

TC 009.890/2009-6

Tipo: Tomada de contas especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Empresa Maranhense de Administração Portuária - Emap.

Recorrentes: RAM Engenharia Ltda. (CNPJ 29.119.534/0001-13); Hilário Ferreira Filho (CPF 062.767.413-53); Adriana Medeiros Araújo Pires Leal - viúva (CPF 507.674.373-49).

Advogados: Marcio Henrique Notini (OAB/RJ 120.196), procuração à peça 116; José Henrique Cabral Coaracy (OAB/MA 912), procuração às peças 111 e 142, p. 2.

Sumário: Tomada de contas especial. Pagamento a maior em execução contratual. Débito. Multa. Embargos de declaração. Conhecimento. Rejeição. Recursos de reconsideração. Conhecimento. Negativa de provimento. Ciência aos interessados.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do subitem 9.3 do Acórdão 1.417/2008 - TCU - Plenário, objetivando a apuração de possível prejuízo, no valor de R\$ 570.000,00, correspondente à diferença entre o valor pago à empresa RAM Engenharia Ltda., no âmbito do Contrato 10/2004, decorrente da Concorrência 71/2003, e o valor efetivamente pago pela 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.

HISTÓRICO

2. O Sr. Hilário Ferreira Filho, diretor de Engenharia e Operações (DEO) da Empresa Maranhense de Administração Portuária (Emap), o Sr. Fernando Antonio Jorge Pires Leal, chefe de Divisão de Engenharia, de quem a Sra. Adriana Medeiros Araújo Pires Leal é viúva, e a RAM Engenharia Ltda. foram citados por meio dos Ofícios 2379/2009 (peça se 3, p. 49), 2.380/2009 e 2382/2009 (peça 4, p. 6-7), para se pronunciarem acerca da seguinte irregularidade:

Ocorrência: prejuízo decorrente da diferença entre o valor previsto na planilha contratual da empresa RAM Engenharia Ltda, relativa ao Contrato nº 10/2004 (R\$ 600.000,00), decorrente da Concorrência nº 71/2003, objetivando a elaboração de projeto executivo das obras de Itaquí, no que se refere ao item "estudos em modelo hidráulico-matemático de obras marítimas" e pago pela EMAP à empresa após a emissão da Nota Fiscal nº 1738, de 05/04/2004, acompanhada do Certificado de Medição nº 001/2004, e o efetivamente pago pela empresa à Fundação Centro Tecnológico de Hidráulica - FCTH, vinculada à USP (R\$ 30.000,00), pela subcontratação dos serviços, mediante Nota Fiscal nº 002737, de 26/03/2004.

3. O Sr. Hilário Ferreira Filho e o Sr. Fernando Antonio Jorge Pires Leal ainda foram chamados pelos Ofícios 2383/2009 (peça 4, p. 10-11) e 2384/2009 (peça 4, p. 12-13) para se justificarem acerca do seguinte:

a) os desenhos que compuseram o projeto básico, colocados à disposição dos licitantes da Concorrência nº 071/2003, para elaboração dos projetos executivos, embora timbrados pela RAM Engenharia Ltda., eram datados de 17/04/2003, portanto, não correspondiam exatamente àqueles resultantes da contratação decorrente do Convite nº 019/2001, que datavam de 21/12/2001, isto porque a RAM Engenharia Ltda. foi chamada pela EMAP a atualizar/revisar o projeto básico em razão de alteração nas obras objeto do convênio DNIT/EMAP, sem retribuição financeira e depois sagrou-se vencedora do certame para elaboração de projetos executivos, sendo a única empresa a apresentar proposta, apesar de 29 (vinte e nove) empresas haverem retirado o edital;

b) aliado a isso, tem-se a contratação da empresa RAM Engenharia Ltda., após sagrar-se vencedora da Concorrência nº 071/2003, apesar da mesma ter informado em sua proposta que contrataria a Fundação Centro Tecnológico de Hidráulica - FCTH, vinculada à USP, para realização do item "estudos em modelo hidráulico", cuja capacitação e experiência da empresa em sua realização foi requisito de habilitação constante do item 5.5.1-VIII do edital e elemento de classificação, com pontuação máxima de 6 pontos, conforme detalhado no item 6.2.4.8. do edital. Ademais, os dirigentes da EMAP poderiam conhecer previamente o valor futuro desses serviços, através de uma simples consulta à FCTH, o que, ainda, constava como informação da proposta técnica da RAM, no sentido de que essa empresa contrataria tais serviços diretamente da Fundação Centro Tecnológico de Hidráulica - FCTH, indicando, assim, possível conluio entre os dirigentes da EMAP e a empresa, em especial se considerarmos que essa exigência restringiu a participação de outras empresas que não possuíam experiência anterior nesse serviço, pois apesar de 29 empresas terem retirado o edital, apenas a RAM apresentou proposta. A inclusão desse serviço na licitação inflou o capital social requerido para a participação no certame, o que também é restritivo, uma vez que esse serviço poderia ter sido contratado diretamente pela EMAP, noutra licitação à parte da elaboração dos projetos executivos, até porque esses estudos antecedem logicamente até a elaboração dos projetos básicos, quanto mais a dos projetos executivos. E a EMAP, mesmo a RAM anunciando em sua proposta que não executaria por seus próprios meios tal tarefa, não desclassificou a proposta da RAM. É verdade que o edital não trouxe cláusula expressa de vedação da subcontratação, mas, o fez, implicitamente, para aqueles serviços para os quais exigiu a atestação de experiência anterior, inclusive para servir para pontuação da proposta técnica, criando para o licitante a obrigação de executar diretamente o serviço, sem o subcontratar com terceiros.

4. A RAM Engenharia Ltda. foi comunicada pelo Ofício 2390/2009 (peça 4, p. 22-23) de seu ônus para justificar a seguinte ocorrência:

Ocorrência: fora beneficiária de pagamentos que indicam possível prejuízo ao erário decorrente da diferença de R\$ 570.000,00 (quinhentos e setenta mil reais) entre o valor previsto na planilha contratual da empresa RAM Engenharia Ltda., relativa ao Contrato nº 10/2004, decorrente da Concorrência nº 71/2003, objetivando a elaboração de projeto executivo das obras de Itaquí, no que se refere ao item "estudos em modelo hidráulico-matemático de obras marítimas", e o efetivamente pago à Fundação Centro Tecnológico de Hidráulica - FCTH, vinculada à USP, ante ao fato de que os dirigentes da EMAP poderiam conhecer previamente o valor futuro desses serviços, através de uma simples consulta à FCTH, o que, ademais, constava como informação da proposta técnica da RAM, no sentido de que essa empresa contrataria tais serviços diretamente da Fundação Centro Tecnológico de Hidráulica - FCTH, indicando, assim, possível conluio entre os dirigentes da EMAP e a empresa, em especial se considerarmos que essa exigência restringiu a participação de outras empresas que não possuíam experiência anterior nesse serviço, pois apesar de 29 empresas terem retirado o edital, apenas a RAM apresentou proposta. A inclusão desse serviço na licitação inflou o capital social requerido para a participação no certame, o que também é restritivo, uma vez que esse serviço poderia ter sido contratado diretamente pela EMAP, noutra licitação à parte da elaboração dos projetos executivos, até porque esses estudos antecedem logicamente até a elaboração dos projetos básicos, quanto mais a dos projetos executivos. E a EMAP, mesmo a RAM anunciando em sua proposta que não executaria por seus próprios meios tal tarefa, não desclassificou a proposta da RAM. É verdade que o edital não trouxe cláusula expressa de vedação da subcontratação, mas,

o fez, implicitamente, para aqueles serviços para os quais exigiu a atestação de experiência anterior, inclusive para servir para pontuação da proposta técnica, criando para o licitante a obrigação de executar diretamente o serviço, sem o subcontratar com terceiros, de modo que se verifique, oportunamente, o cabimento de declaração de inidoneidade dessa empresa nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.443/1992.

5. Após o desenvolvimento do processo, esta Corte exarou o Acórdão 1.935/2012 - TCU - Plenário (peça 14, p. 9-10), que possui a seguinte redação:

9.1. acolher as alegações de defesa e as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Fernando Antonio Brito Fialho, Aymar Santos Mesquita, Francisco de Salles Baptista Ferreira e Lusivaldo Moraes dos Santos;

9.2. rejeitar as alegações de defesa e, parcialmente, as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Hilário Ferreira Filho e Fernando Antonio Jorge Pires Leal e pela empresa Ram Engenharia Ltda.;

9.3. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "c", 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/92, as presentes contas irregulares e condenar, solidariamente, os Srs. Hilário Ferreira Filho e Fernando Antonio Jorge Pires Leal e a empresa Ram Engenharia Ltda. ao pagamento da quantia de R\$ 181.500,00 (cento e oitenta e um mil e quinhentos reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 19/4/2004 até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.4. aplicar aos Srs. Hilário Ferreira Filho e Fernando Antonio Jorge Pires Leal e à empresa Ram Engenharia Ltda., com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/92, multa individual no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea "a", do RI/TCU, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até as datas dos efetivos recolhimentos, se pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas;

9.6. com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/92, c/c o § 6º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, remeter cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para o ajuizamento das ações civis e penais que considerar cabíveis, em especial quanto à apuração do indício de possível conluio entre as empresas que retiraram o edital da Concorrência 71/2003 e a empresa Ram Engenharia Ltda., vencedora do certame, tendo em vista que esta foi a única empresa a participar da licitação;

9.7. encaminhar cópia do presente acórdão, bem como das peças que o fundamentam, ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit e ao Tribunal de Contas do Estado do Maranhão;

9.8. dar ciência desta deliberação aos responsáveis

6. Os Srs. Fernando Antonio Jorge Pires Leal e Hilário Ferreira Filho opuseram os embargos de declaração de peça 90, e a Sra. Adriana Medeiros Araújo Pires Leal os de peça 114. Esses recursos foram conhecidos e rejeitados pelo Acórdão 1.342 - TCU - Plenário, constante da peça 122.

7. A RAM Engenharia Ltda. interpôs o recurso de reconsideração de peça 91, e o Sr. Hilário Ferreira Filho e a Sra. Adriana Medeiros Araújo Pires Leal o de peça 125, a cujos exames se passa.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. Anui-se aos exames preliminares da Serur (peças 144 e 145), ratificados por despacho de peça 161, no sentido de conhecer os presentes recursos de reconsideração, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 1.935/2012 - TCU - Plenário.

EXAME TÉCNICO

Recurso da RAM Engenharia Ltda (peça 91).

Argumento

9. A recorrente alega que esta Corte é incompetente para o julgamento deste caso concreto. Fundamenta dizendo que os Tribunais de Contas possuem competência para julgar apenas agentes da Administração Pública, salvo no caso excepcional de conluio entre agente público e particular, o que entende não ter ficado caracterizado. Acrescenta que sua inabilitação na Concorrência 71/2003 afasta qualquer possibilidade de se cogitar de conluio. Invoca na defesa dessa tese a Súmula 187 desta Corte.

Análise

10. Não assiste razão à recorrente. Muito embora a missão desta Corte efetivamente incida sobre a Administração Pública, não se pode entender que apenas os agentes dela estejam sob sua jurisdição. Existem previsões constitucionais e legais que asseguram que os particulares também estejam sujeitos a sanções impostas por esta Corte. Inicialmente, cabe citar o parágrafo único do art. 70 da CF/88, segundo o qual “Prestará contas qualquer **pessoa física ou jurídica**, pública ou **privada**, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” [grifos acrescidos].

11. Ainda, há o art. 70, inciso II, da CF/88, segundo o qual compete a esta Corte:

julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas **daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público**; [grifos acrescidos].

12. No caso concreto, ficou consignado no acórdão recorrido que a recorrente cotou o preço do serviço de estudo em modelo hidráulico no valor de R\$ 600.000,00, mas pagou apenas R\$ 30.000,00 por sua execução. Tal não pode deixar de ser não ser visto como irregularidade de que resultou prejuízo ao erário. Em razão disso, o dispositivo transcrito acima confere competência a esta Corte para julgar como irregulares as presentes contas especiais.

13. Além disto, é de se fazer notar que o art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, autoriza esta Corte a fixar a responsabilidade solidária “do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”. Vê-se, pois, que o ordenamento jurídico é genérico o bastante para condenar a recorrente mesmo sem estar caracterizado eventual conluio entre ela e agente público.

14. A recorrente efetivamente foi inabilitada na licitação em pauta (peça 5, p. 34-35). Isso, porém, não afasta de plano a possibilidade de conluio, sobretudo por ter tido assinado o prazo de oito dias para sanar o vício e, com isso, permanecido no certame.

15. A Súmula/TCU 187 apresenta a seguinte redação:

Sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias, próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, **dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial**, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e,

ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social. [grifo acrescido].

16. Vê-se, pois, que o item de jurisprudência em pauta cuida apenas da dispensa para a instauração de TCE, e apenas quando esta Corte julgar apropriado. Isto é, não faz mais do que reconhecer a faculdade do TCU para não iniciar processo de tomada de contas especial quando achar inoportuna. Em nenhum momento o enunciado sumular visa suprimir qualquer competência desta Corte. Nesse sentido, e para concluir, é interessante deixar consignado no exame do caso concreto o item cinco do Voto condutor do Acórdão 2.978/2005 - TCU - 1ª Câmara:

De fato, a Súmula TCU nº 187 não afasta a jurisdição deste Tribunal para efeito de instauração de tomada de contas especial, mas apenas a dispensa, a seu juízo, desde que haja adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da administração direta ou indireta e de fundação instituída ou mantida pelo poder público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independente de sua natureza jurídica ou de nível quantitativo de participação no capital social.

Argumento

17. A recorrente afirma que não houve o sobrepreço por que foi condenada. Fundamenta dizendo que, como é de conhecimento notório na área, os custos dos estudos de modelos hidráulicos não correspondem única e exclusivamente aos valores pagos a instituições de pesquisa que executam os testes hidráulicos. Acrescenta que a elaboração de projetos portuários depende da participação de empresa de consultoria que empreende diversas outras atividades além dos testes, atividades essas contidas nos “estudos em modelo hidráulico de obras marítimas” e sem as quais os testes sequer podem ser executados. Adita que os valores pagos à Fundação Centro Tecnológico de Hidráulica - FCTH - remuneraram apenas os testes, ao passo que os valores pagos pela EMAP a si remuneraram todas as demais atividades, que lista e descreve com grande riqueza de detalhes. Complementa dizendo que cotou o serviço em R\$ 600.000,00 para cobrir todos os custos envolvidos, e não apenas o dos testes.

Análise

18. Não é possível acompanhar a recorrente. A notoriedade é atributo de fato que tem o efeito jurídico de dispensar sua prova, nos termos do art. 334, inciso I, do CPC, aplicável aos processos desta Corte por força do art. 298 do RITCU. Agora, um fato é notório quando se mostra evidente ou manifesto perante todo o público. Desse modo, não se pode ter notoriedade acerca da composição de custos de estudos de modelos hidráulicos justamente porque o grande público não tem conhecimento sequer de como são esses estudos, quem dirá de como se calculam seus custos.

19. Ainda, existem diversos fortes indícios nos autos de que não houve execução por parte da FCTH de meros testes que seriam apenas parcela dos estudos em modelo hidráulico. A discriminação dos serviços da nota fiscal de peça 54, p. 10, é referente a estudos hidráulicos, e não a testes hidráulicos. Em carta à Emap (peça 48, p. 37), a recorrente alega que “procedeu-se uma análise dos estudos hidrodinâmicos desenvolvidos em modelos hidráulicos matemático e físico executados no FCTH”. Note-se que a referência é genérica aos estudos como um todo, não se restringindo a meros testes. Consta da peça 55, página 6, que os estudos realizados tiveram como escopo as “condições de amarração, circulação de correntes e manobra de navios”, enquanto o item 5.4 do Termo de Referência da Concorrência 71/2003 descreve os estudos em modelo hidráulico como voltados a “determinar os esforços de amarração, movimento dos navios quando atracados e aspectos relacionados as manobras dos navios” (peça 41, p. 34), o que aponta para grande coincidência entre os estudos realizados pela FCTH e a integralidade do que deveria ser contratado a título de estudos em modelo hidráulico.

20. Por fim, o único documento que discrimina os referidos testes em apartado de outras atividades foi trazido agora, e consta da peça 91, p. 33-34. Trata-se de documento datado de 3/9/2012 em que solicita ao Instituto Nacional de Pesquisas Hidrovias orçamento de estudos de modelos hidráulicos segregados em seis itens distintos, e que nada tem que indique que os estudos realizados tenham ocorrido segundo essas categorias.

Argumento

21. O recorrente insurge-se contra a passagem da decisão recorrida segundo a qual não trouxe aos autos elementos probatórios para determinar a necessidade das demais atividades de engenharia consultiva incluídas no preço acerca do qual se apurou suposto sobrepreço. Apresenta planilha (peça 91, p. 20) com gastos com engenheiros que reputa estarem de acordo com o preço de mercado atual e que correspondem a serviços prestados pelos próprios sócios e por colaboradores da recorrente. Acrescenta que solicitou do Instituto Nacional de Pesquisas Hidroviárias o orçamento que faria a devida prova, pretendendo entrega-lo assim que possível. Esclarece que dividindo o valor de R\$ 618.750,00 (valor que teria sido pago pelos serviços prestados pelos próprios sócios) pela avaliação do IGPM de julho/2004 a julho/2012, de 1,636, tem-se o preço global para a época, de R\$ 378.209,00. Adita que se trata de valor muito próximo aos R\$ 600.000,00 lançados em sua proposta, e interpreta planilha reproduzida em sua peça recursal (peça 91, p. 22) que entende apontar para a correção dos valores. Indica previsões editalícias segundo as quais os serviços em pauta deveriam ser custeados com valor de referência de R\$ 600.000,00, de forma que, se fosse possível executá-lo por R\$ 30.000,00, ter-se-ia inexecuibilidade de preço. Complementa dizendo que, como o preço global não foi inadequado perante o orçamento da licitação e sua proposta foi inferior a ele, não há que se falar em dano aos cofres públicos - o que estaria de acordo com os Acórdãos do Plenário desta Corte de números 1.575/2002, 257/2004 e 583/2003 - que entende não poderem ser afastados sob a alegação do acórdão recorrido de que tratam de caso diverso do seu, em que se examinaram variações de preços cotados em relação aos custos orçados pela administração compatíveis com o preço de mercado. Frisa que entender pela execução dos serviços por R\$ 30.000,00 é admitir algo sabidamente irreal, produzindo manifesta injustiça.

Análise

22. Não assiste razão à recorrente. Como visto no exame do argumento anterior, não se extrai dos autos que os estudos de modelos hidráulicos compreendiam diversas outras atividades além das realizadas pela FCTH. Não se pode entender como notórios os fatos acerca da execução e contabilização desses estudos. O ônus probante que recai sobre a recorrente não foi exercido de modo a se poder acompanhar sua defesa. Apesar de descrever inúmeras atividades que entende estar compreendida nos estudos de modelos hidráulicos, a recorrente não traz qualquer documento que faça prova tanto de sua necessidade, quanto de sua pertinência aos estudos em pauta, e, principalmente, de sua execução. E não se pode desconsiderar o estranhamento que isso causa, já que, de um universo de R\$ 600.000,00 de despesas, apresentou-se documentos relativos a apenas R\$ 30.000,00.

23. A afirmação de que o grosso dos pagamentos foi com serviços executados pelos próprios sócios da recorrente não é admissível. Além de todos os indícios já apontados, tem-se que na proposta da FCTH de peça 54, p. 5-6 - também com teor de que compreende a integralidade dos serviços de estudos de modelos hidráulicos - que o papel a cargo da recorrente seria apenas a indicação de um técnico para acompanhar os trabalhos (item 3.2).

24. O orçamento de referência a ser elaborado pelo Instituto Nacional de Pesquisas não têm o condão de afastar a irregularidade que ensejou a condenação em débito da recorrente, uma vez que não há provas nos autos de que a recorrente incorreu nos custos dos serviços nele discriminados. Os documentos constantes dos autos revelam apenas o pagamento no montante de

R\$ 30.000,00 à FCTH referente ao serviço de “Estudos em modelo hidráulico”, correspondente à nota fiscal de peça 54, p. 10.

25. Os cálculos apresentados nas duas planilhas não podem ser colhidos. A primeira planilha e as considerações feitas acerca dela só podem ser admitidas na perspectiva de que a maior parte dos serviços foi executada pelos próprios sócios da contratada, o que não é o caso pelo exposto acima. Quanto à segunda planilha, tem-se que discrimina diversos itens referentes a tributos e despesas indiretas, o que não beneficia a defesa da recorrente porque sequer estão claros quais são os serviços sobre os quais estariam incidindo.

26. As previsões do edital de que os serviços em pauta totalizariam R\$ 600.000,00 efetivamente causam estranhamento quanto à possibilidade de poderem ser executados por R\$ 30.000,00. Apesar disso, também é de se estranhar que acerca dos outros R\$ 570.000,00 não existam outras comprovações. Ainda, quando se tem em conta a possibilidade de conluio apurada no caso concreto, tem-se que a previsão editalícia em questão cuida de frágil elemento de defesa. O acórdão recorrido deixou consignado que a recorrente fez provas insuficientes a seu favor, tendo sido franqueado que infirmasse essa situação nesta fase processual, o que não logrou fazer.

27. Os acórdãos invocados pela recorrente efetivamente não se amoldam ao seu caso particular. Isso porque havia naqueles casos a adequação dos preços contratados com o mercado, o que não se vê no presente caso. Aqui, verifica-se apenas que a recorrente não demonstrou o emprego de R\$ 570.000,00 a título de estudos de modelos hidráulicos, havendo condenação apenas pelo que não foi demonstrado.

Argumento

28. A recorrente alega que a decisão recorrida conteve cálculo errôneo do suposto sobrepreço, uma vez que não considerou os tributos incidentes sobre os valores e as parcelas de administração e lucro. Aponta cálculo com base em planilha constante da peça recursal (peça 91, p. 27) segundo a qual o valor supostamente devido à União seria de R\$ 1.086,00.

Análise

29. Não assiste razão à recorrente. Ao contrário do afirmado pela empresa, o cálculo do débito deve ser embasado no valor “cheio” da nota fiscal, sem a exclusão dos valores concernentes aos tributos, visto que o valor fixado nos termos do ajuste é para cobrir todas as despesas necessárias para a execução do objeto pactuado, inclusive as despesas tributárias. Correto, portanto, o cálculo do débito efetuado pela unidade técnica de origem.

Argumento

30. A recorrente afirma que o envio de elementos dos autos ao MPF em razão de ter sido a única participante do certame não é razoável. Fundamenta dizendo que foi amparada em suspeita precária e infundada, já que 29 empresas retiraram o edital. Entende que não pode estar sujeita a responsabilidade decorrente de as demais potenciais licitantes não terem participado da licitação. Relembra que chegou a ser inabilitadas no procedimento licitatório. Acrescenta que conluio não pode ser presumido, como reconhecido na Decisão 467/1997 - TCU - Plenário. Adita que os ofícios que promoveram o seu chamamento aos autos não mencionaram essa situação, não havendo como outras circunstâncias ser consideradas sem violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Análise

31. Não é possível acompanhar a recorrente. A determinação em pauta não gerou qualquer prejuízo a ela, já que a possibilidade de ajuizamento de ações pelo MPU, em si mesma, não caracteriza nenhum gravame imposto a si. Além disso, é mera consequência do disposto no art. 16, § 3º, da Lei Orgânica deste Tribunal, Lei 8.443/1992. Isto é, esta Corte está apenas cumprindo o

ordenamento jurídico ao comunicar o apurado por si. Ou seja, este Tribunal, toda vez que julgar irregulares as contas dos responsáveis com fundamento nas alíneas “c” e “d” do inciso III do artigo 16 do referido diploma legal, fixando a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado, está obrigado a providenciar “a imediata remessa de cópia da documentação ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis”.

32. Por conseguinte, a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público Federal decorre não apenas do indício de possível conluio entre as empresas participantes do certame, mas, principalmente, do julgamento pela irregularidade das contas em face da ocorrência de “dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômica (artigo 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992), com a fixação de responsabilidade solidária dos agentes públicos e da empresa recorrente.

33. Quanto à parte final do subitem 9.6 do acórdão recorrido, vale dizer que a medida é apenas voltada para apurar se houve ou não conluio - em momento algum esta Corte afirmou que se conluio tenha de fato ocorrido. A esse respeito, é imperioso notar que isso se extrai facilmente da seguinte passagem da decisão recorrida:

26. Por fim, em relação à possível restrição à competitividade certame, que poderia indicar o direcionamento visando favorecer a empresa Ram Engenharia, embora essa falha tenha merecido proposta de desconsideração por parte das unidades instrutivas, entendendo que o fato de 29 empresas terem retirado o edital e apenas a Ram Engenharia ter oferecido proposta – e vencido o certame –, não pode ser, de pronto, ser desconsiderado como, no mínimo, suspeito. Tendo em vista que este Tribunal não dispõe das ferramentas investigativas necessárias à apuração de possível conluio entre as empresas que retiraram o edital visando favorecer a Ram Engenharia, entendendo pertinente o encaminhamento de informações à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para que aquele *Parquet* avalie a conveniência de adotar as providências que entender cabíveis ao caso.

34. Tudo isso faz dispensar a presença de menção da comunicação ao MPU no ofício citatório. O essencial é que fiquem consignados apenas os eventuais gravames que possam ser impostos à parte pela decisão. Ainda, como mencionado no item 14 deste exame, a inabilitação em pauta não basta para afastar a possibilidade de conluio.

Recurso do Sr. Hilário Ferreira Filho e a Sra. Adriana Medeiros Araújo Pires Leal (peça 125)

Argumento

35. Os recorrentes alegam que esta Corte não tem competência para lhes imputar o débito recorrido. Fundamentam dizendo que os recursos relativos ao pagamento de 16/4/2004, concernentes à Primeira Medição do Contrato 010/2004/00 - Emap, não são de origem federal, mas estadual. Acrescentam que isso decorre da Cláusula Décima no contrato. Esclarecem que só houve pagamento utilizando recursos do Convênio DNIT/AQ/173/2003-00 a partir do Termo Aditivo do contrato, datado de 7/6/2004. Aditam que o convênio mencionado foi assinado em 9/12/2003, mas que seus recursos só foram transferidos pela União em agosto de 2004. Acrescentam que o item 71.2 da decisão recorrida estima aplicação de percentuais que não está baseada em qualquer elemento dos autos. Arremata dizendo que a imputação de débito feita pelo acórdão recorrido caracteriza enriquecimento ilícito da União.

Análise

36. Em face das razões expostas a seguir, não assiste razão aos recorrentes.

37. A nota fiscal de peça 50, p. 3, tem carimbo explícito de que seus valores foram pagos a título de contrapartida, o que ainda é confirmado por outros elementos. Ela data de 5/4/2004, e o cheque que a pagou (peça 50, p. 1 - com valor inferior porque houve retenção de tributos

discriminada na própria nota) de 16/4/2004. Nesse momento, vigia o Contrato em seus termos originais, em que a Cláusula Dez (peça 50, p. 23) previa como fonte dos recursos o orçamento da Emap de procedência exclusivamente estadual.

38. Apenas em 7/7/2004 (posteriormente ao pagamento em pauta) foi prevista a participação de recursos federais para a execução do contrato em tela, em decorrência da celebração do aditivo de peça 50, p. 26-27, oriundos do Convênio/Dnit/AQ/173/2003 (peça 12, p. 13-21), firmado em 9/12/2003, com o objetivo de executar serviços de elaboração do projeto executivo das obras de ampliação, recuperação e reforma da infra estrutura do Porto do Itaqui, de São Luís – Maranhão”.³⁹. Nada obstante, os recursos concernentes ao pagamento das despesas incorridas anteriormente à celebração termo aditivo supramencionado foram utilizados a título de contrapartida da Emap no âmbito do supramencionado convênio. Tanto é assim que, conforme afirmado no item 37 desta instrução, constam, da nota fiscal emitida pela RAM Engenharia Ltda. e do cheque utilizado para seu pagamento, vários carimbos com a informação de que tal despesa refere-se ao Convênio/Dnit/AQ/173/2003-00, custeada por meio dos recursos da contrapartida.

40. A própria documentação ora apresentada pelos recorrentes, relativa à prestação de contas do convênio, demonstra que a despesa em questão integra o rol de despesas custeadas com os recursos ajustados. Se os recursos aplicados no pagamento dessa despesa fossem de origem outra que não o convênio em questão, consoante alegam os recorrentes, não haveria razão para inseri-la na respectiva prestação de contas.

41. Por fim, cabe esclarecer que a unidade técnica de origem, ao calcular o valor do débito, levou em consideração os percentuais de recursos federais e estaduais estabelecidos no termo do ajuste, motivo pelo qual está a se exigir dos responsável o ressarcimento de valores correspondentes apenas a recursos federais, conforme itens 71 a 73 da instrução transcrita no relatório integrante do acórdão recorrido, transcritos abaixo:

IX Considerações sobre o débito imputado

71 Constata-se que o débito imputado aos responsáveis, R\$ 570.000,00, é composto de parcelas federal e estadual, uma vez que os pagamentos relativos ao contrato em foco, 10/2004, foram realizados com recursos de ambos signatários do Convênio Dnit/AQ/173/2003-00, e estão demonstrados a seguir (a remissão de folhas se refere ao anexo 7 dos autos):

Medição	Nota Fiscal	Valor (R\$)	Origem dos Recursos
1ª (fl. 405)	1738 (fl. 404)	600.000,00	Estadual
2ª (fl. 432)	1765 (fl. 435)	630.000,00	Federal
3ª - Final (fl. 457)	177 (fl. 456)	1.455.000,00	Federal

71.1. Chegou-se à conclusão sobre a origem dos recursos pelos registros efetuados nas próprias notas fiscais, sendo que a única que consta a informação de que os recursos se referem à contrapartida é a de número 1738 (v. também despacho da área financeira à fl. 415, anexo 7). Confirma esse fato a ‘Relação de Pagamentos’ de fl. 550, vol. 2, referente ao período de abril/2004 a abril/2005 – extraída dos autos do TC 014.936/2007-1, cuja cópia digitalizada encontra-se disponível no Sistema de Gestão de Documento Eletrônico, SisDoc, em que há discriminação, separadamente, dos desembolsos realizados a cargo do concedente e do executor.

71.2. Nota-se que nesse contrato específico, a contrapartida equivale a aproximadamente 22,32% dos valores expendidos. De outra forma, o convênio, em sua cláusula segunda, parágrafo segundo (fl. 542, vol. 2), prevê uma contrapartida de somente 10%, o que leva à conclusão de que ao longo da execução do convênio os valores da contrapartida serão aplicados em um percentual menor do que este, de forma a atingir, ao final os 10% pactuado.

72. Isso exposto, a partição do débito pode ser assim calculada:

- Valor do contrato, excluindo-se o sobrepreço: R\$ 2.115.000,00 (R\$ 2.685.000,00 - R\$ 570.000,00)
- Recurso federal a ser aplicado: R\$ 1.903.500,00 (90% de R\$ 2.115.000,00)
- Recurso da contrapartida a ser aplicado: R\$ 211.500,00 (10% de R\$ 2.115.000,00)
- Recurso federal efetivamente aplicado: R\$ 2.085.000,00
- Recurso da contrapartida efetivamente aplicado: R\$ 600.000,00
- Parcela federal do débito: R\$ 181.500,00 (R\$ 2.085.000,00 - R\$ 1.903.500,00)
- Parcela estadual do débito: R\$ 388.500,00 (R\$ 600.000,00 - R\$ 211.500,00)

73. Acrescenta-se que a citação realizada não fica prejudicada, pois o débito comunicado nessa oportunidade foi em valor superior ao real, conforme cálculo exposto, situação essa claramente favorável aos responsáveis.

42. Assim, os documentos constantes dos autos não deixam dúvidas de que a despesa que ensejou o débito imputado aos recorrentes foram custeadas com recursos do Convênio/Dnit/AQ/173/2003, razão por que não merecem acatados os argumentos em comento.

Argumento

43. Os recorrentes afirmam que o pagamento de R\$ 600.000,00 à RAM Engenharia Ltda. não teve o intuito de atender apenas ao serviço prestado pela FCTH. Esclarecem que isso fica claro a partir de carta, datada em 24/11/2009, juntada aos presentes autos, em que a contratada teria confirmado que “a despesa no valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) correspondeu a todos os estudos hidrodinâmicos em modelo hidráulico para análise do posicionamento das estruturas, estimados e constantes da planilha orçamentária para elaboração desse Projeto Executivo contratado com a EMAP (...)” (peça 125, p. 33). Acrescentam que a beneficiária dos pagamentos foi a RAM engenharia Ltda.

Análise

44. A luz do que foi dito nos itens 18-20 deste exame, não se pode dizer que os R\$ 600.000,00 foram utilizados para pagamentos de outros serviços além do prestado pela FCTH. A declaração da RAM engenharia, também condenada pelo ilícito, não é prova bastante de que houve outros gastos com estudos em modelos hidráulicos, até porque, conforme dito anteriormente, não foram apresentados documentos comprobatórios da aplicação do restante dos recursos nesses outros custos com estudos em modelos hidráulicos. O fato de ela ter sido beneficiária dos pagamentos não afasta a contribuição dos recorrentes para o ilícito. Desse modo, o argumento não pode ser acolhido.

Argumento

45. Os recorrentes alegam que não se extrai dos autos qualquer prova de dolo, má-fé ou enriquecimento ilícito de sua parte, o que obsta sua condenação. Fundamenta apresentando diversas considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei 8.429/1992.

Análise

46. Nenhum desses elementos é de caracterização necessária para haver a responsabilidade perante esta Corte. Isso porque, conforme jurisprudência bastante consolidada, o elemento anímico necessário para ficar estabelecida a responsabilidade é a simples culpa, prescindindo da caracterização de dolo ou de má-fé. Já quanto ao enriquecimento ilícito, tem-se também requisito dispensável para se estabelecer a responsabilidade. O débito gerado é suficiente para estabelecê-la, independentemente do destino dos recursos. Por fim, nenhuma das considerações sobre a Lei de Improbidade Administrativa beneficia a defesa em razão de a responsabilidade baseada nesse diploma ter requisitos diversos da responsabilidade perante esta Corte. Assim, o argumento não enseja qualquer alteração no acórdão recorrido.



CONCLUSÃO

47. Os recorrentes fálham em demonstrar que esta Corte não tem competência para decidir sobre este caso concreto e em evidenciar que o pagamento a maior foi regular, razão pela qual se deve negar provimento aos recursos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

48. Diante do exposto, encaminham-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer dos presentes recursos de reconsideração, com base nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo o Acórdão 1.935/2012 - TCU - Plenário em seus termos originais;

b) dar ciência da decisão que vier a ser proferida ao recorrente e a demais interessados.

TCU/Serur/4ª Diretoria, em 21/11/2013

Daniel de Albuquerque Violato
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8132-9