

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 006.550/2011-8 [Apenso: TC 015.279/2006-7].

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

Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

Recorrentes: Egesa Engenharia S.A. (17.186.461/0001-01); Luiz Fernando de Pádua Fonseca (586.131.106-49).

Representação legal: Raquel Maria Silva Campos (OAB/MG 108.953); Fernando Luiz Carvalho Dantas (OAB/DF 22.588).

**SUMÁRIO: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTOS QUE NÃO AFASTAM AS IRREGULARIDADES IDENTIFICADAS. SUPERFATURAMENTO E SELEÇÃO DE METODOLOGIA CONSTRUTIVA ANTIECONÔMICA NA LICITAÇÃO E SOBREPREÇO NO CONTRATO. NÃO PROVIMENTO.**

## RELATÓRIO

Tratam os autos de tomada de contas especial (TCE) instaurada por meio de conversão do processo de representação TC 015.279/2006-7, determinada pelo Acórdão 7.950/2010-TCU-1ª Câmara, em desfavor do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, Coordenador-Geral Ferroviário do Dnit à época dos fatos, e da empresa Egesa Engenharia S.A., beneficiária dos recursos indevidos, em razão de indícios de superfaturamento decorrente da aprovação do projeto executivo e do orçamento base da Concorrência 143/2006-00, promovida pelo Dnit para contratação das obras do Contorno Ferroviário de Campo Belo/MG, com sobrepreço em relação aos custos constantes nas tabelas referenciais de preços do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro 2) e da Diretoria de Infraestrutura Ferroviária do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dif-Dnit).

2. Ao apreciar o mérito desta TCE, o Tribunal proferiu o Acórdão 705/2014-TCU-Plenário, da relatoria do **Ministro Benjamin Zymler**, por meio do qual julgou irregulares as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua e da empresa Egesa Engenharia S.A., condenou-os ao ressarcimento solidário do débito original de R\$ 5.407.334,56 e ao débito individual apenas do Sr. Luiz Fernando do valor de R\$ 645.606,95. Referida decisão também aplicou multa individual de R\$ 600.000,00 ao Sr. Luiz Fernando e de R\$ 500.000,00 à empresa Egesa Engenharia S.A..

3. Os responsáveis opuseram embargos declaratórios contra o aludido **decisum**, que foram rejeitados pelo Acórdão 1.598/2014-TCU-Plenário.

4. Irresignados com os comandos da Acórdão 705/2010-TCU-Plenário, o Sr. Luiz Fernando e a empresa Egesa entraram com os presentes recursos de reconsideração, cujos argumentos foram assim sintetizados e analisados pela Secretaria de Recursos (peças 103 e 104), e que culminou na proposta de conhecer dos recursos, para no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se inalterados os termos da decisão recorrida:

### Argumentos

5. Após fazer um breve resumo do histórico processual, a recorrente destaca que participou regularmente do processo licitatório 143/2006-00, promovido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT, tendo sido sagrada vencedora do mesmo. Aduz que, ao certame, concorreram diversas das mais conceituadas empresas da engenharia nacional, estando os valores ofertados que lista em quadro constante da p. 4 da peça 77. Afirma que o aludido quadro é

evidência inequívoca da competitividade que caracterizou o certame, traduzido em acirrada disputa pelo contrato, promovida por 9 empresas de engenharia com reputação nacional e mesmo internacional, dentre elas, a recorrente, que, no julgar da Comissão de Licitação, da Procuradoria-Geral Especializada do DNIT e da Diretoria Colegiada do DNIT, como consta dos autos do processo DNIT-50600.002390/2006-65, copiado nos autos do processo TCU-015.279/2006-7, apresentou a melhor proposta nos termos da Lei.

6. Alega que restou demonstrado na manifestação da recorrente a inviabilidade de se adotar a metodologia utilizada pelos auditores da Secob, para fins de avaliação da regularidade dos preços contratados. Assevera que os critérios adotados pela Secob não respeitaram as características específicas da obra em questão, as quais foram adotadas no orçamento do Projeto Executivo. Lembra que o orçamento é limitador dos preços unitários e global e não impositor, ou seja, cada empresa elabora sua proposta de preços de acordo com as suas particularidades e possibilidades para a execução da obra.

7. Anota que as empresas licitantes devem apurar diversos fatores, tais como: a disponibilidade de equipamentos e pessoal que poderão ser aplicados à obra, a produtividade de seus equipamentos a ser utilizada com base em obras já executadas, de acordo com a sua equipe de trabalho (equipamentos e pessoal), cotações de preço de materiais e insumos na região, dentre outros fatores. Além disso, afirma que devem considerar também as despesas indiretas. Na elaboração do seu BDI, aduz que as empresas devem analisar o lucro a ser estimado para a obra, em função de suas características, bem como o levantamento dos impostos e contribuições a serem pagos. Argumenta que, somente com todas estas informações, a empresa é capaz de elaborar as suas composições de preços e planilha de preços, tendo sido esse o procedimento usado pela recorrente e demais empresas para elaboração de suas Propostas de Preços. Conclui que as propostas apresentadas representaram sim preços de mercado à época da licitação.

8. Argumenta que não se pode dizer o contrário, que o DNIT, órgão contratante, competente para a realização de estudos de preço, e as nove empresas que apresentaram proposta, todas de renomada experiência, calcularam e elaboraram suas composições de preços e planilha de preços em desacordo com os preços de mercado. Afirma que se tratam de 10 estudos / orçamentos (o do Edital + os das 9 empresas licitantes) contra um (o elaborado pelos auditores). Repete a lição do Ministro Relator, proferida no Despacho lavrado em julho de 2006, como consta dos autos do Processo 015.279/2006-7, referente ao contrato ora tratado:

*Isso porque a natureza da competitividade conferida ao certame, em tese, tem por finalidade a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, o que, dessa maneira, implicaria a contratação das obras por preço compatível com os praticados no mercado. (Destaque feito pela recorrente)*

9. Conclui que a regularidade da proposta da recorrente e, conseqüentemente, do contrato de empreitada, está clara e indubitavelmente atestada, conforme anteriormente disposto, não havendo razões para desabonar os preços contratados e praticados. Aduz que a comparação de seu preço ofertado com as demais ofertas havidas no certame denota que seu preço pode ser considerado indubitavelmente preço de mercado, a despeito de todas as alternativas e estudos promovidos pelos auditores dessa Corte de Contas, que indicam um valor irrisório como preço de mercado. Cita doutrina de Amauri Feres Saad como sustento.

10. Considera que, se realizada a glosa proposta pelos auditores ao valor contratado, o preço total ficaria irrisório e, portanto, inexequível, o que levaria a que não comparecessem interessados ao certame, já que as nove empresas que apresentaram propostas, apresentaram, após a elaboração dos seus respectivos e devidos estudos, suas Propostas de Preços com valores inferiores ao indicado no orçamento do Edital. Alega que isso, por si só, atesta a regularidade dos preços apresentados no Edital do órgão contratante, já que 9 empresas de renomada experiência nacional e internacional apresentaram Propostas de Preço competitivas, semelhantes entre si e ao orçamento do Edital, o que demonstra que esses preços apresentados eram os compatíveis com as especificidades dos serviços licitados e, portanto, viáveis, uma vez que próximos à realidade das obras. Conclui que, se fosse adotado orçamento conforme o apresentado pela Secob, a licitação seria vazia, pois, como

demonstrado acima, nenhuma empresa conseguiria realizar a obra por preço consideravelmente menor.

11. Destaca que o preço total passaria a ser fundamentado em valor simbólico, representativo, de antemão, de enorme prejuízo para quem se dispusesse a executar as obras objeto do contrato decorrente da licitação. Aduz que tal evidência é bastante clara ao se analisar os preços ofertados e transcritos no quadro acima - indicativos, sem nenhuma dúvida, dos preços de mercado à época da licitação. Afirma que a glosa ora proposta por esta Corte de Contas se apresenta bem maior que a própria taxa de BDI, que é de 23,9% e se aplica sobre o custo direto. Para se manter o quantum do BDI contratual, já que a obra foi totalmente executada e os recursos materiais e humanos de apoio foram alocados e/ou usados, na verdade, poderia ser feita uma glosa significativa somente na parcela de custo direto, o que importaria severo e injusto prejuízo ao colaborador da Administração Pública, que atendeu de boa-fé ao chamamento licitatório e que, com a mesma boa-fé, executou as obras contratadas. Alega que, contrariamente ao alegado por este TCU, a boa-fé é presumida. O que deve ser comprovado é a má-fé. Como, no caso, não restou comprovado má-fé da recorrente, ou mesmo do órgão Contratante e dos seus gestores, não há que se questionar a sua boa-fé quanto à regularidade das condutas adotadas.

12. Assevera que o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, dessa Corte de Contas, já se manifestou nos seguintes termos: *“O superfaturamento, para ser imputado a quaisquer responsáveis, deve fundar-se em razoável certeza quanto à sua exigibilidade como débito.”* Alega que, como já foi devidamente demonstrado, os auditores do Tribunal de Contas da União basearam-se em premissas desarrazoadas e destituídas da necessária conexão com o caso em questão implantação de ferrovia em terreno acidentado - chegando a conclusões que não se suportam na realidade contextual da execução do objeto contratado, passando ao largo da razoável certeza preconizada pelo ilustre Ministro.

13. Afirma ter agido com inequívoca boa-fé e transparência, executado o Contrato nos moldes exigidos a tempo e modo e, mesmo assim, tendo executado e concluído as obras do objeto contratual, foi surpreendida, ao final do Contrato, com a solicitação deste TCU, constante dos Acórdãos 705/2014-Plenário e 1598/2014-Plenário, ora combatidos por meio do presente Pedido de Reexame. Afirma que não há que se alegar que a recorrente foi citada para se manifestar durante o processo, eis que tal manifestação, em caráter preliminar, só ocorreu no mês de março de 2008, ao final da execução das obras, iniciadas em 2006 e encerradas em julho de 2008. Assevera que poderia, em tese, a obra ter sido paralisada pela Administração Pública, mas isto não ocorreu. Aduz que, mesmo se tivesse ocorrido, a recorrente teria o direito de receber pelos serviços já executados até então, nos exatos termos da Lei 8.666/1993 e do Contrato, notadamente quanto às suas cláusulas econômico-financeiras, incluindo-se eventual indenização para ressarcir os prejuízos que fossem a ela impostos em face da paralisação imprevista, como comprovado fosse.

14. Alega que, no campo da realidade jurídica, firmado o contrato, como o foi, cabe às partes contratantes cumprirem suas obrigações e exercerem seus direitos. Cita pronunciamento do ilustre Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado, no processo 014.508/2007-5: *“O empreiteiro assume os riscos pelas eventuais variações de preço dos materiais e da mão-de-obra, de outro tem a garantia de receber remuneração precisamente bem definida.”* Cita também doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello como sustento.

15. Assevera que uma das garantias do contratado, nos contratos administrativos, é justamente o recebimento do preço ofertado na licitação - trata-se de garantia constitucional. A este respeito, argumenta que a Justiça Federal já sentenciou que o Tribunal de Contas da União *“tem o poder de determinar a suspensão ou rescisão do contrato, mas não tem o poder de obrigar o contratado a executar por valor menor”* (SJDF/Quinta Vara Federal, Processo 2008.34.00.038345-6, Sentença prolatada em 02/03/2009).

16. Alega que, caso houvesse sido constatada qualquer irregularidade na aprovação do projeto executivo e orçamento base do Edital, esta deveria ter sido comunicada aos licitantes e sanada à época. No caso, relata que essa Corte de Contas entendeu pela inexistência, à época, de irregularidades. Cita trecho do despacho do Relator a quo, proferido em julho de 2006, nos autos

do Processo 015.279/2006-7, quando indeferiu pedido de medida cautelar. Argumenta que participaram do certame diversas das mais conceituadas empresas de engenharia do país, o que se traduz em acirrada disputa ao contrato e, portanto, evidência inequívoca da competitividade que caracterizou o certame e da vantagem e economicidade da contratação, para a Administração, que se deu por preço compatível com os praticados no mercado e inferior ao do orçamento do Edital - confirmando o citado despacho do Ministro Relator. Conclui que não pode essa Corte de Contas vir agora, após ter permitido que fosse firmado, iniciado e, regularmente concluído o Contrato 238/2006, pretender alterar o seu preço - como já demonstrado, compatível com os preços de mercado.

17. Aduz que, considerando o acréscimo percentual havido no valor contratado originalmente, por meio de aditamentos, por motivos técnicos ordenados pelo DNIT, e, aplicando-o, a título de ilustração, aos valores dos proponentes conforme quadro anteriormente apresentado, tem-se o quadro constante da p. 9 da peça 77, indicando, indubitavelmente, a dissociação entre as conclusões do TCU e o comportamento do mercado.

18. Observa que houve um alinhamento entre os entendimentos das empresas licitantes, as quais apresentaram descontos semelhantes, bastante inferiores ao desconto proposto por este TCU. Dada à semelhança entre os preços apresentados pelas nove empresas que participaram do certame, entre si, e com o preço do orçamento base do Edital, afirma que estes representam os preços de mercado, viáveis para a execução dos serviços contratados. Nota que apenas as duas primeiras empresas se arriscaram mais e apresentaram descontos maiores, o que se deve, como já explanado, às particularidades de cada uma. Alega que os preços apresentados representam o menor preço que cada empresa pode assumir, de modo a executar os serviços licitados, de acordo com as condicionantes impostas pelo Edital, e em atenção às especificidades da obra.

19. Anota que caso soubesse que o contrato deveria ser executado pelo preço irrisório indicado pelos auditores e por essa Corte de Contas, certamente ela não teria participado do certame e, assim, não teria assinado o instrumento contratual - por conseguinte, não teria executado a obra em questão. Em complemento, afirma que as demais proponentes também não teriam participado da licitação, pois a mesma seria baseada em valores irrisórios, não compatíveis com o mercado, e, portanto, em metas inalcançáveis - ou melhor dizendo, em contrato deficitário. Alega que a própria Lei das Licitações veda a contratação por preços irrisórios - reflexo da sabedoria do legislador, ao prever procedimento que, se concretizado, impediria a execução das obras objeto da licitação.

20. Afirma que o comportamento do mercado é ditado pelo comportamento de seus agentes. Aduz que não há como “desenhar” o comportamento do mercado por meio de ilações teóricas, pois, não é possível impingir ao mercado seus parâmetros, em face do Estado de Direito que abraça a Sociedade Brasileira. Afirma que, no presente caso, o mercado se comportou como ilustrado nos quadros de propostas de preços apresentadas pelos 9 licitantes participantes do certame, anteriormente citados. Alega que não há como negar este fato, contra o qual se impõe a proposta deste Tribunal ao indicar um parâmetro estranho ao mercado - justamente por ser estranho à realidade do negócio regularmente firmado, o Contrato na 238/2006. Assevera que a metodologia utilizada pelos auditores deste TCU está diferente da utilizada pelo DNIT na licitação objeto do Edital da Concorrência Pública 143/2006-00, qual seja, reajustar os preços do orçamento do projeto executivo de fevereiro de 2005 para fevereiro 2006, como consta do Edital, no seu Anexo II.

21. Registra que o procedimento adotado pelo DNIT atende o disposto na Instrução de Serviços DG/DNIT 02/2002 de 09/09/2002, como indicado no Edital (fls. 58), ou seja, reveste-se de regularidade, e assim foi o praticado pelos responsáveis pela elaboração do Edital. Observa que tal conduta, além de seu embasamento legal, que inquestionavelmente a reveste de regularidade, foi acertada. Aduz que conduta diversa não poderia ser adotada, como ora pretende este TCU, uma vez que na data de reajuste do orçamento do Edital (fevereiro/2006) não se tinha vigente outro normativo regulamentar a ser seguido pela comissão de licitação. Afirma que, na data em que orçamento do Edital foi reajustado, não existia a Tabela do Sicro/MG de fevereiro de 2006, o que reforça a necessidade e precisão de se ter adotado o disposto na Instrução de Serviços DG/DNIT na 02/2002 de 09/09/2002.

22. Conclui que o suposto superfaturamento advém do fato deste Tribunal de Contas ter adotado critérios diferentes dos adotados à época da licitação e, principalmente, diferentes da realidade do local das obras. A Secob-4 calculou seus preços de referência com base nas composições de preços unitários do Sicro 2, Minas Gerias - março 2006, e do Sistema do DIF-DNIT - setembro 2006, região Centro-Oeste, ambas posteriores à licitação (fevereiro de 2006). Aduz que, ao contrário do alegado por este TCU, isso foi feito sem as devidas correções para a data base do Contrato (fevereiro de 2006). Insiste na correta interpretação dos argumentos apresentados, em especial, no que se refere à data base do orçamento do Edital (fevereiro de 2005). Assim, por questões de segurança jurídica do processo, a recorrente solicita novamente a elaboração do orçamento da Secob, conforme a situação do orçamento do Projeto Executivo que embasou o Edital em questão. Indica que, para tanto, os preços devem ter como base o mês de fevereiro/2005 e ser reajustados para fevereiro/2006, válidos para a região Sudeste, conforme adotados na licitação.

23. Argumenta que este procedimento buscará estimar, de forma mais próxima, as condições do Edital e, com isso, demonstrar de forma mais crível a regularidade dos preços adotados. Lembra que devem ser considerados as características do local da obra e os fatores de improdutividade, como: a expectativa de chuva, a situação em que a obra se encontrava à época e a influência do tráfego de veículos na execução dos serviços, dentre outros, pontos estes já apresentados e interpretados como válidos pela Consultoria contratada pelo DNIT para elaboração do orçamento e pelas nove empresas que apresentaram proposta.

24. Aduz que restou demonstrada, na manifestação da recorrente, a inviabilidade da aplicação automática de sistemas gerais de preços ao Contrato, em razão de suas especificidades e particularidades. Afirma que os preços contratados tomam em consideração circunstâncias específicas, que não podem ser previstas em sistemas gerais de preços tais como o Sicro. Menciona que o TCU afirma que o Sicro tem sido reconhecido por este Tribunal como uma fonte confiável de referência de preços. Alega que, no que tange à alegação deste TCU a respeito da viabilidade de se utilizar o referencial de preços do Sicro para as obras ferroviárias, equivoca-se esta Corte de Contas ao aplicar à Concorrência 143/2006-00, ora em análise, o disposto no Ofício DNIT 504/2007-DG, de 09 de março de 2007.

25. Argumenta que, pela simples cronologia dos fatos, vê-se que quando da elaboração do orçamento do Edital da Concorrência 143/2006-00 não estava vigente o entendimento exarado no Ofício DNIT 504/2007-DG. Ressalta que a obra em questão se trata de obra ferroviária, com característica de trabalho em áreas confinadas, sem relação com as previsões de produtividade do Sicro - um sistema de referência de preços médios de obras rodoviárias e não ferroviárias, que é o presente caso. Alega que os auditores deste TCU foram omissos e não levaram em conta essa situação e adotaram, de maneira simplista e infundada, os parâmetros do Sicro, para obras rodoviárias, **ipsis litteris**, para quase todos os casos - o que, como não poderia deixar de ser, levou a conclusões igualmente infundadas.

26. Apresenta o quadro constante das pp. 12-13 da peça, o qual se refere aos serviços de escavação, carga e transporte, e aduz que se vê, com clareza, o procedimento inadequado adotado pelos auditores, bem como a indicação de que, se tivessem adotado as características do local da execução das obras nas referências do Sicro, seus preços de referência seriam praticamente iguais aos da recorrente. Anota que o aludido quadro mostra com clareza que o suposto superfaturamento apontado pelos auditores decorre de adoção **ipsis litteris** dos parâmetros do Sicro (elaborado como referência de obras rodoviárias) para o caso concreto de obras ferroviárias - com produtividade diferente e característica, como já fartamente demonstrado e ilustrado por meio de fotos do local das obras apresentadas em oportunidade anterior pela recorrente.

27. Conclui que está incorreta a interpretação deste TCU, que justifica a adoção indiscriminada dos parâmetros do Sicro nas obras ferroviárias em questão, com base no fato de o DNIT ter confirmado a este Tribunal a aplicabilidade do sistema Sicro em obras ferroviárias, quando este fato se deu por meio de ofício expedido em 09 de março de 2007, data posterior à elaboração do orçamento do Edital 143/2006-00, e também à assinatura do Contrato 238/2006.

28. Afirma que não deveria tecer comentários a respeito de assunto fora de sua responsabilidade, como a elaboração do orçamento base do Edital, mas, no presente caso, torna-se necessário ratificar, apenas para registrar que dos autos se infere que os auditores do Tribunal colocaram ressalvas ao fato de o DNIT ter adotado o orçamento do projeto executivo (fevereiro de 2005) e reajustado/atualizado seus preços para fevereiro de 2006, como data-base dos preços licitados. Entretanto, observa que os auditores usaram do mesmo expediente, ao adotar uma tabela de setembro/2006 (extemporânea à data da elaboração do orçamento-base que constou do Edital de Licitação 143/2006-00), para deflacionar seus preços e assim usá-los como baliza dos preços de serviços de engenharia ferroviária de um orçamento que foi pesquisado e elaborado em fevereiro de 2005 e reajustado para fevereiro de 2006. Afirma que reajustar preços não pode, mas deflacionar pode - no entendimento dos auditores, o que representa dois pesos e duas medidas. Aduz que não há lógica ou coerência em tal procedimento, o que reforça a imprestabilidade do uso da citada tabela de setembro de 2006, no presente caso, para avaliação do Contrato 238/2006.

29. Afirma que corrobora a marca indelével da imprestabilidade das apurações dos auditores, que levaram ao suposto superfaturamento, tem-se que os auditores usaram métodos incompatíveis com a boa técnica de precificação, como no caso dos serviços de superestrutura ferroviária. Alega que, além de se basearem em tabela de preços inadequada para o caso em tela (da região Centro-Oeste e referência setembro de 2006), ainda se valerem de métodos artificiais e igualmente inadequados, como já foi demonstrado. Afirma que, em que pese os custos dos serviços da via permanente, estes foram considerados pelos auditores diferentemente do que foi orçado à época pelo órgão licitante, e, principalmente, diferentemente da realidade do local das obras objeto da licitação. Afirma que a tabela adotada pelos auditores tem como referência setembro/2006, sendo que o orçamento do projeto executivo é de fevereiro/2005 reajustado para fevereiro/2006. Além disso, a tabela utilizada pelos auditores para cálculo da superestrutura ferroviária foi a da região Centro-Oeste, sendo que as obras objeto do Edital de Licitação 143/2006-00 foram executadas na região Sudeste.

30. Alega que não merecem prosperar as conclusões deste Tribunal de Contas, quando elas foram obtidas a partir de estudos realizados pelos auditores, adotando uma tabela de preços médios para a construção de superestrutura ferroviária na região Centro-Oeste do país, quando a obra foi totalmente executada em outra região, ou seja, na região Sudeste e em um ambiente específico, que impôs uma produtividade média também específica para o objeto contratado. Argumenta que, além de tal tabela não se referir à região da execução das obras em comento, a mesma foi elaborada em data posterior a da contratação da recorrente para execução da obra, não tendo qualquer referência e relação com a época da elaboração do projeto. O projeto executivo contém o orçamento básico, com preços de fevereiro/2005 reajustados para fevereiro/2006, e a tabela que foi adotada pelos auditores tem como referência o mês de setembro/2006. Anota que, neste contexto, certamente a mesma não incorpora as condições específicas do local das obras - nem mesmo no aspecto regional (Sudeste). Conclui ser certo que a dita tabela, no presente caso, se apresenta como imprestável para a avaliação dos custos do Contrato 238/2006 e, principalmente, para fundamentar conclusão de tal gravidade quanto à alcançada pelos auditores que indicaram um suposto superfaturamento no contrato hoje da ordem de 21%.

31. Assevera que, tendo em vista as alegações da recorrente de que as composições de referências dos preços unitários da via permanente, elaboradas pelos auditores, não devem ser consideradas, pois foram elaboradas com dados da região Centro-Oeste e não da Sudeste, que é o local em que foram realizadas as obras, este TCU, nos termos do Relatório que fundamentou o Acórdão 705/2014, ora recorrido, procurou atender ao apelo da Egesa e atualizar as referidas composições com os dados de Minas Gerais. No entanto, alega que, ao tempo em que este TCU concorda, como mencionado em seu Relatório, com a adoção dos dados do Sicro da região Sudeste, contraditoriamente, mantém a Decisão de superfaturamento baseando-se em cálculos dos auditores que consideram os dados do Sicro da região Centro-Oeste e não da região Sudeste. Conclui que, para atestar de forma eficaz a regularidade dos preços contratados, devem-se considerar as especificidades e particularidades da região das obras e os normativos vigentes e aplicáveis na época da elaboração do orçamento do edital.

32. Recorda que todo o procedimento licitatório, incluindo, mas não se limitando à elaboração do Edital, com seus documentos componentes inclusive o orçamento-base, é de responsabilidade exclusiva do DNIT, nos termos da Lei e de suas normas próprias. Afirma que não há nos autos nada que comprove qualquer participação da recorrente na prática destes atos, de responsabilidade do DNIT - ainda que indiretamente ou parcialmente. Conclui que não há, pois, como lhe atribuir solidariedade em atos próprios e exclusivos do DNIT, como os aqui tratados. Afirma que lhe coube, nos termos da Lei e de seu interesse empresarial, comparecer ao certame e apresentar proposta, com base em sua experiência em obras similares e, enfim, em toda sua expertise empresarial no ramo da construção, tudo com o devido respaldo na lei, na ética e na boa engenharia. Notadamente quanto ao orçamento inserido no Edital, afirma que o mesmo consta do Anexo II do dito Edital, o que, repete-se, não é ato de responsabilidade da recorrente.

33. A este respeito, como fundamento por similaridade, colaciona um posicionamento do próprio Tribunal de Contas da União, em análise que fundamentou o Acórdão 2046/2008-Plenário, onde se tem que: *“... não se pode considerar (em face de não haver provas para tal) que os consórcios tiveram participação determinante no estabelecimento do quantum do percentual, motivo pelo qual não há que se falar sobre sua responsabilidade na irregularidade.”* Conclui que, como no caso não há provas de que a recorrente teve qualquer participação na elaboração/aprovação do projeto executivo e do orçamento base do Edital de Licitação - os quais, destaca-se, são de responsabilidade exclusiva do DNIT, não há razão para prosperar a ora pretendida imputação de responsabilidade solidária à recorrente.

34. Assevera que, tendo sido declarada vencedora da licitação, após os trâmites legais, a recorrente firmou com o DNIT o Contrato 238/2006, o qual continha os preços por ela ofertados na Licitação - preços estes cuja regularidade já havia sido atestada nos termos do Edital e da Lei. Aduz que, como consta dos autos do processo 015.279/2006-7 - do qual se originou o presente processo de Tomada de Contas Especial - os auditores dessa Corte de Contas promoveram estudos a respeito dos preços do Contrato 238/2006, tendo apontado divergências entre tais preços e os preços adotados por eles como “referência”. No Apêndice 4 do mencionado processo, encontra-se uma planilha com a análise promovida pelos auditores. Observa, primeiramente, como já exposto, que os auditores não adotaram a mesma metodologia usada pelo DNIT na licitação, qual seja, reajustar os preços do orçamento do projeto executivo de fevereiro de 2005 para fevereiro de 2006, como consta do Edital, no seu Anexo II. Registra que o procedimento adotado pelo DNIT atende ao disposto na Instrução de Serviços DG/DNIT 02/2002, de 09/09/2002, como indicado no Edital (fls. 58), ou seja, reveste-se de regularidade, e, por isso mesmo, foi o praticado pelos técnicos responsáveis pela elaboração do Edital.

35. Afirma ser natural que um projetista, para elaboração do orçamento de referência, precise adotar uma determinada concepção e fixar uma estrutura e, para isso, defina, teoricamente, o método e o equipamento mais adequados (em sua concepção) para a execução de cada serviço. Alega que o que não tem suporte lógico e prático, tanto no campo da engenharia, como no campo jurídico, é o risco de se ter uma indicação de sobrepreço em determinado serviço somente porque ocorreu a utilização de técnicas ou equipamentos diferentes daqueles teoricamente considerados no orçamento de referência. Aduz que tal assertiva contraria a própria essência e finalidade do orçamento de referência - que é o de estimar procedimentos construtivos e valores, e não determinar, a ferro e fogo, qual será o valor do contrato e quais serão os procedimentos construtivos que a empresa vencedora adotará.

36. Afirma que o que a Administração Pública contratou foi a prestação de serviços, e, no caso concreto, os serviços contratados foram entregues à Administração Pública nos termos de qualidade, prazo e preço contratados, nada havendo que desabone a recorrente na execução do contrato em comento. Cita entendimento do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado (processo 014.508/2007-5), quando ele afirma que *“(...) a composição de custos apresentada na licitação não representa necessariamente os custos incorridos pelo contratado, mas os custos incorridos pela Administração contratante ao pagar os preços avançados. (...) O eminente jurista destaca três elementos do contrato por empreitada que se identificam claramente: os sujeitos, o preço e a realização da obra. Quer dizer, há, em*

*contrapartida à execução de uma obra determinada (ou serviço), o pagamento de um preço certo. Se, de um lado, o empreiteiro assume os riscos pelas eventuais variações de preço dos materiais e da mão-de-obra, de outro tem a garantia de receber remuneração precisamente bem definida.”*

37. Anota que a variação na utilização de um ou outro insumo indicado na proposta vencedora da licitação não caracteriza nenhuma irregularidade, sendo próprio da dinâmica de execução de contratos de obras de engenharia. A este respeito, colaciona outro pronunciamento do ilustre Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado no mesmo processo 014.508/2007-5.

38. Afirma que a invasão da gestão da execução da obra, além de totalmente inadequada, como nos ensina o ilustre Procurador-Geral, apresenta-se também como ilegal, sob, dentre outros, o manto da segurança jurídica, tema que será tratado adiante. No presente caso, alega que os serviços foram licitados, contratados e executados conforme disposto no Edital. Aduz que se entregou o que foi comprado, sem nenhuma alteração do produto (serviço) de qualquer espécie, nada havendo de reparo a ser feito, como alegado pelos auditores, o serviço foi prestado como contratado, sem que fosse incorporada qualquer vantagem ao contrato, de qualquer espécie e diferentemente do ajuste inicial, e principalmente sem nenhum acréscimo de custo para a Administração Pública, tendo-se apenas cumprido o contrato, pois assim se mostrou adequado no local das obras.

39. Conclui que a produtividade média adotada na precificação da proposta da recorrente e, conseqüentemente, no contrato em discussão, tem fundamento claro e inquestionável nas condições locais e regionais de implantação do objeto contratado e na própria característica do mesmo (trecho de ferrovia), cumulados todos com a experiência profissional dos técnicos da recorrente. Considera que a obra em comento, na verdade, é uma obra de complementação de uma obra que esteve paralisada por mais de 3 (três) anos - paralisação anterior ao contrato firmado pela recorrente. Alega que os efeitos daquela longa paralisação foram negativos para a condição física do local das obras contratadas com a recorrente, eis que a longa e continuada exposição às intempéries exigiu diversos e extensos serviços de recuperação da terraplenagem (retaludamento de cortes e aterros), a qual se encontrava bastante danificada, com ocorrência de inúmeras áreas de erosão nos cortes, nos aterros e na drenagem.

40. Argumenta que, constatada tal situação, a mesma foi considerada no planejamento e na orçamentação da proposta da recorrente. Anota que tal quadro impõe, inegavelmente, uma produtividade menor aos serviços de implantação de trecho ferroviário naquele local, no contexto médio, não se equiparando, sob nenhuma hipótese, à produtividade referencial média prevista no Sicro para obras rodoviárias, que não prevê condições como estas em rodovias, ainda mais em ferrovias. A situação pré-contrato pode ser visualizada nas fotos constantes das pp. 19-22 da peça 77. Assevera que a obra em comento apresenta especificidades e particularidades. Por essa razão, afirma que o orçamento previu a adoção de fator de eficiência adequado às características da obra.

41. Afirma que a consultoria do órgão Contratante justificou no Projeto Executivo o critério utilizado, e o DNIT analisou e aprovou esta condição quando da elaboração do orçamento, que serviu como limitador de preços para o Edital. Aduz que, como o Sicro possui apenas 2 opções de Fator de Eficiência FE 0,83 (Implantação) e 0,75 (Restauração), acreditamos que o orçamento se baseou nestas duas opções, adotando, corretamente, a mais plausível. Conclui que, devido às especificidades da obra ferroviária em questão, o órgão Contratante entendeu, corretamente, por prever no orçamento do Projeto Executivo índice de produtividade de 0,75, devido, dentre outros, ao fator chuva, interferência de tráfego e ao lapso de tempo em que a obra ficou paralisada, o que enseja, sem sombra de dúvidas, retrabalhos. No entanto, alega que esta Corte de Contas, apesar das indubitáveis evidências, com o devido respeito, equivocadamente, não considerou a aplicação desse fator de eficiência. Sendo, nesse aspecto, omissa em sua análise.

42. Argumenta que, no que se refere ao fator chuva, este TCU alega que os argumentos apresentados pela recorrente com relação à improdutividade *“são semelhantes aos argumentos que o DNIT apresentou em momentos anteriores e foram refutados pelo Tribunal”*. No entanto, alega que, quando dessa sua análise, este TCU, equivocadamente considerou *“tratar-se de uma obra de implantação ferroviária”*, o que já foi claramente demonstrado não ser, por não se tratar de uma

obra de implantação propriamente dita. Portanto, alega que as conclusões alcançadas àquela época não podem ser mais utilizadas.

43. Assevera que, na análise da produtividade média, deve ser considerada a influência pluviométrica na região, o que impactou negativamente nos custos de execução em relação aos parâmetros médios e orientadores do Sicro - o que foi corroborado pelos próprios auditores desse Tribunal. Além disso, anota que os custos dos equipamentos parados durante os dias chuvosos, como indicados no Sicro e assim considerados pelos auditores, limitaram-se aos custos com a mão-de-obra ociosa e diretamente ligada ao equipamento. Aduz que devem também ser abordados os custos de apoio a tais operadores, sejam humanos, sejam materiais; como também o fato de que o tempo parado dos equipamentos de produção e de apoio implica em elevados custos de oportunidade, eis que tais equipamentos poderiam estar sendo produtivos em outros contratos da recorrente.

44. Afirma que se adotou, no Relatório de Auditoria, entendimento incapaz de se contrapor aos inquestionáveis custos adicionais decorrentes das precipitações pluviométricas elevadas na região das obras, atestadas mediante os relatórios da ANA-Agência Nacional de Águas apresentados e, portanto, devidamente reconhecidas pelos auditores. Conclui que, uma vez atestado que houve elevada precipitação pluviométrica na região, a alegação pertinente à compensação dos seus impactos em razão de eventual, não comprovada, força de negociação dos particulares, correção dos valores residuais e ganho de produtividade dos equipamentos, não deve prosperar, pois como afirma o próprio TCU: *“pode-se concluir que a alegada necessidade de elevação dos preços de tais serviços em virtude da incidência de chuvas são compensados pela diminuição gerada caso houvesse incidência dos três fatores: de barganha, de correção dos valores residuais e de ganho de produtividade dos equipamentos.”* Tal alegação constitui um casuismo argumentativo e especulativo, cujo efeito prático nada significa na análise pretendida, pois não há como avaliá-los nem verificar sua procedência, já que, indubitavelmente, os momentos das negociações dependem de diversos fatores, os quais podem até mesmo indicar fraqueza dos particulares na negociação.

45. Afirma restar claro que a conclusão dos auditores de que as chuvas na região têm impacto negativo extraordinário sobre os preços é correta, não sendo correta a avaliação numérica, eis que suas considerações sobre o impacto causado no custo pelo tempo de ociosidade dos recursos e eventuais *“compensações”*, são pobres e incompletas. Aduz que, como consta dos autos, esta Corte de Contas, quando da análise dos dados do regime de chuvas que ocorreram na região da obra, apurou que o impacto das chuvas no custo dos serviços de terraplenagem representa um valor médio de 8%, variando este impacto entre 2% e 15%, e concluiu, com o devido respeito, equivocadamente, que este valor é irrisório. Conclui que este valor não é irrisório, pois um impacto médio de 8%, que pode chegar a 15% do valor dos preços dos serviços, não pode ser desconsiderado.

46. Anota que esta Corte de Contas se contradiz quando defende que não deve ser considerada a redução na produtividade de suas composições de preços unitários dos serviços de terraplenagem devido ao regime de chuvas da região, posto que reconhece uma defasagem nos preços dos serviços, a qual deve ser considerada. Assevera que, também nesse estudo, este TCU, contrariamente às conclusões apresentadas e à afirmação anteriormente citada, reconhece que não se trata de uma obra de implantação propriamente dita. Repete as palavras do próprio TCU, no sentido de que: *“na elaboração das composições de preços unitários dos serviços de restauração, foram adotados, de forma geral, os mesmos critérios utilizados para os preços de construção (...).”*

47. Conclui que o Sicro não contempla em suas composições de custos de serviços, os custos decorrentes de paralisações das equipes de produção em decorrência das chuvas. Assim, aduz que esta improdutividade e seus custos devem ser previstos e devidamente introduzidos no orçamento, o que, em razão da frequência e intensidade das chuvas na região, ocorreu no caso em tela. Argumenta que esta Corte de Contas, contudo, apesar de todas as evidências, entende por não considerar relevante o impacto, médio de 8%, causado pelas chuvas na produtividade das obras em questão. No entanto, alega que o impacto negativo das chuvas nas equipes de produção é inquestionável no caso. Anota que houve baixa produtividade das obras de terraplenagem, nos três primeiros meses de obra, devido às intensas chuvas na região.

48. Assevera que, da análise das medições de serviços, percebe-se que, em razão da chuva, nos três primeiros meses de obra, as quantidades executadas de terraplenagem foram ínfimas. Argumenta que, em razão da influência da chuva sobre a execução dos serviços foi necessário a adoção de um novo cronograma de serviços (faz referência às medições de serviços e ao novo cronograma de serviços, acostados aos autos do TCU 015.279/2006-7, peça 07). Afirma que, de acordo com o Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU (Portaria Segecex 33, de 7/12/2012), em se tratando de auditorias em obras executadas, a improdutividade nos serviços em razão do impacto causado pelas chuvas será comprovada através das medições. Alega que, no caso, isso pode ser comprovado, como posto acima. Considera que a obra foi executada em região com interferências com estradas existentes e em utilização - considerando-se todo o canteiro de obras, composto inclusive por caminhos de serviço.

49. Assevera que a rodovia em questão – BR 369/MG - tem, inquestionavelmente, grande importância para a região, pois liga as cidades do sudoeste de Minas à capital, e tem elevado tráfego de veículos. Anota que sua interrupção acresceria cerca de 30 km no trajeto para a capital, o que implicaria em grande prejuízo e atrasos para as transportadoras e demais usuários da rodovia. Aduz serem inquestionáveis os impactos decorrentes das interferências de tráfego da região, devido à proximidade da área urbana. Afirma que, com a intenção de não interromper o tráfego na rodovia BR369/MG que liga a cidade de Campo Belo a Belo Horizonte entre outras cidades importantes da região, foi realizado um desvio, o que, claramente, provocou redução da produtividade. Alega que tal fato é inclusive confirmado por este TCU que, quando da análise dos argumentos de defesa já apresentados pela recorrente confirmou que as fotos apresentadas “*evidenciam que o trânsito foi desviado.*” Registra que os custos decorrentes da implantação desse desvio foram integralmente assumidos pela recorrente.

50. Argumenta que a produtividade, característica do presente contrato, também é consequência da largura da plataforma da terraplenagem, da topografia acidentada da região e das rampas. Não obstante isso, aduz que este TCU não as considera e se limita a alegar que esses argumentos “*são semelhantes aos que já foram trazidos anteriormente e refutados por este Tribunal*” e não faz uma análise pormenorizada do assunto, de modo a motivar, conforme dita a lei, a sua negativa. Anota que este TCU equivocadamente considerou “*tratar-se de uma obra de implantação ferroviária*”, o que já foi claramente demonstrado não ser. Afirma que as conclusões alcançadas àquela época não podem ser mais utilizadas.

51. Alega ser evidente que a produtividade, característica do presente Contrato, também é consequência de ter sido construída uma plataforma de terraplenagem para ferrovia (no caso, de 6,35 m), bem mais estreita que uma plataforma de terraplenagem para rodovia (que em regra tem cerca de 14 m), o que dificulta sobremaneira o trabalho e a movimentação de veículos e equipamentos, notadamente os não articulados - tal explicação se faz necessária pois a fonte de referência adotada pelos auditores foi o sistema de preços para obras rodoviárias denominado SICRO. Assevera que a rampa máxima projetada para esta ferrovia (1,5 %), juntamente com a acidentada topografia da região, impôs a execução de muitos cortes, o que - aliado à estreita largura da plataforma - limita as operações, impondo uma baixa produtividade, já que em tais situações os equipamentos/veículos não têm espaço para manobras de retorno (giro), com significativo aumento dos tempos de ciclo, inclusive com retornos de ré em áreas de corte. Da mesma forma, afirma que foi executado um grande número de aterros, os quais dificultam as operações de retorno e travessia dos equipamentos e veículos, sendo necessária a construção de diversos caminhos de serviço ao longo das encostas, que posteriormente foram escavadas e/ou aterradas.

52. Argumenta que a faixa de domínio para ferrovias é de cerca de 30 m, a partir do eixo da via, bem mais estreita que para rodovias (cerca de 80 m), o que implica em maiores dificuldades de trabalho, pela interferência com o ciclo dos equipamentos/veículos, ainda mais numa região com predominância de pequenas propriedades rurais, as quais não puderam ser usadas alternativamente como alargamento da faixa de domínio, já que as atividades da recorrente teriam impacto significativo na alteração das características daquelas propriedades (restrição das atividades produtivas, decorrente de erosão, impedimento de uso, presença de equipamentos, etc.), com impacto igual no contexto de toda a propriedade, na verdade uma pequena propriedade. Conclui

que os proprietários rurais não permitiram o acesso dos recursos da recorrente em suas áreas, ainda que provisoriamente, não permitindo assim o alargamento da faixa de domínio, e, conseqüente, das praças de trabalho da recorrente.

53. Aduz que a pouca largura da faixa de domínio, em uma obra de implantação de ferrovia, traz dificuldades de apoio de equipamentos e veículos que devem trafegar pela estrada de serviço, pois, muitas vezes, a própria execução de determinados trechos impede a continuidade do caminho de serviço, impondo trajetos longos e demorados para se completar o ciclo de trabalho de equipamentos e veículos, bem como o de transportes diversos. Afirma que se trata, inegavelmente, de uma obra ferroviária com característica de trabalho em áreas confinadas, sem relação com as previsões de produtividade do SICRO - um sistema de preços médios de obras rodoviárias. Alega que devem ser considerados também os impactos negativos advindos da condição física do local das obras contratadas decorrentes do longo período de paralisação da obra. Anota que tal fato inegavelmente surte forte impacto na produtividade da obra, devido à necessidade de retrabalhos.

54. Conclui que os custos decorrentes desses retrabalhos têm que ser considerados junto ao fator de improdutividade, e, por isso mesmo, foram previstos pelo órgão contratante no orçamento do Edital. Anota que, conforme consta no item 4.6.1 do Projeto Executivo (Vol. I, Tomo I), havia a necessidade de retaludamento de vários cortes e aterros, devido à paralisação das obras e chuvas intensas na região nos últimos três anos. Alega que tal fato pode ser claramente identificado a partir das metodologias adotadas para elaboração do orçamento, apresentadas no Volume IV do Projeto Executivo. Afirma que isso é também facilmente visualizado nas fotos apresentadas pela recorrente em sua manifestação. Portanto, conclui que não merece prosperar a alegação deste TCU de que a recorrente não trouxe elementos suficientes para desconstruir os argumentos apresentados pela Unidade Técnica. Assevera que as próprias memórias do Projeto Executivo, consideradas pelo órgão licitante para a elaboração do orçamento do Edital, trazem essas evidências. Conclui que, para melhor análise e compreensão deste TCU, devem-se analisar os volumes 1 e 4 do Projeto Executivo.

55. Aduz que, apesar de tal circunstância e seu impacto negativo terem sido alertados pela recorrente e também pelo gestor do DNIT, Luiz Fernando de Pádua Fonseca, este Tribunal de Contas foi omissivo, razão pela qual se pede agora sua análise. Alega que o orçamento é uma estimativa, pois o custo real de uma obra só pode ser verificado ao final da execução dos serviços, considerando todas as eventualidades ocorridas durante a obra e não previstas no orçamento. Afirma que, como o orçamento se trata de um limitador e não impositor (em sua plenitude), as empresas licitantes elaboraram as suas propostas de acordo com a interpretação das características da obra e buscando o menor preço possível para execução dos serviços e, conseqüentemente, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. No caso, afirma que elaborou sua proposta de preço de acordo com que o entendeu ser viável e exequível, tendo em vista as suas condições e respeitando os limites estabelecidos no orçamento do Edital.

56. Argumenta que a proposta de preços apresentadas não deve ser igual ao orçamento do órgão, deve respeitar os seus limites e condicionantes impostas no Edital, sob pena de ser desclassificada do certame. Assevera que cada empresa elabora seus estudos de acordo com suas particularidades, considerando o seu know-how, equipamentos e mão de obra disponíveis, dentre outros fatores. Anota que considerou em seu preço a improdutividade advinda nos fatores acima mencionados, dentre outros, e assumiu em sua proposta de preço esses custos e mesmo assim apresentou o menor preço dentre as 9 licitantes. Aduz que cada licitante considera quando da elaboração da sua Proposta de Preços os seus custos advindos dos riscos de improdutividade. Argumenta que considerou os seus, conforme as suas particularidades e as especificidades da obra, apresentando o seu preço para execução dos serviços, o qual, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da segurança jurídica, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, como também da vinculação ao Edital, manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato e vedação ao enriquecimento ilícito, deve ser mantido e respeitado.

57. No que tange aos novos cálculos elaborados pelos auditores para apuração do suposto superfaturamento, diz que este TCU alega que para atender o pleito da Egesa, foram utilizados os custos dos insumos do estado de Minas Gerais, local de construção da obra. Para isso, esta Corte

afirmou que foram consultados os dados disponíveis no Sicro 2, de março de 2006, e aplicou-se o adicional de 15,51% sobre a mão de obra com encargos, sem os descontos efetuados outrora nas respectivas composições de preços unitários (CPU's) de referência, já que haviam sido deduzidos os encargos da mão de obra para daí fazer incidir o referido adicional. A recorrente afirma não ter solicitado que se aplicasse o adicional sobre a mão de obra no percentual de 15,51%, mas, por ter o mesmo sido aplicado, e entender ser correta a sua aplicação, discordando apenas do seu percentual, trataremos do assunto.

58. Verifica que tal percentual, de 15,51%, está previsto na Instrução de Serviço DG-DNIT nO 15/2006, de 20/12/2006; que é posterior à elaboração do orçamento do Edital 143/2006-00. Conclui que a mesma é inábil para o fim que ora se pretende. Afirma que, para fins de comparativo dos preços orçados, deve-se adotar o mesmo parâmetro vigente à época. No caso, a Instrução de Serviço DG-DNIT 01/2004, de 26/05/2004. Alega que, nos termos da referida Instrução de Serviço, o adicional de mão de obra adotado, vigente à época, era de 20,51%. Conclui que o equívoco acima exposto deve ser sanado, devendo ser todos os cálculos refeitos, incluindo as composições auxiliares, de modo a se considerar no cálculo do suposto superfaturamento o percentual correto, de 20,51%, para o adicional de mão de obra, nos termos da Instrução de Serviço DG-DNIT 01/2004 vigente à época dos fatos.

59. Assevera que, por uma simples análise da composição de preço adotada pelos auditores, constata-se a total inadequação da mesma ao caso presente, eis que incompleta e, portanto, inservível. Nota que, na CPU adotada pelos auditores desta E. Corte de Contas, tanto percebe-se a falta, como a previsão de quantidades insuficientes de equipamentos, incompatível com a necessidade do projeto. Aduz que também na relação de mão-de-obra, percebe-se a ausência de mão de obra especializada, imprescindível para a execução dos serviços da via permanente. Assim, incompleta e, conseqüentemente, inservível, tal composição de preço não pode ser adotada, assim como os resultados dela decorrentes e que indicaram, equivocadamente, superfaturamento nos serviços.

60. Argumenta que, como regra geral nas composições de preços para via permanente, foi adotado pelos auditores a função de Encarregado de Turma ao invés da mão-de-obra especializada para serviços de engenharia ferroviária, que seria de Mestre de Linha. Afirma que esta função, inclusive, foi prevista e considerada no orçamento do Edital. Aduz que o cargo de Mestre de Linha é de responsabilidade e supervisão, exigindo conhecimento específico dos serviços de execução de linha férrea. Alega que, ao lado da nomenclatura distinta, tem-se que também as funções são realmente distintas, e os salários diferentes - no caso, o salário de um Mestre de Linha é cerca do dobro do salário do Encarregado de Turma adotado, equivocadamente, no trabalho dos auditores.

61. Desta que tal fato, por si só, mascara e invalida todas as composições de preços nas quais tal procedimento foi praticado, o que levou a que os preços de referência deste Tribunal fossem subpreços, criando uma diferença irreal entre eles e os preços contratados com a recorrente - o que levou a uma falsa constatação de superfaturamento. Conclui que este Tribunal de Contas entendeu, corretamente, após análise da manifestação da recorrente, por contemplar na sua composição de preços do serviço de 'Montagem de Grade de Linha - Trilhos TR-45 em bitola métrica' a mão de obra do Mestre de Linha "que foi apropriada na proporção utilizada pela Valec no Edital 4/2010, mas com o preço da contratada".

62. Aduz que este TCU, apesar de aceitar considerar a mão de obra do Mestre de Linha, foi contraditório e utilizou um parâmetro distinto do adotado no orçamento do Edital. Afirma que tal conduta não pode prosperar e devem ser respeitadas as exigências editalícias da época da licitação, as quais, por Lei, devem orientar a elaboração das propostas de preços dos licitantes. Assevera que a modificação das condições editalícias, agora, após concluída a obra, representaria um descumprimento claro das cláusulas editalícias originais - e, inclusive, poderia ensejar, à época, a não participação no certame, da empresa vencedora bem como a de outras interessadas. Verifica que os auditores adotaram uma referência posterior à elaboração do orçamento do Edital 143/2006-00 e assinatura do Contrato 238/2006, qual seja: a proporção utilizada pela Valec no Edital 4/2010. Alega que, em que pese ter adotado o preço da recorrente, adotou índice de produtividade muito aquém do real, o que acabou por desconfigurar o preço proposto pela recorrente, que foi

contratado, não se valendo como mecanismo correto e fiel para fins de comparativo e análise da regularidade dos preços.

63. Argumenta ser necessário o refazimento de todos os cálculos, para o que sugere os procedimentos a serem seguidos, a fim de buscar um comparativo mais justo e coerente com as especificações do Edital, considerando as características e particularidades da obra em questão:

- a) Utilizar insumos de fev./2005, região MG;
- b) Alterar a produtividade de acordo com o fator de eficiência nas composições principais;
- c) Aplicar o adicional de 20,51% sobre a mão de obra de todas as composições;
- d) Aplicar os encargos de 146,81% sobre a mão de obra de todas as composições;
- e) Apresentar todas as composições auxiliares adequadas;
- f) Apresentar todas as composições principais para cada item do quadro do suposto superfaturamento adequadas;
- g) Apresentar todas as composições principais para cada item da superestrutura ferroviária adequadas;
- h) Reajustar os preços para fev/06 (data base do contrato);
- i) Apresentar o quadro comparativo adequado.

64. Recorda que o edital faz lei entre as partes. Alega que o atendimento ao Edital não caracteriza nenhuma irregularidade, pelo contrário, é condição **sine qua non** para os interessados participarem do procedimento licitatório. Afirma que este foi o procedimento da recorrente: compareceu ao certame, verificou as exigências e orientações contidas no Edital, confrontou com as disponibilidades de seus recursos, e, então, elaborou sua proposta, para aquelas condições previstas no Edital. Anota que a introdução a posteriori de outras condições, impactantes na formação dos preços, como pretende agora essa Corte de Contas, equivaleria a lançar um novo Edital, o que, por simples e breve análise, não seria possível, pois o Edital deve preceder à contratação e à execução. No caso em questão, lembra que a obra já foi contratada, executada e recebida, estando em conformidade com as especificações técnicas do contrato, conforme consta do Termo de Recebimento Definitivo da obra, acima citado.

65. Lembra também que, em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as partes (Contratante e Contratada) ficam obrigadas ao cumprimento das disposições editalícias. Nesse sentido, aduz que, como dispõe a Lei de Licitações, em seu art. 41, na Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Cita doutrina de Marçal Justen Filho como sustento.

66. Argumenta que se obrigam as partes a respeitar e cumprir as normas constantes do Edital de Licitação. Conclui serem corretas e inquestionáveis a conduta e a proposta de preços apresentada pela recorrente, pautadas nas exigências editalícias à época da licitação. Aduz que, para uma correta análise dos preços contratados, devem-se considerar as exigências previstas no Edital, as quais fundamentaram a proposta de preços apresentada pela Contratada ora recorrente.

67. Argumenta que, em que pese a legitimidade do Contrato, já demonstrada pela recorrente, este Tribunal de Contas limitou-se a afirmar que não se aplica quando os preços do contrato estão viciados, visto que decorreram de uma licitação cujo orçamento-base de referência estava em desacordo com os preços de mercado. Verifica, portanto, que este TCU deixou de analisar os preceitos normativos que impõe a preservação do direito da recorrente a ser devidamente remunerada e ressarcida pelos serviços por ela prestados, mesmo que reconhecidamente viciados, que aqui se admite apenas por argumentar.

68. Afirma ter demonstrado que as obras foram integralmente executadas como previsto no Contrato e como atestado no Termo de Recebimento Definitivo DIF238/2006, datado de 05/02/2009: *“encontrando-se em bom estado de conservação e executadas a contento pela CONTRATADA de conformidade com as especificações técnicas do contrato, os representantes do*

*DNIT acima nomeados, ...fizeram o seu recebimento DEFINITIVO...”. Aduz que os quantitativos executados foram devidamente verificados e aprovados pelo DNIT, como consta da última medição acumulada de serviços: “Os serviços objeto da presente medição correspondem aos efetivamente realizados e foram atestados pelo engenheiro Silvio Duarte Melo.”*

69. Anota que, diante do reconhecimento pelo DNIT quanto à regularidade da fiel e regular execução do objeto contratado, a glosa ou o não pagamento de qualquer quantia derivada dos quantitativos executados e dos preços contratados, representaria enriquecimento ilícito por parte da Administração, o que é vedado pela Lei. Afirma que se trata de aplicar o contido nos princípios da boa-fé, segurança jurídica e da proibição ao enriquecimento ilícito, o qual é assente inclusive nos casos de nulidade de contrato - o que não é o caso, mas se equipara no aspecto de legalidade dos atos administrativos. Conclui que, com muito mais razão, aplica-se ao caso concreto, em que a recorrente executou todos os serviços com perfeição, conforme contratado. Afirma que, mesmo que eventual nulidade fosse declarada, jamais poderia ser determinada a devolução de pagamentos realizados.

70. Afirma que isso decorre da aplicação do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993, que estabelece que, mesmo diante da nulidade de um contrato administrativo, a Administração não se exonera do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que a nulidade for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados. Conclui que a obrigação de se realizar pagamentos integrais pelos serviços executados pela recorrente subsistirá ainda que venham a ser reconhecido por essa Corte de Contas irregularidades nos atos de aprovação do projeto executivo e o orçamento base. Menciona doutrina de Marçal Justen Filho como sustento.

71. Sobre esse assunto, destaca uma decisão do STJ, reconhecendo que “*demonstrada a efetiva realização do objeto contratado - no caso, obras de infraestrutura no Município -, não pode a Administração, ao argumento de eventual irregularidade no estabelecimento do ajuste, furtar-se, na espécie, ao adimplemento de sua obrigação pecuniária com o particular. Aduz que as mesmas moralidade e legalidade que devem permear os atos públicos, inclusive as contratações, devem, também, vedar o enriquecimento ilícito e o locupletamento de qualquer das partes, aí se inserindo a própria Administração Pública.*” (REsp 468.189/SP, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, julg. 18.3.2003, publ. DJU 12.5.2003, p. 221). Cita também trecho de outro Voto do Relator **a quo** em outro processo como sustento. Conclui ser evidente o descabimento da condenação ora imposta à recorrente. Aduz já ter demonstrado que todos os serviços foram regularmente realizados pela recorrente como contratado, de forma que a Administração os incorporou ao seu patrimônio e tem usufruído dos benefícios decorrentes destes.

72. Alega ser inquestionável o direito da recorrente ao integral pagamento dos valores retratados no Contrato 238/2006. Afirma não haver razão para se pretender impor a devolução de parte destes valores regularmente recebidos pela recorrente, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e infringência à Lei - que veda que o Contratante deixe de ser integralmente remunerado por obras adequadamente realizadas em benefício da Administração. Cita julgado da Justiça Federal como sustento (JF-SJDF-Processo 2009.34.00.029511-2).

73. Argumenta que, consoante dispõe a norma legal, os contratos têm que ser cumpridos nos exatos termos acordados entre as partes. Afirma que a lei, conforme ensina Carlos Aurélio Mota de Souza, é garantia de estabilidade das relações jurídicas. Conclui que cumpre destacar que em atenção aos normativos legais e, em especial, o princípio da segurança jurídica, não há como se pretender alterar, agora, após regularmente concluídas as obras, as disposições contratuais inicialmente pactuadas, notadamente, no que se refere aos preços contratados. Cita doutrina acerca do princípio da segurança jurídica da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello. Destaca, também, que o princípio da segurança jurídica, previsto na Constituição Federal da República, está posto em nosso ordenamento jurídico infraconstitucional, no **caput** do art. 20 da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

74. Evidencia que, em atenção ao princípio constitucional da segurança jurídica, o qual garante aos jurisdicionados que determinada situação concreta de direito não será alterada - ato jurídico perfeito, os dispositivos contratuais, previstos pelas partes, não poderão ser arbitrariamente

alterados. Afirma que há que se respeitar o princípio da segurança jurídica e, atrelado a este, os princípios da legitimidade dos atos administrativos, da vinculação ao instrumento convocatório, da lealdade e da boa-fé. Afirma que, conforme já dito, o contrato foi regularmente firmado pelas partes, estando todas as suas condições em estrita observância às determinações editalícias. Assim, conclui que não há razões para se pretender alterá-las.

75. Alega que a Administração não pode, unilateralmente, alterar as condições contratuais, após serem regularmente pactuadas, sob pena de ferir os princípios constitucionais acima expostos. No caso, afirma que todas as condições contratuais estão de acordo com a legislação aplicável e as previsões dispostas no Edital de Licitação 143/2006-00. Conclui que, em atenção aos princípios da segurança jurídica, da vinculação ao instrumento convocatório, da lealdade, da boa-fé, a recorrente está assegurada juridicamente contra pretensas alterações posteriores, notadamente contra a redução do preço dos serviços contratados. Cita julgado do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça Federal como sustento.

76. Assevera que a responsabilidade contratual nasce do descumprimento, total ou parcial, de um contrato ou de uma de suas cláusulas. Alega que, no que se refere aos contratos administrativos, prevê o artigo 66 da Lei 8.666/1993 que o contrato deve ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas da Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. Afirma que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal dispõe que as obras e serviços serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. Anota que, no caso, os serviços foram licitados e contratados conforme disposto no Edital de Licitação 143/2006-00, e, conforme demonstrado acima, todos os serviços foram regularmente prestados pela recorrente como contratado, razão pela qual não há que se falar em irregularidade e em alteração das condições pactuadas. Afirma que firmou o contrato 238/2006, o qual continha os preços por ela ofertados na Licitação, em conformidade às exigências editalícias, os quais, em decorrência da contratação, foram assumidos pelo Contratante como contraprestação devida à execução do objeto contratado.

77. Afirma que, de modo a manter a equação econômica financeira inicialmente prevista, consubstanciada na relação de proporção entre os custos prospectados pelo licitante (prestação assumida pela recorrente) e o valor proposto por ele (contraprestação assumida pela Administração), devem ser mantidas inalteradas as condições efetivas da proposta. Cita doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello e Joel de Menezes Niebuhr como sustento.

78. Alega ter demonstrado que é equivocada a aplicação de juros de mora calculado desde o momento do pagamento do valor que se reputou indevido. Aduz que o Contrato em questão foi perfeitamente executado pela recorrente e que toda a sua execução foi fiscalizada e as medições de serviços executados, aprovadas pela fiscalização do DNIT. Afirma que, somente agora, ao receber o Ofício de citação desta TCE, está sendo imputada à recorrente, responsabilidade decorrente de supostas irregularidades no ato de aprovação do projeto executivo e do orçamento base do Edital de Licitação 143/2006-00, tema que é absolutamente alheio à sua esfera de responsabilidade. Conclui que, apenas com a notificação da recorrente da abertura desta TCE, que se deu em 31/01/2012, é que se passou a reputar indevidas determinadas parcelas recebidas pela recorrente. Anota que, ainda que fosse procedente o débito imputado (o que se coloca apenas para o fim de argumentar), a recorrente nem mesmo teria condições de satisfazê-lo antes de ter conhecimento da sua existência e da especificação/quantificação do seu montante.

79. Alega que, tal qual demonstrado em sua manifestação, é inequívoca a inexistência de mora da recorrente e a justificar a aplicação de juros calculados desde junho de 2007. Cita doutrinas de Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz como sustento. Aduz que, no presente caso, é indiscutível que não há crédito vencido, certo e judicialmente exigível desde junho de 2007.

80. Afirma que executou com perfeição o Contrato 238/2006, cuja execução, destaca-se, não está sendo questionada. Ao contrário, afirma que o que ora se questiona são supostas irregularidades no

ato de aprovação do projeto executivo e do orçamento base do Edital de Licitação, atos estes de responsabilidade exclusiva do DNIT. Nesse contexto, assevera que não há qualquer possibilidade de se imputar débito à recorrente nem extrair suposta mora na devolução do suposto débito. Ademais, argumenta que a aplicação de juros deve ser feita de acordo com a Lei sob a qual se constituiu a obrigação. Caso contrário, conclui que haveria insegurança jurídica, porque não haveria possibilidade de prévio conhecimento dos juros, se cabíveis. No caso, alega que o fundamento legal do contrato é a Lei 8.666/1993, conforme item 6.1 do Edital. Anota que esta Lei indica que o Edital conterà, obrigatoriamente, “*compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamento*” (art. 40, inciso XIC, aliena “d”).

81. Alega que o Edital, por seu item 25.2, instrui que “*os valores a serem pagos, no caso de ocorrer atraso na data prevista no subitem 24.3, deverão ser atualizados financeiramente, pelos índices de variação do IPCA/IBGE em vigor, (...)*”. Afirma que não há no Edital nenhuma citação de pagamento de juros em caso de inadimplência, tanto pelo Contratante quanto pelo Contratado (fl. 23 do Edital). Conclui que, caso fosse devido algum valor pela recorrente, o que se admite apenas por argumentar, não seria justo a Administração Pública cobrar correção monetária mais juros do seu colaborador, quando ela própria paga apenas correção monetária (no caso, IPCA/IBGE) em eventual inadimplência de pagamentos à mesma, como inscrito no Edital, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública.

82. Aduz que o v. acórdão 705/2014-Plenário, ora recorrido, acolhendo os fundamentos da instrução, afastou a alegação da recorrente limitando-se a “*mencionar a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça [segundo a qual]: os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*”. Afirma que a apreciação da matéria se baseou na aplicação de ato infralegal, de natureza meramente orientativa. Ademais, alega que se trata de responsabilidade extracontratual, não aplicável, portanto, ao caso. Cita julgado do Supremo Tribunal Federal, e afirma que o mesmo ensina que: “*Os enunciados das Súmulas não podem ser concebidos como atos do Poder Público, lesivos a preceito fundamental*”.

83. Assevera que, ao acolher os fundamentos da instrução, o v. acórdão 705/2014-Plenário deixou de apreciar o argumento da recorrente segundo o qual inexistia, no caso concreto, crédito vencido, certo e judicialmente exigível desde junho 2007, de forma configurar a mora da recorrente. Por outro lado, aduz que a instrução não especifica (e nem poderia) qualquer circunstância que teria resultado na constituição em mora da recorrente, considerando que a constituição da mora depende de vencimento de obrigação (a termo) ou de notificação do suposto devedor.

84. Alega que, considerando-se que aplicação equivocada do cálculo dos juros de mora constitui a grande parte do débito imputado à recorrente é de fundamental importância que este TCU reforme o seu entendimento sobre a matéria suscitada pela recorrente. Conclui que, mesmo se fosse procedente o débito que ora se lhe imputa, o que não é, como se demonstrou amplamente acima - não há mora da recorrente com relação à devolução de tais quantias. Consequentemente, afirma que não há perdas e danos decorrentes de suposta mora passíveis de serem indenizados com juros moratórios, como ora se pretende. Ressalta que a recorrente não concorda com a cobrança de nenhum débito, seja ele principal, de correção monetária ou de juros.

85. Afirma que demonstrou que agiu com inequívoca boa-fé na execução das obras objeto do Contrato 238/2005 e seus aditivos. A recorrente sempre cumpriu estritamente as determinações da Contratante, adimplindo de forma inquestionável suas obrigações contratuais. Aduz que não há qualquer irregularidade nos pagamentos realizados, pois todos foram realizados de acordo com o contrato e aditivos firmados com o Contratante. Alega que todas essas circunstâncias não foram levadas em consideração pelo v. Acórdão 705/2014-Plenário, e peio v. Acórdão 1598/2014-Plenário.

86. Anota que os v. acórdãos omitiram-se sobre as seguintes questões: (i) a conduta da recorrente na execução do contrato sempre esteve amparada na boa-fé, (ii) os pagamentos ocorreram nos exatos termos do contrato e dos aditivos firmados com o Contratante (ou seja, não se recebeu nenhum valor que não estivesse previsto contratualmente); (iii) a recorrente executou o contrato

nos exatos termos do contrato (e aditivos) e das especificações contidas no Edital e determinações do Contratante; e (iv) não há dúvidas acerca da efetiva realização das obras e serviços pela recorrente.

87. Conclui que, diante de tais fatos, não se pode aceitar a afirmação de que a recorrente não logrou demonstrar a sua boa-fé. Ademais, como já posto acima, afirma que, em não sendo comprovada a má-fé da recorrente, a sua boa-fé deve ser presumida. Recorda que o v. acórdão recorrido invoca de forma simples que a recorrente *“se beneficiou por ter recebido, de forma irregular, os recursos superfaturados, motivo pelo qual deve ser condenada em débito, solidariamente com o responsável”*. Argumenta que a referida afirmação deve ser motivada, expondo-se de forma clara e inequívoca os fundamentos que conduzem a tal conclusão. Conclui que, na medida em que isso não ocorreu, configurou-se novamente omissão no v. acórdão. Ante o exposto, espera-se que seja reconhecida a boa-fé da recorrente. Alega que, não havendo qualquer prática ilegal da recorrente, notadamente no sentido de lesar o erário, deve ser afastada a pretensão de se lhe aplicar multa.

88. Anota que, nos termos do v. acórdão recorrido, *“devido à reprovabilidade da conduta dos responsáveis, que resultou em dano ao erário, deva-lhes ser aplicada a multa prevista no artigo 57 da Lei 8.443/1992.”* Afirma que tal penalidade é incabível, uma vez que não há que se falar em reprovabilidade da conduta da recorrente, conforme já fartamente demonstrado em sua manifestação. Recorda que o ato impugnado: *“ter aprovado o projeto executivo e o orçamento base do Edital de Licitação 143/2006-00 DNIT”* é absolutamente alheio à conduta e responsabilização da recorrente.

89. Por fim, a recorrente pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao seu Pedido de Reexame, nos termos do art. 48, par. único c/c art. 33 da Lei 8.443/92 e do art. 286 c/c art. 285, caput, do Regimento Interno desse E. TCU. Destaca que o presente recurso de reconsideração abrange a totalidade dos capítulos decisórios contidos nos v. acórdãos recorridos (Acórdãos 705/2014 e 1598/2014), razão pela qual espera e requer a incidência do efeito suspensivo sobre todos os seus pontos, mormente sobre todas as determinações exaradas por esta Corte de Contas. Espera o conhecimento e provimento do presente recurso de reconsideração, de modo que sejam afastados os motivos que conduziram à constituição do presente processo de Tomada de Contas Especial, reconhecendo-se a regularidade do Contrato 238/2006, como também a inoccorrência de qualquer conduta reprovável, por parte da recorrente, que configure a necessidade de se lhe aplicar multa, devendo-se, portanto, desconsiderar o débito e a multa ora pretendidos.

### **Análise**

90. Em primeiro lugar, aparentemente a recorrente quer dar a entender que o fato de as propostas das empresas conterem valores globais similares confere à sua proposta (a vencedora do certame) a legitimidade de poder ser considerada como compatível com os preços de mercado, o que não é correto. De toda sorte, já está pacificado na jurisprudência desta Casa que os valores do Sicro 2 podem ser utilizados para aferir a compatibilidade dos valores de obras executadas no âmbito do DNIT com os valores de mercado para a data e a região específicas. Logo, não merece acolhida este argumento da recorrente.

91. Por outro lado, é lógica a conclusão da recorrente no sentido de que as propostas apresentadas pelas 9 licitantes que participaram do certame foram compatíveis com o orçamento da obra estimado pelo DNIT. Contudo, como bem ressaltou o Relator **a quo** no subitem 5 do seu Voto condutor: *“O superfaturamento em análise foi identificado ainda enquanto sobrepreço, na fase de licitação, ocasião em que DNIT foi chamado aos autos para justificar a existência de preços unitários acima dos preços referenciais.”* Por esse motivo, tampouco se pode acolher o argumento da recorrente tendente a classificar o valor calculado pela unidade técnica como irrisório ou inexecutável, visto que compatível com os valores de mercado apurados pela unidade técnica por meio do uso do Sicro 2, em harmonia com a jurisprudência pacífica desta Corte.

92. Por oportuno, a verificação de sobrepreço no orçamento base ainda na fase da licitação, tal como ocorreu no presente caso concreto, está perfeitamente alinhada ao raciocínio do eminente Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti e efetivamente confere ao superfaturamento na execução do contrato em tela *“razoável certeza quanto à sua exigibilidade como débito”*. De fato,

o gestor do DNIT, tendo sido instado a pronunciar-se acerca do sobrepreço identificado no certame licitatório, assumiu conscientemente o risco de dar continuidade ao procedimento, convertendo o sobrepreço em superfaturamento por meio da contratação e execução da obra que foi fruto de um orçamento base cujos valores já haviam sido questionados por esta Corte de Contas. Nesse diapasão, deve-se ressaltar que, conforme entendimento pacífico desta Corte de Contas, a responsabilidade solidária da recorrente, no que tange ao débito, decorre do fato de a mesma ter recebido, de forma irregular, os recursos superfaturados, conforme salientado pelo Relator **a quo** no subitem 28 do seu Voto condutor.

93. Por seu turno, o entendimento pacífico desta Corte de Contas é no sentido de que a boa-fé no uso dos recursos públicos deve ser comprovada pelos gestores públicos e beneficiários por pagamentos efetuados com os aludidos recursos. A propósito da evocação do princípio da boa-fé por parte da recorrente, conforme entendimento pacífico deste Tribunal, para que reste caracterizada a necessidade de ressarcimento ao erário, não é necessária a comprovação de dolo, má-fé, desídia, locupletamento, benefício ou proveito pessoal, bastando com que seja quantificado o dano ao erário, que seja identificado o responsável o aludido dano, e que seja caracterizado o nexo de causalidade entre as condutas daquele responsável com o dano verificado. Compulsando os autos, observa-se que tudo isso restou claramente caracterizado no juízo **a quo**.

94. Nesse particular, como bem ressaltou a unidade técnica, no subitem 103 do Relatório do julgamento **a quo**, o Ministro Augusto Sherman asseverou, em publicação na Revista do TCU, Brasília, v. 32, n. 88, abr/jun 2001, p. 30/40 que:

*'Reconhecer' a boa-fé significa extrai-la dos elementos contidos nos autos, significa que a boa-fé deve ser demonstrada, verificada, observada a partir desses elementos. Quer isso dizer que a boa-fé, nesse caso, não pode ser 'presumida', mas antes deve ser verificada, demonstrada, observada, enfim, reconhecida.*

95. Adicionalmente, sobre os diversos precedentes judiciais trazidos à baila pela recorrente, salienta-se que esta Corte tem sua competência constitucional lastreada no art. 71 da Constituição Federal e pauta a sua atuação com base no princípio da independência das instâncias, não se vinculando obrigatoriamente a nenhuma decisão de outros órgãos ou entidades, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial. A propósito, deve-se ressaltar que inexiste segurança jurídica, direito adquirido ou ato jurídico perfeito com base em atos ilegais, os quais efetivamente seriam susceptíveis de revisão, sobretudo num caso como o que ora se analisa, no qual pairam sobre os procedimentos adotados na execução do contrato em tela a suspeita de desconformidade em face das disposições da Lei 8.666/1993. Tampouco é cabível invocar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando esta Corte identificou e questionou o superfaturamento ainda na etapa da licitação, antes, portanto, dos gastos terem sido efetuados pelo DNIT em favor da recorrente.

96. Por seu turno, tampouco merece acolhida o argumento da recorrente no que tange a um suposto enriquecimento ilícito por parte da Administração, pois o Acórdão **a quo** não determinou a devolução da totalidade dos recursos públicos destinados ao pagamento da obra em comento, mas apenas da parte em relação à qual foi identificado o sobrepreço, a qual, conforme analisado anteriormente, enseja o ressarcimento do dano ao erário. A propósito, como bem ressaltou o Relator **a quo** no Voto que apreciou os embargos declaratórios, especificamente no que tange à alegação de que o contrato em tela é legítimo e deve ser fielmente executado pelas partes, não há que se falar em legitimidade de contrato firmado em desacordo com as leis, com preços unitários viciados e acima dos referenciais de mercado.

97. Por seu turno, seguramente confundiu-se a recorrente na leitura do despacho do Relator **a quo**, quando este indeferiu pedido de medida cautelar, nos autos do processo 015.279/2006-7. O fato de o Exmo. Relator ter indeferido a cautelar solicitada não significa que o mesmo conferiu legitimidade aos valores constantes do orçamento base da licitação. Até por isso, como já analisado anteriormente, a unidade técnica e o Relator **a quo** suscitaram a questão do sobrepreço ainda em sede da representação, mediante a qual questionaram o certame licitatório, e instaram o DNIT a se pronunciar acerca do aludido sobrepreço. Aliás, é possível que o sobrepreço no orçamento base da

licitação tenha induzido as participantes no certame a seguirem os valores que lhes foram apresentados como base para apresentar suas propostas de preço. Contudo, isso não elide a responsabilidade solidária pelo ressarcimento ao erário do superfaturamento apurado por este Tribunal.

98. Quanto à diferença entre a metodologia utilizada pelos auditores do TCU e a utilizada pelo DNIT na licitação objeto do Edital da Concorrência Pública 143/2006-00, dissentimos da recorrente e consideramos escorreito o entendimento esgrimido pelo Relator **a quo** no subitem 22 do seu Voto condutor, transcrito a seguir (peça 49, p. 3):

*22. No que tange à alegação da contratada relativa à inadequação do mês de referência e região do Sicro 2 para estabelecimento dos preços de referência, destaco que não seria razoável a unidade técnica adotar os preços do Sicro 2 de fevereiro de 2005, atualizados para fevereiro de 2006, já que o Sicro possui cotação em mês próximo à data da efetiva realização do certame. Assim, entendo que a adoção do estado de Minas Gerais, local da obra, e do mês de referência mais próximo da data base da licitação foram adequados.*

99. Por outro lado, ao contrário do que afirma o recorrente, a Instrução de Serviços DG/DNIT 02/2002, de 09/09/2002, é uma norma cujo âmbito de aplicação é o reajustamento de preços de contratos já firmados pelo DNIT que contenham cláusulas de reajustamento, não se prestando a “reajustar” os preços constantes dos orçamentos de projetos executivos de licitações.

100. Então, conclui-se que o procedimento detalhado pelo Relator **a quo** é mais compatível com a realidade da obra do que o sugerido pela recorrente, não merecendo prosperar mais esse conjunto de argumentos recursais.

101. Adicionalmente, tampouco merece acolhida o argumento da recorrente no que concerne à questão da improdutividade nos serviços, e ao eventual superfaturamento ocasionado, em razão do impacto causado pelas chuvas, pois tal questão já foi adequadamente dirimida pela unidade técnica (peça 50, p. 19), por meio do excerto transcrito a seguir:

*99. A manifestação da Egesa apenas afirmou que os custos adicionais decorrentes das precipitações pluviométricas são inquestionáveis e não trouxe elementos suficientes para desconstruir os argumentos apresentados pela Unidade Técnica.*

102. Por outro lado, especificamente no que tange ao argumento sobre o fato de as composições de referências dos preços unitários da via permanente terem sido elaboradas com dados da região Centro-Oeste e não da Sudeste, a unidade técnica também já esclareceu tal questão com bastante clareza, como transcrito a seguir (peça 50, pp.19-20):

*105. Quanto às observações da manifestante de que as composições de referências dos preços unitários da via permanente foram elaboradas com dados da região Centro-Oeste e não da Sudeste, que é o local em que foram realizadas as obras, procurou-se atender ao apelo da Egesa e atualizar as referidas composições com os dados de Minas Gerais. No entanto, convém destacar que os custos dos insumos da região Centro-Oeste são ligeiramente superiores aos praticados na região Sudeste, de modo que a referência adotada anteriormente pelos auditores beneficiou a contratada em alguns serviços.*

103. Ademais, observa-se que o Relator **a quo** também tratou das questões relativas ao adicional de mão de obra, cuja diferença de percentual a recorrente infrutiferamente tentou disputar, assim como à inclusão da mão de obra “mestre de linha” (subitens 22 e 23 do Voto condutor do Acórdão que julgou os embargos declaratórios opostos ao Acórdão **a quo**, peça 68, p. 3), como evidenciado a seguir:

*22. No que tange à alegação de que seria adequado incluir o operário “mestre de linha” nas composições, entendo que tal pleito já foi devidamente analisado pela unidade técnica e inserido nas composições que de fato precisavam ser ajustadas: “montagem de grade de linha” e “lastreamento de linhas” (peça 38, p. 112 e 118).*

*23. Quanto ao adicional de mão de obra de 15,51% adotado pela Secob, que a embargante alega que deveria ser de 20,51%, observo que essa diferença de 5% somente deve correr nos*

*casos em que o operário esteja designado para serviços que utilizem ferramentas, o que já foi considerado quando da elaboração dos preços de referência, seguindo a metodologia do Sicro 2, motivo pelo qual não há correção a fazer.*

104. Por seu turno, compulsando os autos, observa-se que o Relator **a quo** efetuou percuciente e completa análise no que tange a convalidar a metodologia utilizada pela unidade técnica no julgamento **a quo** e rejeitar a metodologia pleiteada como válida pela recorrente, por meio dos subitens a seguir transcritos do Voto condutor do Acórdão **a quo** (peça 49, pp. 2-3, subitens 19 a 28):

*19. Em relação à possibilidade de uso do Sicro 2 para obras ferroviárias, observo que o próprio Dnit já confirmou a este Tribunal, por meio do Ofício 504/2007-DG, assinado pelo então Diretor Geral do Dnit, a aplicabilidade do sistema para esse tipo de obra, conforme consignado no voto condutor do Acórdão 2.843/2008-TCU-Plenário.*

*20. Quanto aos argumentos apresentados pela Egesa para justificar redução da produtividade das composições dos serviços de terraplenagem, quais sejam a largura da plataforma de terraplenagem, a topografia acidentada, as rampas e a precipitação local, ressalto que tais argumentos foram apresentados pelo Dnit, por meio do Parecer Técnico 6/2006, da Coordenação Geral Ferroviária.*

*21. A unidade técnica deste TCU realizou minuciosa análise de tais argumentos (TC 015.279/2006-7, peça 1, p. 147-160 e peça 2, p. 48-63) e, em virtude da ausência de diferenças significativas com os padrões adotados pelo próprio Sicro para as obras rodoviárias, refutou cada um deles. Observo que este Tribunal, por meio do Acórdão 7.950/2010-2ª Câmara, anuiu às conclusões constantes da análise instrutiva (TC 015.279/2006-7, peça 3, p. 18-25).*

*22. No que tange a alegação da contratada relativa à inadequação do mês de referência e região do Sicro 2 para estabelecimento dos preços de referência, destaco que não seria razoável a unidade técnica adotar os preços do Sicro 2 de fevereiro de 2005, atualizados para fevereiro de 2006, já que o Sicro possui cotação em mês próximo à data da efetiva realização do certame. Assim, entendo que a adoção do estado de Minas Gerais, local da obra, e do mês de referência mais próximo da data base da licitação foram adequados.*

*23. Insta destacar que a maior parte do superfaturamento está nos serviços de terraplenagem e que os preços dos serviços de escavação, carga e transporte são de simples comparação, já que não requerem inserção de atividades auxiliares ou distâncias de transporte adicionais, motivo pelo qual um gestor diligente, independentemente do método de formação dos preços, certamente perceberia com facilidade as distorções dos preços unitários adotados no orçamento base da licitação.*

*24. O serviço que apresentou maior valor de superfaturamento foi o de “recomposição mecanizada de aterro s/forn. Mat. Jazida”, inserido por meio do 1º Termo Aditivo, no valor de R\$ 27,89/m³. Observo que o Sicro 2 possui a composição de preço unitário “3 S 08 501 00 - recomposição mecanizada de aterro”, que inclui o fornecimento do material de jazida, o que não é o caso do serviço contratado.*

*25. Fazendo as adaptações para a retirada do material de jazida da composição do Sicro 2, o preço unitário de mercado para o referido serviço é de R\$ 14,77, ou seja, o serviço foi inserido ao contrato com 88,8% de sobrepreço, que culminou no superfaturamento de R\$ 896.488,23 (base fevereiro/2006).*

*26. Ressalto que argumentos apresentados pelo responsável e pela empresa contratada ensejaram a realização de ajustes nas composições de referência, reduzindo o superfaturamento inicialmente apontado de R\$ 5.153.603,21 para R\$ 4.937.122,84, a preços iniciais, equivalente a 21,14% do valor final do contrato.*

*27. Considerando o reajustamento de cada uma das medições, o superfaturamento totalizou o montante de R\$ 5.407.334,56.*

*28. Insta destacar que a Egesa Engenharia S.A. se beneficiou por ter recebido, de forma irregular, os recursos superfaturados, motivo pelo qual deve ser condenada em débito, solidariamente com o responsável.*

105. Ademais, o Relator **a quo** analisou, em forma escorreita, em sede de embargos declaratórios, os argumentos da recorrente que também tentavam questionar a metodologia utilizada pela unidade técnica no julgamento **a quo**, ao mesmo tempo em que buscava validar a sua própria metodologia, por meio dos subitens a seguir transcritos do Voto condutor dos aludidos embargos de declaração (peça 68, pp. 2-3, subitens 17 a 24):

*17. Passo a analisar as alegações da empresa Egesa Engenharia S.A.*

*18. Inicialmente, observo que todas as considerações da empresa já foram objeto de análise antes da prolação do acórdão recorrido e os embargos não se prestam à reanálise de fundamentos já discutidos, em especial quanto à suposta impossibilidade de uso do Sicro 2 para a obra e aos fatores de improdutividade listados no item 8 do presente voto.*

*19. Em relação ao mês do Sicro adotado para elaboração dos preços de referência, ressalto que as composições adotadas pela unidade técnica tiveram como base o mês mais próximo da data efetiva da licitação disponível no Sicro, março/2006, exceto para os serviços de via permanente, que também contemplaram composições da Diretoria Ferroviária do Dnit de setembro/2006, não disponibilizadas pelo Dnit em março/2006.*

*20. Em relação uso do Sicro centro-oeste para a formação dos preços da superestrutura, destaco que somente foram adotados preços de setembro/2006 do Sicro centro-oeste para equipamentos ferroviários não constantes do Sicro, que não sofrem variações representativas de uma região para a outra, já que são produzidos em local específico no país, ou são importados por não haver produção nacional.*

*21. Ou seja, os insumos das composições do Sicro de setembro/2006 da região centro-oeste que estavam no Sicro de março/2006 para Minas Gerais foram devidamente alterados.*

*22. No que tange à alegação de que seria adequado incluir o operário “mestre de linha” nas composições, entendo que tal pleito já foi devidamente analisado pela unidade técnica e inserido nas composições que de fato precisavam ser ajustadas: “montagem de grade de linha” e “lastreamento de linhas” (peça 38, p. 112 e 118).*

*23. Quanto ao adicional de mão de obra de 15,51% adotado pela Secob, que a embargante alega que deveria ser de 20,51%, observo que essa diferença de 5% somente deve correr nos casos em que o operário esteja designado para serviços que utilizem ferramentas, o que já foi considerado quando da elaboração dos preços de referência, seguindo a metodologia do Sicro 2, motivo pelo qual não há correção a fazer.*

*24. No que tange à alegação de que o contrato é legítimo e deve ser fielmente executado pelas partes, reitero que não há que se falar em legitimidade de contrato firmado em desacordo com as leis, com preços unitários viciados e acima dos referenciais de mercado.*

106. Então, tendo sido escorreita a análise efetuada pelo Relator **a quo**, é lógico concluir que não merecem prosperar os argumentos apresentados pela recorrente com o intuito de questionar a metodologia utilizada por esta Corte para o cálculo do superfaturamento. Portanto, tampouco cabe o argumento da recorrente no sentido de que este Tribunal adote os procedimentos que a mesma sugere em sua peça recursal, a fim de recalcular o superfaturamento que foi apurado nos presentes autos.

107. Por outro lado, no que se refere ao fato de os custos decorrentes da implantação do desvio na BR 369/MG terem sido integralmente assumidos pela recorrente, há que se ressaltar que esse fato não guarda relação com o superfaturamento apurado nos autos. Nesse particular, a recorrente deveria ter solicitado ao DNIT um aditivo com vistas a efetuar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em função de ter executado, supostamente que com prévia autorização do DNIT, serviços não previstos no orçamento original da obra licitada e contratada.

108. Por oportuno, quanto ao questionamento da recorrente em relação à data a partir da qual devem incidir os juros de mora, observa-se que o Relator **a quo** esclareceu tal questão em forma cristalina por meio do subitem 25 do Voto condutor do Acórdão que julgou os embargos declaratórios opostos ao Acórdão **a quo** (peça 68, p. 3), como evidenciado a seguir:

*25. Em relação à data a partir da qual devem incidir os juros de mora, observo que o valor para recolhimento da dívida, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora devidos, deve ser calculado desde a data discriminada no acórdão recorrido até a data do efetivo recolhimento, nos termos do artigo 9º da Instrução Normativa TCU 71/2012.*

109. Por fim, no que tange à pertinência da multa prevista no artigo 57 da Lei 8.443/1992, a qual foi aplicada à recorrente, não merece acolhida o argumento contrário da recorrente, pois há que se salientar que a aludida multa pode ser aplicada quando o responsável for condenado em débito (ainda que seja apenas por esse motivo), em até 100% do valor atualizado do dano causado ao Erário, com a dosimetria definida pelo Relator do feito.

110. Por todo o exposto, vê-se que não merece prosperar nenhum dos argumentos apresentados pela recorrente, devendo o acórdão guerreado ser mantido em seus exatos termos, no que tange à responsabilidade da recorrente.

### **EXAME TÉCNICO – Recurso de Luiz Fernando de Pádua Fonseca (peça 78)**

#### **Argumentos**

111. Após fazer um breve histórico processual, o recorrente afirma que assentou, em suas alegações de defesa, que o orçamento da obra - Anexo II - Orçamento e Cronograma - Edital 143/2006-00 - foi aprovado pelo Engenheiro Hideraldo Luiz Caron, no cargo de Diretor de Infraestrutura Ferroviária (DIE), cuja defesa foi acolhida pelo TCU em sede de razões de justificativa, salientando que o ato de aprovação do edital de licitação, importa necessariamente a aprovação do orçamento-base para a execução da obra. Naquela oportunidade, salientou que os projetos das obras realizadas pelo DNIT são previamente analisados e aprovados pela Diretoria de Planejamento e Pesquisa - DPP, conforme Regimento Interno do DNIT e que a aprovação do projeto executivo e do orçamento base do Edital 143/2006-00 são e eram competência da DPP e que não compete a Diretoria de Infraestrutura Ferroviária a elaboração, análise e aprovação de projetos e respectivos orçamentos.

112. Destaca que o regimento do DNIT prevê as atribuições da DIF a partir da assinatura dos instrumentos contratuais, que deverão ser executados em conformidade com os projetos e respectivos orçamentos elaborados e aprovados pela Diretoria de Planejamento e Pesquisa. Afirma que consignou em suas alegações de defesa que o projeto executivo ficou a cargo da empresa Ferreira Consultoria de Engenharia Ltda. e que foi elaborado, **prima oculi**, de acordo com os preceitos técnicos adotados pelo DNIT, conforme conclusão da área técnica, vindo a apresentar informações contidas nos autos do processo de Tomada de Contas 015.279/2006-7 em resposta a requisição de informação.

113. Ressalta que, devido à já conhecida insuficiência de funcionários nas atividades fim no DNIT, o órgão lançava mão do apoio técnico especializado na área ferroviária, no caso concreto prestado pelo Consórcio STE/SISCON e que todos os projetos ferroviários e os pareceres técnicos sobre os projetos foram aprovados pela Coordenação-Geral de Infraestrutura Ferroviária sob o amparo dessas avaliações, que atestavam sua regularidade, e, por esse motivo, foram por ele aprovados.

114. Argumentou que assinou a portaria de aprovação do projeto executivo imbuído de boa-fé, presunção de inocência e capacitação técnica dos engenheiros da empresa Ferreira Consultoria de Engenharia Ltda., contratada em processo licitatório pela Prefeitura Municipal de Campo Belo/MG, bem como mencionou que o DNIT não poderia sequer ser responsabilizado por esse processo. Afirmou que apenas participou da aprovação “burocrática” do projeto e que se fosse conferir todo o projeto executivo, teria de praticamente fazer outro projeto, o que não seria sua função, mas da DPP.

115. Informou que o processo teve participação de várias pessoas do DNIT, tendo sido o Edital assinado/aprovado pelo DIF Hideraldo Luiz Caron, assim como o Contrato 238/2006 e o 1º Termo Aditivo foram assinados pelo Diretor Geral Mauro Barbosa da Silva; e o 2º, o 3º e o 4º Termos Aditivos foram assinados pelo Diretor Geral Luiz Antônio Pagot. Aduz que o projeto executivo foi registrado no CREA como “*Complementação do projeto executivo de engenharia de infraestrutura ferroviária, desativação da via existente e reaproveitamento do leito antigo.*” Considerou que, pelo fato de o projeto executivo ter decorrido de vários estudos, este apresentava regularidade e credibilidade.

116. Argumentou que o projeto trouxe, em seu escopo, no item 5.4, orçamento e plano de execução das obras da variante ferroviária e da via urbana e que, na descrição do trabalho do projetista, constava realizar pesquisa de mercado de equipamentos, materiais e custo de mão de obra, com isso, o manifestante concluiu que o orçamento do projeto foi elaborado a partir de estudos, cotações e pesquisas de mercado, atendendo aos dispositivos legais que definem deveres dos agentes na fase interna da licitação. Informou que, conforme consta no item 4.6.1 do edital, houve necessidade de retaludamento de vários cortes e aterros em razão da paralisação das obras e chuvas intensas na região nos últimos três anos, concluindo que todos os aspectos do projeto foram adotados após criteriosa análise e avaliação e considerou os custos regulares e de acordo com os preceitos legais.

117. Assenta a inexistência de fundamentos para a sua responsabilização pelos atos de aprovação do projeto executivo e do orçamento base do Edital 143/2006-00, pois a responsabilidade técnica pelo desenvolvimento do projeto executivo foi da empresa Ferreira Consultoria de Engenharia Ltda., empresa contratada pela Prefeitura de Campo Belo/MG para a elaboração do projeto executivo, acrescentando que o DNIT, ao aprovar o edital, que incluiu projeto executivo e orçamento base, agiu imbuído de boa-fé, e se fiou na capacitação técnica da empresa Ferreira Consultoria de Engenharia Ltda. e de seus responsáveis técnicos, e, por consequência, na regularidade dos atos praticados pelos agentes e contratados para a realização dos projetos técnicos, reputando escoimados quaisquer vícios e negligência ou sobrepreço.

118. Destacou que apesar de o orçamento-base e todo o edital terem sido aprovados pelo engenheiro Luiz Hideraldo Caron, os atos administrativos são de competência da Diretoria de Planejamento e Pesquisa-DPP, estranhando o fato de que os senhores Mauro Barbosa da Silva e Luiz Antônio Pagot, na qualidade de Diretor Geral, os senhores Hideraldo Luiz Caron e Rômulo Carmo Neto, na qualidade de Diretor Interino de Infraestrutura Ferroviária, registrando não ter concorrido para a elaboração e aprovação do projeto executivo e do orçamento base da licitação, mas tendo aprovado e assinado o edital, o contrato e seus termos aditivos, não foram trazidos elementos que impliquem sua responsabilização por danos ou má conduta.

119. Ressaltou que, pelo fato de o engenheiro Hideraldo Luiz Caron ter aprovado o Edital 143/2006-00, cujo orçamento base é parte do projeto executivo, ele também deveria responder pela aprovação do projeto executivo, no entanto, como foram acolhidas suas alegações de defesa, qualquer irregularidade no edital, projeto executivo e orçamento base deveriam estar afastadas. Questionou o fato de os nomes dos senhores Mauro Barbosa da Silva e Luiz Antônio Pagot não constarem mais do processo como responsáveis, quando a defesa do primeiro não foi suficiente para refutar a irregularidade, e o segundo nem apresentou defesa. Argumentou ainda que a tabela do Sicro 2, para ser utilizada como referencial de preços, deveria sofrer ajustes para as especificidades de cada obra, quanto mais para uma obra ferroviária, já que o Sicro é um sistema de custos de obras rodoviárias, frisando que esse entendimento é acolhido pelo TCU.

120. Tece as seguintes observações acerca dos questionamentos realizados pela Secob:

- a) afirma que o preço da brita comercial está de acordo com os dados do Sicro 2 à época;
- b) defende que o fator de redução da produção em razão das chuvas e que foi levada em conta a situação encontrada quando da retomada da obra;
- c) informa que, com relação ao insumo aço CA-25, o qual custa R\$ 7,28 no projeto, houve interpretação errônea, pois o preço sugerido pelo TCU, de R\$ 3,72/kg, não contempla a preparação e colocação em forma, apenas o fornecimento do aço; e

d) acerca do questionamento do uso do motoscaper em detrimento de escavadeira hidráulica, comunicou que foi previsto em projeto a necessidade do equipamento moto-escavo-transportador para melhor adequação às características topográficas e geológicas do terreno, considerando-se que a obra fora retomada após 3 anos de paralização. Cita o trecho do Parecer Técnico 6/2006-CGOFER/DIF/DNIT em que indicou os fatores que contribuíram para a utilização do motoscaper, entre estes, estariam a largura da plataforma, a topografia acidentada, rampas íngremes de acesso a empréstimos e bota-foras, execução de aterros em locais de difícil acesso para caminhões, alta compacidade natural do solo e a distância de transporte.

121. Afirma que se pode concluir não haver sobrepreço no orçamento da obra, porquanto o preço do contorno ferroviário de Campo Belo/MG está 15% menor que a média de preços de contratos da Ferrovia Norte-Sul, já descontados os indícios de sobrepreço apontados nesses contratos. Conclui que, somente após a data do indigitado acórdão se poderia exigir a alteração metodológica e pelo fato de o Edital 143/2006-00 e o Contrato 238/2006 serem ambos de 2006, deveria se aplicar a metodologia da época.

122. Informou que não verificou os cálculos efetuados pela Secob objeto dos questionamentos do item “e” da instrução constante do TC 015.279/2006-7, peça 3, p. 20, 21 e 23, mas que, nos quantitativos medidos de aço, de concreto e de forma do Viaduto Est. 70 e do Viaduto Est. 212 + 2,633 infra e mesoestrutura os preços foram inferiores aos obtidos pela Secob, acrescentando que foi medido exatamente o que foi executado e que não houve dupla incidência de serviços. Ressalta que todo o procedimento licitatório foi analisado pelas áreas competentes, incluindo a Procuradoria Geral Especializada do DNIT, e, posteriormente, aprovado pela administração superior do DNIT e sustenta que o preço contratado refletia o patamar do mercado e que se fosse descontado do preço o montante considerado sobrepreço - R\$ 5.154.714,71, revelar-se-ia preço inexequível.

123. Nos embargos de declaração opostos em face do Acórdão 705/2014-Plenário o recorrente aduziu: (a) a não integração ao Acórdão guerreado dos resultados da análise de alegado sobrepreço a partir do Método de Limitação de Valor Global; (b) a omissão quanto a imputação de débito decorrente da utilização de metodologia executiva antieconômica para os serviços de terraplenagem; (c) a omissão da fundamentação e apreciação das condições subjetivas do agente público na imputação da multa pecuniária prevista no artigo 57 da lei 8443/1992. Aduz, ainda, que os pedidos deduzidos nos embargos de declaração opostos foram conhecidos e rejeitados no Acórdão 1598/TCU-Plenário, motivando a manejo de recurso de reconsideração, que abordará os pontos tratados anteriormente e outros imprescindíveis à correta aplicação do direito aos fatos.

124. Recobra as atenções sobre o processo de elaboração dos projetos executivos e seus custos na fase interna da licitação, aduzindo que, à época da elaboração do edital de licitação 143/2006-00, ocupava o cargo de Coordenador-Geral Ferroviário, em um momento em que o DNIT não tinha em seu organograma de cargos a Diretoria de Infraestrutura Ferroviária (DIF) e tampouco havia estruturação de custos unitários própria formalmente consolidada ou mesmo entendimento no DNIT de que o sistema de custos de obras rodoviárias - Sicro 2 - seria aplicável a obras ferroviárias na região do empreendimento. Afirma que este último aspecto é relevantíssimo para que se tenham claros os fundamentos e motivos pelos quais o recorrente aprovava os projetos técnicos executivos que balizaram a formação de preços na indigitada licitação.

125. Afirma que, à época da elaboração dos projetos técnicos executivos, estes foram desenvolvidos pela empresa de consultoria que atendera ao DNIT com base nos parâmetros descritos na Instrução de Serviços DG/DNIT nº 02/2002, de 09/09/2002, e na data da realização da licitação - fevereiro de 2006 - não vigorava o normativo utilizado pelos auditores de controle externo da Secob-4 para a inferência dos custos que afirma estarem superfaturados. Assim, assenta a primeira premissa, qual seja, o recorrente atuou em estrito alinhamento com os normativos de custos vigentes à época da elaboração dos projetos executivos e do orçamento estimativo da licitação, não sendo, neste sentido, verdadeira a assertiva de que teria aprovado projetos e orçamento com sobrepreço, porquanto os referenciais aos quais deveria observar não vigoravam ao momento em que oficiou no processo administrativo.

126. Alega que a inferência realizada pelos auditores da SECOB 4 tomou preços de referência com base nas composições de preços unitários do Sicro 2, Minas Gerias - março 2006, e do Sistema do DIF-DNIT de setembro 2006 (Centro-Oeste), posteriores a fevereiro de 2006, época da licitação, sem que fossem realizadas as necessárias deflações para a data de referenda do contrato. Conclui que há gravíssimas inconsistências na metodologia empregada para a inferência dos custos do contrato 238/2006-DNIT, porquanto os cotejos das datas-bases não confluem para o momento da realização da licitação, tampouco, neste momento, o Sicro 2/MG serviria para o balizamento dos custos da licitação.

127. Afirma que, neste ponto, é crucial ter em perspectiva que o recorrente aprovou projetos executivos e orçamento-base da licitação 143/2006 entre 2005/2006, fundamentado nas normas e orientações contidas no normativo técnico existente à época dos fatos, ou seja, na Instrução de Serviços DG/DNIT nº 02/2002, sendo-lhe impossível aduzir uma orientação/determinação do TCU até então inexistente, de que às obras ferroviárias ter-se-ia como aplicável o Sicro 2.

128. Assevera que a premissa sobre a qual se estrutura a argumentação em torno da responsabilidade do recorrente pelo alegado sobrepreço e a de que o Ofício DNIT nº 504/2007-DG seria apto a nortear a produção do orçamento-base da licitação 143/2006-DNIT. Anota que, todavia, o Ofício 504/2007 é datado de 09 de março de 2007, e a licitação ocorrera em fevereiro de 2006, um ano e 3 meses depois da consolidação do entendimento plasmado no indigitado ofício, que não foi subscrito pelo recorrente, mas pelo então Diretor-Geral do DNIT, Mauro Barbosa.

129. Pergunta se o recorrente teria agido em inobservância para com as normas as quais estaria jungido ao momento do ato administrativo. Afirma que a resposta é não. Aduz que a aplicação do Sicro 2/MG de março de 2006 e do normativo DIF-DNIT de setembro de 2006 para cotejar os custos da licitação 143/2006 é um erro metodológico básico que vulnera a consistência do relatório da unidade técnica que noticia o sobrepreço no contrato 238/2006. Alega que agiu em estrita observância para com os normativos de custos vigentes ao momento da concepção e aprovação dos projetos executivos da indigitada licitação (fevereiro de 2005), sendo, pois, insubsistentes os argumentos que balizaram as decisões nos Acórdãos 705/2014 e 1598/2014, que declararam a existência de sobrepreço, condenaram o recorrente e a empresa Egesa solidariamente no alegado dano e imputaram-nos multa pecuniária, a ensejar a reforma das decisões ora guerreadas.

130. Aduz que os Acórdãos 705/2014 e 1598/2014 contêm **error in iudicando** consubstanciado na premissa de que a aplicação do Sicro 2/MG e do Sistema de Preços DIF-DNIT deveriam jungir os projetos executivos e orçamentos-base da licitação 143/2006 retroativamente, o que não se coaduna com o sistema normativo pátrio, especialmente quanto ao princípio da legalidade objetiva. Afirma que não se pode exigir do agente público a percepção prospectiva de qual Sistema de Preços de Referência deve vigor ao longo da execução de uma obra, senão aquele vigente ao momento da elaboração dos projetos executivos e dos orçamentos-base, sob pena de que os agentes públicos estejam violando prospectivamente uma norma ainda inexistente.

131. Tece considerações quanto à efetiva existência de sobrepreço na licitação em face da aplicação linear do Sistema de Custos Rodoviários – Sicro 2 – para a obra de Contorno Ferroviário de Campo Belo. Aduz que a análise detalhada do comportamento das 9 empresas licitantes que ofertaram preços no certame licitatório revela a consistência dos projetos executivos e dos preços de referência do edital. Afirma ser indubitável que houve uma acirrada concorrência entre as empresas interessadas e que o melhor preço para a Administração foi o alcançado pelo DNIT para a realização de uma obra que fora interrompida por 3 anos e que continha inúmeras peculiaridades que a distinguia das obras ferroviárias hodiernamente executadas por órgãos como a Valec. Conclui que, da leitura do projeto executivo constante do Volume 4 dos autos do processo administrativo da licitação/contrato, é viável inferir que as peculiaridades do objeto têm impacto sobre o aspecto central da análise dos auditores da Secob-4, especialmente quanto a produtividade dos serviços de terraplenagem.

132. Alega que a aplicação linear e retroativa dos parâmetros do Sicro a partir da manifestação constante do Ofício DNIT 504/2007-DG de 09 de março de 2007, na análise do Contrato DNIT 238/2006, produziu um erro nas conclusões estampadas nos Acórdãos 705/2014 e 1598/2014, e

também ignorou peculiaridades do objeto, obra de contorno ferroviário em área urbana e com características físicas que impuseram a adoção do índice de improdutividade de 0,83 para 0,75. Afirmar que, nos autos do volume 4 do processo administrativo há justificativa técnica consistente para a adoção do índice de improdutividade da obra objeto do Contrato 238/2006 em 0,75, diferentemente do índice de 0,83 previsto no Sicro 2.

133. Alega que não se trata de uma obra de implantação de ferrovia em termos usuais, porquanto o objeto é obra com trabalhos confinados, que ficou abandonada por 3 anos e depois licitada para execução em local com topografia extremamente acidentada, que não podia se valer da rodovia BR 369/MG para o transporte de materiais e que foi executada em região com índice de precipitações que perpassariam as balizas usuais. Argumenta que todos esses aspectos, muito embora reconhecidos pelos auditores externos da Secob-4, foram ignorados para que prevalecesse o entendimento de que os parâmetros do Sicro 2 deveriam se sobrepor a quaisquer circunstâncias ou situações, de modo a expungir a possibilidade de que características e peculiaridades da obra possam implicar flexibilizações pontuais nos parâmetros daquele Sistema de Custos.

134. Assevera que os trabalhos de auditoria realizados pelos auditores de controle externo do TCU afetados a Secob-4 não se debruçaram suficientemente sobre os elementos técnicos coligidos nos Volumes 1 e 4 do Projeto Executivo, porquanto não foram apreendidos pelos servidores as peculiaridades da obra que conduzem a adoção de parâmetros de custos para a obra diferentes dos descritos no Sicro2, que se balizaria obrigatoriamente os custos das obras ferroviárias do DNIT após a emissão do Ofício DNIT nº 504/2007-DG. Aduz que a inferência que a Secob-4 deveria realizar quanto aos custos da obra, a partir da adoção do índice de improdutividade dos serviços realizados com os parâmetros descritos nos projetos executivos que apreendem adequadamente as peculiaridades do objeto contratual, projeta preços bastante semelhantes, residindo aí a divergência dos valores tornados pelo TCU. Por este motivo, solicita a reforma dos **decisiums** lançados nos Acórdãos 705/2014 e 1598/2014, porquanto desprovidos da adequada análise dos preços de referência, pugnando-se ainda pela realização do recálculo dos fatores apreciados consoante a utilização dos parâmetros de improdutividade consignados nos Volumes 1 e 4 dos projetos executivos.

135. Anota que outro aspecto que merece atenção é a apreciação mais detalhada do projeto executivo da obra, constante dos Volumes 1 e 4 dos autos do processo administrativo da licitação 143/2014, que contém os projetos executivos e os respectivos orçamentos-base. Afirmar que o ato pelo qual o recorrente vem a esta corte requerer a reconsideração das condenações impostas, foi praticado a partir da elaboração de projetos executivos desenvolvidos pelas áreas de projeto do DNIT em articulação com consultores técnicos afetados especificamente para a produção de projetos e orçamentos.

136. Argumenta que era competência do recorrente avaliar a consistência dos projetos, refutar incorreções, determinar a realização de correções e validar o que estivesse em consonância com os normativos em vigor a época da fase interna da licitação. Sob estas premissas, afirma que oficiou pela aprovação dos projetos técnicos executivos e do respectivo orçamento-base da licitação, em estrita observância da norma regulamentadora dos custos para obras ferroviárias, a saber, a Instrução de Serviços DG/DNIT nº 02/2002 de 09/09/2002. Assevera que, observando o que dispunha o normativo e o conteúdo dos projetos executivos, o recorrente, de fato, aprovou os projetos constantes do edital 143/2006. Aduz que, sobrevivendo a presente Tomada de Contas Especial, restou configurado que o método adotado para a execução de serviços de terraplenagem revelou-se antieconômico vis a vis alternativas vislumbradas pelos auditores de controle externo que oficiaram no presente processo pela Secob-4, implicando a imposição de condenação do ora recorrente no ressarcimento do dano ao erário no montante liquidado nos anexos dos Acórdãos 705/2014 e 1598/2014.

137. Neste cenário, o recorrente insurge-se, no ponto, em razão de que há justificativas técnicas adequadas e consistentes nos projetos executivos que albergam as peculiaridades da obra e justificam a utilização de moto scrapers como método executivo da terraplenagem. Aduz que inúmeros aspectos influenciaram a adoção do método de execução dos serviços de terraplenagem, tais como a limitação da rampa máxima projetada para esta ferrovia (1,5 %), plataforma de

terraplenagem para ferrovia mais estreita que uma plataforma de terraplenagem para rodovia limitaram sobremaneira a execução dos trabalhos e a movimentação de veículos e equipamentos, notadamente os não-articulados. Afirmam que há justificativas técnicas que motivam sobejamente a adoção do método executivo empregado em detrimento do método entendido como o mais econômico pela unidade técnica, porquanto presentes peculiaridades que demandam o emprego de moto scrapers onde outro equipamento sugerido pela Secob-4 não consegue performar os serviços de terraplenagem em face das condições físicas do relevo.

138. Afirmam que se trata, mais uma vez, da aplicação linear e automática do Sicro 2 a uma obra que não estava jungida a este Sistema de Preços de Referência, sem falar na não apreciação do que veio descrito nos projetos executivos constantes dos Volumes 1 e 4 dos autos do processo administrativo da licitação, novamente ignorados pela Unidade Técnica e que, por esse motivo, deduz conclusões desprovidas da necessária reflexão. Pelas razões esposadas, requer a reforma da decisão disposta nos Acórdãos 705/2014 e 1598/2014, para que seja afastada a imputação da condenação no ressarcimento dos custos decorrentes da seleção de metodologia antieconômica consubstanciada na adoção de moto scrapers para a execução de serviços de terraplenagem.

139. Alega que os pontos ventilados pelo recorrente ensejam a que esta egrégia Corte de Contas determine à Unidade Técnica a reexecução dos cálculos dos custos efetivos do contrato, desta vez valendo-se de método diverso do empregado, tendo-se em vista que o parâmetro eleito - Sicro/MG marco de 2006 e DIF/DNIT setembro de 2006 - não deve ser aplicado ao caso concreto, posto que é obrigatório aos contratos após 09 de março de 2007, por força do disposto no Ofício DNIT nº 50412007-DG. Assim, o recorrente adere à pretensão descrita nas razões do pedido de revisão da empresa Egesa para que sejam reexecutados cálculos sob bases mais justas e coerentes com as especificações do Edital, considerando as características e particularidades da obra em questão:

- a) Utilizar insumos de fev.2005, região MG;
- b) Alterar a produtividade de acordo com o fator de eficiência nas composições principais;
- c) Aplicar o adicional de 20,51% sobre a mão de obra de todas as composições;
- d) Aplicar os encargos de 146,81% sobre a mão de obra de todas as composições;
- e) Apresentar todas as composições auxiliares adequadas;
- f) Apresentar todas as composições principais para cada item do quadro do suposto superfaturamento adequadas;
- g) Apresentar todas as composições principais para cada item da superestrutura ferroviária adequadas;
- h) Reajustar os preços para fev./06 (data base do contrato);
- i) Apresentar o quadro comparativo adequado.

140. Alega que os argumentos deduzidos conduzirão indubitavelmente a reforma das decisões proferidas nos Acórdãos 705/2014 e 1598/2014. Contudo, a título meramente argumentativo, pretende o recorrente deduzir sua discordância quanto as premissas lançadas na metodologia de cálculos de apuração do **quantum debeat** imposto ao interessado. Entende que os juros moratórios são devidos desde o momento em que o crédito é líquido, certo e exigível, sendo imprópria a alusão lançada no aresto quanto a incidência da Súmula 54 do STJ ao caso concreto. Neste sentido, requer a reforma dos Acórdãos vergastados para que os juros sobre o **quantum debeat**, ainda que este seja insubsistente, sejam apurados a partir do trânsito em julgado da decisão no processo do Tribunal de Contas da União.

141. Assevera que é corolário derivado da não imputação da condenação nos danos ao erário ora guerreada, porquanto inexistentes, no caso em apreço, a não aplicação na multa descrita nas normas dos artigos 57 e 58 da lei 8443/1992 é medida que se alinha ao regramento segundo o qual a obrigação acessória segue a obrigação principal.

142. Aduz que o liame lógico do presente recurso impõe que a incidência do normativo de custos à época da contratação se sobreponha a normativo superveniente e não integralmente acolhido ao caso em espécie. Solicita que, uma vez realizadas as inferências de custos sob o pálio da Instrução de Serviços DG/DNIT nº 02/2002, chegar-se-á à conclusão de que, de fato, não há que se falar em sobrepreço no Contrato 238/2006 e, por conseguinte, não há dano ao erário cu multa pecuniária a ser aplicada ao recorrente. Neste sentido, pugna o recorrente pela reforma das decisões proferidas nos Acórdãos 705/2014 e 1598/2014, para que seja afastada a incidência da multa pecuniária aplicada.

143. Por fim, requer o recorrente que a presente recurso seja conhecido, por ser cabível e tempestivo, sendo provido que seja atribuído efeito suspensivo ao Pedido de Reconsideração, nos termos do disposto no artigo 48, § único combinado com o disposto no artigo 33 da Lei 8.443/92 e do artigo 285, **caput**, do RITCU. Assenta que o presente recurso de reconsideração abrange todos os capítulos dispositivos dos Acórdãos 705/2014 e 1598/2014, pelo que pugna pela incidência de efeito suspensivo sobre todos os pontos, especialmente quanto as determinações exaradas por esta Corte de Contas. Assim sendo, requer que o presente recurso seja conhecido e provido para que sejam afastadas as razões estampadas nos Acórdãos vergastados que alicerçaram a presente Tomada de Contas Especial, reconhecendo-se a regularidade das contas do ora recorrido no Contrato DNIT 238/2006, pugnando pela não aplicação de multa, débito ou qualquer medida punitiva ao recorrente.

#### **Análise**

144. Em primeiro lugar, deve-se deixar assente que o Relator **a quo** deixou perfeitamente assentada a imputação de responsabilidade ao recorrente no juízo **a quo** quanto à aprovação do projeto executivo e do orçamento base da licitação por meio do subitem 18 do Voto condutor do Acórdão **a quo** (peça 49, p. 2):

*18. Destaco que a alegação do responsável de que a competência para a aprovação do projeto executivo e do orçamento base da licitação era da Diretoria de Planejamento e Pesquisa do Dnit não tem o condão elidir a irregularidade praticada, em especial em virtude de a Portaria 1.468, de 18/11/2005, assinada pelo então Diretor de Planejamento e Pesquisa, ter delegado a competência para tal aprovação, que de fato foi realizada pelo Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, consoante a Portaria 1.794, de 29/12/2005.*

145. Em segundo lugar, o fato de o DNIT ter contratado o Consórcio STE/SISCON para emitir pareceres técnicos sobre os projetos sob sua jurisdição não elide a responsabilidade do recorrente. Está pacificado na jurisprudência desta Corte de Contas que um gestor pode delegar funções a terceiros, mas não afasta a sua responsabilidade pela aprovação final dos atos que praticar com base nas funções delegadas.

146. Por oportuno, deve-se perguntar se, apesar de ter concluído que todos os aspectos do projeto foram adotados após criteriosa análise e avaliação e considerou os custos regulares e de acordo com os preceitos legais, por que motivo o recorrente, ou qualquer outro gestor do DNIT, não se manifestou acerca do superfaturamento identificado por este Tribunal ainda na fase interna da licitação. Ademais, um gestor com formação técnica, como é o caso do recorrente, ocupando a gerência de uma área especializada de uma entidade eminentemente técnica, como é o caso do DNIT, não pode simplesmente defender-se sob a alegação de que se fiou de uma empresa especializada contratada para elaborar projetos mediante delegação de funções inerentes à sua área de atuação. No mínimo, esperar-se-ia do gestor a diligência de avaliar e verificar a pertinência dos projetos elaborados pela empresa contratada.

147. Por seu turno, a aplicabilidade do uso do Sicro 2 para obras ferroviárias foi devidamente analisada pelo Relator **a quo**, por meio do subitem 18 do Voto condutor do Acórdão **a quo** (peça 49, p. 2), transcrito a seguir:

*19. Em relação à possibilidade de uso do Sicro 2 para obras ferroviárias, observo que o próprio Dnit já confirmou a este Tribunal, por meio do Ofício 504/2007-DG, assinado pelo*

*então Diretor Geral do Dnit, a aplicabilidade do sistema para esse tipo de obra, conforme consignado no voto condutor do Acórdão 2.843/2008-TCU-Plenário.*

148. No que tange à responsabilidade do recorrente pela aprovação de projeto executivo e orçamento base da licitação com metodologia executiva antieconômica para os serviços de terraplenagem, com a contratação dos serviços mais onerosos, com motoscraper ou combinação de carregadeira de pneus e caminhões basculantes, observa-se que o Relator **a quo** dirimiu adequadamente a controvérsia no seu Voto condutor (peça 49, p. 3), conforme transcrito a seguir:

*29. Por fim, quanto à irregularidade relativa à aprovação de projeto executivo e orçamento base da licitação com metodologia executiva antieconômica para os serviços de terraplenagem, observo que, de fato, conforme apontado pela SecobHidroferrovia, não constam dos autos elementos que indiquem a necessidade técnica da contratação dos serviços mais onerosos, com motoscraper ou combinação de carregadeira de pneus e caminhões basculantes.*

*30. A unidade técnica bem discorreu que “a altura dos cortes apresentados não se mostra capaz de inviabilizar o uso de escavadeira hidráulica”; “não se verificam rampas íngremes nem locais em que possam ser executados aterros em locais de difícil acesso para caminhões”; e, apesar de considerar o uso de carregadeiras de pneus, e não de escavadeiras hidráulicas, “houve previsão de utilização de caminhões nos serviços de escavação, carga e transporte de materiais a maiores distâncias”.*

*31. Ademais, fotografias da obra apresentadas pelo Dnit (TC 015.279/2006-7, peça 1, p. 209) e pela Egesa (peça 34, p. 25-26) demonstram a participação de escavadeira hidráulica na execução das escavações, o que confirma a possibilidade da realização do serviço com o uso de tal equipamento, menos oneroso do que os demais.*

149. Por oportuno, deve-se salientar que a questão relativa ao fator de redução da produtividade em razão das chuvas na região onde e no período em que a obra foi executada já foi devida e adequadamente analisada por meio do subitem 101 da presente instrução. Ademais, a questão da data base para aplicação do Sicro 2/MG pela unidade técnica já foi devidamente analisada por meio dos subitens 104 e 105 da presente instrução.

150. Além disso, os argumentos do recorrente tendentes a questionar as composição do preço unitário do aço CA-25 e da brita comercial já foram devidamente analisados e rejeitados pela unidade técnica (peça 50, pp. 27-28), por meio dos subitens transcritos a seguir:

*171. Sobre a questão da composição do preço unitário do aço CA-25, de que estaria considerado o fornecimento, o preparo e a colocação em forma, o preço de referência passou a ser R\$ 6,14/kg, diferente do preço apontado na representação. Esse aspecto também já foi tratado em outro momento (Apenso, peça 1, p. 157):*

*29. Em relação ao serviço de aço CA-25, considerando que os serviços de aço CA-50 incluídos no orçamento fazem parte do concreto estrutural e que o aço CA-25 seja utilizado no concreto para pavimentação, deve-se considerar um preço para o serviço de R\$ 6,14/kg (preço do SICRO 2 de março de 2006 para Minas Gerais, ajustado para fevereiro de 2006), considerando fornecimento, preparo e colocação, diferentemente do apontado na representação. Entretanto, continua a ocorrer sobrepreço de 18,57%, já que o valor orçado foi de R\$ 7,28/kg.*

*172. A respeito do preço da brita comercial, tem-se que, conforme já foi demonstrado pelo Tribunal (Apenso, peça 2, p. 40):*

*Brita comercial*

*15. Não obstante as afirmações em contrário do DNIT, verificou-se a utilização de insumos com preços superiores aos registrados no SICRO 2. O preço da brita comercial utilizada no serviço código LL.BQP.B.02.00, Aquisição, Carga e Transporte de Brita Padrão até 10 km, exemplifica tal afirmação. Em tal composição o custo da brita comercial foi orçado em R\$ 29,76/m<sup>3</sup> base fevereiro/2005. Ocorre que, de acordo com o Informativo do SICRO 2, o preço da brita comercial um ano após a primeira cotação, isto é, em março/2006, era de apenas R\$ 22,95/m<sup>3</sup> (Anexo 4, fl. 13). Retroagindo esse valor para a data-base do certame, obtém-se*

*22,90/m<sup>3</sup> (fev/2006), caracterizando, portanto, um sobrepreço superior a 38% no insumo brita comercial.*

151. Por oportuno, como foi salientado no subitem 91 da presente instrução, não há que se falar em preço inexequível, pois, como bem ressaltou o Relator **a quo** no subitem 5 do seu Voto condutor: “O superfaturamento em análise foi identificado ainda enquanto sobrepreço, na fase de licitação, ocasião em que DNIT foi chamado aos autos para justificar a existência de preços unitários acima dos preços referenciais.” Por esse motivo, tampouco se pode acatar o argumento do recorrente que classifica o valor calculado pela unidade técnica como inexequível, pois o mesmo é compatível com os valores de mercado apurados pela unidade técnica por meio do uso do Sicro 2, em harmonia com a jurisprudência pacífica desta Corte.

152. Por outro lado, como restou esclarecido no subitem 99 da presente instrução, a Instrução de Serviços DG/DNIT 02/2002, de 09/09/2002, é uma norma cujo âmbito de aplicação é o reajustamento de preços de contratos já firmados pelo DNIT que contenham cláusulas de reajustamento, não se prestando a “reajustar” os preços constantes dos orçamentos de projetos executivos de licitações. Incabível, portanto, a invocação da aludida norma pelo recorrente buscando legitimar o orçamento base da licitação, em relação ao qual, como se observou nos presentes autos, esta Corte já havia detectado sobrepreço, ainda na fase da licitação. Forçoso é concluir que tampouco deve ser aceito o argumento recursal relacionado ao uso dessa norma.

153. A propósito, como também já foi analisado por meio do subitem 91 da presente instrução, é lógica a conclusão do recorrente no sentido de que as propostas apresentadas pelas 9 licitantes que participaram do certame foram compatíveis com o orçamento da obra estimado pelo DNIT. Claro está que o orçamento com sobrepreço pode ter induzido as empresas licitantes a elaborar suas propostas acima do valor referencial de mercado.

154. Por outro lado, tal como se concluiu no subitem 106 da presente instrução em análise similar feita para a recorrente Egesa, como se observou que não merecem prosperar os argumentos apresentados pelo recorrente acerca da metodologia utilizada por esta Corte para o cálculo do superfaturamento, tampouco cabe o argumento do recorrente no sentido de que este Tribunal adote os procedimentos sugeridos pelo mesmo em seu recurso, com vistas a recalcular o superfaturamento apurado nestes autos.

155. Por oportuno, quanto ao argumento recursal que questiona a data a partir da qual devem incidir os juros de mora, como já analisado no subitem 108 da presente instrução, o Relator **a quo** esclareceu, nos autos, que “o valor para recolhimento da dívida, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora devidos, deve ser calculado desde a data discriminada no acórdão recorrido até a data do efetivo recolhimento, nos termos do artigo 9º da Instrução Normativa TCU 71/2012.”

156. Ademais, para que não reste dúvida acerca da correção do julgamento **a quo**, observa-se que, em sede de embargos de declaração, o Relator **a quo** analisou e rejeitou os argumentos do recorrente que questionam a metodologia utilizada pela unidade técnica no julgamento **a quo**, ao mesmo tempo em que buscava validar a sua própria metodologia, por meio dos subitens a seguir transcritos do Voto condutor dos aludidos embargos de declaração (peça 68, p. 2, subitens 11 a 16):

*11. Apesar disso, passo a fazer algumas ponderações para enfatizar alguns pontos que os embargantes entenderam como não suficientemente claros, iniciando pelas alegações do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca.*

*12. No que tange ao argumento de que os serviços com subpreço não foram considerados para compensar os serviços com superfaturamento, contrariando o Método da Limitação do Preço Global, observo que houve a devida compensação quando do cálculo do superfaturamento, conforme se depreende da análise da planilha elaborada pela Secob (peça 40, p. 5-6).*

*13. Para exemplificar a compensação, destaco que o superfaturamento dos serviços de via permanente foi de R\$ 1.251.553,03, justamente por ter sido feita a compensação dos subpreços de R\$ 307.301,24 de alguns serviços, como o subpreço de R\$ 229.009,44 referentes ao serviço de “transporte de dormentes de madeira”.*

14. Caso não tivesse sido feita a compensação, o superfaturamento relativo aos serviços de via permanente seria de R\$ 1.558.854,29, ou seja, não assiste razão ao embargante.

15. Em relação à alegada condenação por seleção de método construtivo antieconômico desconsiderando a possibilidade de execução da terraplenagem por mais de um método executivo, ressalto que o débito imputado decorreu justamente da existência de mais de um método executivo, em especial ante a seleção de método mais oneroso, utilizando moto scraper, em detrimento de método menos oneroso e usualmente adotado, qual seja a combinação de escavadeira hidráulica com caminhões basculantes, sem justificativa técnica.

16. No que tange a suposta aplicação de multa sem explicitar o percentual do dano ao erário que serviu de parâmetro e os fundamentos da multa, observo que o penúltimo parágrafo do voto condutor do acórdão recorrido estabeleceu o parâmetro de 10% do débito atualizado, dividido pelos responsáveis, para aplicação da multa e consignou que a multa seria aplicada ante a reprovabilidade da conduta do responsável, qual seja a aprovação de projeto que ensejou superfaturamento e com método construtivo antieconômico.

157. Por todo o exposto, conclui-se que não merecem acolhida os argumentos do recorrente, devendo ser mantido o acórdão original em seus exatos termos quando ao recorrente.

### CONCLUSÃO

158. Por fim, ante todo o exposto, entende-se que não podem ser acolhidos os argumentos trazidos pelos recorrentes. Portanto, os presentes recursos de reconsideração (peças 77 e 78) devem ser conhecidos e desprovidos, mantendo-se inalterados os termos do Acórdão 705/2014-Plenário, dando-se posterior ciência aos recorrentes e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

159. Dado o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer dos presentes recursos de reconsideração (peças 77 e 78), nos termos dos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 285 do RI/TCU;

b) no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se inalterados os termos do Acórdão 705/2014-Plenário;

c) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

5. O Ministério Público de Contas, nesta ocasião representado pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, anuiu na íntegra à proposta da unidade recursal (peça 106).

É o relatório.