

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 009.890/2009-6.

Natureza: Embargos de declaração (Tomada de Contas Especial).

Entidade: Empresa Maranhense de Administração Portuária – Emap.

Recorrentes: Adriana Medeiros Araújo Pires Leal (507.674.373-49) e Hilário Ferreira Filho (062.767.413-53) e Ram Engenharia Ltda. (29.119.534/0001-13).

Representação legal: José Henrique Cabral Coaracy (OAB/MA 912), Gilberto Mendes Calasans Gomes (OAB/DF 43391).

**SUMÁRIO: EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE
OMISSÕES, OBSCURIDADES OU
CONTRADIÇÕES NO ACÓRDÃO
RECORRIDO. CONHECIMENTO.
REJEIÇÃO.**

RELATÓRIO

Em exame, embargos de declaração manejados por Hilário Ferreira Filho e Adriana Medeiros Araújo Pires Leal, em conjunto, e pela empresa Ram Engenharia Ltda. em face do Acórdão 862/2016-TCU-Plenário, decisão por meio da qual o Tribunal conheceu de recursos de reconsideração contra o Acórdão 1.935/2012-TCU-Plenário, negou-lhes provimento e corrigiu de ofício valor de débito solidário imputado aos responsáveis embargantes, **in verbis**:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recursos de reconsideração interpostos por Hilário Ferreira Filho, Adriana Medeiros Araújo Pires Leal, viúva do Sr. Fernando Antônio Jorge Pires Leal, e pela Ram Engenharia Ltda. contra o Acórdão 1.935/2012-TCU-Plenário, que os condenou solidariamente ao pagamento da quantia de R\$ 181.500,00 e lhes aplicou multa individual no valor de R\$ 10.000,00;

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

- 9.1. conhecer dos presentes recursos de reconsideração, por atenderem aos requisitos de admissão constantes do art. 35 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento;
- 9.2. corrigir, de ofício, o valor do débito solidário constante no item 9.3 do Acórdão 1.935/2012-TCU-Plenário, de R\$ 181.500,00 para R\$ 172.479,30;
- 9.3. manter os demais itens do Acórdão 1.935/2012-TCU-Plenário em seus exatos termos;
- 9.4. dar ciência deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam, aos recorrentes.

2. O débito apurado na tomada de contas especial, que agora se encontra em fase recursal, corresponde à diferença entre o valor pago pela Empresa Maranhense de Administração Portuária (Emap) à empresa Ram Engenharia Ltda., no âmbito do Contrato 10/2004, decorrente da Concorrência

71/2003, e o valor efetivamente pago por essa empresa à Fundação Centro Tecnológico de Hidráulica (FCTH), subcontratada para execução do item "Estudos em modelo hidráulico", constante do projeto executivo das obras do Porto de Itaquí.

3. Por meio do Acórdão 1.935/2012-TCU-Plenário, o Tribunal julgou irregulares as contas dos Srs. Hilário Ferreira Filho (Diretor de Engenharia e Operações da Emap à época dos fatos) e Fernando Antônio Jorge Pires Leal (então Chefe da Divisão de Engenharia da Emap), de quem a Sra. Adriana Medeiros Araújo Pires Leal é viúva, e da empresa Ram Engenharia Ltda., condenou-os solidariamente ao pagamento da quantia de R\$ 181.500,00, em decorrência da parcela originada de recursos federais do prejuízo apurado, e lhes aplicou multa individual no valor de R\$ 10.000,00.

4. O Acórdão 862/2016-TCU-Plenário ora recorrido resultou de exame de recursos de reconsideração, que foram conhecidos e considerados improcedentes. A mesma decisão operou, de ofício, ligeira correção no valor do débito (de R\$ 181.500,00 para R\$ 172.479,30), em razão de desconto da taxa de BDI da empresa subcontratada pela Ram Engenharia.

5. Em síntese, o Sr. Hilário Ferreira Filho e a Sra. Adriana Medeiros Araújo Pires Leal, alegam eu seu recurso:

- a) omissão do Acórdão 862/2016-TCU-Plenário, na medida em que se deixou de examinar com efetividade a documentação juntada quando do recurso de reconsideração;
- b) o pagamento referente à primeira medição do Contrato 10/2004-Emap, de 5/2/2004, no valor de R\$ 600.000,00, nota fiscal 1738, imputado como débito aos responsáveis, foi realizado por conta de recursos do orçamento da Emap, conforme consta na Cláusula Dez - Fonte de Recursos desse Contrato;
- c) somente após aditivação do Contrato 010/2004-Emap é que se alterou a fonte de recursos, passando a incluir o Convênio Dnit/AQ/173/2003-00;
- d) a referência à nota fiscal 1738 na análise que embasa o acórdão recorrido fixou-se, tão somente, nos carimbos a ela apostos, e que, no entanto, a colocação desse carimbo nessa nota fiscal se trata de erro, face a que após esse pagamento, os gastos restantes desse Contrato 10/2004/EMAP puderam ser pagos por recursos federais do Convênio DNIT/173/2003-00, considerando o aditivo de alteração da fonte de recurso desse contrato;
- e) o contrato 10/2004/EMAP, no valor de R\$ 2.685.000,00, foi firmado em 5/2/2004, entre a Emap e a Ram Engenharia Ltda., tendo como fonte de recursos o orçamento da empresa pública, uma contratação autônoma e específica. Assim, o pagamento da primeira medição, em 16/04/2004, no valor de R\$ 600.000,00, se deu ainda na vigência do termo original do contrato, e que só posteriormente o restante das despesas, no valor de R\$ 2.085.000,00, pôde ser atendida tanto pela sua fonte original como também pelo Convênio DNIT/AQ/173/2003-00. Aduz, então, ser de clareza solar que somente após o pagamento dessa primeira medição (16/04/2004), o Contrato 10/2004/EMAP, passou a ter o convênio DNIT/AQ/173/2003-00 como fonte de recurso para a execução do seu saldo restante de R\$ 2.085.000,00;
- f) o Convênio Dnit/AQ/173/2003-00, mesmo firmado em 9/12/2003, em seu Plano de Trabalho/Dados Cadastrais, fez previsão do início dos trabalhos para setembro/2004, e os recursos financeiros desse convênio somente foram repassados a partir do mês de agosto/2004; já os repasses da contrapartida do Governo do Estado somente foram transferidos a partir de junho/2004. Alega então ser impossível admitir que o pagamento da primeira medição desse convênio pudesse ter sido com os recursos do Convênio DNIT/AQ/173/2003-00;
- g) no recurso de reconsideração objeto do Acórdão 862/2016-TCU-Plenário, juntaram fotocópias de informações das prestações de contas do Convênio DNIT/AQ/173/2003-00, pertinente ao

período de 1/12/2004 a 31/12/2004, cujas peças mostram de forma clara e precisa que os recursos do convênio não foram utilizados para pagamento da Primeira Medição do Contrato 10/2004/EMAP, no valor de R\$ 600.000,00;

- h) inexistente, nos autos, qualquer documento a comprovar de forma clara, precisa e evidente que os recursos desse pagamento de R\$ 600.000,00, pertinente a primeira medição do contrato, foram absorvidos pelo Convênio DNIT/AQ/173/2003-00 como contrapartida;
- i) o item 16 – Projetos executivos das obras civis, com valor total de R\$ 2.685.000,00, mesmo tendo a sua previsão orçamentária no Convênio DNIT/AQ/173/2003-00, foi executado pelo Contrato 10/2004/00 – Emap, da seguinte maneira: (i) pagamento no valor de R\$ 600.000,00, em 16/4/2004, referente à primeira medição – período 5/2/2004 a 29/2/2004, com recursos do orçamento da Emap, conforme cláusula décima do contrato original, firmado em 5/2/2004; (ii) pagamento no valor de R\$ 2.085.000,00, referente à segunda e à terceira medição – períodos de 1/3/2004 a 30/4/2004 e 1/5/2004 a 5/6/2004, com recursos do Convênio DNIT/AQ/173/2003-00, após o Termo Aditivo firmado em 7/6/2004, ao Contrato 10/2004/00;
- j) há violação frontal ao art. 71, incisos II e VI, da Constituição Federal de 1988, vez que, as competências do TCU são exclusivamente no âmbito federal, restando dizer-se que cabe ao Tribunal de Contas da União a fiscalização dos recursos federais, pois, os recursos estaduais são fiscalizados pelos Tribunais de Contas dos Estados.

6. Ao final, requerem os embargantes ser retirada a condenação em débito e multa resultante do Acórdão 1.935/2012-TCU-Plenário e mantida pelo Acórdão 862/2016-TCU-Plenário.

7. Por sua vez, a Ram Engenharia Ltda. alega, em suma, que o Acórdão 862/2016-TCU-Plenário padece de omissão em razão de não terem sido analisados dois argumentos quando da apreciação de seu recurso de reconsideração que poderiam alterar a decisão do Tribunal: (i) inexistência de sobrepreço, uma vez que o valor contratado era inferior ao valor orçado pela Administração para o preço global da licitação; e (ii) inexistência de conluio que justifique o envio do processo ao Ministério Público do Estado do Maranhão.

8. Quanto à alegada inexistência de sobrepreço, a empresa menciona como exemplo de jurisprudência que a socorreria o Acórdão 910/2014-TCU-Plenário, no qual se discutiu a impossibilidade de se analisar um ou mais itens de planilha orçamentária de forma isolada para imputar débito, sendo necessário examinar o preço global do contrato.

9. Transcrevo trechos dos embargos quanto a essa questão que resumem a sua essência:

Ainda que se desconsiderasse o custo das atividades descritas, também há de se levar em consideração que a utilização de modelo hidráulico da área do Porto de Itaqui, já pronto, disponível junto à FCTH, era incerta quando da licitação, visto que dependia de autorização de terceiro detentor dos direitos sobre o modelo.

Assim, como exposto acima, não cabe à Administração se apropriar dos ganhos econômicos provenientes da eficiência empresarial da contratada quando da contratação por regime de Empreitada por Custo Global, eficiência essa traduzida no caso concreto em econômica pela utilização do modelo da FCTH já existe. Conforme já manifestado pelo TCU:

No entanto, seja qual for o procedimento de cálculo adotado, deve-se lembrar que o lucro declarado no BDI é apenas uma meta, que, se alcançada, torna possível a justa remuneração da empresa em decorrência da obra. Ainda, como na maioria das vezes, sendo empresa de mercado, detentora de informações e competências, utilizará de sua vantagem de forma a otimizar os custos para maximizar seu lucro por meio da diferença entre a receita e o custo de produção. Isto é lícito e aceitável. (Acórdão 2369/2011-Plenário, g.n.).

Dessa feita, ainda que a taxa de remuneração no BDI seja um percentual estimado (ex ante), deve-se ter em mente também que a remuneração efetiva (ex post) de uma determinada obra pode ser menor ou maior que aquela fixada na proposta de preço da contratada. (Acórdão 2622/2013-Plenário).

Assim, sanada a omissão e analisado o fato de a RAM Engenharia foi contratada por valores inferiores àqueles orçados pela Administração para o preço global da licitação e de que eventuais eficiências obtidas pelo particular não podem ser incorporadas pela Administração, sob pena de desvirtuar o regime de contratação, requer-se que seja conhecido e dado provimento aos Embargos de Declaração para, com efeitos infringentes, dar-se provimento ao Recurso de Reconsideração interposto contra o Acórdão nº 1935/2012-P.

10. Quanto à segunda omissão alegada, argumenta a recorrente:

A própria unidade instrutora, portanto, afastou os argumentos de que a exigência de capacidade técnica e experiência em estudos em modelos hidráulicos como quesito de pontuação técnica e a suposta inflação do capital social mínimo exigido teriam restringido a competição no certame. Ausente a restrição, não há que se falar em conluio entre a RAM Engenharia e a EMAP. Não há, portanto, motivo para que se encaminhem informações para a Procuradoria da República no Estado do Maranhão.

A inexistência de conluio entre a RAM Engenharia e a EMAP no sentido de restringir a competição fica ainda mais clara quando se analisa a lista das empresas que retiraram o edital. Vê-se que, para algumas delas, os pontos considerados como limitantes da competição no certame são facilmente ultrapassados.

(...)

Frise-se também que a hipótese levantada pelo r. Ministro Relator do Acórdão nº 1935/2012-P de que as 29 empresas que retiraram o edital entraram em conluio para sagrar a RAM Engenharia vencedora, com todo o respeito, não ultrapassa o campo da especulação. Não há nos autos qualquer indício que demonstre que todas as 29 empresas, dentre elas empresas com mais de 60 anos de sólida atuação o setor, com totais condições de participar do certame, tenham acordado que a recorrente sagrar-seia vencedora com lance único, como bem reconheceu a Secex-MA.

Portanto, espera-se que, com o saneamento da omissão a análise do ponto indicado, seja afastada a suspeita de conluio na concorrência alvo da presente Tomada de Contas Especial. Da mesma forma, excluída a hipótese de conluio, não haveria por que não se acatar o argumento da recorrente de que, por estar sua proposta adequada ao orçamento licitado, não existe dano aos cofres públicos.

11. Ao final, requer a empresa reforma do Acórdão 862/2016-TCU-Plenário no sentido de modificar a conclusão pela imputação de débito e arquivamento do processo.

É o relatório.