurar o aventado sobrepreço. Nisto reside a contradição apontada no voto embargado: entre os dois percentuais adotados pelo órgão contratante

no período pesquisado, o voto elegeu o menos aplicado como parte dos fundamentos do acórdão embargado. Em outras palavras, a conclusão deduzida é inversa à lógica evidenciada pelos números da pesquisa.

### **CONCLUSÃO**

8. Da análise de mérito do presente recurso, conclui-se que:

a) não há omissão ou contradição a ser dirimida no voto embargado quanto ao não reconhecimento da prescrição (item 5);

b) não houve omissão e obscuridade quanto ao argumento de ofensa à segurança jurídica (item 6);

c) houve omissão e contradições na fundamentação do acórdão embargado, relativamente ao parâmetro utilizado como referência para definir o preço de mercado de um item específico do contrato (custo administrativo), em contraste com o parâmetro previamente definido para tal fim, o qual foi utilizado para definir os preços de mercado de todos os demais itens contratados, ambos para efeito de apuração de sobrepreço no mesmo contrato (item 7).

8.1 Por conseguinte, deve-se **acolher os presentes embargos, atribuindo-lhes efeitos infringentes**, ratificando-se a proposta de encaminhamento formulada na instrução do recurso de revisão (peça 184), no sentido de tornar sem efeito o débito e a multa objeto dos itens 9.1 e 9.2 do acórdão então recorrido, e julgar regulares com ressalva as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca.

### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

9. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo, com fundamento no art. 34, §2º, da Lei 8.443/1992, conhecer dos embargos de declaração opostos por Ecoplan Engenharia Ltda. e, no mérito, acolhê-los para, atribuindo-lhes efeitos infringentes:

a) tornar sem efeito o débito e a multa objeto dos itens 9.1 e 9.2 do Acórdão 1.298/2017-TCU-Plenário;

a.1) julgar regulares com ressalva as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca;

b) informar a embargante e demais interessados do acórdão a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser acessados por meio do endereço eletrônico [www.tcu.gov.br/acordaos;](http://www.tcu.gov.br/acordaos;)”

3. Por sua vez, o Ministério Público diverge parcialmente da unidade técnica, posicionando-se pela rejeição dos embargos de declaração, em razão dos seguintes fundamentos apresentados em seu parecer (peça 210):

“Trata-se de embargos de declaração opostos por Ecoplan Engenharia Ltda. (peça 199) contra o Acórdão 718/2021-Plenário (peça 190), mediante o qual o Tribunal negou provimento a recurso de revisão interposto pela mesma recorrente contra o Acórdão 1298/2017-Plenário.

2. Após a análise dos argumentos contidos nos embargos, a Serur (peça 205) concluiu que não há reparos a serem feitos na decisão plenária em relação aos temas de prescrição, segurança jurídica e princípios do contraditório e da ampla defesa. Por outro lado, a unidade instrutora considerou pertinentes as alegações de omissão e contradição na fundamentação do acórdão relativamente ao parâmetro usado como referência de mercado para a taxa de custos administrativos do contrato.

3. Por conseguinte, alvitrou-se dar provimento aos embargos de declaração e acolher o pedido de atribuir-lhes efeitos infringentes, de modo a reformar a decisão embargada e tornar insubsistente a condenação ao recolhimento de débito e multa, contida nos itens 9.1 e 9.2 do Acórdão 1298/2017-Plenário, bem como julgar regulares com ressalva as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca.

4. Com as devidas vênias, manifesto divergência parcial em relação ao posicionamento da Serur, pois compreendo que inexistem omissões ou contradições no acórdão embargado, seja quanto

*aos assuntos preliminares e prejudiciais de mérito, conforme observado pela unidade técnica, seja quanto ao mérito do parâmetro de mercado adotado.*

5. *Não há omissão no exame do referencial defendido pela embargante. Tampouco há contradição nos fundamentos da decisão ou entre os fundamentos e as deliberações prolatadas. Todos os argumentos apresentados pela recorrente foram devidamente analisados no acórdão embargado e o conteúdo do exame possui coerência interna e dele decorrem os dispositivos deliberativos.*

6. *A questão de qual percentual adotar como referencial apropriado para os custos administrativos do contrato se encontra adequadamente analisada, com clareza e coerência, no acórdão impugnado, conforme se observa nos §§ 16 a 32 do voto condutor (peça 191, p. 3-7). Embora a recorrente discorde das conclusões obtidas pelo Relator e adotadas pelo Colegiado Pleno deste Tribunal, não há sustentação para as alegações de omissão ou contradição. Em particular, compreendo não existir contradição na adoção dos custos referenciais do órgão contratante para os valores de mão de obra e da taxa de custos administrativos definida pelo mesmo órgão no edital da licitação.*

7. *Embargos de declaração são espécie recursal de caráter vinculado, cujo cabimento se restringe ao esclarecimento da decisão, à correção de erro material e ao retorno para sanar omissão no exame empreendido pelo julgador. Nenhuma dessas hipóteses se encontra configurada neste caso. A jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que tal expediente não pode ser usado para provocar a rediscussão do mérito.*

8. *Também na jurisprudência verifica-se que a atribuição de efeitos infringentes (ou modificativos) a embargos de declaração é medida de exceção, cabível mormente para correção de premissa baseada em erro de fato (Acórdãos 2143/2021-Plenário, 4039/2021-2ª Câmara, 1234/2020-1ª Câmara). Ademais, sua concessão somente seria pertinente quando presentes os requisitos legitimadores da espécie recursal, relativos à ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição (Acórdão 1349/2008-Plenário).*

9. *No caso concreto, portanto, considero inexistentes as condições para a excepcional atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração manejados pela sociedade empresária. Compreendo, outrossim, que o recurso deve ser rejeitado, uma vez que não subsistem, no acórdão impugnado, as omissões e contradições alegadas.*

10. *Ante o exposto, este representante do Ministério Público de Contas manifesta divergência com relação ao posicionamento da unidade técnica e propõe que os presentes embargos de declaração sejam conhecidos, porém rejeitados.”*

É o Relatório.