

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 005.848/2000-0 [Apenso: TC 012.877/2000-2]

Natureza: Embargos de Declaração (em Tomada de Contas referente ao exercício de 1999)

Recorrentes: Marcio Nogueira Barbosa (CPF 266.027.097-04) e Volker Walter Johann Kirchhoff (CPF 233.609.338-34)

Órgão: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – Inpe/MCT

Advogado(s) constituído(s) nos autos: não há

Sumário: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM SEDE DE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS REFERENTE AO EXERCÍCIO DE 1999. ACÓRDÃO Nº 1.391/2012–TCU–PLENÁRIO. CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DAS CONTRADIÇÕES E OMISSÕES ALEGADAS. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA ALHEIOS AO OBJETO SOCIAL DA CONTRATADA. SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS SEM PREVISÃO CONTRATUAL. INDÍCIOS DE PAGAMENTOS SEM A DEVIDA CONTRAPARTIDA POR CARÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS NOS DOCUMENTOS USADOS NA LIQUIDAÇÃO DAS DESPESAS. IMPROVIMENTO. CIÊNCIA AOS EMBARGANTES.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelos Srs. Marcio Nogueira Barbosa e Volker Walter Johann Kirchhoff, em face do Acórdão nº 1.391/2012 – TCU – Plenário (peça 2, fls. 46), adotado em sede de exame de recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 1.803/2010 – Plenário (peça 1, p. 219-220), por meio do qual este Colegiado deliberou:

9.1. levantar o sobrestamento dos presentes autos, aposto pelo Acórdão nº 1.045/2006-Plenário;

9.2. conhecer do Recurso de Revisão;

9.3. no mérito, dar provimento ao Recurso de Revisão a fim de tornar insubsistente a deliberação inserta na Relação nº 39/2001-TCU-2ª Câmara, apenas, em relação aos seguintes responsáveis do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais –INPE: Srs. Márcio Nogueira Barbosa e Volker Walter Johann Heinrich Kirchhoff;

9.3.1. rejeitar razões de justificativa apresentadas por Márcio Nogueira Barbosa e por Volker Walter Johann Heinrich Kirchhoff, tendo em vista a não-elisão das seguintes irregularidades:

a) celebração do Contrato 01.06.094.0/99, entre o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE/MCT e a Fundação de Ciência, Aplicações e Tecnologias Espaciais – Funcate, com

dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, sem restar comprovado, nos autos, a correlação entre o objeto contratado com atividades de ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional, a capacidade da contratada para executar o objeto com estrutura funcional própria e de acordo com as competências da Fundação;

b) subcontratação de serviços sem previsão contratual, no âmbito do Contrato 01.06.094.0/99, contrariando o previsto em sua cláusula sétima e nos artigos 66 e 72 da Lei nº 8.666/1993;

c) ausência de previsão, no Contrato 01.06.094.0/99, para a forma de remuneração dos serviços de administração e coordenação prestados pela Funcate, contrariando o disposto no artigo 55, inciso III, c/c o artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993;

d) pagamento das parcelas do Contrato 01.06.094.0/99 sem a especificação dos produtos a serem entregues quando da apresentação dos Relatórios de Andamento de Serviços (RAS), nem os custos dos serviços/atividades executados no âmbito de cada RAS, impedindo que fosse verificado se o pagamento da despesa ocorrera após sua regular liquidação, ou seja, se os custos dos serviços executados correspondem aos recursos de cada parcela paga, contrariando o disposto nos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964;

9.3.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "b", 19, parágrafo único, e 23, inciso III, alínea "a", da Lei nº 8.443/1992 e ante as razões expostas pelo Relator, em julgar irregulares a Tomada de Contas do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais –INPE, em nome dos Srs. Márcio Nogueira Barbosa e Volker Walter Johann Heinrich Kirchhoff;

9.3.3. aplicar aos Srs. Márcio Nogueira Barbosa e Volker Walter Johann Heinrich Kirchhoff, sanção pecuniária prevista no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, no valor individual de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das multas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente da data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

3. Por entenderem que o Acórdão nº 1.391/2012 – TCU – Plenário, ao manter na íntegra a deliberação acima transcrita, apresentou contradições e omissão, os Srs. Marcio Nogueira Barbosa e Volker Walter Johann Kirchhoff opuseram os presentes embargos com vistas a afastar a penalidade aplicada, com fundamento nos argumentos sintetizados a seguir:

a) há contradição, no que concerne à definição de documento novo; ao fato de se ter afastado a prescrição com base na imprescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário, apesar de os recorrentes não terem dado causa a nenhum prejuízo; ao argumento de que o Contrato nº 01.14.080/97 já teria sido analisado pela Decisão nº 839/1997 – TCU – Plenário; à responsabilização do Sr. Volker Walter Johann Kirchhoff na condição de Diretor- Substituto, apesar de o Contrato nº 01.14.080/97 ter sido firmado pelo titular do cargo.

b) há omissão no que diz respeito à ausência de ponderação acerca do histórico de dedicação ao serviço público apresentado pelo Sr. Marcio Nogueira Barbosa, de modo a afastar a penalidade que lhe foi aplicada.

4. Por meio de despacho (peça 11), determinei a remessa dos presentes autos à Secretaria de Recursos - Serur, cujo posicionamento uniforme (peça 16) transcrevo a seguir em seus principais excertos, **verbis**:

ADMISSIBILIDADE

5. *Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade constantes das peças 12 e 13, solicitados à peça 11, pelo Exmo. Ministro-Relator Raimundo Carreiro, bem como se ratifica a proposta da admissibilidade de suspensão dos efeitos do Acórdão 1.803/2010 – Plenário, mantido pelo Acórdão 1391/2012 – Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.*

MÉRITO

6. *Os embargantes apresentam em sua maior parte argumentos idênticos. Nessa linha, em face do princípio da economia processual, analisar-se-ão os argumentos em conjunto naquilo em que se assemelham.*

*I) Argumentos em comum.**Omissão*

7. *Os recorrentes, inicialmente, alegam omissão nos itens 49 e 50 do relatório condutor do decisum vergastado, em que se avaliou a aplicação da pena.*

8. *Colocam que, em face do ali disposto, o Ministro-relator não se manifestou acerca do pedido de reconsideração da penalidade de multa em face do histórico de anos de dedicação ao serviço público.*

9. *Afirmam que no acórdão embargado também não consta referência ao pedido de exclusão da penalidade.*

10. *Consideram que a dosimetria da pena relaciona-se diretamente ao histórico do apenado, sendo esta regra universal, inserta também no Código Penal. Nessa linha, discordam da decisão atacada quanto ao fundamento de inexistir previsão nos normativos internos desta Corte de Contas para afastamento da pena por anos de conduta ilibada.*

11. *Acreditam que o relator deveria ter se manifestado expressamente acerca do referido pedido.*

12. *Requerem reformulação da decisão a fim de constar manifestação expressa acerca do pedido de afastamento da penalidade de multa cominada.*

Análise

13. *Não assiste razão aos embargantes.*

14. *Em primeiro lugar, porque, como eles mesmos destacam em suas peças recursais, o assunto fora abordado no âmbito do relatório condutor da decisão embargada, relatório esse que subsidiou o julgamento ora questionado.*

15. *Note-se que do acórdão consta negativa de provimento ao recurso de reconsideração interposto, e tal consagra o fato de terem sido rejeitados todos os argumentos apresentados e analisados pelo relatório e voto condutores.*

16. *Ademais, a jurisprudência desta Corte abarca o entendimento da desnecessidade de se tratar especificamente de todo e cada argumento apresentado pela defesa, resguardando-se a possibilidade de indicar somente aqueles relevantes e suficientes para apoiarem suas razões de decidir. Note-se o seguinte excerto do Acórdão 4983/2011 - Segunda Câmara:*

12. *Vale destacar que, de acordo com elementares lições doutrinárias, a omissão que se tenta corrigir com os embargos declaratórios diz respeito à ausência de pronunciamento acerca de questões relevantes do processo, não sendo obrigatória a abordagem de todos os fundamentos*

apresentados pelos interessados, cabendo ao julgador indicar somente o fundamento em que apoiou suas razões de decidir.

13. Ademais, a jurisprudência tem entendido que a motivação direta e relativamente objetiva não se confunde com a falta de motivação, não restando caracterizada, nesses casos, a omissão da decisão. Nesse sentido, a título de exemplo, cito parte da ementa do REsp 1091747/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, julgado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, na Sessão de 17/3/2009, publicado no DJe em 15/4/2009, verbis:

‘PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FIXAÇÃO DO PREÇO MÍNIMO DA SAFRA DE TRIGO DE 1987. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. (...).

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. A fundamentação de maneira concisa não se confunde com a ausência de fundamentos, não se podendo falar, por esse motivo, em contrariedade ao art. 458, II, do Código de Processo Civil. (...).’

17. Ademais, repise-se que o tema fora abordado nos seguintes itens do relatório condutor da decisão vergastada:

49. Por fim, no que tange à aplicação da pena, em relação aos argumentos apresentados concernentes aos históricos dos recorrentes, bem como quanto aos seus currículos profissionais, incumbe informar que as análises deste Tribunal se baseiam em fatos que são respaldados por provas documentais não sendo aplicável o RJU, mas sim os normativos internos desta Corte de Contas. Ademais, foi considerado no quantum da multa a gravidade da conduta de cada responsável, tendo sido individualizada a responsabilidade de cada um.

50. Diante do exposto, não há como acolher a pretensão dos recorrentes.

18. Veja-se que a decisão ora recorrida, ponderando todos os elementos deste caso em concreto, entendeu ser descabido o pedido de redução da penalidade de multa. Nessa linha, leitura atenta do excerto acima permite concluir pela inoccorrência da omissão apontada pelos embargantes.

19. Por fim, informe-se a impossibilidade de se rediscutir o mérito da questão em sede de embargos de declaração.

Contradição I

20. Os recorrentes discorrem acerca da prescrição. Afirmam haver contradição na decisão embargada, pois no item 14 do relatório condutor consta referência a “ações de ressarcimento ao erário” e o prazo de 10 anos, ante a ausência de lei específica.

21. Explicam que a contradição está no fato de no presente processo inexistir prejuízo ao erário, tendo sido aplicada multa por prática de ato irregular. Nessa linha, consideram que o prazo prescricional não poderia ser o mesmo para o caso de ações de ressarcimento ao erário.

22. Colocam que à época dos fatos a Lei específica regulatória seria a Lei 8.112/90, ante a sua condição de servidor público. Citam o art. 142, I, que estabelece o prazo prescricional de 5 anos para infrações graves, puníveis com demissão.

23. *Consideram que o presente caso em concreto trata de contrato firmado há mais de 12 anos, o que dificulta sua defesa.*

24. *Requerem saneamento dessa contradição a fim de considerar prescritos os atos irregulares praticados.*

Análise

25. *Não assiste razão aos embargantes. Leitura atenta dos itens 14 e 15 do relatório condutor da decisão embargada permite concluir que os embargantes não compreenderam a mensagem ali exposta, senão veja-se:*

14. *Acerca da jurisprudência deste Tribunal, deve-se esclarecer ainda que sobre o tema prescrição o seguinte:*

'Compulsando a jurisprudência deste Tribunal, percebe-se que esta Corte de Contas, com o Acórdão nº 2.709/2008-Plenário, pacificou seu entendimento sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, conforme disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

62. Para a pretensão punitiva, no entanto, adota-se o prazo prescricional de dez anos, por ser a regra prevista no artigo 205 do Código Civil, na falta de lei específica. Consoante esse entendimento, deve-se aplicar o prazo prescricional de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 da Lei nº 10.406/2002, quando não houver, em 11/01/2003, ocorrido o transcurso de mais da metade do prazo de 20 (vinte) anos estabelecido na lei revogada; sendo que sua contagem dar-se-á por inteiro, a partir de 11/01/2003, data em que a referida norma entrou em vigor; e que, ao contrário, quando, nessa data, houver transcorrido mais da metade do prazo de 20 (vinte) anos, a prescrição continua a correr nos moldes do Código Civil anterior, como determina o art. 2.028 da nova lei.' Acórdão 71/2010 - Plenário Ministro Relator: José Múcio Monteiro.

15. *Assim no âmbito deste TCU, o paradigma para prazo prescricional advém do Novo Código Civil, e não das Leis 8.112/90 e 8.429/92. No presente caso, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional corresponde ao exercício de 1999, data da ocorrência das irregularidades. Como tem-se menos de 10 anos até 11/01/2003, a prescrição decenal começa a contar da data da publicação da nova lei civil, não havendo que se falar em qualquer ofensa à segurança da relação jurídica. Informa-se que o MP/TCU interpôs o recurso de revisão tempestivamente em 29/06/2005 (fls. 1-3, anexo 1) contra deliberação da Segunda Câmara do Tribunal que julgou regulares com ressalvas as presentes contas do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE, relativas ao exercício de 1999 (Relação 39/2001-TCU-2ª Câmara - Ministro Substituto Lincoln Magalhães da Rocha). Informa-se que a prescrição, sendo circunstância objetiva, se aplica aos recorrentes, bem como ao terceiro responsável apenado, Sr. Carlos Américo Pacheco. (grifos acrescidos)*

26. *Cumpra explicar aos embargantes que, no primeiro parágrafo do acórdão transcrito pelo relatório condutor, informou-se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Já o segundo parágrafo é iniciado informando que ali tratar-se-ia apenas da pretensão punitiva, ou seja, da aplicabilidade da penalidade de multa. Assim, o prazo de dez anos não se aplica às ações de ressarcimento ao erário, pois estas são imprescritíveis. Já a pretensão punitiva, não. Ela prescreve conforme explicitado na decisão embargada.*

27. *Importante também reproduzir trecho do voto condutor a respeito:*

2. *Em caráter preliminar, os recorrentes, com fulcro no art. 23 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), alegam prescrição quinquenal em relação às irregularidades que embasaram a aplicação da sanção por esta Corte.*

3. *A esse respeito, a jurisprudência é pacífica em relação ao entendimento de que o prazo prescricional de 5 (cinco) anos não é aplicável a atos de gestão irregulares verificados no*

exercício da competência legal e constitucional desta Corte de Contas, mas sim o previsto no Código Civil com sua regra de transição. (grifos acrescidos)

28. *Leitura atenta do excerto acima permite concluir que a alegação de prescrição fora enfrentada e devidamente afastada, não sendo verificada a contradição aventada.*

29. *Dessa forma, afasta-se a alegada contradição no decisum embargado.*

Contradição II

30. *Os recorrentes discorrem sobre o Contrato 01.14.080.0/97 e afirmam que, ao contrário do afirmado no item 8 do voto condutor, este teria sido apreciado no âmbito do TC 013.258/1997-4.*

31. *Colocam que, na Decisão 839/1997-Plenário, determinou-se ao INPE para que retificasse a cláusula sétima do referido ajuste. Consideram contraditório esta Corte de Contas ter proferido determinação com prazo de 30 dias para o seu cumprimento sem que tivesse analisado o contrato.*

32. *Afirmam que os termos do referido contrato são idênticos ao do ajuste 01.06.094.0/99, servindo, assim, de parâmetro para este, pois esta Corte já teria analisado o contrato anterior determinando retificações em seus termos.*

33. *Requerem saneamento dessa contradição.*

Análise

34. *Não assiste razão aos embargantes.*

35. *Verifica-se da leitura da decisão embargada que as contratações não eram idênticas, havia diferenças notáveis. Nessa linha, importante reproduzir o seguinte excerto do relatório condutor da decisão embargada:*

39. *A respeito das comparações arguidas pelos recorrentes para justificar a regularidade do contrato RD 01.06.064.0/99 reputa-se importante transcrever trechos do relatório que fundamenta a Acórdão 1045/2006 – TCU – Plenário, exarado no âmbito do TC 011.768/2001-1, que examinou os termos do contrato RD 01.14.080.0/97:*

‘26. Quanto à Decisão 839/97-Plenário, exarada nos autos do TC 013.258/1197-4, o Relator acolheu o parecer da Secex/SP, Unidade Instrutiva do processo, no sentido de que a primeira contratação da Funcate pelo INPE (contrato 01.14.080.0/97), por dispensa de licitação fundamentada no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, era justificável, “visto que um projeto desta magnitude, não envolve somente aspectos de engenharia civil, como faz crer o denunciante, pois o projeto, na forma atual, tem uma abrangência muito além do anterior, levando em consideração questões de inserção regional, climáticas e ambientais”. Considerando a regularidade da contratação, o Tribunal decidiu, in verbis:

‘2 - determinar ao INPE que envie providências no sentido de fazer cumprir os exatos termos do inciso I, art. 3º da Lei 8.958/94, no que tange à retificação da Cláusula Sétima do Contrato firmado com a FUNCATE, objetivando a adoção de procedimento licitatório relacionado à subcontratação de empresas de engenharia, para a prestação de serviços técnicos ligados ao Projeto de Transposição das Águas do Rio São Francisco para o semi-árido nordestino, conforme dispõe a aludida legislação;’

26.1. *Assim, uma vez que o Tribunal já se pronunciou quanto à adequação da primeira contratação direta realizada entre o INPE e a Funcate, entendemos não caber questionamentos adicionais acerca da questão, devendo ser aceitas, portanto, as justificativas apresentadas pelos responsáveis Lindolpho de Carvalho Dias, Fernando Rodrigues Catão, Márcio Nogueira Barbosa*

(no que se refere ao contrato 01.14.080.0/97), Volker Walter Johann Heinrich Kirchhoff (no que se refere ao contrato 01.14.080.0/97), José Benedito dos Santos Novaes Martins, Alfredo Francisco de Oliveira Almeida e Luis Pascote.

26.2. Consideramos, no entanto, que o mesmo entendimento não se aplica às contratações subsequentes da Funcate, por dispensa de licitação fundamentada no mesmo dispositivo legal, em razão do objeto dos contratos 01.06.094.0/99 e 01.06.171.0/00, quais sejam, respectivamente:

a) elaboração de Projeto Básico dos trechos II a VI, estudos de medidas de revitalização do Rio São Francisco e estudos ambientais complementares necessários à obtenção de Licença de Instalação (fls. 27-28 do v.1); e

b) elaboração de estudos técnicos complementares ao Projeto de Transposição, compreendendo a execução de serviços de cartografia, viabilidade e inserção regional e estudos ambientais da transposição de águas do rio Tocantins; cartografia, investigações geológicas e geotécnicas e projeto básico do Ramal Ipojuca da Transposição de Águas do Rio São Francisco; estudos operacionais e de saneamento básico/revitalização (fls. 156-163 do v.4).

26.2.1. Deve-se lembrar que o objeto do convênio 06/97, que redundou na contratação da Funcate pelo INPE, é “a prestação de cooperação técnica do MCT, através do INPE, ao MPO, visando à elaboração de estudos regionais e previsão climática para a Região Semi-Árida do Nordeste, com vistas a subsidiar a SEPRE na formulação do Projeto de Transposição das Águas do Rio São Francisco para o Semi-Árido Setentrional e melhorar a atuação do Sistema de Defesa Civil associado à previsão climática” (fls. 17 do v.1) (destacamos).

26.2.2. Como se pode observar, o objeto do referido convênio se coadunava com a área de atuação da Funcate, qual seja, aplicações espaciais (meteorologia, sensoriamento remoto, geoprocessamento) e engenharia e tecnologia espaciais. Ocorreu, no entanto, que o que seria a elaboração de estudos para subsidiar a formulação do Projeto de Transposição acabou por se tornar o próprio Projeto, envolvendo até mesmo a execução de projetos básicos das obras e estudos de impacto ambiental e de inserção regional.

26.2.3. Desse modo, o objeto dos contratos firmados entre o INPE e a Funcate foi gradativamente se afastando dos objetivos estatutários da Fundação, como se pode constatar do número de subcontratações realizadas, cabendo questionar a razão de os serviços subcontratados - se eram passíveis de licitação pela Funcate - não terem sido licitados pelo próprio Ministério da Integração Nacional.

26.2.4. De acordo com documento apresentado pela Funcate, por solicitação da Equipe de Auditoria do TCU (v.3), nenhum dos serviços relativos ao contrato 01.06.094.0/99 foi executado diretamente e, quanto ao contrato 01.06.171.0/00, foi executado pela Fundação apenas o “aerolevanteamento de 30.000 km², na escala de vôo de 1:30.000, e restituição plani-altimétrica na escala 1:25.000” (fls. 26 do v.3). Todos os demais serviços foram subcontratados, a saber:

(...)

26.2.5. Verifica-se, da listagem anterior, que os serviços são fundamentalmente de engenharia e consultoria e, portanto, passíveis de execução por várias empresas atuantes no mercado, ou seja, licitáveis, mesmo porque o foram pela Funcate. Há vários projetos semelhantes de transposição de águas para irrigação e abastecimento no mundo, localizados em países como Peru, Equador, Egito, China, Espanha, África do Sul, Estados Unidos e Israel. No Brasil há ainda as transposições dos rios Paraíba do Sul, no Rio de Janeiro, Pinheiros e Tietê, em São Paulo, e Jaguaribe, no Ceará, donde se conclui pela viabilidade de competição para a execução dos serviços objeto do segundo e terceiro contratos firmados com a Funcate.

26.2.6. Não se questiona aqui a complexidade do Projeto de Transposição, mas a validade da contratação direta da Funcate para execução dos correspondentes serviços, em vista da sua natureza, distinta dos objetivos estatutários da Fundação, e da subcontratação da maior parte deles. Conforme já registrado no Relatório de Auditoria de fls. 13-98, é pacífica a jurisprudência do Tribunal de que o art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93 somente autoriza a dispensa da licitação quando o objeto pretendido guardar nexos entre atividades de ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional realizadas pelo prestador de serviço, a exemplo das Decisões 657/1997, 414/1999 e dos Acórdãos 19/2002 e 61/2003, todos do Plenário do TCU.

(...)

26.3. De igual modo, é pacífico também o entendimento de que, quando da contratação direta prevista no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, deve estar comprovada a capacidade de execução do objeto contratual com estrutura própria e de acordo com as competências da contratada, sendo inadmissível, nesses casos, a subcontratação parcial dos serviços contratados (Decisões 881/1997, 138/1998, 516/2000 e Acórdão 19/2002, do Plenário do Tribunal). Embora qualquer entidade necessite buscar no mercado os meios necessários para o desenvolvimento de suas atividades, não se pode conceber que uma instituição seja contratada diretamente pela Administração Pública e, depois, adquira junto a outras organizações o produto esperado, cobrando taxa de administração pela intermediação. Isso porque, além de o procedimento onerar os cofres públicos, constitui fuga à licitação e ao princípio constitucional da isonomia.

26.3.1. A escolha da Funcate baseou-se em suas características, que, segundo os responsáveis, atendiam aos requisitos estabelecidos no mencionado dispositivo legal, destarte, pressupõe-se que a Fundação deveria obrigatoriamente executar os serviços, configurando-se um verdadeiro contrassenso que houvesse subcontratação. Se a Funcate não dispunha de condições para executar os serviços, como reconhecido pelo Srs. Márcio Nogueira Barbosa e Volker Walter Johann Heinrich Kirchhoff, ex-Diretores do INPE (vide itens 16.8.3 e 17.8 desta instrução), não deveria ter sido contratada, sobretudo se considerarmos que havia no mercado outras empresas capazes de executá-los, como é o caso das empresas subcontratadas.

(...)

26.4. No que se refere ao argumento de que o art. 3º, inciso I, da Lei 8.958/94 autorizaria a subcontratação de parte dos serviços, temos a considerar que não se trata nestes autos de contrato qualquer firmado com a Funcate, mas de contratação direta fundamentada no citado art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, cujo nexo entre a natureza da instituição e o objeto a ser contratado é condição essencial à validade do procedimento, como registrado anteriormente.

26.4.1. Não se questiona a possibilidade de subcontratação de parte do objeto contratual, permitida no art. 72 da Lei 8.666/93 e no mencionado art. 3º, inciso I, da Lei 8.958/94, mas sim a subcontratação do objeto, e na sua quase totalidade, no caso em análise, por instituição contratada diretamente com fundamento no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93. O propósito do dispositivo foi prestigiar, de acordo com os mandamentos constitucionais (art. 218 da Constituição Federal), as entidades voltadas para o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento institucional. Uma vez que o objeto não se coaduna com os objetivos estatutários da instituição e que não há estrutura própria suficiente para a respectiva execução, razão da necessidade de subcontratação de tal objeto, deturpa-se o propósito que motivou a dispensa de licitação, descumprindo-se, por conseguinte, entre outros, o supracitado princípio constitucional da isonomia.

(...)

26.6. Acerca do argumento de que as contas do INPE, relativas aos exercícios de 1997 a 1999, foram julgadas regulares com ressalvas pelo TCU, sendo que tais ressalvas não têm relação com a contratação direta da Funcate, e, em razão disso, não poderiam ser feitos

questionamentos ulteriores, deve-se registrar que o Tribunal, na Sessão Plenária de 08/08/2001, firmou o entendimento de que 'o julgamento das contas não impede a posterior apreciação de atos irregulares ocorridos na gestão já julgada, inclusive a aplicação de multa, exigindo recurso do Ministério Público tão somente a alteração do juízo de valor incidente sobre as contas já julgadas, no caso de reflexos dos novos fatos apurados sobre o seu mérito' (Acórdão 187/2001, Ata 32/2001).

26.6.1. A par disso, cabe informar que, quando a análise das contas do INPE, relativas aos exercícios de 1997 (TC 700.095/1998-5), 1998 (TC 004.738/1999-3) e 1999 (TC 005.848/2000-0), o contrato INPE/Funcate não foi examinado, nem pela Delegacia Federal de Controle/SP (Relatórios de Auditoria de Gestão 008/98, 26/99 e 043917/2000), nem pelo TCU. Naquelas oportunidades, foi analisada a gestão como um todo, e não as questões específicas que ora se examinam. (grifos acrescentados)

36. Note-se que, no início deste excerto, afasta-se a análise do contrato firmado em 1997, pois fora considerado regular à época do julgamento das contas. Já no último parágrafo informa-se que os Contratos 01.06.094.0/99 e 01.06.171.0/00 não foram analisados no âmbito das respectivas contas, o que autorizaria sua reabertura.

37. Ademais cumpre esclarecer tratar-se de exercícios distintos: 1997 e 1999, não tendo sido o Contrato 01.06.094.0/99 analisado no âmbito das contas de 1999, o que autorizou a reabertura dessas mediante recurso de revisão do MP/TCU.

38. Atente-se que o objeto da contratação realizada em 1997 é distinto do objeto do ajuste firmado em 1999. Ademais, a execução desses objetos também destoou, sendo identificadas irregularidades no Contrato firmado em 1999 e essa informação constou do relatório condutor da decisão embargada.

39. O voto condutor assim dispôs a respeito:

8. No que tange ao mérito, os recorrentes alegam que este Tribunal não poderia entender como irregular o Contrato RD 01.06.094.0/99 já que, em relação ao Contrato RD 01.14.080.0/97, cujos termos são quase idênticos aos do primeiro, não foi identificada nenhuma irregularidade quando da apreciação do TC 013.258/1997-4.

Ocorre que, no processo referido, a avaliação se restringiu à legalidade ou ilegalidade da contratação direta da Funcate à luz do disposto no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações, levando em consideração apenas a existência ou não de compatibilidade entre o objeto social da fundação e o fim da avença então vigente. Não foram abordados à época, os dispositivos que regulam a execução e nem sua implementação. No entanto, foi especificamente na execução contratual que foram verificadas as principais irregularidades que embasaram o pedido de reabertura das contas do órgão, posteriormente abordadas no TC 011.768/2001-1.

40. Veja-se que o Ministro-relator aduz ainda que fora na execução do ajuste que foram identificadas as principais irregularidades afastando a tese de identidade entre as contratações citadas pelos recorrentes.

41. Assim, não assiste razão aos embargantes, pois não se identificou a contradição por eles apontada no decisum embargado.

Contradição III

42. Os recorrentes afirmam haver decisões diametralmente opostas sendo estas os Acórdãos 2039/2010-Plenário e 1391/2012-Plenário.

43. Colocam que o Contrato 01.14.080.0/97 fora considerado regular e a dispensa à licitação, justificável, segundo o Acórdão 1045/2006 – Plenário. Contudo, o MP/TCU teria interposto recurso de revisão sob o fundamento de irregularidades naquele ajuste, pois se considerou que a Funcate não teria capacidade técnica suficiente ante o fato de ter subcontratado o objeto.

44. Entretanto, esta Corte no âmbito do Acórdão 2039/2010-Plenário não teria conhecido do recurso de revisão em relação ao Contrato 01.14.080.0/97 por não preencher os requisitos legais. Colocam que o MP/TCU teria se valido de relatório de auditoria elaborado pela 4ª Secex no âmbito do TC 011.768/2001-1 para trazer elementos novos. Nesse julgado é apresentado o conceito de documento novo, que deve ser preexistente ao deslinde da causa, tendo assim concluído pela improcedência do recurso de revisão.

45. Os embargantes, então, retornam sua atenção ao julgado ora embargado para lembrar que as contas do INPE de 1999 foram sobrestadas por força do Ac. 1045/2006 – Plenário, tendo sido levantado o sobrestamento em 2010 pelo Ac. 1803/2010-Plenário ante a notícia do recurso de revisão.

46. Colocam que o decisum ora embargado também se baseou no já referido relatório da 4ª Secex elaborado em 2001, tendo os atos ditos irregulares sido praticados em 1999, ano da celebração do Contrato 01.06.094.0/99.

47. Asseveram que, quando da assinatura do referido ajuste, o fizeram de acordo com o entendimento desta Corte à época dos fatos expresso na Decisão 839/97-Plenário.

48. Consideram, ainda, que somente em 2006 no âmbito do Ac. 1045/2006 fora determinado ao INPE que se abstinhasse de contratar por dispensa de licitação objeto não relacionado à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional com base no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações. Contudo, permitiu que fosse dado andamento aos contratos já firmados. Reforçam que essa decisão fora proferida cinco após a elaboração do relatório pela 4ª Secex.

49. Questionam responsabilizá-los por entendimento e determinações posteriores aos atos ditos irregulares pela decisão embargada.

50. Assim, concluem existir contradição entre a improcedência do recurso de reconsideração e o fato de esta Corte ter afirmado no âmbito do Ac. 2039/2010-Plenário que o relatório da 4ª Secex não poderia ser considerado documento novo bem como o fato de esta Corte à época dos fatos considerar justificável a contratação direta da Funcate com base no inciso XIII do art. 24 da Lei 8666/93.

51. Requerem saneamento dessa contradição e afastamento de suas condenações.

Análise

52. Não assiste razão aos embargantes. Explica-se.

53. Em primeiro lugar, não cabe alegar contradição entre acórdãos distintos, pois a contradição a ser arguida em sede de embargos de declaração deve residir na própria fundamentação da deliberação embargada, ou entra essa fundamentação e a parte dispositiva da mesma deliberação.

54. Em segundo lugar, equivocam-se ao afirmar que o documento novo fundamento para reabertura das contas fora o relatório de auditoria elaborado pela 4ª Secex. Note-se que fora nessa auditoria que foram identificados documentos relativos às contas de 1999, ou seja, preexistentes, mas à época dos julgamentos das contas, desconhecidos do julgador. Restando aí o fundamento para o recurso de revisão.

55. *Leitura atenta da decisão ora embargada permite perceber que os embargantes trazem novamente aos autos argumentos já enfrentados e rebatidos de forma clara e exaustiva. Importante informar a impossibilidade de se rediscutir o mérito de sua condenação em sede de embargos de declaração. Isto porque esse tipo recursal visa sanear obscuridades, omissões e contradições.*

56. *Importante reproduzir trechos da decisão embargada para demonstrar a inexistência da aventada contradição, tendo sido observado o entendimento desta Corte sobre o significado de “documento novo”:*

RELATÓRIO

(...)

A falta de menção a irregularidades na celebração do contrato 01.06.094.0/99, quando do julgamento pela regularidade com ressalvas das contas do INPE de 1999 (Relação nº 39/2001-2ª Câmara – Gab. do Min. Subst. Lincoln Magalhães da Rocha), e da deliberação proferida no TC 013.258/1997-4 (Decisão nº 839/1997-TCU-Plenário) não significa apreciação conclusiva do Tribunal acerca da regularidade do contrato 01.06.094.0/99.

Conforme registrado anteriormente, o exame das contas apresentadas pelos órgãos e entidades jurisdicionados do TCU não tem como alcançar de forma exaustiva todos os atos de gestão praticados e limita-se aos que consta dos autos. Não há menção a qualquer avaliação realizada no contrato 01.06.094.0/99, nem no Relatório de Auditoria de Gestão da SFC nº 043917 (fls. 70-81 do volume principal do TC-005.848/2000-0), nem no relatório de auditoria realizada pela Secex-SP na área de licitações e contratos do INPE (TC-012.877/2000-2, apensado ao TC 005.848/2000-0). Dessa forma, constata-se também quanto a essas contas de 1999, que as irregularidades verificadas em relação à celebração do contrato 01.06.094.0/99 não foram objeto de nenhum dos processos anteriores ao TC 011.768/2001-1.

Já a questão analisada no âmbito do TC 013.258/1997-4 restringiu-se a avaliar a regularidade da contratação direta da Funcate para prestação de serviços de engenharia, sendo a Fundação entidade voltada à pesquisa e tecnologia espaciais. A dispensa de licitação questionada naquele processo resultou, na realidade, em contrato diverso (01.14.080.0/97), objeto de questionamento nas contas do INPE de 1997. As irregularidades atribuídas ao responsável no âmbito das contas do INPE de 1999 referem-se ao segundo contrato celebrado com Funcate: 01.06.094.0/99.’(grifos acrescidos)

38. *A argumentação no sentido de que a análise feita pelo TCU nos autos do TC 013.258/1997-4 proporcionou ao gestor público a presumível segurança para que, 2 anos depois em 1999 firmasse o contrato RD 01.06.094.0/99 não deve obter êxito, pois, conforme visto nos excertos acima, o exame do Contrato 01.14.080.0/97, no âmbito do TC mencionado, foi bem pontual e ‘restringiu-se a avaliar a regularidade da contratação da Funcate, sem licitação, para prestação de serviços de engenharia’. Os recorrentes dizem que esta análise do TCU é frágil, no entanto, verifica-se apenas a existência da notícia do âmbito no qual ocorreu a análise empreendida no TC 013.258/1997-4, conforme se extrai da leitura dos excertos acima transcritos. (grifos acrescidos)*

57. *Verifica-se do excerto acima que o Contrato 01.06.094.0/99 se enquadra no conceito de documento novo trazido à baila pelos embargantes, pois preexistente ao julgamento, mas desconhecido do julgador, não havendo qualquer contradição entre a decisão embargada e os termos do Ac. 2039/2010-Plenário.*

58. *Importante notar ainda que o Ac. 1045/2006 – TCU – Plenário somente permitiu a continuidade das contratações irregulares para evitar um mal maior, senão veja-se trecho da referida decisão reproduzido no âmbito do acórdão ora embargado:*

26.8. *A despeito das irregularidades verificadas, que, a nosso ver, seriam motivos suficientes para a anulação dos contratos firmados com a Funcate, entendemos que os trabalhos encontram-se tão avançados que seria prejuízo ainda maior a realização de novas licitações. . Em vista disso, consideramos adequada a proposta de dar andamento aos contratos ainda em vigor com a Fundação apenas até o encerramento dos respectivos prazos de vigência, realizando-se posteriormente as necessárias licitações, de conformidade com o disposto no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal e nos arts. 2o e 3o da Lei 8.666/93.*

59. *Ademais, registre-se que, como se pode verificar no excerto reproduzido no item 35 desta instrução, esta Corte menciona no acórdão embargado tanto decisões anteriores ou contemporâneas à contratação como posteriores a fim de registrar a sua jurisprudência, afastando a tese levantada pelos embargantes de terem sido condenados com base em entendimentos e determinações posteriores aos atos irregulares praticados.*

60. *Dessa forma, não se verificou a contradição apontada no decisum embargado.*

II) *Argumentos apresentados somente pelo embargante Sr. Volker Walter Johann Kirchhoff*

Contradição

61. *O recorrente alega contradição no decisum embargado devido ao fato de ter-lhe sido imputada responsabilidade por atos praticados pelo então Diretor do INPE, quem de fato assinou o ajuste em análise. Isto porque o embargante não era titular do cargo à época da contratação.*

62. *Coloca que o decisum ora atacado afirmou que o recorrente não apresentara prova de sua alegação. Nessa linha, junta aos autos cópia da Portaria publicada em 19/2/2001 designando-o ao cargo em comissão de Diretor do INPE.*

63. *Considera que o diretor-substituto apenas atua nos impedimentos e afastamentos do titular. Contudo, ambos estariam sendo responsabilizados pelos mesmos fatos.*

64. *Explica que apesar de ter autorizado a dispensa de licitação baseado em parecer técnico e jurídico, quem de fato firmou o ajuste fora o titular do cargo. Nessa linha, conclui não poder ser responsabilizado.*

65. *Assevera não ter praticado nenhuma irregularidade quando atuou como fiscal do contrato, pois não tinha competência para praticar os atos ditos irregulares.*

66. *Afirma não ter assinado o ajuste, nem autorizado a subcontratação dos serviços, nem redigido as disposições contratuais acerca da forma de remuneração da Funcate e da sistemática de pagamento. Ressalva não ter sido verificada nenhuma irregularidade quanto à fiscalização do ajuste.*

67. *Requer afastamento de sua condenação diante da alegada contradição.*

Análise

68. *Não assiste razão ao embargante. O voto condutor da decisão ora embargada afastou a tese de ilegitimidade passiva trazida pelo recorrente, senão veja-se:*

6. *O recorrente Sr. Volker Walter Heinrich Kirchhoff ainda alega sua ilegitimidade para figurar no polo passivo.*

7. *Realmente, seu nome consta às fls. Ido volume principal como substituto do ordenador de despesas do outro recorrente, Sr. Márcio Nogueira Barbosa, no período de 01/02/1999 a 02/03/1999. No entanto, às fls. 211/212 do volume principal, há informação de que o Sr. Volker foi*

Coordenador do Convênio nº 06/1997, em cuja execução figura a Fundação de Ciência e Aplicações Tecnológicas – Funcate como contratada de um dos convenientes (o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE) por força do Contrato nº 01.06.094.0/99. Tal avença, por sua vez, é fonte das irregularidades que macularam as contas do exercício de 1999. Assim, com toda razão, o recorrente é arrolado, juntamente com o Sr. Márcio, como um dos responsáveis pelo enquadramento da contratação da Funcate (Contrato 01.06.094.0/99) como hipótese de dispensa de licitação, entre outras irregularidades (fls. 133, anexo 1). Portanto, não tenho dúvidas de que o recorrente, na qualidade de coordenador, teve participação na contratação em exame, o que é até reconhecido por ele mesmo ao afirmar ‘ter firmado os documentos relativos à contratação da Funcate que culminaram com a celebração do Contrato RD 01.06.094.0/99(...)’ (fls. 03, anexo 2). Assim, não procede o argumento de que não pode figurar no polo passivo do presente feito.

69. Importante notar que o embargante não fora responsabilizado na condição somente de diretor-substitutivo, mas principalmente por ter sido atuado como coordenador do Convênio 6/1997. Nessa linha, restou caracterizada a sua responsabilidade pelos atos irregulares verificados, inexistindo contradição a ser sanada.

CONCLUSÃO

70. Em vista de todo o exposto, não foi identificada qualquer contradição ou omissão na decisão ora embargada, devendo esta ser mantida em seus exatos termos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

71. Em vista do exposto, eleva-se o assunto à consideração superior, propondo:

a) com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34, caput, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 277, inciso III, e 287 do Regimento Interno do TCU, conhecer dos embargos de declaração opostos por Marcio Nogueira Barbosa e Volker Walter Johann Kirchhoff, para, no mérito, rejeitá-los, mantendo-se inalterados os termos do Acórdão 1391/2012 – Plenário;

b) comunicar aos embargantes da decisão que vier a ser adotada bem como aos demais interessados.

É o Relatório.