

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 001.958/2009-8

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Unidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit.

Recorrentes: Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01) e Manoel Nazareth Santanna Ribeiro (CPF 000.364.122-87).

Representação legal: Eduardo Talamini (OAB/PR 19.920), Aline Lícia Klein (OAB/PR 29.615), Vitor Lanza Veloso (OAB/DF 35.110), David Grunbaum Ambrogi (25.055/OAB-DF), Janise Castro de Carvalho (28.121/OAB-DF), Dina Oliveira de Castro Alves (17.343/OAB-DF) e outros.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ALTERAÇÃO DE PROJETO BÁSICO. DESEQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE CONTRATO. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR O JUÍZO ANTERIOR. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução produzida na Secretaria de Recursos - Serur, com a qual estão de acordo seu corpo dirigente e o representante do Ministério Público junto ao TCU - MPTCU:

“Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Manoel Nazareth Santanna Ribeiro e Egesa Engenharia S.A. (peças 91 e 93) contra o Acórdão 86/2013-Plenário (peça 62), prolatado nestes autos de tomada de contas especial instaurada em cumprimento ao Acórdão 2.439/2008-Plenário, relativa a irregularidades nas obras de construção da BR-230/PA, no trecho entre Marabá e Altamira, no estado do Pará, objeto do Contrato PD/2-035/00-00, integrante do Fiscobras/2008.

HISTÓRICO

2. No âmbito da tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 2.439/2008- Plenário, exarado nos autos do TC 006.415/2008-8, relativo ao levantamento de auditoria nas obras de construção da BR-230/PA, no trecho entre Marabá e Altamira, no estado do Pará, objeto do Contrato PD/2-035/00-00, foram citados, entre outros, o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e a sociedade empresarial Egesa Engenharia S.A., em função das seguintes irregularidades (peça 2, p. 2-6; peça 2, p. 22-26; peça 2, p. 27-34; peça 2, p. 36-45):

a) projeto básico com incorreções, consistentes na previsão de itens de mobilização, desmobilização e canteiro em duplicidade, gerando pagamentos indevidos, no valor histórico de R\$ 37.950,12;

b) alterações contratuais que desequilibraram, de forma desfavorável ao erário, a equação econômico financeira inicialmente estabelecida no contrato, mediante ‘jogo de planilhas’, resultando prejuízo no valor histórico de R\$ 12.799.644,46;

3. O Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro foi citado porque, na condição de Engenheiro Coordenador da 2ª Unidade de Infraestrutura Terrestre do Dnit do Pará/Amapá, assinou o contrato com itens em duplicidade e o 6º termo aditivo causador de desequilíbrio econômico financeiro.

4. Por sua vez, a sociedade empresarial contratada, Egesa Engenharia S.A., foi instada a se manifestar sobre o benefício indevido auferido com os valores pagos em duplicidade e o suposto ‘jogo de planilhas’.

5. Após o regular desenvolvimento do processo, foi proferido o Acórdão 86/2013-Plenário, transcrito a seguir (peça 62):

‘9.1. excluir da presente relação processual Raimundo Brito Façanha, João Bosco Lobo, e Renato Nunes Gouveia;

9.2. rejeitar parcialmente as alegações de defesa apresentadas por Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e pela empresa Egesa Engenharia S.A.

9.3. julgar, com fundamento nos artigos 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas 'c' e § 2º; 19, caput; e 23, inciso III, da Lei nº 8.443/1992, irregulares as contas de Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e condená-lo, em solidariedade com a empresa Egesa Engenharia S.A., ao pagamento dos valores abaixo discriminados, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros de mora devidos, calculados a partir das datas indicadas, até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação vigente, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit);

Data Pagamento	Valor do Débito Reajustado (PI+R)
25/3/2002	320.021,36
6/5/2002	942.092,37
12/6/2002	90.344,31
2/12/2002	2.172,56
2/12/2002	2.220,31
2/12/2002	2.080,27
12/9/2002	2.224.828,51
7/10/2002	1.999.106,25
13/12/2002	1.702.358,03
6/6/2003	764.924,75
6/6/2003	81.859,85
11/7/2003	725.332,59
18/6/2003	253.003,36
18/6/2003	1.173.525,71
28/6/2004	58.297,81

9.4. aplicar, individualmente, ao Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e à empresa Egesa Engenharia S.A. a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992, no valor individual de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno/TCU, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão, até a data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam atendidas as notificações;

9.6. remeter cópia do presente acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no estado do Pará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443/1992;

9.7. encaminhar cópia do presente acórdão ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e ao Ministério dos Transportes.'

6. Foram opostos embargos de declaração contra a indigitada decisão, os quais foram rejeitados por meio do Acórdão 1.387/2013-Plenário (peça 84).

7. Ainda inconformados com a condenação, o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e a sociedade empresária Egesa Engenharia S.A. interpuseram recurso de reconsideração, que será analisado nesta instrução.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 88 e 95), ratificados às peças 91 e 99 pela Ministra-Relatora Ana Arraes, que concluiu pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 86/2013-Plenário, porquanto preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

EXAME TÉCNICO

9. De forma resumida, serão reproduzidos os conteúdos dos recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e pela sociedade empresária Egesa Engenharia S.A., e, a seguir, as suas respectivas análises.

Razões Recursais**Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro**

10. Aludindo ao art. 1º da Lei 9.873/99, alega a ocorrência da prescrição quinquenal, sob o entendimento de que os atos inquinados na decisão recorrida se deram entre os anos de 2001 a 2003, e a sua citação, em 2010.

11. Combate a jurisprudência desta Corte, acerca da inaplicabilidade da prescrição quinquenal da Lei 9.873/99, apresentando jurisprudência do STJ, que firmou pela prescrição administrativa no decurso do prazo de cinco anos, com base no art. 1º do Decreto 20.910/32 e no artigo 1º da Lei 9.873/99.

12. Acredita não ser possível lhe aplicar qualquer sanção, tendo em vista a ocorrência da prescrição quinquenal da pretensão punitiva, porque os fatos ensejadores da decisão atacada ocorreram a mais de sete anos.

13. Tem por prejudicada a sua defesa, pois acredita que não ficaram delimitados os fatos que constituíram a ilegalidade a ele imputada.

14. Está convencido da impossibilidade de defesa, já que viu afirmações genéricas a seu respeito, impedindo-lhe de saber com precisão sobre os pontos que precisavam ser enfrentados.

15. Lembra que o contrato objeto da decisão questionada foi firmado em 2001, tendo sua execução paralisada em 2003, para ressaltar a desobediência ao prazo de 180 dias da ocorrência dos atos praticados, conforme estabelecido no § 1º do artigo 10 da IN/TCU 13/96.

16. Coloca a responsabilidade solidária da autoridade competente em função desse lapso temporal.

17. Afirma prejuízo de sua defesa, em decorrência da não instauração da tomada de contas especial ao tempo estabelecido no citado normativo.

18. Ressalta a sua boa-fé, alegando que, em momento algum, agiu em desfavor da Administração, já que, tanto o contrato, os aditivos e o projeto básico foram realizados dentro dos ditames legais, em acordo com a equipe técnica e jurídica do próprio órgão.

19. Apresenta que nos oito processos desta Corte que abordaram o contrato PD/2-035/00-00 não foram detectadas as irregularidades tratadas na decisão recorrida.

20. Questiona o fato de que, após dez anos da vistoria do contrato pelo Departamento Jurídico do Dnit/PA, foi-lhe imputada a irregularidade, posto que apenas autorizou a contratação e a celebração do aditivo.

21. Menciona que, à época, na qualidade de chefe do 2º Distrito rodoviário Federal/DNER, determinou que fossem convocadas concorrências públicas para execução de obras de terraplanagem, pavimentação e obras de arte especiais na referida obra.

22. Argui que não lhe resta responsabilidade, já que a elaboração e alteração do projeto básico foram realizadas pelo corpo técnico da autarquia.

23. Traz jurisprudência deste Tribunal, que considerou que o simples ato homologatório de uma licitação, por exemplo, não obriga o administrador a auditar todo o processo.

24. Expõe jurisprudência para defender que a improbidade administrativa é afastada quando comprovada a boa-fé do gestor, desde que embasado em pareceres técnicos dos órgãos administrativos especializados.

25. Salienta que a contratada sagrou-se vencedora do certame licitatório dentro dos critérios de aceitabilidade do edital, em que foram ofertados os menores preços globais para as obras, abaixo do valor de referência. Destaca, também, que este órgão apresentou os preços de referência no edital de licitação, que norteou as propostas comerciais das empresas proponentes.

26. Explica que a celebração de aditivos ao contrato foi embasada por relatório da equipe técnica que apurou haver necessidade de complementação do projeto básico, o qual passou por modificações necessárias em função da elaboração do projeto executivo.

27. Defende que os aditivos mantiveram o equilíbrio econômico financeiro fixado no início das contratações, destacando que é perfeitamente normal alterações no projeto básico em decorrência de especificações trazidas pelo projeto executivo.
28. Tem por equivocado deixar de corrigir o projeto básico e de adequá-lo quando das novas constatações feitas no local da obra.
29. Assevera que o objeto licitado permaneceu o mesmo, tendo havido apenas adequações nos quantitativos e alterações nas tecnologias e nas metodologias empregadas, na forma expressamente admitida pela Lei 8.666/93.
30. Como prova de sua conduta escorreita, declara que enviou ofícios ao Gerente de Construção do DNIT em Brasília, informando nos Relatórios de Revisão de Projeto sobre as alterações do Projeto. Requer que a Autarquia seja intimada a juntar todos os ofícios que enviou nos termos mencionados.
31. Chama atenção de que as alterações no contrato e a realização dos aditivos foram requeridos pela equipe técnica e comprovados por esta da sua necessidade, sem que houvesse mudanças da relação econômico-financeira.
32. Coloca que as alterações realizadas no contrato promoveram justamente a manutenção da relação econômico-financeira estabelecida no instrumento original.
33. Sob o fundamento de que apenas a análise da relação entre diversos encargos e retribuições permite aferir a presença do desequilíbrio, indica que a mera alegação de existência de revisões no contrato não é prova de que houve desequilíbrio ou dano ao erário.
34. Alega que, além de inexistente a prática de jogo de planilha, não foi responsável pela elaboração dos aditivos ou planilhas. E completa que tais atos foram realizados pela equipe técnica da autarquia.
35. Constata que não há qualquer indicativo ou demonstrativo de que os aditivos seriam dispensáveis ou poderiam ser substituídos por outra medida.
36. Argui que cabe a quem alega a prova do jogo de planilha.
37. Explica que não pode ser responsabilizado por assinatura de aditivos ao contrato, porque, além de não ter agido de forma temerária à Administração, visto ter dado ciência de seus atos a todo órgão contratante, também foram necessários para que a obra pudesse ser corretamente executada.
38. Afasta a sua responsabilização, sob o argumento de que toda a contratação foi analisada pela Procuradoria Regional do DNIT, com parecer favorável, e também fiscalizado pelos órgãos técnicos. Assim, continua que se cercou de embasamento para seus atos, de acordo com a lei e na inteira boa-fé.
39. Ressalta que o ato praticado estava vinculado às aprovações anteriores dos diversos órgãos da administração, não sendo passível de discricionariedade.
40. Afirma que a competência para indicar a necessidade de aprovação de projeto básico ou celebração de aditivos pertence à diretoria técnica e não ao chefe do distrito rodoviário, que apenas chancela o aspecto formal.
41. Exclui a sua responsabilidade, porque cumpriu todos os passos do procedimento administrativo.
42. Alega que diferente não foi o entendimento da Procuradoria do 2º DRF, que entendeu terem sido todos os atos praticados de forma regular.
43. Também explica que não há como lhe imputar a culpa **in eligendo** e a culpa **in vigilando**, pois não lhe cabia a escolha dos seus subordinados.
44. Destaca que recebeu o contrato em discussão com a aprovação das áreas técnicas específicas, sendo que todos os seus atos foram vinculados em pareceres técnicos e jurídicos.
45. Traz doutrina para combater a sua responsabilização quanto à aprovação de Projeto Básico, em 25/05/2000, contendo orçamento prevendo item ‘mobilização/desmobilização/canteiro’ em duplicidade.
46. Apresenta precedente desta Corte para afastar a sua responsabilidade sobre o ato impugnado.
47. Indica que todas as Tomadas de Contas Especiais, que trataram de contratos celebrados nos mesmos moldes do inquinado, tiveram as suas regularidades apreciadas.
48. Tem por certo que todas as Tomadas de Contas Especiais pendentes de julgamento deveriam seguir o entendimento das duas já apreciadas, no sentido de que não houve qualquer irregularidade nos contratos celebrados pelo Recorrente.
49. Relaciona que não há comprovação da contratação em duplicidade, porque o edital previu a necessidade de atribuição de um preço específico e direto para o item mobilização/ desmobilização e canteiro.

50. Coloca que, no BDI do licitante, foram considerados os custos de mobilização, desmobilização e canteiro. Tal fato, completa, não significa dizer que houve contratação em duplicidade, porque os custos de mobilização, desmobilização e canteiro inseridos no BDI foram relativos apenas aos serviços de implantação e pavimentação da rodovia.
51. Esclarece que a equipe técnica da Autarquia achou por bem considerar parte do custo de mobilização, desmobilização e canteiro como custo indireto, inserido no BDI, e outra parte, de menor monta, referente as obras de artes especiais (pontes) como custo direto, sendo alocado na planilha de serviços e quantidades.
52. Destaca que o valor final do custo para execução da obra não se modifica, independentemente de onde será aplicada a parcela do custo apurado. Afirma que, na documentação orçamentária apresentada pela Contratada, não se verifica a suposta cobrança em duplicidade.
53. Assevera não ser possível a sua responsabilização, pois, além da inexistência do dolo ou culpa, também não se verifica o nexo de causalidade.
54. Lembra que remeteu para Brasília todas as alterações e medições dos contratos para que fossem apreciadas e aprovadas pela chefia do Órgão.
55. Relata que não era o ordenador de despesas, limitando-se a encaminhar notas fiscais para que fossem tomadas as providências necessárias, quanto à análise de legalidade para emissão da respectiva nota de empenho e do posterior pagamento.
56. Colaciona jurisprudência a respeito da necessidade de comprovação do ato ilícito e do nexo de causalidade para responsabilização do gestor público.
57. Apresenta, também, os termos do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei 200/1967, para afastar a sua responsabilidade na qualidade de gestor.
58. Arremata que, na hipótese de haver alguma irregularidade no projeto básico ou no aditivo contratual, tal fato ocorreu em razão dos atos anteriores ao despacho que proferiu.
59. Assegura que são pouco acurados os cálculos realizados tanto tempo depois, referente ao comparativo entre os preços contratados e os preços elaborados pela unidade técnica deste Tribunal.
60. Informa que o orçamento do instrumento convocatório teve como referência de preços a tabela do Sicro1, e o TCU, em suas análises, se utilizou da tabela do Sicro 2, cuja metodologia e composições de preços unitários são diferentes, prejudicando, assim, o resultado da análise.
61. Frisa que o Sicro2 não existia à época dos fatos analisados na decisão atacada.
62. Prescreve que as diferenças apontadas não podem prevalecer, porque foram calculadas fora dos ditames previstos no contrato, como sistemas referenciais que não correspondem à realidade da obra e do serviço realizado.
63. Aponta ocorrência de imprecisão na análise realizada pela unidade técnica, por terem se passados 10 anos da contratação.
64. Como as obras foram paralisadas em 2003, indica que os princípios da segurança jurídica não permitem à Administração decidir, a qualquer momento, revisar contratos que há muito foram interrompidos.
65. Critica que, no momento em que se aplica multa de alto valor, o desestímulo arrebatou todos aqueles que apostam e trabalham pelo crescimento do Brasil.
66. Como em outros trabalhos não foram apontadas irregularidades no contrato questionado, presume o mesmo para o seu caso.
67. Afirma que as decisões proferidas nas Tomadas de Contas que antecederem o acórdão impugnado vincularam a Administração, que não pode decidir de modo diverso sobre esse contrato em julgamento posterior.
68. Saliencia que agiu de forma zelosa e diligente, sempre com intuito de atingir as metas propostas, visando o melhor interesse público, praticando todos os seus atos dentro da estrita legalidade sem sequer fazer qualquer juízo de valor sobre as supostas ilegalidades aduzidas.
69. Por fim, requer a reforma do acórdão recorrido, eximindo-o de qualquer responsabilidade.

Egesa Engenharia S.A. (peça 93)

70. Após breves considerações acerca do histórico da decisão recorrida e da tempestividade de sua peça recursal, inicia o mérito de suas alegações demonstrando a sua desvinculação com a irregularidade afeita à deficiência do projeto básico.
71. Afirma que a elaboração do projeto básico e executivo está alheia ao escopo do contrato por ela firmado. Continua expondo que lhe incumbia apenas executar os projetos fornecidos pela administração.

72. Considera relevantes as questões atinentes aos defeitos do projeto básico, pois os aditivos contratuais objetivaram alterações posteriores do projeto e de redimensionamento da obra.
73. Acredita que não lhe deve ser atribuída a readequação do contrato, já que, ao elaborar a sua proposta, levou em consideração o projeto básico que integrava o edital. Coloca que as alterações foram de ordem qualitativa e quantitativa, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro fixado no início da contratação.
74. Entende serem normais as alterações no projeto básico e que, a sua manutenção, diante de novas constatações, é que deveria ser repreendido.
75. Traz jurisprudência para reforçar a licitude das alterações no curso da obra em relação aos projetos básicos e executivos nos termos da Lei 8.666/93.
76. Ressalta que as alterações não desnaturaram o objeto licitado, tendo havido somente adequações nos seus quantitativos e nas tecnologias empregadas, em conformidade com a jurisprudência do TRF – 1.
77. Não vê como considerar irregulares as readequações contratuais, sob o fundamento de que aos aditivos foram aplicados os novos quantitativos com preços unitários do ajuste originalmente.
78. Ataca a decisão que julgou os embargos por ela apresentados contra o Acórdão 86/2013-Plenário, pois considera que as omissões e contradições não foram enfrentadas.
79. Entendendo que a reprodução dos próprios trechos nos quais se encontram as omissões e contradições não é suficiente para demonstrar que elas não existiam, requer a anulação dos acórdãos recorridos.
80. Alega decadência quinquenal, em função do lapso temporal entre a assinatura do contrato, 2010, o seu último pagamento, em junho de 2004, e a tomada de contas especial, abril de 2010.
81. Impõe que a mora no não-exercício das prerrogativas deste Tribunal acarretou a estabilização da relação jurídica. Completa que, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé do administrado, há impedimentos na revisão do ato impugnado.
82. Invocando a Constituição Federal e a doutrina, afirma ocorrência de prescrição da pretensão do poder público em reaver parcela dos pagamentos realizados.
83. Traz doutrina e o art. 54 da Lei 9.784/99 para indicar o prazo de cinco anos para ação de ressarcimento de suposto dano ao erário. E arremata a aplicação do mencionado dispositivo de lei, diante da omissão do tema na Lei 8.443/92.
84. Pugna pela decadência do direito de reaver os supostos pagamentos indevidos e pela prescrição da TCE que deu origem à decisão recorrida.
85. Entende precluída a matéria, uma vez que o contrato foi objeto de análise em auditorias anteriores. Afirma inexistirem fatos novos que justifiquem a reapreciação na TCE recorrida.
86. Espera ver reconhecida a existência de preclusão e da coisa julgada administrativa sobre a matéria tratadas nos autos, arquivando a tomada de contas especial recorrida.
87. Explica a impossibilidade de alteração unilateral do contrato, em virtude da consequente redução da remuneração da contratada.
88. Impõe que não se pode alterar unilateralmente um aspecto do contrato para reduzir a remuneração da contratada e, ao mesmo tempo, manter as obrigações por ela assumidas. Indica que não há amparo legal para o suposto direito de a Administração manter a vantagem inicial da proposta, em função da garantia constitucional de preservação do equilíbrio econômico-financeiro da equação contratual.
89. Expõe que não se pode reduzir a remuneração do contrato e, ao mesmo tempo, manterem todos dos encargos por ele assumidos.
90. Frisa que a decisão recorrida, ao se balizar pelo Sicro 2, não levou em consideração os demais aspectos da equação econômico-financeira do contrato, nem o valor global, que, segundo relata, estava dentro do limite do aceitável estabelecido no edital.
91. Acredita que todas as alterações realizadas no contrato promoveram a manutenção da relação econômico-financeira estabelecida por ocasião da contratação.
92. Reitera que a manutenção da vantagem da proposta, invocada pela área técnica deste TCU, não se confunde com preservação da equação econômico financeira, já que a segunda tem amparo no regime jurídico.
93. Trazendo doutrina, discorre sobre a integridade da equação econômico financeira, para atacar a redução unilateral de preços unitários iniciais, por meio da aplicação de sistema de preços abstrato ao contrato.

94. Ataca a aplicação do art. 109, § 6º, da LDO 2009, ao presente caso, argumentando ser inconstitucional a retroação do dispositivo para aplicação a contrato celebrado quando não existia tal previsão.
95. Ao lembrar que a decisão recorrida identificou que, após o 6º Termo Aditivo, o contrato passou a ter um suposto sobrepreço de 8,55%, entende ser cabível, ao presente caso, a jurisprudência desta Corte que desconsidera sobrepreço nas variações de até 10% nos valores contratados.
96. Na eventualidade de que tal entendimento não lhe seja aplicado, requer a adequação dos cálculos do sobrepreço para diminuir o débito que lhe foi imputado.
97. Elenca que as circunstâncias, retiradas da jurisprudência, do jogo de planilha não foram observadas, como a existência de conduta ilícita por parte do agente e a existência de desvio de finalidade.
98. Coloca que os embargos apresentados não enfrentaram as questões nele espostas, mormente sobre a sua não participação no evento gerador da suposta desvantagem para o Erário. Continua que na decisão recorrida não foram comprovadas a sua participação nas irregularidades.
99. Expõe que não pode ser responsabilizada se não participou da elaboração do projeto final, sobretudo quando, consoante assegura, não houve qualquer irregularidade nesta etapa.
100. Considera especulação a hipótese de seu prévio conhecimento da planilha do projeto executivo para usá-la na planilha do edital de licitação contendo suposto jogo de planilha, que a favorecesse quando da elaboração do projeto executivo.
101. Crítica o critério de desconto sobre os preços de referência, já que considera ser inviável a sua aplicação sem relevar as circunstâncias concretas
102. Tem por inaplicável o Sicro2 de forma retroativa. Examina que, se fosse viável a adoção dos sistemas abstratos de referência, como o Sicro 2, seria necessária a sua atualização, sob pena de inexequibilidade das propostas.
103. Aludindo à precedentes desta Corte, afirma ser impossível aplicar automaticamente os valores do Sicro sem analisar as circunstâncias concretas do objeto contratado.
104. Considera equivocado o entendimento de que os preços do orçamento constante do edital seriam integralmente equivalente aos do Sicro2. Completa que não houve oitiva dos residentes da obra para a identificação das suas especificidades e dos elementos concretos para a análise realizada pela unidade técnica.
105. Combate a aplicação do Sicro2, sob o argumento de que lhe foi imposta alteração unilateral de preços gravosa, porque, segundo entende, foi aplicado diretamente um sistema de preços abstratos que não leva em consideração as especificidades do contrato.
106. Aduz que se fosse viável a pura e simples adoção de sistemas de preços, Sicro2, seria necessário atualizar todos os preços contratuais, o que lhe implicaria acréscimos.
107. Afirma que houve a aplicação do Sicro2 ao contrato para afastar a alegação da necessidade de atualização dos preços contratuais.
108. Ataca o critério adotado pela unidade técnica, destacando a falta de fundamento do parâmetro adequado para a aferição da exequibilidade de 70% do valor de R\$ 48.220.548,00.
109. Remetendo à peça 33, reafirma que a adoção dos parâmetros propostos pela unidade técnica conduziria a uma proposta inexecutável, nos termos do art. 48, §1º, da Lei nº. 8.666/1993, o que, segundo acredita, confirma a inconsistência do método utilizado para a apuração do suposto débito.
110. Indica que, mesmo após a alteração dos cálculos pela unidade técnica, diminuindo-se de 28,21% para 21,97% o valor a ser deduzido pelo TCU, R\$ 9.221.266,61, subsistiria a conclusão de que a prevalência da metodologia adotada pela unidade técnica conduz à inexequibilidade da proposta.
111. Considerando que recebeu R\$ 28.685.777,27, em razão da execução de 48,67% da obra, calcula que, ao se deduzir R\$ 9.221.266,61, como pretendido pelo TCU, haveria uma glosa de 32,15%.
112. Continua que, ao se aplicar essa glosa de 32,15% sobre o valor total do contrato, R\$ 53.758.992,15, ter-se-ia o valor total que o TCU considera como aceitável para o contrato, R\$ 36.477.745,26.
113. No entanto, tendo em vista que o valor orçado pela administração foi de R\$ 55.422.029,96 e a média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela administração foi de R\$ 54.406.766,26, explica que o valor de R\$ 36.477.745,26 levaria à inexequibilidade do objeto.
114. Informa que o valor faturado de R\$ 28.685.777,27, corresponde a 48,67% do valor final do contrato, após o aditivo: R\$ 58.943.889,31.

115. Tem por demonstrada a necessidade de consideração dos reais custos indiretos e diretos da obra, tendo em vista a sua interrupção.
116. Ataca os acórdãos recorridos, sob o argumento de que desconsideraram todo o arrazoado técnico, que demonstrou os reais custos indiretos e diretos das obras.
117. Lembra que levou 2 meses além do prazo contratual para a execução de apenas 48,7% do contrato, em decorrência de motivos exclusivamente relacionados ao Orçamento da União e totalmente alheios à sua vontade da contratada.
118. Afirma que as despesas mensais fixas não são proporcionais aos serviços produzidos, para criticar a decisão recorrida que considerou nas despesas da contratada apenas a remuneração dos custos fixos iniciais de mobilização e canteiro. O correto, segundo analisa, é que se considerem todos os custos fixos compatíveis com o prazo efetivamente gasto para a execução da parte do contrato, até a imposição de seu cancelamento.
119. Rememora que o quadro de demonstração do BDI da sua proposta evidencia que os valores das despesas fixas mensais foram de 21,7% sobre o valor do contrato. Estes percentuais são exclusivos para o valor originalmente contratado, descontados os percentuais de lucro e impostos, além dos percentuais de mobilização e canteiro.
120. Alega que se instalou nos locais da obra para executar o total do objeto contratado, entretanto a União permitiu a execução de apenas 48,7%, até mesmo extrapolando o prazo contratual em dois meses. Evidencia que ocorreram todas as despesas fixas mensais previstas na sua proposta da, cujo novo percentual sobre o valor do novo valor imposto para o contrato cancelado é de 45,21%.
121. Apresenta que a remuneração real foi de apenas 21,7% inicialmente previstos, remetendo a um prejuízo de 25,47%, considerando dois meses a mais do prazo contratual.
122. Analisa improcedência do Sicro2, pois tal referencial estabelece um critério de cálculo do custo indireto desvinculado do prazo de execução da obra.
123. Defende que, da mesma forma como foram consideradas as despesas fixas iniciais de mobilização e de canteiro, deve-se considerar as despesas fixas mensais excedentes, cujo valor, transcorridos os 26 meses de obra, foi de R\$ 13.692.415,30.
124. Indica que se trata de contrato rescindido por motivo de interesse público, o que levou a um subfaturamento para o contratado, devendo, por justo equilíbrio, acrescentar à despesa de R\$ 13.692.415,30.
125. Colaciona trecho do parecer técnico que indica o acréscimo de R\$ 7.282.188,11, quando considerados os reais custos diretos.
126. Em relação aos juros de mora, alega que apreciação da matéria baseou-se na aplicação de ato infralegal que excede sua natureza regulamentar em interpretação equivocada da Lei 8.383/1991, que, além de tratar de matéria diversa, não especifica termo inicial para a aplicação dos juros.
127. Reitera ser equivocada a aplicação de juros de mora desde o momento em que o pagamento foi julgado indevido, uma vez que reputa inexistir o crédito vencido.
128. Argumenta que, ainda que fosse procedente o débito imputado, nem mesmo teria condições de satisfazê-lo antes de ter conhecimento da sua existência e da especificação e quantificação do seu montante.
129. Tem por inequívoca a inexistência de mora para justificar a aplicação de juros desde março de 2002.
130. Esclarece que a decisão recorrida não especifica qualquer circunstância que teria resultado na constituição em mora, pois entende que a constituição depende de vencimento da obrigação ou de notificação.
131. Destaca que a doutrina considera que o momento em que se passa a fluir os juros de mora é com o vencimento da obrigação ou com a notificação do devedor.
132. Requer que, em caso de manutenção do débito, seja afastada a incidência de juros de mora desde a data em que ocorreram os pagamentos supostamente indevidos.
133. Acredita que demonstrou boa fé na execução do contrato e de seus aditivos.
134. Também considera que cumpriu estritamente as determinações da contratante.
135. Ataca a decisão recorrida que, ao lhe imputar jogo de planilha, extraiu que a sua má fé.
136. Requer o provimento do recurso, para que lhe seja reconhecida a boa fé e perfeita regularidade de todos os pagamentos que percebeu, além do ressarcimento das prestações que executou em favor da administração.

137. Pugna, em caso de manutenção da decisão recorrida, que lhe seja promovido o reequilíbrio do contrato, já que contemplou proposta com reduzida margem de lucro.
138. Impõe que não se pode simplesmente reduzir a remuneração do contratado, determinando a devolução de parcela dos valores pagos e, ao mesmo tempo, manterem-se todos os encargos por ele assumidos.
139. Alega mandamento constitucional e licitatório para afirmar que não há como se determinar a devolução dos valores sem implicar o desequilíbrio do contrato.
140. Conforme observa não há como reduzir unilateralmente a sua remuneração sem alterar os seus encargos na mesma proporção.
141. Requer o provimento de suas razões, no sentido de ser anulado o acórdão recorrido e, na hipótese de outras instruções, a concessão prévia de sua oitiva.

ANÁLISE

142. A presente análise se inicia a partir das alegações de prescrição expostas pela Egesa Engenharia S.A e pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro.
143. A preliminar suscitada aborda a decadência do direito desta Corte sobre o débito decidido no Acórdão 86/2013-Plenário.
144. Fundamenta que a TCE, objeto da decisão recorrida, por ter sido instaurada em abril de 2010, não pode prosperar em razão de o último pagamento do contrato PD/2-035/00-00, assinado em 2000, ter se realizado em abril de 2004. E completa a sua tese, quanto à prescrição, trazendo o art. 54 da lei 9.784/99 e doutrina.
145. É de se observar que a aplicação da Lei 9.784/99 nas ações desta Corte afeitas ao controle é mitigada, em razão da legislação específica encontrada na Lei 8.443/92, conforme explicado no Acórdão 1.742/2010-1º Câmara:
- A Lei nº 9.784/1999 estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, sendo aplicável aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa. Ocorre que o Tribunal de Contas da União tem como origens normativas para o desempenho de sua missão a Constituição Federal e a sua Lei Orgânica - Lei nº 8.443/1992. Decorre daí que, quando o TCU estiver no exercício do rol de suas competências constitucionalmente conferidas, não se pode falar em função administrativa, já que se trata de atividade inerente ao Poder Legislativo. Assim, a Lei nº 9.784/1999 deve ser aplicada apenas subsidiariamente aos atos desta Corte de Contas, sempre que não houver disposição específica sobre a matéria na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Tribunal.
146. Em que pese o lapso temporal ressaltado pelos recorrentes, há que se fazer menção ao Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, que ensejou a prolação do Acórdão nº 2.709/2008 – Plenário, por meio do qual se decidiu deixar assente no âmbito desta Corte de Contas que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.
147. Também, quanto à aplicação da Lei 9.783/99, colaciona-se o Resp 894.539/PI, que afastou a incidência da citada Lei nos processos afeitos ao controle externo, como é o caso.
148. Ainda, acerca da aplicação do prazo decadencial de que trata o art. 54 da Lei 9.784/99, apresenta-se a consolidação da jurisprudência desta Corte pelo seu descabimento, por não se tratar de autotutela, mas de controle externo, conforme redação do Acórdão nº 3.036/2006 – 1ª Câmara:

‘RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU PARA FISCALIZAR CONSELHOS PROFISSIONAIS. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.873/99. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL ESTABELECIDO PELA LEI 9.784/99. SANÇÃO POR FATOS CONTINUADOS. RESPONSABILIZAÇÃO EM FACE DE CONDUTA CULPOSA. ARGUMENTAÇÃO IDÊNTICA À ANALISADA ANTERIORMENTE. NEGADO PROVIMENTO.

1. Os conselhos de fiscalização do exercício profissional têm natureza autárquica, arrecadam e gerenciam recursos públicos de natureza parafiscal, estando sujeitos às normas de administração pública, e ao controle jurisdicional do TCU.
2. A atuação do TCU, no exercício da função de controle externo, não se enquadra como poder de polícia, não se sujeitando, portanto, às disposições da Lei 9.873/1999.

3. As decisões adotadas pelo Tribunal de Contas da União, no exercício da função de controle externo, não configuram autotutela administrativa e não se sujeitam, portanto, ao prazo decadencial estabelecido pelo art. 54 da Lei 9.784/99.
4. A aplicação de penalidade em uma gestão não afasta, por si só, a apenação em outra gestão, ainda que por fatos irregulares continuados.
5. A ausência de dolo e de locupletamento não exime o gestor da responsabilização e imputação de multa pela atuação culposa, consubstanciada no descuido no atuar ou no descumprimento de um dever, seja por negligência, imprudência ou imperícia.
6. A mera reprodução das argumentações já utilizadas por ocasião da defesa e refutadas pelo TCU é insuficiente para motivar a reforma da deliberação recorrida.'

149. Quanto ao argumento de que a prévia apreciação do contrato PD/2/035/00-00 acarretou a preclusão e a coisa julgada administrativa, impedindo a sua reapreciação, faz-se a seguinte ressalva.

150. Consta da peça 33, p. 68, que a recorrente já havia listado os dez processos referentes à BR – 230/PA, porém, conforme ela mesma reconhece, ao descrever o objeto e as determinações surgidas de cada um, nenhum deles abordou os temas pelos quais foram impostas as sanções recorridas, quais sejam: projeto básico deficiente e jogo de planilha decorrente de aditivos contratuais.

151. Em reforço, expõe-se a parte da instrução que, ao analisar as alegações de defesa dos recorrentes, discorre sobre o descabimento da preclusão, esclarecendo que os outros processos elencados nas razões recursais não se prestam à perda da faculdade processual pretendida (peça 45, p. 18):

A alegação de que teria havido exames anteriores por parte do TCU também não aproveita à empresa contratada, pois, conforme sua própria manifestação (peça 33, p. 68-83), a matéria ora analisada não foi objeto de nenhum dos processos citados, exceto pelo TC 006.415/2008-8, que deu origem à presente tomada de contas especial.

152. Vencidas as preliminares suscitadas pela recorrente, passa-se ao mérito do exame de suas razões.

153. A primeira refere-se à deficiência do projeto básico que serviu para a contratação da recorrente. Em síntese, a recorrente alega que não é responsável pelo achado consignado em relatório de auditoria, peça 12, p 16, porque a elaboração do projeto básico e executivo não estava no escopo do contrato firmado com a autarquia, já que lhe cabia unicamente a execução dos projetos fornecidos pela Administração, peça 93, p. 4.

154. Para fins de análise, rememoram-se as constatações colocadas a termo no relatório de auditoria (peça 12, p. 17-18), acerca do contrato PD/2-035/00-00, relativo ao Lote 3, em que se firmou pela descaracterização do objeto licitado, em virtude das alterações no projeto básico: i) serviços não previstos no projeto básico, mas incluídos posteriormente; ii) serviços previstos, mas suprimidos posteriormente; iii) acréscimos e supressões de grande vulto no Lote 3, gerando acréscimo de 25,7 milhões e supressão de 20.5 milhões.

155. A deficiência do projeto básico também está consignada, de forma generalizada, para os Lotes 1,2,3 e 4, mostrando a sua incompatibilidade com relação ao art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93 (peça 13, p. 36).

156. Entre as que mais chamaram a atenção, destacam-se: projeto geométrico praticamente inexistente, não constante da planilha a localização a escavação, carga e transporte dos solos moles; inexistência de boletim de sondagem prevendo a utilização dos drenos constantes da planilha; não previsão no projeto de sondagem dos locais de valetas de proteção de corte e aterros; e falta de faixas de sinalização de das obras de arte especiais, apesar de sua grande materialidade nas planilhas.

157. Em razão de projeto básico tão deficiente, não pode a recorrente se eximir de sua responsabilidade se, dada imperfeição do objeto, concordou em assinar aditivos contratuais com intuito de suprir-lhe as carências.

158. Toma-se, como exemplo da desconexão entre o projeto básico e a execução pretendida, o fato de que a quantidades de obras de arte requeridas estar sem indicação de quantitativo, conforme desbravado no relatório de auditoria (peça 13, p. 37):

'...o orçamento constante do projeto básico indica quantidade 0,0 (zero) para os itens de meso-estrutura (pilares) de muitas das pontes previstas para o trecho. Ora, não parece razoável que um projeto preveja a construção de infraestrutura (fundações), de superestrutura (vigas e lajes) e para meso-estrutura, que fica no meio das duas anteriores como o próprio nome sugere, as quantidades previstas sejam nulas.'

159. Derivadas das deficiências constatadas no projeto básico estão os aditivos que, segundo consignado pela equipe, tiveram por objeto alterar o projeto licitado ao ponto de descaracterizá-lo (peça 13, p. 38). Uma

das consequências dessas alterações foi o dano financeiro ao erário consequente da deficiência do projeto básico.

160. Plausível o raciocínio da recorrente acerca das eventuais necessidades de acerto do projeto básico diante das vicissitudes de uma obra, porém o que se verifica, no caso concreto, é que as alterações decorreram de um projeto que, de tão omissivo de suas especificações mínimas, levou à descaracterização do objeto licitado.

161. Nesse ponto, há que se considerar as razões trazidas pelo recorrente Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, que aprovou o projeto básico e a contratação (peça 13, p. 72).

162. O que se verificou, como pressuposto à responsabilização da contrata, foi o seu beneficiamento diante da alteração substancial da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-035/00-00 em desvantagem para a Administração, conforme transcrição a seguir (peça 13, p. 54-55):

‘Contrato: PD-02-035/00-00 (lote 3) Preços inicialmente contratados: desconto de -28,2% (R\$ 11.975.473,29 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 54.517.077,29; Valor contratado = R\$ 42.541.604,00. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 79% do valor total do contrato).

Preços após alterações: sobrepreço de 8,5% (R\$ 3.744.882,56 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 43.794.313,50; Valor contratado = R\$ 47.539.196,06. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 81% do valor total do contrato).’

163. Em outros termos, a recorrente, empresa do ramo de engenharia, portanto conhecedora prévia das deficiências do projeto básico, não pode alegar a sua condição de mera exequente do objeto licitado, uma vez que, além de evidentes as omissões do mencionado instrumento, também se beneficiou dos aditivos celebrados, os quais, em termos de economicidade, demonstraram prejudiciais ao erário.

164. Desse modo, não prospera a alegação de que as modificações introduzidas no projeto executivo em relação ao projeto básico não geraram irregularidades, visto que, além de desaguarem no superfaturamento incidido na alteração do desconto da contratação original, também lhe foi benéfica, quando incluiu itens que, diante de sua experiência, lhe eram previsíveis de alteração.

165. Quanto aos ataques perpetrados contra a decisão que julgou os embargos da decisão recorrida, Acórdão 1.387/2013-Plenário (peça 84), alegando que a mera reprodução dos trechos do acórdão embargado não é suficiente para analisar as suas omissões e contradições, vê-se que a recorrente pretende, de forma genérica, impugnar o acórdão que rejeitou os embargos.

166. O que se verifica é a tentativa da recorrente em rediscutir o mérito da matéria decidida, por compreender que os argumentos por ela trazidos não foram analisados. Ocorre que, conforme registrado pelo relator dos embargos, o julgamento não deve abranger tudo que lhe é trazido, mas fundamentar as suas razões de decisão, **in verbis**:

‘...o entendimento pacífico no âmbito deste Tribunal, no sentido de que o Relator não está obrigado a rebater cada um dos argumentos expendidos pelas partes, desde que apresente, de forma clara, os fundamentos de sua decisão, sendo-lhe, assim, permitido abster-se de tratar de questões que não interferem no mérito da matéria tratada nos autos.’

167. Desta feita, o relator, coerente com tal posicionamento, ao analisar as omissões que o embargante afirmou, transcreveu os trechos da instrução incorporada em seu relatório, já que foi nele a fundamentação da decisão embargada. Ou seja, o relator demonstrando não haver omissão ou contradição naquilo que decidiu com o que usou para fundamentar, se alinhou à jurisprudência dessa Corte, consoante esposado no voto condutor do Acórdão 4.573/2009-2ª Câmara:

‘A contradição que dá margem a embargos é a que se estabelece entre os termos da própria decisão (fundamentação e dispositivo) e não a que porventura exista entre ela e a interpretação do ordenamento jurídico que o recorrente entende ser adequada.’

168. Quanto à afirmação de que a decisão recorrida não pode reduzir a remuneração da contratada, a recorrente entende que, caso se prevaleça o acórdão atacado, haverá decréscimo em suas receitas contratualmente previstas.

169. Inicialmente, ressalta-se que não há amparo legal para a Administração manter a vantagem inicial da proposta inicial, mas a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro da equação contratual.

170. Nesse sentido, destaca-se que todo aquele que utilizar recursos públicos federais estará sujeito à jurisdição do TCU, nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, e que qualquer fato ou evento

ligado a irregularidades cometidas com dinheiros públicos federais, como no caso de licitações indevidas, será objeto de investigação nesta Casa.

171. Reitera-se que o Acórdão 2.439/2009-Plenário determinou a autuação da decisão recorrida, em função do prejuízo gerado pelas alterações dos projetos que alteraram substancialmente a relação econômico-financeira inicialmente prevista no ajuste inicial (peça 1, p. 5).

172. Ainda, a alegada garantia constitucional mostra-se relativizada, quando se analisa a própria redação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, acerca da manutenção do conteúdo das propostas:

‘Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.’

173. Exposto no relatório de auditoria (peça 13, p. 54), o desconto inicialmente proposto não foi mantido nos itens novos incluídos, por ocasião de aditivos celebrados, diminuindo itens com desconto e aumentando o quantitativo de itens com preço acima do Sicro.

174. Já esposado na decisão recorrida, em que pese a proibição de redução do desconto em desfavor da Administração, o referido ajuste foi posteriormente alterado para excluir alguns itens, em especial os que foram cotados com preços subavaliados, e incluir outros, especialmente aqueles cotados com preços superavaliados. Essa conduta, conhecida como ‘jogo de planilha’, acarretou alteração do valor global do contrato em desfavor da Administração Pública e em benefício direto à contratada. Assim foi expresso na decisão contestada (peça 45, p. 8):

‘Contudo, observa-se que, no caso em análise, houve aumento de 68% (peça 37, p. 1-2) no valor contrato e concomitante redução de 60% (peça 38, p. 1-2), após o 6º termo aditivo. Essa alteração culminou com a alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração, pois o contrato apresentava um desconto inicial de 21,97% em relação ao Sicro2, região Norte, data-base de agosto/2000, faixa ‘A’ da curva ‘ABC’, e passou a apresentar sobrepreço de 8,55% em relação a essa mesma referência, após o 6º aditivo contratual (peça 39, p. 1-2)’

175. Por isso, não faz sentido a alegação de que se pretendeu, na decisão recorrida, por si só, diminuir a remuneração. Pelo contrário. O que se almejou foi a manutenção do equilíbrio econômico da avença, o qual, após efetivado o jogo de planilha, se mostrou prejudicial aos cofres públicos.

176. Em suma, não se buscou vantagens à administração, mas reaver o débito derivado de vantagens indevidas provocadas pelos aditivos.

177. Conforme visto à peça 45, p. 9, o desequilíbrio econômico-financeiro é decorrente, principalmente, do aumento de quantitativos em itens com sobrepreço e redução em itens com desconto. Tal quadro evidencia o que nesta Corte se caracteriza ‘jogo de Planilha’, Acórdão 285/2007-Plenário:

‘Ora, o Tribunal tem reiteradamente defendido o entendimento no sentido de que, ‘estando o preço global no limite aceitável dado pelo orçamento da licitação, as discrepâncias de preços existentes, devido à ausência de critério de aceitabilidade de preços unitários, apenas causam prejuízos quando se realizam aditivos em que são acrescidos quantitativos para itens de serviço cujos valores eram excessivos em relação aos demais licitantes e suprimidas as quantidades daqueles itens cujos preços eram vantajosos para a administração contratante’ (excerto do Voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues no processo TC-009.412/2003-9, Acórdão 2.137/2005-Plenário’

178. Informa a recorrente que demonstrou não haver o desequilíbrio do contrato. Considera inconcebível o isolamento sem considerar a totalidade dos encargos e retribuições. Ataca também a aplicação do sistema de preços, que, nomeando como abstrato o Sicro 2, tem por inconsistente a aplicação desse sistema de referência.

179. Nesse ponto, esclareça-se que o cerne do débito foi caracterizado pelo desequilíbrio econômico-financeiro, principalmente, em razão do aumento de quantitativos em itens com sobrepreço e redução em itens com desconto.

180. No excerto do Acórdão 2.931/2010-Plenário, a seguir apresentado, está a metodologia utilizada pela unidade técnica de que o acréscimo de quantitativo em itens com sobrepreço leva à perda do equilíbrio inicial do preço global, se não houver a correspondente diminuição de quantitativo em itens com preços a menor. Isto é, a permanência do equilíbrio inicial passa pelo balanço dos efeitos financeiros dessas alterações:

‘A respeito, não é demais lembrar que tanto a recente jurisprudência do TCU (v.g. Acórdãos Plenários 1120/2010, 1200/2010 e 2066/2010) quanto a legislação que rege atualmente a matéria são no sentido de que os aditivos contratuais devem manter as condições financeiras verificadas quando da contratação. Ou seja, se a obra possui valores globais em determinada proporção dos valores obtidos dos preços unitários de referência, essa proporção deve ser mantida quando da ocorrência de aditivos contratuais. Busca-se assim evitar o chamado ‘jogo de planilha’

181. Para a determinação do desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, a unidade técnica valeu-se da curva ABC, tendo por referência o Sicro2, Região Norte, agosto/2000, da mesma época da proposta da recorrente.

182. A Curva ABC é utilizada nesta Corte, nos termos Do Acórdão 394/2007-Plenário:

‘28. A Curva ABC, como se sabe, é metodologia internacionalmente aceita que permite identificar quais itens de uma planilha orçamentária, por exemplo, merecem atenção e tratamento especiais tendo em vista sua importância relativa num determinado projeto. É uma ferramenta de grande utilidade nas áreas industrial e comercial e importante meio de se estabelecer a prioridade relativamente aos itens mais ou menos importantes em uma atividade produtiva.’

29. A confecção da Curva ABC trouxe segurança, critério e testou a razoabilidade dos preços contratados, tendo havido agrupamento prévio de itens referentes a serviços semelhantes, a fim de se identificar o efetivo peso de cada serviço no total do contrato(...)

183. Dessa forma, não há o que falar sobre aplicação de sistema abstrato de preços, uma vez que a referência, diante da vigência do Sicro 2, quando da proposta da recorrente, foi utilizada como parâmetro ao desconto que ela forneceu. Foi por isso que o desconto inicial em relação à referência foi de 21,97% (Sicro2, Região Norte, agosto/2000).

184. Quanto à não visualização do todo, informa-se, conforme esposado no relatório da decisão recorrida, que, a partir da Curva ABC, os valores referentes aos itens analisados representaram cerca de 79% do valor total do contrato. Quando se levou em consideração as alterações advindas pelos aditivos, esse percentual foi de 81% (p. 60, p. 7).

185. Ao criticar a interpretação dada pela decisão recorrida ao art. 109, § 6º, da LDO 2009, o recorrente alega que, além de não estar em vigor na ocasião da celebração dos aditivos, a manutenção do desconto inicialmente proposto viola a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro.

186. No entanto, consta que o edital de licitação, publicado em 25/5/2000, peça 20, p. 4, em que pese o argumento sobre a inaplicação dos ditames de ordem pública, esquece a recorrente que o edital, em seu item 6.1 apontou que o certame e suas alterações posteriores seriam regidas pelos ditames da Lei 8.666/93 (peça 20, p. 7).

187. Consta ainda no edital (peça 20, p. 7), que a licitação, efetivada na modalidade concorrência pública, seria do tipo menor preço, nos termos do art. 45, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, com regime de execução empreitada por preço unitário.

188. No voto da decisão recorrida há a observação de que o 6º termo aditivo ao contrato, provocador do desequilíbrio econômico financeiro, foi firmado em 31/7/2002 (peça 28, p. 32-34).

189. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta original contratada ao longo de toda vigência contratual já estava prevista na esteira da alínea ‘d’ do art. 65 da Lei 8.666/93.

190. Ou seja, não se está aqui inovando na retroação de um dispositivo da LDO 2009, que também tem por premissa a manutenção do equilíbrio econômico do contrato quando de sua alteração, mas o cumprimento da própria Lei de Licitações, de que o desequilíbrio contratual surge a partir de alterações contratuais quantitativas e/ou qualitativas e considera-se que o contrato original encontra-se equilibrado.

191. Logo não é errônea a interpretação, para fins de tutela do interesse público, a aplicação da alínea ‘d’ do inciso II do art.65 da Lei 8.666/93, acerca do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, que diz: ‘ (...) a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra (...)’, o qual deverá ser mantido ao longo de todo o contrato.

192. Por isso, não prospera a inconstitucionalidade alegada pelo recorrente, uma vez que a alusão à manutenção do equilíbrio contratual foi corporificada nos princípios da isonomia entre os licitantes e na obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, c/c o art. 3º da Lei 8.666/93), os itens de serviço acrescentados pelos aditivos e que, por isso, não constavam da licitação original.

193. Traz a recorrente jurisprudência desta Corte que, segundo entende, ser um permissivo a que variações de 10% não são consideradas sobrepreço, já que é uma variação normal dos preços de mercado, pugnando, por isso, à descaracterização do débito.

194. Reforça a sua tese pela colação dos Acórdãos 136/1995 e 172/2004, ambos Plenário.

195. Quanto à primeira decisão elegida, Acórdão 136/1995-TCU-Plenário, tratar-se de caso pontual em que, o relator, ponderando a instabilidade inflacionária experimentada nos anos 90, deixa assente que a variação de 9,7% decorreu de variação normal de mercado, conforme menciona:

‘19. No entanto, entende a SECEX-SC haver superfaturamento por ter a mencionada firma Cunha Comércio e Representações Ltda. adquirido as cestas básicas do SESI/SC por valor 9,7% abaixo daquele por ela cobrado da LBA. Ora, convenhamos que diferenças em patamares de 9,7% estão longe de caracterizar superfaturamento, mas refletem apenas variações normais de mercado. E se tais variações de mercado ocorrem corriqueiramente ainda nos dias de hoje, o que dirá em 1990, época em que se realizaram as aquisições, quando o país convivia com elevados índices de inflação, que faziam com que produtos idênticos fossem vendidos por preços diversos, dependendo da época em que os insumos haviam sido adquiridos pelos diversos vendedores?’

196. Para o segundo julgado, Acórdão 172/2004-Plenário, o que ocorreu não foi a tolerância percentual de um sobrepreço, mas, diante da necessidade de adequação do orçamento adotado à realidade da obra, em razão de inconsistência gerada pela fragilidade do projeto básico, ponderou-se pelo uso de outros referenciais, que não o SINAPI, como forma de se obter uma aproximação. A Unidade Técnica se manifestou:

‘23. Apesar das inconsistências apontadas, visando dar cumprimento ao item 9.4 do Acórdão 522/2003 - Plenário - TCU, procedemos, juntamente com o Sr. Engenheiro da CEF, a uma análise dos custos unitários acordados com a QUEIROZ GALVÃO, utilizando as referências de preço disponíveis para esse setor do mercado, ambos reajustados para a data base de maio de 2003, cujos resultado e metodologia de cálculo estão demonstrados em documento anexo a esta instrução (Tabelas 1 a 5 e demonstrativo da metodologia às fls. 122 a 148 - volume principal).

24. Com base no referencial de preços do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices Construção Civil - SINAPI, foi possível analisar cerca de 38% do valor total da obra. Para essa amostra, observamos uma diferença de 15,55% a maior no somatório dos preços adotados no contrato, em relação àqueles constantes do SINAPI (valor contratual: R\$ 4.891.813,98; valor SINAPI: R\$ 4.233.360,57) - Tabela 1.

25. Contudo, visando expandir a amostra analisada, fez-se necessário utilizar outras referências de preços, tais como: SICRO (DNIT), SCO (Prefeitura do Rio de Janeiro), SEINFRA (Ceará), DER/RS e outras. Nessa nova análise, foram abrangidos cerca de 73% do valor total da obra, e o somatório dos custos contratados situaram-se 7,29% acima da média dos valores utilizados como parâmetro (valor contratual: R\$ 9.185.952,57; valor pesquisado: R\$ 8.561.690,22) - Tabela 2.

26. Em princípio, o valor global da obra não apresentou grandes distorções em relação às referências utilizadas. No entanto, em uma análise individualizada dos preços dos serviços, identificamos variações expressivas, tanto a maior quanto a menor, entre os valores contratados e os adotados como parâmetro. As tabelas 3 e 4 relacionam os serviços examinados em ordem crescente de variação percentual comparativamente aos custos pesquisados. A primeira toma como referencial apenas os custos unitários extraídos do SINAPI; a segunda, toda a amostra de custos utilizada em nossa análise. Há exemplos em que tal variação chega a 1.339%, como é o caso do serviço execução de base granular - item 7.3 (Tabela 3). Também há variações significativas a menor, a exemplo do serviço solda aluminotérmica - item 10.1.6, 78% inferior ao preço de referência (Tabela 4).’

197. Observando as jurisprudências trazidas, conclui-se que se tratam de casos isolados dessa Corte, em que se ponderou situações peculiares, incapazes de demonstrarem a permissão desta Corte sobre percentuais de sobrepreço. Pelo contrário. Para não haver dúvida, ressalta-se inexistir, per si, um percentual tolerado de sobrepreço, conforme ensina o voto condutor do Acórdão 1.055/2012-Plenário:

‘Também não procede o argumento da recorrente, no sentido de que, por representar percentual insignificante em relação ao valor global da contratação (R\$ 125.902.307,88), o sobrepreço apontado pelo TCU encontra-se dentro da faixa de aceitação e reflete oscilações normais de mercado.

Na verdade, não existe percentual de sobrepreço aceitável. A Lei define os preços máximos das obras e serviços contratados pela Administração. Valores excedentes são ilegais e devem ser rejeitados por esta Corte, cuja atuação se pauta, entre outros, pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.’

198. Ademais, colaciona-se a seguinte jurisprudência de que não existe percentual de sobrepreço aceitável, Acórdão 701/2012-TCU-Plenário:

‘13. Ora, o Tribunal não pode fechar os olhos para um caso de superfaturamento - comprovado por pesquisa de preços prévia ao pagamento -, independentemente da suposta materialidade do dano, quando comparado ao valor total da obra, até porque o montante ultrapassa o limite de que trata o artigo 199 do Regimento Interno. No presente caso, tal dispositivo é que deve balizar o juízo objetivo de ser o dano de baixa, média ou alta materialidade. Do contrário, teríamos que admitir a tese de ‘superfaturamento aceitável’. (...)’

199. Combate a recorrente de que não houve jogo de planilha, sob o fundamento de que a decisão recorrida não provou o que julgou necessário à configuração: a existência de conduta ilícita por parte do agente, comprovação da conduta ilícita e existência do desvio de finalidade por parte da administração na alteração contratual.

200. Todavia, tem-se por equivocado o entendimento da recorrente sobre os critérios caracterizadores do jogo de planilha, já que esse se dá pela quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor do contratante, por meio da alteração de quantitativos e/ou preços durante a execução da obra.

201. Como exemplo, traz-se trecho do voto condutor do Acórdão 2.640/2007-Plenário:

‘13. Exatamente essas alterações contratuais a posteriori, na fase de execução contratual, fruto do péssimo planejamento das obras, na maioria das vezes, são responsáveis por superfaturamentos resultantes da materialização do conhecido ‘jogo de planilha’, onde o equilíbrio do contrato é alterado substancialmente, normalmente em favor das empresas contratadas, pela supressão de quantitativos de itens com subpreço e acréscimos de quantitativos de itens com sobrepreço, de forma isolada ou conjunta, ambos os procedimentos amparados por estudos técnicos que comprovam a necessidade de alteração dos quantitativos, normalmente evidenciadas na execução das obras em decorrência de deficiência dos projetos básico e/ou executivo’

202. Ou ainda, verifica-se que os requisitos trazidos pela recorrente não se coadunam com a jurisprudência dessa Corte, porque o chamado ‘jogo de planilhas’, conforme definição contida no Acórdão 1090/2001-Plenário, ocorre quando não é mantida a vantagem obtida pela Administração com a proposta de menor preço global obtida na licitação, mediante a realização de acréscimos em itens com preços supervalorizados ou substituição/supressão dos itens com valores depreciados.

203. Dada a objetividade dos critérios definidores do jogo de planilha, a sua caracterização na decisão impugnada não perscrutou o conluio ou a intenção da recorrente, nem visou a realização de prova negativa de natureza volitiva.

204. Caracterizado o jogo de planilha, nos termos acima, descabem as alegações de sua não participação na elaboração do projeto básico ou no projeto executivo, uma vez demonstrado o desequilíbrio econômico quando da confecção de sexto termo aditivo.

205. Para o que considera inadequados os critérios utilizados pela unidade técnica, sob o fundamento de que o Sicro 2, além de inexistir à época do contrato, foi aplicado automaticamente sem considerar as circunstâncias concretas, por se tratar de um sistema abstrato, há que se fazer a seguinte ressalva.

206. Inicialmente esclareça-se que cabe ao gestor o ônus da provar a regularidade na aplicação dos recursos, conforme art. 93 do Decreto-Lei nº 200. O art. 66 do Decreto nº 93.872, de 1986, e a manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF), quando provocado no âmbito do Mandato de Segurança 20.335/82, seguem na mesma direção.

207. Além disso, a utilização do Sicro torna-se pertinente, visto ser, conforme exposto no site do próprio Dnit, um sistema que define os custos de referência para as atividades e serviços rodoviários, por meio de um processo gradativo de composição de valores, cuja responsabilidade pela sua implementação e manutenção é do Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre.

208. Para defender a aplicação do Sicro 2 ao presente caso, lembra-se que foi o contrato, assinado em 1/12/2000 (peça 25, p.34), enquanto que o edital, contendo os respectivos orçamentos, foi publicado em 25/5/2000 (peça 20).
209. Considerando que a data-base é a da proposta, a utilização do Sicro 2 se deu em função de a proposta ter sido feita quando o Sicro 1 já estava finalizado, conforme exposto na peça 45, p. 11:
Em que pese o Edital ter utilizado o Sicro1, tabela de dezembro/1999 (peça 21, p. 37-50; peça 22. p. 1-2), entende-se que é correta a utilização do Sicro2, sistema de referência oficial do Dnit, da região Norte, onde ocorreu a obra, com data-base de agosto/2000, data da proposta da contratada (peça 25, p. 12-33) e que serviu de base para o cálculo de reajustes nas medições (peça 1, p. 12).
210. É de se observar a coerência do cálculo realizado pela unidade técnica, quando tomou por referência a data da proposta, já que a sua elaboração se referenciou no preço de mercado praticado à época de sua apresentação, e não do edital, lançado nove meses antes.
211. Ademais, o recorrente, ao falar em aplicação do Sicro 2 na decisão recorrida, raciocina pela coerência do paradigma adotado, referenciado em agosto de 2000, com a época de sua proposta (peça 45, p. 11):
‘Como a data-base do contrato é agosto/2000, verifica-se que é apropriado o cálculo dos preços de referência utilizados por esta Secretaria Especializada com base no Sicro2, região Norte, agosto/2000, que teve como fim estabelecer um parâmetro de referência para se avaliar a variação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-035/00-00 com o 6º aditamento contratual, haja vista que não houve previsão de critérios de aceitabilidade de preços unitários no edital.’
212. Ao criticar o método adotado na decisão recorrida, presume o recorrente pela inexecuibilidade do parâmetro de aferição de 70% do valor de R\$ 48.220.548,00.
213. Conforme esposado pela unidade técnica, a metodologia empregada, Curva ABC, não pretende reduzir a remuneração contratada, mas apenas restabelecer a vantagem inicialmente obtida pela Administração por meio da licitação, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988. Ressalta-se que a Curva ABC encontra-se na jurisprudência dessa Corte, exemplificada na seguinte passagem constante do Acórdão 394/2007-Plenário, na forma reproduzida no item 182 da presente instrução.
214. Quanto à inexecuibilidade, elencada nas razões recursais como produto do emprego da Curva ABC, colaciona-se o entendimento da unidade técnica (peça 45, p. 25):
‘113. A afirmação de que, se fosse deduzido o desconto proposto por esta Unidade Especializada, anteriormente calculado em 28%, a proposta seria inexecuível em relação aos valores do edital, com base no art. 48, §1º da Lei 8.666/1993, parte de uma premissa que não condiz com a realidade. O cálculo apresentado pela empresa (peça 33, p. 93-94) desconta o percentual de 40%, encontrado a partir da relação entre o valor do débito inicialmente calculado e o total de pagamentos recebidos, do valor inicialmente contratado de R\$ 53.758.992,15 e compara o resultado de R\$ 32.255.395,29 com o limite mínimo de exequibilidade de 70% do valor do orçamento base utilizado no certame.
114. Para que a análise apresentada pela contratada seja condizente ao caso concreto, há que se considerar o limite mínimo de exequibilidade com base nos quantitativos do contrato após o termo aditivo. Como o que foi licitado não condiz com o executado, por hipótese, o valor do edital seria de R\$ 48.220.548,00, após o aditivo, e o limite mínimo de exequibilidade seria 70% desse valor (R\$ 33.754.383,60). Com a dedução do desconto de 21,97%, valor do superfaturamento calculado, no valor do edital após do aditivo (R\$ 48.220.548,00), o valor aceitável do contrato seria de R\$ 37.626.493,60, preço superior ao limite mínimo de exequibilidade teórico (R\$ 33.754.383,60), estabelecido com base no art. 48, §1º, da Lei 8.666/1993. Ademais, o desconto obtido na licitação foi de iniciativa da contratada.’
215. Acerca da consideração dos custos reais indiretos e diretos da obra, a recorrente limita-se a indicar que o correto seria a consideração de todos os custos fixos compatíveis com o prazo efetivamente gasto para a execução da parte do contrato até o seu cancelamento.
216. Confirma-se que, na decisão recorrida, se consideraram as despesas fixas de mobilização e de canteiro, porque essas se presumem em função de sua natureza ser decorrente com a execução, como a remuneração da instalação do canteiro. (peça 38, p. 60).
217. No entanto, considera-se impossível o provimento de tal requerimento, se desacompanhado de efetivo comprovante das despesas que alega ter incorrido.

218. Finalizando as suas razões recursais, combate a incidência dos juros de mora, uma vez que a acórdão recorrido o baseou na no art. 8º, inciso I, da Instrução Normativa-TCU 56, de 5 dezembro de 2007, e também com o disposto no item 8.2 da Decisão 1.122/2000-TCU-Plenário e com o art. 59 da Lei nº 8.383/1991.
219. E complementa que os juros de mora só seriam devidos desde a notificação da recorrente da abertura da TCE recorrida, em março de 2010. Indica, trazendo doutrina, que não crédito vencido, certo e judicialmente exigível desde março de 2002.
220. No entanto, consigna-se que é pacífico o entendimento desta Corte que a incidência de juros de mora e de atualização monetária dar-se-á a contar da data do próprio evento ou, se desconhecida, da ciência do fato pela administração. Como o evento gerado do débito tem data conhecida, julho de 2002, conforme Acórdão 1.229/2010-2ª Câmara, vê-se o alinhamento da decisão ao citados normativos.
221. Além disso, a doutrina apresentada pelo recorrente baseia-se nas regras do código civil, enquanto que, no caso concreto, tem-se norma própria, com base no direito público.
222. Quanto à boa-fé tida pela recorrente como derivada da execução dos termos do contrato e das determinações da contratante, verifica-se, inicialmente, que tal ilação não se configura ao que ela pretende, uma vez que, além de fazer o que lhe era contratualmente devido, também foi remunerada além do merecido em função do sobrepreço.
223. Ao criticar a decisão recorrida, que não reconheceu a sua boa-fé em virtude do jogo de planilha, considera-se que nos processos do TCU, a boa-fé simplesmente presumida, mas efetivamente comprovada. Conforme entendimento foi integralmente ratificado por ocasião do Acórdão nº 88/2003 – Plenário.
224. Nesse ponto, ensina o relator do Acórdão 203/2010-Plenário:
‘12. O [...] ponto a merecer consideração adicional refere-se à alegada boa-fé dos responsáveis. A respeito disso, cumpre esclarecer que a presunção desse elemento é *iuris tantum*, admitindo, portanto, prova em contrário. Embora perfeitamente aplicável no âmbito do Direito Civil, ramo da Ciência Jurídica que rege relações entre particulares, não se presume em absoluto neste Tribunal de Contas, porque estão em apreciação atos e fatos do ramo do Direito Público, em que sobrelevam os interesses coletivos a reclamar que o agente faça prova inequívoca de que agiu com base nos princípios constitucionais que regem a Administração.
13. Neste Tribunal, portanto, quando diante de situações de irregularidade na aplicação de recursos públicos, não se presume a boa-fé dos gestores: impende que seja apresentado algum elemento fático capaz de demonstrá-la, conforme se deduz da ampla jurisprudência desta Corte de Contas, como exemplifica o Acórdão 88/2007 - Plenário.’
225. Por fim, coloca que, em caso de manutenção da decisão recorrida, lhe seja assegurada o reequilíbrio do contrato, uma vez que a glosa lhe reduzirá a margem de lucro em 30%. Para tanto, suscita o art. 37, inciso XXI, da CF e o art. 65 da Lei 8.666/93.
226. Tal ilação recursal não deve prosperar, porque não se presta o débito a onerar o recorrente além do que ele, indevidamente, se beneficiou com o ato irregular, a partir do 6º aditivo. Não se quer tomar-lhe além do débito representado pelo jogo de planilha decorrente do sobrepreço, mas recompor o erário.
227. Superadas as razões recursais da Egesa Engenharia S.A., passa-se à análise dos fundamentos da peça recursal interposta por Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro.
228. Para a alegação de cerceamento de defesa, fundamentado no que acredita ser derivado de sua responsabilização genérica, verifica-se que o recorrente foi regulamente citado nos termos do art. 12, incisos I e II da Lei 8.443/92, na condição de responsável pela assinatura do Contrato PD/2-035/00-00 com itens em duplicidade (peça 25, p. 34-38) e pela formalização do 6º termo aditivo que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração (peça 28, p. 32-34).
229. Acerca da alegação de intempestividade na instauração da TCE objeto da decisão recorrida, rememora-se que o dispositivo elencado na via recursal, art. 1º, §1º, da IN/TCU 13/96, apenas estabelece prazo para a Administração instaurar a TCE, não para o TCU.
230. Nesse sentido, reforça o que já foi esposado nesta instrução: a imprescritibilidade do dano ao erário.
231. Ao trazer excerto do Acórdão 1.782/2010-Plenário, o recorrente defende que o simples ato homologatório de uma licitação não obriga o administrador a auditar todo o processo.
232. Todavia, a responsabilização do insurgente não decorreu de um mero ato homologatório, mas, como visto antes, por ter assinado Contrato PD/2-035/00-00 com itens em duplicidade e por ter formalizado o 6º termo aditivo, que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração.

233. Quanto ao aditivo, do qual resultou o jogo de planilha constatado na decisão recorrida, o recorrente, em suma, além de alegar a necessidade do aditamento, também afirma que a mera alegação de variação de quantitativos em itens em tese não constitui fundamento para a comprovação do desequilíbrio econômico-financeiro.
234. Refuta-se tal argumento, visto que, conforme instrução à peça 45, p. 8, a alteração, formalizada pelo recorrente, culminou com a alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração, pois o contrato apresentava um desconto inicial de 21,97% em relação ao Sicro2, região Norte, data-base de agosto/2000, faixa 'A' da curva 'ABC', e passou a apresentar sobrepreço de 8,55% em relação a essa mesma referência.
235. Para afastar a sua responsabilidade, o recorrente, alegando ter se pautado em pareceres emitidos pela Procuradoria Regional do Dnit, defende que estava vinculado às aprovações anteriores dos diversos órgãos da administração, não sendo passível de discricionariedade.
236. Em razão de aprovação do projeto básico (peça 1, p. 27), da assinatura do Contrato PD/2-035/00-00 (peça 25, p. 34-38) e da formalização do 6º termo aditivo (peça 28, p. 32-34), não são passíveis de acolhimento os argumentos fundamentados no caráter vinculado de seus atos, uma vez que não traz as normas legais que o determinassem a submissão aos pareceres emitidos pelas áreas responsáveis do Dnit.
237. Quanto à ocorrência de duplicidade do item 'mobilização, desmobilização e canteiro', o recorrente ressalta que, diante da inobservância de débito decorrente dessa irregularidade, porquanto o desconto observado no contrato inicial absorveu o superfaturamento dessa irregularidade.
238. Todavia, a irregularidade formal referente à deficiência de projeto, que abrangeu a falha da previsão em duplicidade do item 'mobilização, desmobilização e instalação do canteiro' em questão, foi julgada pelo TCU, conforme item 9.1 do Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário, no âmbito do TC 006.415/2008-8, em fase de análise de recurso.
239. Dessa observação decorre que o débito a que se refere a decisão recorrida não considerou os valores da duplicidade do item 'mobilização, desmobilização e canteiro', mas da formalização do 6º termo aditivo que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração, conforme esposado no relatório do voto condutor (peça 60, p. 32).
240. Sobre às alegações do recorrente referentes a sua falta de responsabilidade nas irregularidades tratadas na decisão recorrida, fundamentadas no fato de que o chefe do distrito rodoviário não ser ordenador de despesa, há que se fazer a seguinte ressalva: a sua responsabilização não se originou, isoladamente, de sua posição hierárquica e de suas prerrogativas orçamentárias, mas por ter, ele próprio, aprovado o projeto básico, peça 1, p. 27, e formalizado o 6º termo aditivo, peça 28, p. 32-34.
241. Afirma o recorrente, em seu ataque sobre a metodologia de cálculo perpetrada na decisão recorrida que o orçamento do Edital de Licitação teve como referência de preços da tabela Sicro 1 e o TCU, em suas análises, utilizou o Sicro 2, cuja metodologia e composições de preços unitários são diferentes, prejudicando, assim, o resultado da análise. Frisa, ainda, que o Sicro 2 sequer existia na data da contratação.
242. Inicialmente, verifica-se, a partir do relatório da decisão vergastada, peça 60, p. 32, a conclusão de que a na análise da Secob2 e nos preços unitários de referência do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, observou-se que, de um desconto de 0,97%, o contrato passou a apresentar o sobrepreço de 52,86% em relação aos preços desse edital, peça 39, p. 1-2.
243. Ocorre que a data-base, para fins de análise do desconto fornecido, é o da proposta e não o do edital, porque o instrumento convocatório se balizou na tabela do Sicro 1 de dezembro/1999 (peça 21, p. 37-50; peça 22, p. 1-2, enquanto que a proposta da contratada se deu em agosto de 2000, sob a égide do Sicro 2 (peça 25, p. 12-33).
244. Dessa forma, coaduna-se com o consignado no relatório do voto condutor da decisão atacada, peça 60, p. 11, que, ao observar que a data-base do contrato é agosto/2000, fazia todo sentido se utilizar a referência Sicro 2, região Norte, agosto/2000, para 'estabelecer um parâmetro de referência para se avaliar a variação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-035/00-00 com o 6º aditamento contratual, haja vista que não houve previsão de critérios de aceitabilidade de preços unitários no edita'.
245. Em relação aos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada, entendido violados quando esta Corte revisou contratos com obras paralisadas desde 2003, faz-se a seguinte observação: o débito é imprescritível, conforme entendimento do STF, nos termos do Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF.

246. No que se refere às alegações de boa-fé, nas quais o recorrente invoca a necessidade de critérios objetivos à sua aferição, verifica-se que o seu entendimento sobre a matéria é coerente como a jurisprudência dessa Corte, e, por isso, deve não merecer provimento.

247. Explica-se: a jurisprudência deste Tribunal consagra o entendimento de que a boa-fé do responsável deve ser objetivamente analisada e provada no caso concreto, considerando-se a prática efetiva e as consequências de seus atos à luz de um modelo de conduta comum do homem médio, conforme Acórdão 1.157/2008 - Plenário e Acórdão 1.412/2008 - 2ª Câmara, dentre outros.

248. Analisando, objetivamente, que a conduta do recorrente deu azo ao dano constatado na decisão recorrida, tem-se por afastada a boa-fé do responsável que não tomou o cuidado objetivo de seu ato antieconômico para o erário.

CONCLUSÃO

249. As preliminares arguidas pelos recorrentes contra o Acórdão 86/2013-Plenário não merecem provimento, em razão da imprescritibilidade do débito e da prescrição quinquenal da pretensão punitiva, cuja não ocorrência se afere pelo lapso temporal do conhecimento, por este Tribunal, e a decisão recorrida.

250. Quanto às alegações de percentual permissivo de sobrepreço, dos critérios caracterizadores do jogo de planilha e os questionamentos do Sicro como referência para atividades e serviços rodoviários, foram, ao longo da presente análise, derribados pelo confronto com a jurisprudência desta Corte.

251. Para as críticas relacionadas aos juros de mora, fundamentadas na contagem desde a notificação da recorrente da abertura da TCE recorrida, lembra-se o entendimento desta Corte de que a incidência de juros de mora e de atualização monetária dar-se-á da data do próprio evento ou, se desconhecida, da ciência do fato pela administração.

252. O pleito de reconhecimento da boa-fé e da redução da margem de lucro contratada não pode prevalecer, em virtude do dano ao erário ser derivado do reconhecido jogo de planilha, do qual se beneficiou a recorrente.

253. A alegação de cerceamento de defesa, fundamentada responsabilização genérica, foi afastada, não apenas pelo inteiro teor da decisão impugnada, que individualizou as condutas, mas, também, pelo ofício de citação que imputou, aos recorrentes, as irregularidades de forma segmentada.

254. As alegações do recorrente, então gestor do Dnit, sobre a sua posição de chefe de departamento, não operante das designações de um ordenador de despesa, não devem prevalecer, pois a responsabilização do insurgente decorreu da assinatura do Contrato PD/2-035/00-00 com itens em duplicidade e por ter formalizado o 6º termo aditivo, que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração.

255. A utilização do Sicro 2, para imputação do débito, se explica pela contemporaneidade da proposta com o tempo de regência do referencial, agosto de 2000, e com a data-base do indigitado contrato.

PROPOSTA DE ENCAMIMHAMENTO

256. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com a proposta de:

a) conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87) e pela Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01) contra o Acórdão 86/2013-Plenário, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992, e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida aos recorrentes e aos demais interessados no processo.”

É o relatório.