GRUPO I – CLASSE I – Plenário
TC 005.849/2002-4
Natureza: Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial
Entidade: Companhia Docas do Rio Grande do Norte
Responsáveis: Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo (143.076.344-20); José Jackson Queiroga de Morais (088.769.084-04); Fernando Antônio Crisóstomo (114.355.854-53); Lafayete Pacheco Neto (057.219.111-15); Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. (19.394.808/0001-29); e Hidrotopo Consultoria e Projetos Ltda. (31.250.137/0001-28)
Representação legal: Luiz Felipe Bulus (OAB/DF 15.229) e outros, representando Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.; Thiago Huckleberry Siqueira de Azevedo (154720/OAB-RJ), representando Hidrotopo Consultoria e Projetos Ltda.; Karen Vasconcelos dos Santos Lima (3861/OAB-RN) e outros, representando Companhia Docas do Rio Grande do Norte.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIUNDA DA CONVERSÃO DE REPRESENTAÇÃO DE EQUIPE DE AUDITORIA PELO ACÓRDÃO 1588/2005-PLENÁRIO. CODERN. OBRAS DE CONSTRUÇÃO DO CAIS PARA CONTÊINERES DO PORTO DE MACEIÓ/AL. SUPERFATURAMENTO POR DEFICIENTE ESTIMATIVA DA PRODUTIVIDADE DE SERVIÇO DE DERROCAGEM. SUPERFATURAMENTO POR PAGAMENTO DE SERVIÇOS EM DUPLICIDADE. CONTAS IRREGULARES COM DÉBITO E MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA AFASTAR A OCORRÊNCIA DO DANO. REDUÇÃO DO VALOR DO DÉBITO EM RAZÃO DA INCLUSÃO DOS CUSTOS DE TRANSPORTE DO MATERIAL DERROCADO ATÉ O BOTA-FORA. ALTERAÇÃO DO VALOR DA MULTA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Morais, Lafayete Pacheco Neto e Fernando Antônio Crisóstomo e pela construtora Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. contra o Acórdão 1299/2013-Plenário.

2. O presente feito trata, originalmente, de tomada de contas especial oriunda da conversão de representação pelo Acórdão 1588/2005-Plenário, acerca de supostas irregularidades verificar na Concorrência 012/2000 e no Contrato 007/2001, dela decorrente, cujo objeto eram as obras de construção do cais para contêineres do Porto de Maceió/AL

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

3. O aludido ajuste foi celebrado entre a Companhia Docas do Rio Grande do Norte-Codern e a sociedade empresária Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., em 08/03/2001, no valor original de R$ 38.792.987,63. Por meio de aditivo datado de 17/05/2002, foram alterados quantitativos de serviços e incluído o serviço de derrocagem. Com isso, o valor contratual sofreu um acréscimo de 19,95%, passando a R$ 46.534.112,81.

4. Por meio de despacho, o então relator do processo, Ministro Marcos Vilaça, autorizou a citação:

4.1. da empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. e dos Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo e José Jackson Queiroga de Morais, pelos valores e datas apurados nos parágrafos 4.3.3.1 e 4.3.3.2 da instrução da Secex/RN (peça 22, p. 3-40), em decorrência do subdimensionamento da produtividade na derrocagem, que levou ao superfaturamento deste serviço;

4.2. das empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. e Hidrotopo Consultoria e Projetos Ltda. e dos Srs. José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto, pelos valores e datas apurados nos parágrafos 6.6 a 6.6.2 da instrução da Secex/RN, em decorrência de irregularidades no faturamento do serviço 2.4 (Bota-fora DMT=12 Km).

5. Após a apresentação das alegações de defesa, o Tribunal decidiu, por intermédio do Acórdão 1299/2013-Plenário:

> *"9.1. acolher as alegações de defesa da empresa Hidrotopo Consultoria e Projetos Ltda. e excluir sua responsabilidade no processo;*
>
> *9.2. julgar irregulares as contas de Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto e condená-los, solidariamente com a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., conforme as responsabilidades indicadas abaixo, ao pagamento das importâncias a seguir discriminadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres da Companhia Docas do Rio Grande do Norte - Codern, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas correspondentes até a data do recolhimento, na forma da legislação vigente:*
>
> *9.2.1. responsabilidade solidária de Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Morais e Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.:*

Data	*Débito (R$)*
08/07/2002	*955.184,20*
14/08/2002	*441.725,07*
10/09/2002	*782.652,35*
14/10/2002	*511.245,79*
20/11/2002	*472.421,59*
06/12/2002	*478.124,32*

> *9.2.2. responsabilidade solidária de José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo, Lafayete Pacheco Neto e Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.:*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

Data do débito	*Débito (R$)*	*Crédito (R$)*
07/01/2002	*4.005,33*	
10/05/2002	*3.190,49*	
14/06/2002		*3.063,28*
08/07/2002	*65.003,58*	
10/09/2002	*24.327,32*	

9.3. aplicar individualmente a José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo, Lafayete Pacheco Neto e à empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. multa no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;"

6. Irresignados com essa deliberação, os responsáveis ingressaram com embargos de declaração que foram conhecidos e rejeitados, na forma do Acórdão 1.534/2014-Plenário.

7. Ainda insatisfeitos, os Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Morais, Lafayete Pacheco Neto e Fernando Antônio Crisóstomo e a construtora Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. interpuseram recursos de reconsideração, que receberam a seguinte análise no âmbito da Serur (peça 128) – transcrição parcial com os ajustes de forma que entendi pertinentes:

*"**EXAME TÉCNICO – Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A (peça 85)***

Argumentos

5. Após fazer um breve histórico processual, a recorrente aduz que a razão que levou o TCU a declarar o superfaturamento do serviço de derrocagem foi a incompatibilidade verificada pelas Unidades Técnicas entre a produtividade real encontrada e a produtividade estimada pela recorrente para compor o preço unitário do serviço. Destaca a inexistência de má-fé da recorrente na execução do aludido serviço, baseando isso na afirmação do Relator de que "44. (..) dada a complexidade em se precisar previamente o rendimento do serviço de derrocagem, cuja execução, no caso, não encontrava referência, não se pode afirmar que houve atitude intencional de obter vantagem do erário (...)".

6. Alega que não é legítima a imputação de culpa à Recorrente em virtude da suposta irregularidade na CPU da derrocagem, uma vez que não há o alegado superfaturamento, muito menos se constatam imprudência, negligência ou imperícia da empresa ao compor o preço do serviço. Afirma que a recorrente agiu em estrito exercício regular de direito ao formalizar o aditivo contratual no curso da execução da obra. Assevera que, chamada para executar o serviço de derrocagem, a Contratada apresentou, após a realização de diversos estudos técnicos, a sua composição de preço unitário (CPU), calculada com base na produção média de uma equipe de trabalho.

7. Reforça, em apoio à conclusão do Relator, que a elaboração de um cálculo teórico para a execução do serviço de derrocagem, na forma como realizada no Porto de Maceió (submersa e a frio), apresenta extrema dificuldade. Anota que coube à Recorrente efetuar uma avaliação empírica da estimativa da produção de uma equipe, baseada em experiências de outras obras, que, por mais parecidas que fossem, nunca poderiam ser consideradas iguais, em virtude das peculiaridades do local da obra a ser executada. Afirma que, longe de ter agido com negligência, imprudência ou

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

imperícia, a conduta da recorrente se deu em estrita observância aos ditames legais, sendo que a dificuldade de se aferir previamente a produtividade do serviço de derrocagem não pode ser considerada uma irregularidade.

8. Aduz que, ao asseverar a complexidade e a dificuldade em se precisar, previamente, o rendimento do serviço de derrocagem, o v. aresto recorrido simplesmente corrobora que não se pode calcular a produtividade de um serviço em razão do que está previsto no cronograma físico-financeiro de execução do contrato. Afirma saber que o cronograma físico-financeiro é uma promessa de execução de um serviço em um determinado tempo, normalmente por solicitação do contratante, sendo o prazo prometido obtido com uma, duas ou "n" equipes, em um, dois ou três turnos, com equipamentos que produzem X, duas ou "n" vezes X.

9. Por outro lado, alega que a produtividade de uma composição de preços é a expectativa do orçamentista da produção horária de uma equipe básica para executar uma unidade de serviço. Conclui que, como são dois conceitos totalmente diferentes, não se pode comparar a produtividade de um serviço obtida a partir do cronograma físico-financeiro com a produtividade utilizada para estimar da composição de preços. Anota que, no caso específico do serviço de derrocagem na obra do Porto de Maceió, existem mais dois motivos para isso, de conhecimento das Unidades Técnicas e do e. Ministro Relator, que são as duas reduções na produtividade adotadas na composição de preços para se embutir todos os custos deste serviço.

10. Alega que isso foi feito para cobrir os custos com a mobilização e desmobilização da equipe de derrocagem e também para prever a possibilidade de interferência das operações do Porto com a execução dos serviços, conforme exigência do edital. Conclui que a produtividade adotada na composição seria obviamente inferior à produtividade obtida no cronograma físico-financeiro. Aduz que o que há muito se tenta demonstrar é que o cronograma físico-financeiro não é instrumento hábil e fidedigno para comprovar a real produtividade da derrocagem. Ressalta que é praticamente impossível que um cronograma físico-financeiro não sofra alterações, por mais simples que seja o seu objeto, seja porque houve aumento da produtividade ou porque a produtividade decaiu, inúmeros fatores externos aparecem no decorrer da execução do serviço e impactam o ritmo anteriormente previsto.

11. Conclui que, se o cronograma é impreciso para calcular a produtividade de uma obra simples, é indene de dúvida que a imprevisibilidade que existe em um serviço de derrocagem rechaça qualquer possibilidade de uso desta metodologia. Aduz que são conceitos distintos e devem ser dissociados na análise do caso, sob pena de conclusão de dano inexistente, causando, de um lado, o prejuízo da empresa e, de outro, o enriquecimento sem causa da Administração Pública. Conclui que se trata da estipulação de uma produtividade média, não sendo razoável, ou mesmo proporcional, exigir da recorrente que a produção estimada seja igual à efetiva.

12. Afirma que, ao contrário do que possa parecer, os Acórdãos 219/2004-Plenário, itens 9.1.15 e 9.1.17; 310/2004-Segunda Câmara, itens 9.1.2 e 9.1.3; e 1.449/2006-Plenário, item 9.1.2, citados pela equipe técnica para corroborar o entendimento seguido pelo v. aresto recorrido, não permitem a conclusão de que é correta a indução de um sobrepreço em face do cotejo entre a produtividade estimada e a efetiva. Alega que esses acórdãos cuidam do cotejo entre a produtividade estipulada no custo de um serviço e os referenciais do Sicro, o que é bem diferente do caso em análise, em que a equipe técnica criou um referencial de mercado após a execução da obra.

13. Assevera que, na contramão do que entendeu o v. acórdão recorrido, não é por conta da dificuldade de se encontrar preço de mercado compatível com a realidade da obra que a metodologia da produtividade real deve ser tida como correta e irrefutável, ainda mais quando adota presunções e critérios subjetivos para tirar as suas conclusões. Aduz que se deve fazer uma ponderação com todos os métodos até agora trazidos aos autos. Argumenta que, mesmo admitindo a produtividade real deve

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

ser levado em conta todos os fatores que podem influenciar positiva ou negativamente na produção do serviço, o que ainda não foi feito.

14. Afirma que, quanto à CPU da derrocagem, deve-se cotejá-la com os preços encontrados em outras obras que, ainda que não sejam idênticas, pelo menos são similares à obra do Porto de Maceió. Conclui que, na hipótese de se entender que a CPU da derrocagem deva ser calculada por meio da produtividade aferida na execução do serviço, imperioso que a composição seja calculada confrontando-se a produtividade real e a CPU real, com a consideração de todos os fatores de redução e todas as equipes e equipamentos utilizados na execução do serviço.

15. Alega que o que não pode ser aceito é a premissa equivocada, adotada pelo v. acórdão guerreado, que comparou a produtividade real com a CPU presumida, cotejo que dificilmente apresentaria compatibilidade. Conclui que não há que se falar em superfaturamento, tendo em vista que, além da escorreita conduta da recorrente, a metodologia utilizada pelas Unidades Técnicas é e consideravelmente imprecisa, pois adota critérios subjetivos e presunções para chegar às suas conclusões.

16. Alega que, na hipótese de se entender que a CPU da derrocagem deva ser calculada por meio da produtividade aferida na execução do serviço, imperioso que a composição seja calculada confrontando-se a produtividade real e a CPU real, com todas as equipes e equipamentos utilizados na execução do serviço. Conclui que não pode ser aceita a premissa equivocada adotada pelo v. aresto recorrido, que comparou a produtividade real com a CPU presumida, cotejo que dificilmente apresentaria compatibilidade.

17. Argumenta que, no caso em análise, a equipe técnica desconsiderou o emprego efetivo de um guindaste adicional na execução dos serviços de derrocagem. Aduz que a Secex/RN, ao calcular o seu "preço de mercado" com base na produtividade, não incluiu na CPU da derrocagem os valores de todos os equipamentos efetivamente utilizados na execução do serviço. Afirma que somente foi possível chegar à produtividade apontada porque a recorrente fez uso de um número maior de equipamentos, que não estavam na composição do preço.

18. Assevera que a recorrente usou dois guindastes para a remoção das pedras derrocadas e, por isso, conseguiu aumentar a produção da equipe. A despeito disso, alega que as Unidades Técnicas calcularam a produtividade do serviço com base na CPU apresentada, na qual somente constava um guindaste. Quanto a esta questão, cita trecho do Voto do Relator a quo para ilustrar o que argumenta. Conclui que o índice de produtividade encontrado está incorreto e o seu resultado viciado, pois esta produtividade superior só foi alcançada em razão da utilização de um guindaste a mais.

19. Anota que, ao não incluir este equipamento extra no cálculo, o v. acórdão, seguindo o posicionamento adotado pela Secex/RN, reduziu de forma equivocada o valor do serviço executado. Para demonstrar o impacto negativo que a desconsideração deste equipamento traz na aferição da produtividade, acrescente à composição do preço adotada pelo e. Relator a quo as horas trabalhadas pelo segundo guindaste (p. 9, peça 85). Observa que, com a inclusão do segundo guindaste, o valor obtido para o "preço de mercado" é 24% superior ao apontado pela Secex/RN e pela Secob.

20. Argumenta que, se adotarmos o mesmo valor do v. acórdão recorrido para a mobilização e desmobilização dos equipamentos (R$ 11,38/m³), com a devida deposição do material na retro-área, teremos um novo valor unitário para o serviço de derrocagem, qual sela: (R$ 170,93 + R$ 11,38 = R$ 182,31/m³). Conclui que, se para chegar ao suposto "preço de mercado" este Eg. Tribunal tomou por base a produtividade real verificada na execução do serviço, qualquer fator que tenha influenciado nesta produtividade, seja positiva ou negativamente, deve ser considerado. Infere que, como o v. acórdão recorrido simplesmente ignorou essa fundamental questão, deixando de incluir em seus cálculos as horas trabalhadas deste segundo guindaste, não há dúvida sobre a necessidade de reforma do julgado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

21. Aduz que o acórdão recorrido, ao adotar o parâmetro da produtividade real, equivocou-se, ainda, ao excluir, da CPU da derrocagem, o valor relativo ao transporte do material derrocado até a área do bota-fora. Afirma ser incontroverso nos autos que todo o material derrocado foi devidamente transportado para o bota-fora (48.043,50 m³). Aduz que também é incontroverso que o custo desse transporte (que continha a carga, o transporte e o espalhamento do material no bota-fora) não estava incluído na CPU do serviço. Alega que isso ficou claro quando a Codern se negou a pagar o referido transporte, alegando que o mesmo deveria ter feito parte da composição do preço da derrocagem.

22. Afirma que, como a recorrente não colocou esse transporte na composição do seu preço, requereu o seu pagamento à Contratante, mas teve o seu pedido negado. Assevera que, apesar de reconhecer que o serviço foi prestado, a Contratante não o pagou. Alega que, se o transporte até o bota-fora já fazia parte da CPU apresentada pela recorrente, ela também deve fazer parte da composição do "preço de mercado" criado pelo acórdão, sob pena de ser feita uma comparação completamente injusta e fora da realidade. Aduz que, além disso, não incluir no "preço de mercado" o transporte do material derrocado até o bota-fora significa confessar que este serviço efetivamente nunca compôs o preço da derrocagem, o que, em outras palavras, gera um crédito à Recorrente por trabalhos executados e não pagos.

23. Para comprovar a omissão quanto à questão em análise, cita trecho extraído do v. aresto recorrido, no qual o e. Relator considera o percentual de 11,7%, relativo à mobilização e desmobilização, na CPU da derrocagem. Conclui que, da mesma maneira que a mobilização e desmobilização foram consideradas para o cálculo, o custo com o transporte do material derrocado até o bota-fora também deveria ter sido. Ressalta que este percentual de 11,7%, considerado pelo v. aresto guerreado, engloba apenas o transporte até a retro-área, e não o transporte até a área do bota-fora.

24. Conclui que o preço do serviço (com a carga, transporte do material derrocado e o seu espalhamento no local do bota-fora) deve ser calculado nos termos do ANEXO I do edital de licitação n° 012/2000-Codern - PROJETO BÁSICO, Capítulo II — CRITÉRIOS DE MEDIÇÃO E PAGAMENTO, item 1.8 Movimento de Terra: "O transporte de materiais destinados ao bota-fora será medido no caminhão e pago por metro cúbico de material transportado". Acrescenta que, conforme declarado pelo e. Relator, o volume derrocado foi de 48.043,50 m³, o qual foi devidamente medido na seção de corte. Argumenta que, consoante disposto no Manual de Instruções do DNIT (ver p. 44 da peça 85), para se transformar o volume medido no corte de materiais de 3ª categoria (rocha) em material solto (no caminhão), deve-se utilizar um coeficiente de 1,75, denominado fator de conversão.

25. Argumenta que o valor a ser incluído ao "preço de mercado", em razão do transporte do material até o bota-fora, consiste no resultado da seguinte conta: o produto do volume de derrocagem (medido no corte) pelo fator de conversão e pelo preço unitário do transporte da planilha da Mendes Júnior, que é de R$ 12,41/m³ (medido no caminhão), dividindo tudo pelo volume de derrocagem (medido no corte). Conclui que o produto do fator de conversão pelo preço da tabela da Mendes Júnior é: 1,75 x 12,41 = R$ 22,72/m³ derrocado. Em conclusão, efetuando a soma do valor anteriormente apresentado (R$ 182,31/m³) com o valor relativo ao transporte até o bota-fora (R$ 22,72/m³), chega-se à quantia de R$ 204,03/m³, a qual seria o "preço de mercado" mais condizente com a produtividade real adotada pelo v. acórdão recorrido.

26. Afirma que, se tivesse o acórdão adotado o "valor de mercado", se comparado à CPU disposta no Termo Aditivo, obteria como resultado uma diferença de apenas 4,66%, o que afastaria o apontado superfaturamento do serviço. Aduz que se faz necessária a reforma do acórdão para que o "preço de mercado" seja recalculado, considerando-se na CPU do serviço os valores relativos ao transporte do material derrocado até o bota-fora.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

27. Anota que outro ponto que merece reparo diz respeito aos fatores de redução, que não foram devidamente considerados pelo v. acórdão recorrido. No caso específico do serviço de derrocagem realizado na obra do Porto de Maceió, alega que o orçamentista levou em consideração dois fatores de redução legítimos. Afirma que o primeiro deles, devidamente reconhecido pelo Eg. TCU, refere-se ao percentual de 11,7% estipulado para cobrir os custos com a mobilização e desmobilização da equipe de derrocagem. Contudo, alega que, quando a Secex/RN e a Secob efetuaram os seus cálculos, utilizaram o percentual de 11,17% sobre o valor obtido com base na produtividade "adotada", o que não está correto.

28. Assevera que o valor da mobilização e da desmobilização é uma quantia fixa, de modo que, se o valor total do serviço for reduzido, como proposto pelas Unidades Técnicas, maior terá que ser o percentual utilizado, a fim de que este custo possa estar integralmente incluído no preço. Aduz que as Unidades Técnicas desconsideraram este fato e adotaram o mesmo percentual. Conclui que, quando considerado o valor de R$ 491.481,94 como custo de mobilização, utilizou-se um valor correspondente a apenas 42% do valor que realmente deveria ter sido utilizado.

29. Alega que o segundo fator de redução, no valor de 6%, fez parte da CPU para precificar o ônus a ser imposto à Contratada por conta da interferência das operações do Porto na execução dos serviços, conforme exigência do edital. Afirma que este percentual não foi aceito, pois "era de se esperar que a contratada, quando início dos serviços de derrocagem (junho/2002), já tivesse condições de prever se os trabalhos portuários realmente interfeririam na sua execução, considerando-se que a obra havia sido iniciada a mais de um ano". Esclarece que a obra do Porto de Maceió teve a sua mobilização iniciada em 05 de dezembro de 2001, tendo a recorrente elaborado o preço para a execução da derrocagem em março de 2002, portanto, apenas três meses após a sua chegada na cidade, e não com mais de um ano como foi dito.

30. Frisa que a recorrente estava recém concluindo as suas instalações de canteiro e não tinha nenhuma experiência com relação ao movimento portuário do local. Conclui que não procede a afirmação da Secob de que "quanto ao risco de paralisação, de 6%, entende-se que a sua incidência como fator de redução da produtividade é indevida, pois era previsível, à época, que as paralisações efetivamente não iriam ocorrer". Neste sentido, aduz que a Unidade Técnica entendeu que não era possível a contabilização do fator redutor de paralisação pelo simples fato de se ter constatado que não houve paralisação completa do serviço (item 4.3.11.1 do Relatório).

31. Argumenta que a instrução não verificou se inexistiu paralisação, concluindo tão somente que não houve paralisação total. Repete que a finalidade desse fator de redução era cobrir os custos decorrentes das paralisações dos serviços, inerentes ao inevitável conflito entre os trabalhadores de derrocagem e as operações portuárias, uma vez que, nos termos do edital, em sua especificação de serviços, item 5.3, as atividades portuárias não poderiam ser interrompidas.

32. Aduz que, de acordo com esse item, havia a estipulação de que: "5.3 Os dois cais não poderão ter seu nível de movimentação diminuído, ou seja, os processos de descarregamento e carregamento, não serão interrompidos durante sua execução". Alega que, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração e de prejuízo indevido à Recorrente, os cálculos do "preço de mercado" da derrocagem, constante no v. acórdão recorrido, devem ser revistos, incluindo-se o fator de redução de 6% e ajustando-se o percentual relativo à mobilização e desmobilização, que deve estar de acordo com o valor do serviço apontado no aresto.

33. Aduz que, inobstante os fundamentos até aqui expostos, o v. aresto recorrido também se equivocou a não considerar os preços paradigmas apresentados pela recorrente, rechaçando-os por entender que o serviço de derrocagem em comento era singular. Cita trecho do Voto do Relator que afastou os preços comparativos trazidos pela recorrente. Argumenta que, ao se posicionar desta maneira, o acórdão recorrido ignorou questão insistentemente ressaltada pela recorrente: os preços comparativos apresentados servem para fazer ao menos uma comparação ponderada de seus

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

elementos, na medida em que todos os valores apresentados estavam acima da CPU da derrocagem, mesmo sendo a obra do Porto de Maceió mais complexa. Sobre o ponto, consigna que a grande questão que motivou o rigor na fiscalização pelas Unidades Técnicas decorre do fato de o serviço de derrocagem não ter sido originalmente previsto na licitação, tendo sido contratado por meio de termo aditivo.

34. Assevera que a Secex/RN defendeu que não foram localizados estudos de compatibilidade de preços de mercado antes do ajuste. Afirma ter demonstrado a cotação de preços realizada à época da licitação junto a outras empresas. Aduz que, apesar da robustez dos esclarecimentos e dos documentos apresentados, o v. acórdão recorrido, acompanhando posicionamento equivocado das Unidades Técnicas, entendeu que os preços apresentados pela recorrente eram inservíveis para conformação de preço de mercado, máxime pela especificidade dos serviços que seriam realizados no Porto de Maceió. Alega que não há dúvidas de que o serviço de derrocagem necessário para as obras no Porto, na conformação exigida pela Contratante, revelava-se francamente atípico.

35. Não obstante, anota que as partes dedicaram-se a localizar, no mercado, preços que servissem de parâmetro para a cobrança daqueles novos itens, como forma de cumprir a exigência do §3° do art. 65 da Lei 8666/1993, e assim demonstraram nos autos. Afirma que as partes cumpriram sua obrigação legal de buscar no mercado preços compatíveis aos que ali seriam contratados. Conclui não ser possível exigir da recorrente conduta diversa da que por ela foi desenvolvida.

36. Assevera que, sobre os valores paradigmas em si, na ausência de preços publicados em revistas de construção relativas a obras portuárias que tivessem utilizado a escavação a frio nas mesmas condições do Porto de Maceió, a recorrente juntou aos autos:

a) planilha de preços da Obra de Construção do Guia Corrente e de Dragagem do Porto de Natal;

b) planilha de Preços da Obra de Melhoramentos do Porto de Paranaguá;

c) propostas de preços de empresas especializadas em serviços subaquáticos, como (i) Mariner; (ii) Emsertec Ltda., (iii) Belov Engenharia Ltda., e até

d) o preço extraído do processo 005.814/2002-9 que tramitou neste TCU.

37. Argumenta que todos os valores apresentados eram voltados para serviços de "derrocagem subaquática" e, portanto, serviam para identificar se existia abuso no preço apresentado pela recorrente, ao menos pela comparação ponderada de seus elementos. Aduz que referido abuso, contudo, não pôde ser constatado, pois, de todos os valores apresentados, o menor preço foi o da recorrente. Afirma que, no caso específico do preço extraído do processo 005.814/2002-9, para execução dos serviços de "Derrocagem de Arenitos (Fragmentação Mecânica, Carga e Transporte)", as diferenças ficariam somente por conta (i) do equipamento de fragmentação (Draga no Porto de Natal e Bate-Estaca com Fragmentador Chizel no Porto de Maceió) e (ii) local da obra.

38. Conclui que se incumbiu de demonstrar serviços muito semelhantes, cujos preços poderiam ser comparados. Entretanto, aduz que, adotando o entendimento exarado pela Secob, o acórdão recorrido afirmou que a comparação não seria válida, uma vez que os quantitativos das obras do DNIT e da Codern eram inferiores aos da obra em questão. Afirma que esse entendimento não pode prevalecer, eis que quando se elabora uma composição de preço unitário, ela é sempre prevista para uma unidade de serviço, valendo, portanto, para qualquer quantidade de serviço, desde que utilizados os mesmos equipamentos. Alega que não existem economias de escala no custo direto de um serviço. Assevera que essas economias, quando ocorrem, são por conta de redução nos custos indiretos que estariam incluídos no BDI e não nas produtividades dos equipamentos, porque as

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

produtividades não se alteram com o aumento de quantidades e são constantes para uma mesma equipe.

39. Repete que não se quer demonstrar que as obras de referência são idênticas à do Porto de Maceió, mas sim que, apesar das peculiaridades do caso, o preço da derrocagem na obra em apreço conseguiu ser inferior as demais preços, mesmo sendo uma obra mais complexa. Acrescenta que, noutro giro, o v. acórdão recorrido cometeu mais um equívoco no ponto relativo aos BDI's dos preços orçados para a obra do Porto de Maceió, pois o e. Relator entendeu que os preços não seriam válidos porque neles fora aplicado o BDI de 47%, e não 10% corno determinado pela jurisprudência do TCU.

40. Argumenta que a execução da obra em análise, bem como a assinatura do termo ativo que continha o serviço de derrocagem, deu-se antes da consolidação da jurisprudência do TCU que limitava o BDI em 10% nas subcontratações. Sendo assim, aduz que o referido entendimento não pode ser utilizado no caso em tela, até porque naquela época a aplicação do BDI era livre, sem qualquer restrição desse tipo. Ademais, afirma que se mostram equivocados os cálculos dos preços adotados pela Secob e as suas conclusões, que foram corroboradas pelo acórdão recorrido.

41. Alega que o aresto interpreta de forma errada precedentes invocados deste Tribunal (Acórdãos 1600/2003-PL, 325/2007-PL e 1020/2007-PL), já que aqueles se referem somente a "aquisição de materiais e equipamentos", assuntos distintos do travado nestes autos. Aduz que também se equivoca quando afirma que o BDI corresponde somente ao lucro da empresa, quando, na verdade, essa parcela, no caso do Porto de Maceió, corresponde a 6% dos 47% e os outros 41% correspondem a custos. Afirma que apenas a parcela de impostos é superior aos 10% propostos pela Secob. Diz ser injustificável, igualmente, o não acolhimento do "preço de desmonte de rocha a frio" da empresa Arcoenge, retirado da Revista Construção Mercado n° 51, da editora PINI, e que foi apresentado pela Codern.

42. Aduz que o objetivo era demonstrar que um serviço de menor grau de dificuldade e com número de atribuições muito inferiores apresentava preço de mercado superior ao preço do serviço de derrocagem em Maceió. Assevera que a validade da comparação se sustenta no fato de que uma parte do serviço de derrocagem é o desmonte de rocha, só que submersa, incluindo, ainda, a remoção do material até o cais existente. Conclui que, se um preço de mercado para execução de um serviço de desmonte de rocha a frio e a céu aberto é 6% superior a um preço apresentado para execução de um desmonte de rocha a frio submerso, no qual se incluem ainda a carga, o transporte marítimo e o desembarque da rocha no cais, este último preço não pode ser tido como superfaturado. Afirma que é certo que a recorrente cobrou preços para o serviço de derrocagem de acordo com os parâmetros que o mercado à época apresentava, sendo possível aferir a validade da comparação efetivada, ainda que de forma ponderada, já que cada fornecedor detém solução própria para o caso em comento.

43. Argumenta que, assim como verificado no serviço de derrocagem, devem ser reformadas as razões que levaram esta Eg. Corte de Contas a apontar superfaturamento no serviço de bota-fora e aplicar multa à Recorrente. Alega que o acórdão recorrido se equivocou ao aplicar multa de R$ 50.000,00 à Recorrente por conta do superfaturamento do serviço de "bota-fora, DMT= 12Km". Assevera que, em suas razões, o Relator, ressaltando a boa-fé da Mendes Júnior na execução do serviço de derrocagem, asseverou que "não se pode afirmar que houve atitude intencional de obter vantagem do erário, nem erro inescusável." Todavia, ao mesmo tempo em que alegou não ter havido intenção da empresa em lesar o erário no serviço de derrocagem, aplicou multa pelo suposto superfaturamento do bota-fora.

44. Conclui que o aresto entendeu que a recorrente teve intenção de lesar o erário quando supostamente superfaturou o serviço de bota-fora. Indaga qual seria o beneficio de a Mendes Júnior tomar para si, ilicitamente, uma quantia de aproximadamente R$ 93.000,00 em uma obra cujo valor global ultrapassou os R$ 46 milhões. Conclui que seria absolutamente nenhum.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

45. Alega que a Secex/RN, ao se manifestar sobre os declaratórios da recorrente, também não soube responder a este questionamento, asseverando apenas que "são tratados dois assuntos com objetivos distintos, sendo cada um apreciado de forma separada, e que a conclusão sobre um objeto (boa-fé associada à derrocagem) em nada pode influenciar a do outro (irregularidade associada ao superfaturamento do serviço de 'bota-fora')". Afirma que não explicou qual foi o motivo que levou a recorrente a agir com boa-fé na execução de um serviço e com má-fé em outro. Muito menos foi capaz de justificar a razão pela qual a recorrente agiu com má-fé em um serviço que representa somente 0,2% do total da obra.

46. Aduz que não há motivo para que a recorrente tivesse agido com boa-fé na execução de um serviço e com má-fé em outro. Alega que, se alguém age com a intenção de fraudar, esta vontade se verifica em todos os seus atos, e não isoladamente. Ressalta que inexiste o alegado faturamento em duplicidade, tanto é que alguns pagamentos feitos pelo bota-fora, que não haviam sido aceitos pela Secex/RN, foram declarados corretos pelo v. aresto.

47. Frisa que o próprio acórdão recorrido atestou a inexistência de prática de "jogo de planilha" por parte da recorrente, o que - em tese - poderia indicar algum dolo em sua conduta. Afirma que, se realmente houvesse a má-fé da recorrente, o acórdão não teria aceitado nenhum pagamento do bota-fora a não ser aqueles dispostos nos itens 2.1 e 2.2, nos termos da instrução da Secex/RN. Por fim, pergunta como haveria má-fé da recorrente se nem mesmo as Unidades Técnicas conseguiram chegar a uma opinião convergente quanto à irregularidade no serviço de bota-fora.

48. Argumenta que o mínimo que se poderia imaginar em relação a esta divergência nas conclusões da Secex/RN e da Secob é a dificuldade de realizar o faturamento do serviço questionado, o que afastaria qualquer alegação de culpa ou dolo imputada à empresa. Conclui que resta claro o equívoco perpetrado pelo v. acórdão na aplicação de multa à Recorrente, devendo ser desconstituída a sanção imposta. Noutro giro, afirma que, ainda que se entenda pela aplicação da multa, o v. aresto merece reparo quanto à mensuração da sanção, pois o e. Relator entendeu que a multa seria de 30% sobre o valor do dano, perfazendo o montante de R$ 50.000,00 para cada responsável, o que se configura demasiadamente elevado.

49. Assevera que, ao assim proceder, o v. acórdão recorrido não observou a já citada boa-fé da recorrente e o princípio da proporcionalidade, que deve reger a aplicação das sanções. Aduz que o valor da multa, na forma determinada pelo v. aresto recorrido, ultrapassa em muito o valor do dano alegado (cerca de R$ 93.000,00), o que de maneira alguma atende ao referido princípio. Para demonstrar a total desproporcionalidade na aferição da sanção, traz à colação julgado deste Eg. Tribunal de Contas, no qual se aplicou penalidade inferior a dos autos, sendo que as irregularidades foram muito mais graves (pp. 23-24).

50. Observa que, no caso supracitado, as irregularidades constatadas eram inúmeras, bem como o dano ao erário superava os R$ 67 milhões. Mesmo assim, alega que esta Corte de Contas aplicou multa de R$ 41.528,52, valor menor do que o imposto à Recorrente. Conclui que, a respeito da mensuração da sanção, da boa-fé da recorrente e da necessária aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso, é indene de dúvida o equívoco a ser reparado.

51. Afirma que, relativamente ao serviço de "bota-fora - DMT=12Km", em que pese ter afastado algumas das alegações da Secex/RN, aceitando o pagamento de alguns itens da planilha pelo bota-fora, o Relator ***a quo*** *entendeu pelo superfaturamento do serviço. Conclui que, sob o fundamento de que a recorrente deveria ter executado os serviços de acordo com os preços oferecidos em sua proposta, respeitando o edital e os critérios de medição estabelecidos à época da licitação, o e. Ministro entendeu ter havido o faturamento em duplicidade para alguns itens da planilha orçamentária. Diz que o Relator aduziu, ainda, que pagar os serviços de maneira diversa do que determina o critério de medição seria violar princípios basilares da licitação pública, como o da isonomia, pois as demais licitantes estariam sendo prejudicadas.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

52. Anota que, ao assim decidir, o v. acórdão recorrido chancelou equívocos que foram apontados pela própria Secob, que destacou as falhas do critério de medição disposto no Edital. Aduz que, não fosse isso o bastante, o acórdão recorrido, apesar de ter aceitado o pagamento da dragagem (item 3.6.1 e 3.6.2) por meio do bota-fora, não admitiu o pagamento dos demais serviços pleiteados, que foram executados sob as mesmas condições. Assevera que, na planilha de preços da obra, só existe um item de serviço para o transporte de materiais para o bota-fora, que é o subitem 2.4 (Bota-fora) DMT = 12 Km, do item 2. Movimento de terra.

53. Afirma que, no critério de medição e pagamento, contudo, existiam vários serviços que não incluíam o transporte de materiais para o bota-fora. Por esta razão, alega que, quando foi necessário executar estes serviços para outros itens da planilha, a Codern pagou a recorrente de acordo com o item 2.4. Destaca que os serviços que compõem o item 2.4 são carga, transporte, descarga e espalhamento mecânico do material e, a prevalecer os termos dispostos no acórdão, estará sendo excluída contraprestação por um serviço que foi efetivamente realizado pela recorrente, por determinação da Fiscalização, hipótese que não pode ser admitida.

54. Assevera que a Secob compartilha do posicionamento da recorrente, reconhecendo que os trabalhos abrangidos pelo "bota-fora" não se restringiam aos itens 2.1 e 2.2, uma vez que existiam serviços que necessitavam de transporte, não estando este incluído em seus preços unitários. Cita trecho retirado da manifestação da Secob (pp. 25-26 da peça 85).

55. Argumenta que a imprecisão dos critérios de medição constantes do edital não pode, sob qualquer ângulo, motivar a negativa de pagamento por um serviço efetivamente prestado. Afirma que a recorrente, atendendo às demandas da Fiscalização, não pode ser prejudicada por esse motivo e nem a Administração pode se valer desse argumento para não pagar, sob pena de enriquecer-se ilicitamente, com consequente desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Exemplifica com o serviço de escavação, cujo pagamento foi negado pelo aresto, ressaltando que a metodologia prevista na época da licitação era para dragagem de areia, o que exigia a execução de diques (aterros) pela rapidez da decantação desse material.

56. Assevera que, com o surgimento da derrocagem e a consequente dragagem para exposição da pedra, cujo material era lama e não areia, houve a necessidade de se executar escavações para se poder acumular mais material nos diques. Aduz que isso ocorreu em consequência do tempo muito superior de decantação da lama em relação à areia. Afirma que inexistia, na metodologia original, a necessidade de transporte de material de escavação para bota-fora, simplesmente porque ele não existia à época. Esclarece que o não pagamento da escavação, quando da medição, foi questionado pela recorrente, mas seus argumentos não foram aceitos pela Fiscalização. Anota ser fato que o material resultante da escavação - não previsto na metodologia original - ocuparia grande espaço dentro do canteiro de obras, comprometendo a eficiência dos demais trabalhos, especialmente nos dias de chuva, em que parte do material se espalharia por toda a obra.

57. Alega que as partes, então, acordaram quanto à necessidade de realização desse serviço e, consequentemente, em seu pagamento. Conclui que, por essa razão, não se revela justo ou razoável o desconto do pagamento de um serviço que foi efetivamente realizado, cujos custos não estavam inseridos nos preços do serviço de dragagem. Ademais, afirma que, da mesma forma que o critério de medição era defeituoso e impreciso para a recorrente, assim o era para as demais licitantes. Conclui que muito provavelmente os problemas encontrados na composição dos preços da recorrente, a respeito do transporte, também apareceriam na CPU dos outros concorrentes.

58. Assevera que, ao negar o pagamento por serviços efetivamente prestados, o v. aresto foi contraditório, pois em trecho que tratava sobre a derrocagem reconheceu que "Diante da obra concluída, entretanto, é injusto não remunerar serviços sabidamente realizados, não obstante a falta de previsão contratual." Conclui que, se o acórdão entendeu que seria injusto não pagar a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

mobilização e desmobilização relativas à derrocagem, ainda que o serviço não estivesse previsto no contrato, não poderia ter adotado posição contrária quanto ao bota-fora. Aduz que deve ser provido o presente recurso, a fim de que os serviços efetivamente realizados pela recorrente sejam pagos, afastando-se o superfaturamento apontado.

59. Alega que, ao constatar superfaturamento nos serviços de derrocagem e de "bota-fora - DMT=12 km", determinando que a recorrente restitua solidariamente o prejuízo causado ao erário, o v. acórdão vergastado desconsiderou a jurisprudência pacífica desta Eg. Corte de Contas. Afirma que os superfaturamentos calculados pelo e. Relator foram os seguintes: (i) derrocagem sem o reajuste - R$ 3.085.353,57; (ii) derrocagem com o reajuste - R$ 3.641.353,31 (= R$ 3.085.353,57 + R$ 555.999,74); e (iii) bota-fora, DMT=12 km - R$ 93.463.44. Argumenta que, considerando como valor total do suposto superfaturamento a quantia de R$ 3.734.816,75 (incluindo-se o reajuste), o percentual em relação ao valor global da obra é de aproximadamente 8,02%. Aduz que, se este percentual for calculado sem o reajuste, o que parece ser o mais acertado, o superfaturamento cai para 6,83% do valor global da obra.

60. Assevera que tanto o percentual de 8,02% quanto o de 6,83%, segundo a jurisprudência pacífica desse Eg. TCU, não são suficientes para configurar o alegado superfaturamento e, consequentemente, o dano ao erário. Aduz que se trata, nesse caso, de mera variação do mercado. A própria Secex/RN, quando solicitou mais detalhes sobre a fiscalização realizada pela CGU/RN, reconheceu que a jurisprudência do TCU afasta a alegação de superfaturamento quando o percentual encontrado não ultrapassa 15%. Cita o aludido trecho à p. 28 da peça 85. Cita também os Acórdãos 733/2013-Plenário e 2032/2009-Plenário.

61. Aduz que se soma a este baixo percentual o entendimento assentado no v. acórdão recorrido a respeito da inexistência do suscitado jogo de planilha, bem como sobre as outras alegações de superfaturamento. Afirma que não há como ser desconsiderada a questão da boa-fé da empresa na execução do serviço de derrocagem, muito bem salientada pelo E. Relator José Múcio Monteiro. Observa que o acórdão recorrido merece ser reconsiderado para que seja conformado às diretrizes deste Eg. TCU, tendo em vista a inexistência da configuração do alegado superfaturamento.

62. Alega que o v. aresto também merece ser revisto em função do dever desta Corte de Contas de observar o princípio da inocência, tendo em vista a grande incerteza e imprecisão que dominou o teor das instruções técnicas proferidas pela Secex/RN e pela Secob. Afirma que chama atenção nesses autos a sucessão de metodologias sugeridas e utilizadas pela Secex/RN para averiguar a compatibilidade de alguns preços cobrados.

63. Assevera que a primeira instrução técnica realizada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio Grande do Norte (fls. 46/57), em 06 de setembro de 2002, apontou que o projeto executivo da recorrente estaria com sobrepreço. Aduz que, para tanto, comparou o seu valor (R$ 1.035.689,29) com o projeto de outras obras similares, mais especificamente com o Complexo Penitenciário da Grande Florianópolis, cujo custo foi de R$ 356.011,91, e com projeto executivo da obra do Edifício Sede do TRT/RN, no qual o valor perfazia a quantia aproximada de R$ 170.000,00.

64. Anota que, após a apresentação de documentos requeridos pela Unidade Técnica, encaminhados pela Codern, foi elaborada a segunda instrução (fls. 76/89), na qual se manteve entendimento pela ocorrência de superfaturamento no projeto executivo, bem como foi suscitada mais uma irregularidade: sobrepreço no serviço de derrocagem, incluído no Contrato n° 007/2001 por meio de termo aditivo. Argumenta que, para entender neste sentido, a Unidade Técnica novamente compara os valores do item com preços extraídos de outros empreendimentos, que guardariam similitude com a obra em comento (fl. 86).

*65. Argumenta que, depois de autorizada a inspeção **in loco** por determinação do Min. Marcos Vinicios Vilaça, então relator do processo, foi elaborado "Relatório de Fiscalização" (fls.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

177/208). Aduz que as conclusões ali constantes deram respaldo às determinações contidas no Acórdão n° 1588/2005/TCU/Plenário que, apesar de afastar o sobrepreço do projeto executivo, determinou a citação da recorrente para se manifestar quanto ao suposto subdimensionamento da produtividade da derrocagem e quanto a supostas irregularidades no item "bota-fora - DMT = 12 Km".

66. Afirma que se seguiu a terceira instrução técnica por parte da Secex/RN, em que decide mudar completamente os parâmetros até então utilizados para entender pela configuração de sobrepreço no serviço de derrocagem. Assevera que, agora, este não decorria de incompatibilidade com os preços cobrados no mercado, em especial com o apontado no TC 005.814/2002-9, pois "a única forma de examinar a possível ocorrência de superfaturamento é por meio da CPU, em especial das produtividades ali expressas".

*67. Aduz que isso ocorreu depois de a recorrente apresentar defesa demonstrando a compatibilidade do preço cobrado para a derrocagem com os propostos por outras empresas especializadas nesse serviço (Mariner Serviços Subaquáticos Ltda., Emsertec Ltda., Belov Engenharia Ltda.), obtidos à época do aditivo, bem como com os obtidos em outras licitações (Codern - Construção do Guia Corrente - R$ 278,11/m^3 e DNIT - Porto de Paranaguá - R$ 463,05/ m^3). Alega que essa instrução asseverou também que a recorrente havia superdimensionado suas contas, exagerando nas horas trabalhadas, "fazendo-as atingir o irreal patamar de 4.039 horas. Se considerados outros parâmetros (6 meses * 22 dias * 14 horas por dia), mais próximos da realidade, seriam obtidas apenas 1.848 horas trabalhadas, o que elevaria a produtividade a 26 m^3/h (48.043,50 m^3 derrocados/1.848 horas)".*

68. Anota que, depois de nova inspeção ao local das obras, adveio a quarta instrução da Secex/RN, na qual muda uma vez mais de posição, convencida de que, "de fato, os equipamentos trabalharam, com poucas e rápidas paradas, as 24 horas do dia, 7 dias por semana". Alega, no entanto, que a unidade técnica afirma que as horas referentes ao mês de dezembro de 2002 não poderiam ser consideradas para aferir a produtividade, pois "o quantitativo de derrocagem foi integralmente faturado até o mês de novembro de 2002. Aceitar o cômputo daquelas horas significaria assumir que a Codern pagou, em novembro de 2002, por serviços que só viriam a ser realizados no mês seguinte."

69. Conclui que, subtraindo 432 horas referentes ao mês de dezembro, alcançou a produtividade de 13,32 m^3/h, o que foi devidamente revisto pelo acórdão recorrido. Assevera que, em nova mudança no critério de apuração, a Secex/RN passou a acatar (em parte) a necessidade de remuneração dos custos de mobilização e desmobilização de equipamentos, tomando como referência o valor de 2% exposto no edital de licitação.

70. Aduz que, com base nisso, apresentou outros cálculos que evidenciariam o dano ao erário, sustentando que o "preço de mercado" a ser considerado como parâmetro de cálculo do suposto superfaturamento seria o de R$ 129,53, ali, por ela, estabelecido. Afirma que o valor do dano seria, então, o resultado da subtração entre o preço cobrado pela recorrente (R$ 213,53) e o "valor de mercado" (R$ 129,53), multiplicando-se esse resultado (R$ 84,00) pelo quantitativo executado em cada boletim de medição, totalizando uma quantia de R$ 4.762.903,74 (já com o reajuste). Contra essa conclusão, a recorrente apresentou defesa, demonstrando os equívocos de premissa ali contidos.

71. Anota que, mais uma vez, acatando parcialmente os argumentos da recorrente, a Secex/RN alterou o parâmetro para cálculo do superfaturamento, elegendo como "preço de mercado" o valor de R$ 137,22, substituindo os R$ 129,53 anteriormente fixados, depois de aceitar como valor total (mobilização/desmobilização/canteiro de obras/pessoal e equipamentos etc.) o percentual informado pela própria Mendes Júnior (fl. 85, anexo 1), ou seja, 11,17%.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

72. No que tange à produtividade, afirma que a unidade técnica (i) negou a possibilidade de comparar a produtividade no Cais para Contêineres de Maceió/AL com dados constantes do TC 005.814/2002-9, salvo se demonstrada a identidade entre as duas obras, inclusive quanto à forma de execução dos serviços e (ii) negou que os ganhos de produtividade pertenceriam à empresa, como premiação por sua eficiência, por se tratar de contratação de novo serviço mediante aditivo. Na sequência, afirma que, instada a se manifestar por sugestão da própria Secex/RN, a Secob emitiu pronunciamento sobre o caso (fis. 555/582). Basicamente, no que concerne à derrocagem, afirma que a Secob concordou com o valor de sobrepreço apresentado pela Secex/RN, acrescentando questionamento quanto à produtividade do serviço, entendendo que seria impossível realizar o volume previsto de serviço no prazo definido no cronograma. Divergiu, contudo, em relação ao sobrepreço no item 2.4 – Bota-fora, DMT = 12 Km.

73. Afirma que toda esta longa e detalhada narrativa é necessária para deixar clara a falta de consistência metodológica para aferição do suposto superfaturamento que foi convalidada pelo v. aresto recorrido. Aduz que basta uma simples leitura das instruções técnicas elaboradas pela Secex/RN e pela Secob para perceber que nem mesmo elas chegam a um denominador comum quanto às irregularidades apontadas. Alega que, de todas as manifestações, dentre instruções e relatório de fiscalização, não foi possível verificar a repetição de pelo menos uma mesma fundamentação. Assevera que, sempre que a recorrente apresentava documentos ou argumentos que rechaçavam as supostas irregularidades, as novas manifestações da Unidade Técnica, surpreendentemente, buscavam outras formas de mantê-las, gerando verdadeira insegurança jurídica. Conclui que, para uma mesma imputação, a causa foi alterada a todo momento.

74. Para comprovar o que ora se expõe, cita como exemplo o alegado subdimensionamento da produtividade da derrocagem, cujo "preço de mercado" (aqui curiosamente considerado o preço "estipulado" pela unidade técnica) foi alterado inúmeras vezes pela Secex/RN. Afirma que, a cada nova instrução, novo valor unitário se apresentava, ante premissas afastadas da realidade e ali tecidas apenas como forma de rejeitar os argumentos da recorrente. Alega que as inconsistências e divergências apresentadas durante todas as instruções técnicas, além de dificultar a ampla defesa e o contraditório da recorrente, colocam em dúvida a própria veracidade das imputações.

75. Anota que, além disso, a sucessão de metodologias sugeridas pelas Unidades Técnicas é prova da dificuldade de se verificar um método seguro de averiguação de compatibilidade de preço cobrado para o incomum serviço de derrocagem a frio. Argumenta que, na tentativa de serem superadas essas dificuldades, afastaram-se as conclusões da verdade real para encamparem para o âmbito das presunções, o que não pode ser aceito. Diante disso, alega que se mostra temerário cogitar em penalização ou devolução de valores ao erário com base em conclusões arrimadas em métodos de avaliação polêmicos e não devidamente consolidados (como comprova a longa discussão metodológica havida neste caso).

76. Afirma, inclusive, como forma de dar franca prevalência ao princípio da inocência. Nesse contexto, cita o que já decidiu essa Corte de Contas no Acórdão 106/2013-Plenário: "Em face de tudo o quanto foi exposto, faz-se adequado, uma vez mais, privilegiar-se o princípio da inocência e utilizar-se do axioma jurídico que diz que em dúvida decide-se em favor do imputado."

77. Alega que o acórdão recorrido, mesmo após os embargos de declaração, manteve-se silente em relação a esta importante questão, não tecendo sequer uma linha sobre a alegada inconsistência e subjetividade das metodologias adotadas pelas Unidades Técnicas. Conclui que está mais do que claro que a imputação levada a efeito pela Secex/RN, e até pela Secob, carece de bases sólidas, pois não se tem certeza da correção dos valores por elas considerados em suas memórias de cálculo, razão pela qual a hipótese de existência de superfaturamento por subdimensionamento da produtividade e superfaturamento pelo serviço de bota-fora não pode ser levada adiante.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

78. Por fim, a Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A requer o provimento deste Recurso de Reconsideração, para que o v. acórdão recorrido seja totalmente reformado, afastando-se o superfaturamento apontado e a multa aplicada.

Análise

79. Como se verá a seguir, não merecem prosperar os argumentos da recorrente.

80. Em primeiro lugar, não se pode admitir o argumento da recorrente quanto à impossibilidade de calcular a produtividade do serviço de derrocagem em razão do que estava previsto no cronograma físico-financeiro de execução do contrato. Acatar tal raciocínio equivaleria a lançar toda a orçamentação de obras públicas em nosso país num verdadeiro caos. Nesse particular, deve-se considerar que a recorrente é uma empresa especializada em construção civil, não podendo alegar que a complexidade da obra em tela a impediu de calcular adequadamente a produtividade em questão em sede de composições de custos unitários.

*81. Corroboram tal raciocínio os trechos a seguir da lavra do Relator **a quo** em seu Voto (peça 92):*

> *10. Aduz-se, assim, que a produtividade prevista na CPU do serviço de derrocagem, contratado por aditamento, era incompatível com o cronograma físico-financeiro previsto. Houve, portanto, uma importante falha no projeto do serviço – que, por ser contratado por aditamento, já deveria se constituir em um projeto executivo-, no qual a produtividade contratada (6,828 m³/h) não condizia com a necessária para cumprir cronograma (16,65 m³/h). A presente observação é muito importante, pois, mais tarde, a empresa e a Codern alegaram, sem comprovação nem coerência, que a produtividade real foi maior do que a prevista por ter havido 'melhorias nas condições de trabalho, em relação às estimadas que propiciaram a obtenção de ganhos nas produções realizadas'.*
>
> *(...)*
>
> *17. Da mesma forma que a Secex/RN e a Secob, não vislumbro nos argumentos acima expostos justificativa para a contratação da derrocagem com a produtividade tão baixa. Se por um lado a CPU contratada não reflete a realidade, não há nos autos outro dado que possa ser utilizado para que seja considerado um preço diferente para a derrocagem entre os mencionados pela empresa. Penso que a melhor forma de comprovar o preço contratado seria de fato a apresentação da nota fiscal emitida pela subcontratada e, como a construtora não adotou tal conduta, outra possibilidade seria a obtenção do preço de mercado. No entanto, os demais preços apresentados também não podem ser aceitos, pois os valores de outras derrocagens se referem a serviços muito distintos do realizado no Porto de Maceió, assim como os preços de revistas especializadas.*
>
> *(...)*
>
> *22. Em síntese, a questão da derrocagem é que houve a inclusão no contrato de um serviço por aditivo para o qual não foi apresentada uma composição de custos unitários válida. Essa invalidade é no aspecto técnico, pois o termo aditivo contratado não reproduz o que foi planejado. No entanto, tem validade jurídica, pois essa CPU é objeto do termo aditivo contratado. Assim, diante da verificação de que o preço foi superfaturado, a composição de custos unitários contratada tem a validade circunscrita ao aspecto jurídico. Essa evidência do superfaturamento, advinda precipuamente em razão da baixa produtividade inserida na CPU, poderia ter sido afastada caso a Codern ou a construtora comprovasse o preço pago por meio de documento hábil, tal como a nota fiscal do serviço prestado pela empresa Lana Drilling, com a qual a derrocagem foi subcontratada pela construtora Mendes Junior (conforme consta*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

no site, pesquisado em 23/03/2012, http://www.l2acengenharia.com.br/detalhesProjeto.asp?codigo=61).

82. Por um lado, a própria recorrente admite que as reduções na produtividade adotadas na composição de preços foram feitas para se embutir todos os custos deste serviço. Isso é uma prática equivocada, pois as composições de preços servem para traduzir em números o que acontecerá na execução real da obra e não para embutir em forma velada custos conhecidos de antemão. Por outro lado, os custos com a mobilização e desmobilização da equipe de derrocagem são previsíveis e quantificáveis. O Relator ***a quo*** *também se pronunciou sobre esta questão, conforme se pode ver do trecho a seguir extraído do seu Voto (peça 92):*

> *19. A planilha de composição dos preços unitários deveria conter precisamente os serviços a serem realizados. Não pode a contratante ou a contratada alegar, depois da execução, que havia mais serviços além dos que estavam ali previstos, a exemplo da mobilização e desmobilização. Essa ocorrência caracteriza contratação informal, que não pode ocorrer na Administração Pública. Assim, serviços não previstos na planilha não poderiam ser executados, a menos que se fizesse outro aditivo.*

83. Por outro lado, não há evidência nos autos de que operações do Porto de Maceió sejam totalmente aleatórias e caóticas, havendo seguramente registros estatísticos das aludidas operações que poderiam servir como base para o planejamento da obra. Ademais, como a recorrente insiste tanto na tese da imprevisibilidade associada a um serviço de derrocagem, a mesma não deveria ter aceitado participar de um certame incluindo tal serviço tão difícil de orçamentar.

84. Por seu turno, ao contrário do que quer dar a entender a recorrente quando questiona o uso dos precedentes jurisprudenciais constantes dos Acórdãos 219/2004-Plenário (Relator Min. Adylson Motta), subitens 9.1.15 e 9.1.17; 310/2004-Segunda Câmara (Relator Min. Ubiratan Aguiar), subitens 9.1.2 e 9.1.3; e 1.449/2006-Plenário (Relator Min. Augusto Nardes), subitem 9.1.2, pelo menos nos subitens 9.1.15 e 9.1.17 do primeiro acórdão mencionado, a simples leitura dos dispositivos evocados pela unidade técnica permite concluir que esta Corte efetivamente questionou a baixa produtividade indicada nas composições de custos unitários em comparação com as medições reais dos serviços questionados, como se pode observar a seguir:

> *9.1.15.medição de serviços de terraplenagem em volume incompatível com a produtividade indicada nas composições de custos unitários, nos períodos referentes a 4ª e a 5ª medições;*
>
> *(...)*
>
> *9.1.17.medição de serviços de 'remendo profundo com demolição mecanizada' em volume incompatível com a produtividade indicada nas composições de custos unitários, nos períodos referente às 45ª e 46ª medições;*

85. Quanto ao argumento no sentido de que o aumento da produtividade real foi fruto do uso de um segundo guindaste, tampouco se pode aceitá-lo. A uma, porque as fotos trazidas aos autos pela recorrente não provam indubitavelmente que foram usados 2 guindastes na obra relativamente ao serviço de derrocagem. A duas, porque, conforme se verifica à p. 4 da peça 91: "O diário de obra (fls. 127 a 187, volume 4) atesta que somente foi utilizado um guindaste 190-D e um sistema fragmentador (bate estaca e fragmentador)." Não há, portanto, nenhum reparo a fazer ao raciocínio da unidade técnica, acolhido integralmente pelo Relator ***a quo****.*

86. No que concerne ao serviço de bota-fora/transporte, também se equivoca a recorrente. O entendimento escorreito que o Relator ***a quo*** *firmou em seu Voto é que não pode haver duplicidade de inclusão de tal serviço em várias CPU, não que tal serviço seja simplesmente desconsiderado nos custos da obra. Ou seja, o Relator* ***a quo*** *jamais afirmou que não se deve pagar tal serviço, mas que o*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

mesmo não deveria ser pago em duplicidade. Para ilustrar o pensamento do Relator ***a quo****, citam-se os trechos correspondentes do seu Voto (peça 92):*

> *26. Com relação ao serviço em duplicidade previsto para itens que já compreendiam o transporte, segundo as unidades técnicas, o serviço 2.4 (bota-fora/transporte) deveria ter sido acrescido apenas aos serviços 2.1 (raspagem superficial do terreno) e 2.2 (escavação mecânica), pois os demais serviços que envolviam retiradas de material já continham em sua CPU o bota-fora do respectivo material. Assim, todo o volume transportado e medido no item 2.4 que excedeu o volume de material escavado (item 2.2) mais o material raspado do terreno (item 2.1) foram incluídos naquele item de forma irregular, e os respectivos pagamentos foram indevidos. Esse volume a mais resultou, inicialmente, em um débito de R$ 446.990,87, conforme cálculo efetuado pela Secex/RN.*
>
> *(...)*
>
> *33. Diante das informações e dados trazidos pelas unidades técnicas, manifesto-me no sentido de que, além dos serviços dos itens 1.1.1, 2.1 e 2.2, também sejam incluídos no bota-fora do item 2.4 o transporte do material dragado e derrocado nos itens 3.6.1 e 3.6.2, pois, em que pese a unidade técnica ter constatado um alto preço unitário dos serviços, isso não significa necessariamente a já inclusão do bota-fora. Isso compreende o volume transportado contido no Boletim de Medição 13, ou seja, 13.931,10 m³.*

87. Por outro lado, conforme descrito pela recorrente, a Codern também se pronunciou pela não duplicidade de pagamento, mas o fez em sentido inverso, ou seja, que o serviço de bota-fora/transporte deveria estar incluído em cada CPU e não destacado num serviço à parte. Portanto, tal entendimento não colide com o entendimento do Relator ***a quo****.*

88. Por seu turno, igualmente se equivoca a recorrente quando compara "mobilização e desmobilização" com "transporte/bota-fora", pois o primeiro serviço não estava originalmente incluído na planilha de custos em forma explícita, tendo sido embutido na baixa produtividade do serviço de derrocagem, ao passo que o segundo serviço estava incluído na planilha de custos, mas isso ocorreu em duplicidade em alguns casos.

89. No que tange aos fatores de redução, cabem aqui alguns reparos ao raciocínio da recorrente. Em primeiro lugar, quanto ao percentual de 11,17% que foi acrescido a título de mobilização e desmobilização, o entendimento do Relator ***a quo*** *é cristalino no sentido de que esse valor foi calculado como um ajuste a ser feito devido à não inclusão nas CPU de serviços sabidamente realizados, conforme esclarece o trecho a seguir do seu Voto (peça 92):*

> *20. Diante da obra concluída, entretanto, é injusto não remunerar serviços sabidamente realizados, não obstante a falta de previsão contratual. Assim, os técnicos desta Corte seguiram metodologia para adotar um custo o mais próximo possível do que ocorrera na realidade. Com esse fundamento, calculou-se o percentual de 11,17% a ser acrescido a título de mobilização e desmobilização.*

90. Em segundo lugar, no que se refere ao risco de paralisação de 6%, tampouco se pode acatar o argumento da recorrente, pois se verifica, nos autos, que a situação real demonstrou que não houve paralisações, o que corrobora o fato de que não haveria necessidade de redução da produtividade estimada das equipes, a fim cobrir tais ocorrências. O seguinte trecho do Relatório (peça 91) é bastante claro ao elucidar tal questão:

> *50. Quanto ao percentual destinado às paralisações dos serviços (6%), entende-se que, independentemente de terem ocorrido de fato, seria justo que a empresa incluísse tais riscos no preço do seu serviço, caso demonstrada a sua necessidade. Entretanto, era de se esperar que a contratada, quando do início dos serviços de derrocagem (junho/2002), já tivesse condições de*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

prever se os trabalhos portuários realmente interfeririam na sua execução, considerando-se que a obra havia sido iniciada há mais de um ano. A situação real demonstrou que não houve paralisações, conforme alegado pela própria contratada, o que corrobora o fato de que não haveria necessidade de redução da produtividade estimada das equipes, a fim cobrir tais ocorrências.

51. Portanto, conclui-se como razoável o desconto de 11,17% na produtividade estimada pela empresa, a fim de cobrir a mobilização/desmobilização de equipamentos, mão de obra e canteiro, mesmo não sendo usual orçar os custos dessa forma, a partir da redução na produção da equipe. Já quanto ao risco devido às paralisações, de 6%, entende-se que a sua incidência como fator redutor da produtividade é indevida, pois era previsível, à época, que as paralisações efetivamente não iriam ocorrer.

91. No que concerne aos preços paradigmas apresentados pela recorrente, tampouco se podem aceitar seus argumentos. A uma, porque a própria recorrente reconhece que "o serviço de derrocagem necessário para as obras no Porto, na conformação exigida pela Contratante, revelava-se francamente atípico". A duas, porque, como bem ressaltou o Relator ***a quo*** *em seu Voto (peça 92): "Com relação aos preços propostos pelas empresas Mariner, Emsertec, Belov, sigo as unidades técnicas no sentido de sua invalidade, pois esses preços foram cotados com essas construtoras fora de uma licitação e não foi nenhuma delas que executou o serviço." Ademais, os trechos do mesmo Voto citados pela recorrente às pp. 15-16 de seu recurso elucidam e justificam o entendimento do Relator* ***a quo*** *quanto a esse tema.*

92. Em relação ao BDI de 47% aplicado a uma subcontratação, é inabalável o entendimento do Relator ***a quo*** *no sentido de que tal percentual é absurdo em se tratando de uma simples intermediação de um objeto contratual que deveria ter sido contratado por meio de uma nova licitação e não simplesmente contratado por meio de aditivo. Nesse sentido, transcreve-se o trecho correspondente do Voto do Relator (peça 92):*

37. Concluo no mesmo sentido da Secex/RN, ou seja, que a Codern licitou o empreendimento a partir de um projeto básico desatualizado e que houve a execução de um objeto diferente do que fora licitado, havendo fuga ao processo licitatório. Suprimiram-se 40% do valor contratual inicial. Observou a unidade técnica que isso equivale a realizar a licitação para apenas 60% do cais.

38. Além de exagerados, os acréscimos no projeto também não decorrem, na sua maioria, de fatos imprevisíveis à época da licitação. O volume da dragagem, que sofreu acréscimo de 2.383%, e o aditivo que inseriu a derrocagem no contrato são exemplos dessa previsibilidade. O montante de material a ser dragado é relacionado com a profundidade desejada e deve ser calculado a partir do levantamento batimétrico, e o material rochoso derrocado, segundo os responsáveis, foi identificado apenas após a celebração do contrato, pois não foram realizadas sondagens recentes que indicassem sua existência. Acolho, portanto, o posicionamento da unidade técnica (...) Ademais, a subcontratação integral da derrocagem com a empresa Lana Drilling pela Mendes Junior demonstra que a Codern deveria ter feito uma licitação distinta para a derrocagem, evitando o pagamento de um BDI de 47% pela simples intermediação.

93. Ainda quanto ao BDI aplicado sobre o serviço de derrocagem, o que o Relator ***a quo*** *questionou, além da baixa produtividade, não foi apenas o percentual aplicado ao BDI, mas o fato de ter havido um BDI que incide sobre outro BDI, sendo que este último (correspondente à empresa Lana Drilling) sequer foi explicitado nos autos. Para que se pudesse efetuar os cálculos com mais precisão, o preço cobrado dela pela empresa deveria ter sido evidenciado por meio da Nota Fiscal que seguramente foi emitida, conforme ilustram os trechos do Voto transcrito a seguir (peça 92). A*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

apresentação da aludida Nota Fiscal deixaria absolutamente claro que o mencionado serviço de derrocagem poderia ter sido licitado e contratado diretamente da empresa que o prestou a um preço menor.

> *17. Da mesma forma que a Secex/RN e a Secob, não vislumbro nos argumentos acima expostos justificativa para a contratação da derrocagem com a produtividade tão baixa. Se por um lado a CPU contratada não reflete a realidade, não há nos autos outro dado que possa ser utilizado para que seja considerado um preço diferente para a derrocagem entre os mencionados pela empresa. Penso que a melhor forma de comprovar o preço contratado seria de fato a apresentação da nota fiscal emitida pela subcontratada e, como a construtora não adotou tal conduta, outra possibilidade seria a obtenção do preço de mercado. No entanto, os demais preços apresentados também não podem ser aceitos, pois os valores de outras derrocagens se referem a serviços muito distintos do realizado no Porto de Maceió, assim como os preços de revistas especializadas.*
>
> *(...)*
>
> *22. Em síntese, a questão da derrocagem é que houve a inclusão no contrato de um serviço por aditivo para o qual não foi apresentada uma composição de custos unitários válida. Essa invalidade é no aspecto técnico, pois o termo aditivo contratado não reproduz o que foi planejado. No entanto, tem validade jurídica, pois essa CPU é objeto do termo aditivo contratado. Assim, diante da verificação de que o preço foi superfaturado, a composição de custos unitários contratada tem a validade circunscrita ao aspecto jurídico. Essa evidência do superfaturamento, advinda precipuamente em razão da baixa produtividade inserida na CPU, poderia ter sido afastada caso a Codern ou a construtora comprovasse o preço pago por meio de documento hábil, tal como a nota fiscal do serviço prestado pela empresa Lana Drilling, com a qual a derrocagem foi subcontratada pela construtora Mendes Junior (conforme consta no site, pesquisado em 23/03/2012, http://www.l2acengenharia.com.br/detalhesProjeto.asp?codigo=61).*

94. Nesse ponto, cabe salientar que este Tribunal inclusive já se posicionou em outros processos em forma mais radical que a questionada pela recorrente nos presentes autos, pois determinou que fosse excluída a parcela de BDI correspondente aos serviços subcontratados, em virtude da dupla incidência de BDI verificada sobre os serviços contratuais subcontratados (9.1.2 do Acórdão 592/2004-Plenário, Relator Min. Humberto Guimarães Souto). Escorreito, portanto, o posicionamento do Relator ***a quo****.*

95. Por oportuno, deve-se salientar que, como tal contratação por meio de um aditivo contratual foi indevida, devendo a mesma ter sido objeto de um novo certame licitatório, ademais de ter havido um prejuízo aos cofres públicos quantificado em R$ 4.326.871,23 (em valores históricos), não se pode limitar o poder-dever de controle externo a cargo do Relator ***a quo****, e, por extensão, desta Corte de Contas. Deve-se ressaltar que, dentro do marco legal e constitucional que rege a atuação deste Tribunal, em face dos elementos probatórios constantes dos autos de um processo, o Relator pode formular sua proposta de mérito, a qual será julgada por um Colegiado, baseando-se no princípio do livre convencimento motivado por meio da valoração das provas constantes dos autos.*

96. Por outro lado, no que tange à multa de R$ 50.000,00 aplicada à Recorrente por conta do superfaturamento do serviço de "bota-fora, DMT= 12Km", cabe esclarecer que, conforme art. 57 da Lei 8.443/1992, o fundamento legal da sua aplicação é tão-somente a existência de débito, não tendo que ser demonstrada a má-fé do jurisdicionado. Ressalte-se que a aludida multa pode ser de até cem por cento do valor do dano ao erário, conforme o já citado art. 57 da Lei 8.443/1992.

97. Nesse diapasão, deve-se esclarecer que, conforme jurisprudência pacífica deste Tribunal, para que se imponha a obrigação de repor dano ao erário, não é necessário caracterizar

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

enriquecimento ilícito nem locupletamento por parte do responsável. Basta identificar o responsável pelos atos ilícitos e pelo dano ocasionado, quantificar o mencionado dano e estabelecer o nexo de causalidade entre o citado dano e os atos praticados pelo responsável. Tudo isso está claramente demonstrado nos autos, não devendo ser aceitos os argumentos da recorrente. Tampouco é necessário, nos processos deste Tribunal, caracterizar dolo ou má-fé por parte dos responsáveis, com vistas a fundamentar a necessidade de reposição de dano ao erário, já que uma conduta culposa, por imperícia, imprudência ou negligência, também pode resultar em dano ao erário, passível de ressarcimento à luz da Lei 8.443/1992 e da Constituição Federal.

98. O corolário disso é que a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 pode ser aplicada, ainda que não reste demonstrada a má-fé do responsável, posto que a mesma pode ser aplicada sempre que se verifique a ocorrência de débito. Distintas são as hipóteses ***numerus clausus*** *da aplicação da multa prevista no art. 58 do mesmo diploma legal, as quais pressupõem uma análise subjetiva da existência de boa-fé nos atos do responsável.*

99. Ademais, acerca do precedente jurisprudencial trazido à baila pela recorrente, cabe esclarecer que o mesmo tratou de aplicação de multa com base no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992. Equivoca-se a recorrente ao equiparar multas que a Lei 8.443/1992 tipifica em forma diferenciada por meio de dois artigos diferentes e autônomos.

100. Em relação ao serviço de bota-fora/transporte, como já analisado anteriormente (subitem 86 anterior), o entendimento firmado pelo Relator ***a quo*** *em seu Voto é que não pode haver duplicidade de inclusão de tal serviço em várias CPU, e não no sentido de que tal serviço seja simplesmente desconsiderado nos custos. Isto é, o Relator* ***a quo*** *jamais afirmou que não se deve pagar tal serviço, tendo sido o mesmo efetivamente prestado, mas que o mesmo não deveria ser pago em duplicidade (vide subitens 26 e 33 do Voto do Relator* ***a quo****, peça 92).*

101. Sobre a tese de inexistência de superfaturamento, cabe frisar que o Acórdão 2032/2009-Plenário (Relator Min. Benjamin Zymler), evocado pela recorrente como paradigma de uma suposta jurisprudência pacífica desta Corte, cabe salientar que o mesmo foi citado apenas pelos Acórdãos 733/2013-Plenário e 335/2013-Plenário (ambos sob a Relatoria do Min. Augusto Sherman). Baseando-se apenas nisso, s.m.j., não se pode concluir que tal julgado tenha pacificado o entendimento jurisprudencial deste Tribunal acerca do percentual do alegado superfaturamento em relação ao valor total da obra que seria o limite inferior para que esta Corte de Contas impusesse um débito aos responsáveis por superfaturamento.

102. Ainda sobre a tese de inexistência de superfaturamento, cabe aqui uma análise distinta da feita pela recorrente. Como se observou na análise do presente recurso, o serviço de derrocagem deveria ter sido objeto de um novo certame licitatório e não incluído simplesmente mediante um aditivo contratual, tendo em vista que não constava do projeto básico da licitação original e o serviço de derrocagem foi totalmente subcontratado pela recorrente. Ora, o valor do contrato original R$ 38.792.987,63 (outubro de 2000), o qual foi aditivado em 2002 para R$ 46.534.112,81 (acréscimo de 19,95%). Então, para fins de análise da ordem de grandeza do superfaturamento, pode-se considerar o aditivo como uma obra autônoma à parte, cujo valor seria de R$ 7.741.125,18. Considerando apenas o valor do superfaturamento com a derrocagem sem o reajuste do contrato, tem-se o montante de R$ 3.085.353,57, o qual equivale a 39,85% do valor do aditivo contratual. Por esse percentual, ainda que se aceitem os acórdãos invocados pela recorrente como jurisprudência pacífica quanto ao percentual mínimo de superfaturamento em relação ao valor total da obra, já não se pode considerar tal diferença como uma variação normal de mercado. Não se pode acolher, portanto, este argumento da recorrente.

103. No que tange à alegada ofensa ao princípio da inocência, tendo em vista uma suposta incerteza e imprecisão que dominou o teor das instruções técnicas proferidas pela Secex/RN e pela Secob, tampouco devem ser acolhidos os argumentos da recorrente. É normal e aceitável que distintas

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

*pessoas que instruem um processo (Auditores, Diretores e Secretários) e que diferentes Unidades Técnicas que atuam tecnicamente para que os autos subam devidamente instruídos ao Gabinete do Relator do feito apresentem divergências de parecer. Não há nada de problemático quanto a esse fato. Tampouco isso **per se** constitui ofensa ao princípio da inocência. Deve-se salientar que o Relator **a quo**, dentro do seu livre convencimento como julgador, não se vincula obrigatoriamente nem ao parecer da unidade técnica, nem ao parecer do douto **Parquet** especializado, podendo inclusive decidir contrariamente a ambos os pareceres.*

*104. Por oportuno, deve-se ressaltar que, em todas as etapas da tramitação do presente processo, foram assegurados à recorrente os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório (art. 5°, inciso LV, da Constituição Federal). Frise-se que a condenação no juízo **a quo** ocorreu apenas após terem sido dadas à recorrente todas as oportunidades legais e constitucionais para que exercesse plenamente o seu direito de defesa. Também se deve salientar que, após os pronunciamentos das unidades técnicas, foi ouvido o Ministério Público junto ao TCU, o qual concordou com a proposta final da unidade técnica, e o Relator **a quo**, após elaborar sua proposta de deliberação, submeteu-a ao Plenário desta Casa, o qual referendou a sua proposta de mérito. Tal sequência de procedimentos e atos processuais visou a garantir a prolação de uma decisão mais equilibrada e alinhada ao ordenamento legal e à verdade material dos fatos. Como se pode observar, não houve prejulgamento do feito, nem qualquer ofensa ao princípio da inocência.*

*105. Por fim, a invocação do princípio **in dubio pro reo**, plasmado no citado Acórdão 106/2013-Plenário (Relator Min. José Jorge), tampouco se afigura adequada, tendo em vista que o Relator **a quo** não demonstrou dúvida alguma em sua fundamentação, tanto em sede do julgamento **a quo** (Voto Condutor, peça 92), quanto em sede de embargos declaratórios (Voto Condutor, peça 80; e Voto Revisor, peça 81).*

106. Por todo o exposto, conclui-se que os argumentos da recorrente não merecem ser acolhidos, devendo o seu recurso de reconsideração ser conhecido, no mérito, desprovido, para que se mantenha o Acórdão 1299/2013-Plenário em seus exatos termos, no que tange à responsabilidade da recorrente, em especial no que se refere ao débito que lhe foi imputado e à multa que lhe foi aplicada. No entanto, com base no art. 281 do Regimento Interno do TCU, serão aproveitados os argumentos dos demais responsáveis para beneficiar a recorrente, em função de circunstâncias objetivas relacionadas aos subitens 9.2.2 e 9.3 do acórdão recorrido.

EXAME TÉCNICO – Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto (peça 94)

Argumentos

107. Após fazerem um breve histórico processual e pugnarem pelo cabimento e tempestividade do seu recurso de reconsideração, os recorrentes afirmam que, em relação ao serviço de "bota-fora" DMT=12Km, objeto do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), há flagrantes divergências nas distintas análises efetuadas pela Secex/RN, Secob e pelo Ministro Relator, configurando, assim, certo conflito interpretativo.

109. Argumentam que a análise da Secex/RN tem como base a tese de que materiais que fossem lançados à "bota-fora" DTM=12 km somente poderiam ser pagos se estivessem sido incluídos no Item 2 – Movimento de Terra, integrante da planilha contratual de preços e quantitativos, tendo assim textualmente se expressado. Por sua vez, afirmam que a análise da Secob (fls. 555 a 582 do processo) diverge frontalmente do entendimento da Secex/RN, aceitando que materiais diversos, não somente aqueles incluídos no Item 2 - Movimento de Terra, poderiam ser pagos pelo quantitativo e preços do item 2.4 – "bota-fora" DTM=12 km, o que na prática descaracteriza e invalida completamente a análise e argumentação da Secex/RN, tendo se manifestado nos subitens 112 e 113 do Item "c" (fls. 573 do processo).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

110. Aduzem que a Secob, embora aceitando que materiais diversos poderiam ser pagos pelos quantitativos e preços do item 2.4 – "bota-fora" DTM=12 km, o que sempre foi defendido pelos recorrentes, adotou nova forma de cálculo, tendente a imputar irregularidade quanto ao pagamento dos serviços. Afirmam que, assim, a Secob promoveu análise sob ótica diversa: a de que o preço do serviço (item 2.4 – "bota-fora" DTM=12 km) era superfaturado, aplicando "seu preço de mercado" à clareza ou não do edital de licitação para cada item, que culminou com eventual novo débito de R$ 403.431,03 (quatrocentos e três mil, quatrocentos e trinta e um reais e t rês centavos), nos termos dos itens 114, 115 e 116 do relatório (fls. 574 do processo).

111. Anotam que a Secob, então, fez a análise individual dos itens acima mencionados, adotando o suposto novo preço de mercado (Sinapi), ao que elaborou tabela, nos termos do item 117 (fls. 574 do processo e seguintes). Verificam a observação constante da tabela quando da definição do pagamento ou não do "bota-fora" para os itens 3.6.1 - Dragagem com equipamento de sucção e 3.6.2 - Dragagem com "clam-shell", cujos quantitativos são os maiores volumes movimentados. Assim, afirmam que a Secob, mesmo entendendo que o edital não é claro para os itens acima citados, julga não caber as cobranças do "bota-fora" tão somente por supor que o preço, julgado superfaturado, já abarcaria os custos com o bota-fora.

112. Concluem que, acerca do preço calculado pela Secob:

a) O eventual preço de mercado de R$ 6,86/m³, calculado pela Secob com base nas tabelas Sinapi, não merece ser acatado por terem sido utilizadas com posições que não espelham a realidade do transporte efetuado em percurso urbano, com intensa movimentação de veículos e constantes engarrafamentos no trecho Jaraguá/Cruz das Almas, contendo 28 semáforos no trajeto.

b) Flagrante equívoco da Secob pode facilmente ser verificado, conforme constam dos itens 107 e 108 do relatório (fls. 572 e 573 do processo), quando adota a tabela Sinapi de código 8709 - Transporte mat. ex. rocha cam. DTM 10 km, quando na realidade o DTM real é de 12 km, o que já representa cerca de 20% do total apontado.

c) A própria Secex/RN, quando lhe foi dado conhecimento do posicionamento do órgão especializado, alerta para a incoerência na análise efetuada pela Secob, conforme item 5.1 do seu relatório (fls. 588 do Processo), quando de sua tentativa de apuração de eventual preço de mercado, configurando-se assim grave divergência.

d) A Secex/RN reafirma no item 5.2 (fls. 588 do processo) a impossibilidade de a Secob comparar os preços ofertados pela construtora com os parâmetros existentes no Sinapi.

113. Alegam que se configuram flagrantes divergências entre os entendimentos dos órgãos internos desse Tribunal, por um lado a Secex/RN e por outro a Secob, o que por si já demonstra a grande complexidade do tema e a fragilidade das análises. Afirmam que o entendimento da Secex/RN, com base na tese de que materiais que fossem lançados ao "bota-fora" DTM=12 km somente poderiam ser pagos se estivessem sido incluídos no Item 2 - Movimento de Terra, é equivocado e não poderia ter sido acolhida.

114. Aduzem que, caso assim fosse o entendimento no meio técnico, seria conjecturável que, se em uma obra houvesse somente preço para "concreto de 20 MPa" para o item "concretagem de laje" e que posteriormente ficasse comprovada a necessidade de se utilizar o mesmo tipo de concreto numa viga, pelo raciocínio da Secex/RN, o preço existente não poderia ser utilizado, o que é perfeitamente usual em contratos de obra. Argumentam que também não poderia prosperar o entendimento da Secob, que tem como base o superfaturamento do preço, visto os equívocos cometidos na sua composição, conforme técnica e incontestavelmente acima demonstrado.

115. Por seu turno, alegam que o Ministro Relator pontuou em seu voto que houvera pagamento a maior de itens do serviço de "bota-fora" DMT=12Km, acatando parte do entendimento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

da Secex/RN e parte do entendimento da Secob, não se atendo às flagrantes divergências entre as análises (conflito de conceituação) dos referidos órgãos internos desse Tribunal. Observam que o Ministro Relator acolheu itens acatados pela Secex/RN, no caso os itens 2.1 e 2.2 e, pela Secob, os itens 1.1.1, 2.1, 2.2, 3.4.2.4, 3.4.2.5 e 3.5.1. Além desses, anotam que o Ministro Relator decidiu também excluir dos pagamentos até então tidos como indevidos pela Secex/RN e Secob os itens 3.6.1 e 3.6.2, no montante total equivalente a 13.931,10 m³ de material, que representava R$ 172.884,95. Tal valor equivale a, aproximadamente, 65% (sessenta e cinco por cento) do total do débito até então apurado (R$ 266.348,38 - Tabela 25, pág. 44 do Voto).

116. Concluem que o débito final apurado pelo Ministro Relator passou a ser de apenas R$ 93.463,44 (noventa e três mil, quatrocentos e sessenta e três reais e quarenta e quatro centavos); bastante inferior aos valores então apurados pela Secex/RN (R$ 446.990,87) e pela Secob (R$ 403.431,03). Asseveram que toda essa heterogeneidade nos entendimentos dos órgãos internos desse Tribunal de Contas, aliada às omissões e/ou indefinições do edital, certamente levaram ao Ministro Relator a aceitar o pagamento dos itens 3.6.1 e 3.6.2 por meio do serviço de "bota-fora". Daí questionam por quais critérios não admitir os demais pagamentos efetuados sob as mesmas condições.

117. Argumentam que todas essas citações ilustram, na verdade, a grande dificuldade de avaliação desses serviços, por falta de clareza e/ou indefinições dos critérios de medições que integraram o projeto básico licitado, cuja Comissão de Fiscalização não tinha poderes para proceder às alterações, conforme entendimento dos próprios órgãos de auditoria do Tribunal de Contas da União, que já foram aqui citados. Alega que a própria Secob expôs esse entendimento (fls. 576 do processo). Concluem que, assim, fica tecnicamente demonstrada a necessidade de reconsideração quanto as decisões advindas do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), referentes ao serviço de "bota-fora" DMT=12Km, o que valida sobremaneira o recurso ora apresentado.

118. Argumentam que as responsabilidades e atribuições dos recorrentes na obra de construção do cais de contêineres do Porto de Maceió eram bem delimitadas. Afirma que não competia aos recorrentes a estipulação dos critérios e condições da empreitada, tarefas essas, que, aliás, conforme resta claro, precederam a sua atuação no processo, restrita à fiscalização do cumprimento das diretrizes estipuladas no projeto básico e no edital. Alegam que, mesmo nesse mister, dividiam a responsabilidade com assessoria técnica, devidamente contratada para esse fim. Concluem que não cabia aos recorrentes qualquer interferência nos termos do instrumento convocatório, apenas dar-lhes vazão com base em seus conhecimentos técnicos, e argumentam que assim o fizeram.

119. Nesse sentido, concluem que eventuais margens de interpretação, advindas da ausência de clareza do edital, não podem ser imputadas aos recorrentes. Aduzem que esse próprio Tribunal, por meio de seus órgãos de apoio, seja o de controle, seja o técnico, assim como a própria Relatoria, experimentou diferentes vertentes interpretativas, conforme restou registrado no processo e plasmado na decisão recorrida. Afirma que o Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro) reflete toda essa contradição existente na demanda, notadamente ao se cotejar a afirmação de que "o edital não ter sido claro quanto à inclusão ou não do transporte na composição" (item 32) dos preços a serem cobrados com o entendimento de que a "contratada deve executar os serviços nos valores constantes de sua proposta e segundo os critérios de medição previstos no edital de licitação" (item 34). Indaga que critérios seriam esses, se o edital é confuso.

120. Alegam que nada mais poderia ser exigido dos recorrentes do que a aplicação do seu conhecimento de modo a garantir os melhores resultados/fins, na ausência de uma indicação mais precisa das condições/meios. Asseveram que a Lei 9.784/1999, que trata do processo administrativo, resguarda, em seu art. 2º, parágrafo único, incisos VI, VII e XIII, essa prerrogativa do servidor/funcionário/empregado público.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

121. Asseveram que, além de tal contradição, em se dizer que o edital é confuso, mas que deve ser seguido à risca, é importante destacar que há também divergências em se admitir a existência de uma assessoria técnica, contratada para auxiliar os recorrentes, ao tempo em que é a mesma isentada de responsabilidade, sem que aqueles também o sejam. Solicitam que se verifique o art. 67, da Lei nº 8.666/1993.

122. Alegam que o cerne da discussão, que causou divergências mesmo entre os órgãos especializados dessa Corte e o eminente Ministro Relator, é a composição de preços de determinados serviços de engenharia, considerando-se ou não o "bota-fora". Aduzem que esse trabalho envolve a análise de critérios de medições, composições de preços unitários, conceitos, planilhas, faturas, custos, etc., o que, por suposto, remonta às atribuições da assessoria. Num terceiro plano, alegam que foi aplicada a multa aos recorrentes, em sua dosimetria, tomando-se como referência as penalidades impostas aos demais envolvidos, em forma contraditória.

123. Argumentam que as punições foram estabelecidas em dois grupos, considerados os indivíduos que teriam se envolvido com os atos tidos por impróprios, anotam que, para o primeiro grupo, foi apurado um prejuízo ao erário de R$ 3.641.353,31 (três milhões, seiscentos e quarenta e um mil, trezentos e cinquenta e três reais e trinta e um centavos), ao que caberia ressarcimento. Aí, afirmam que não foi imposta multa. Já para o segundo grupo, onde se enquadram os recorrentes, relatam que o dano que teria sido apurado indica o valor de R$ 93.463,44 (noventa e três mil, quatrocentos e sessenta e três reais e quarenta e quatro centavos), também importando em devolução da quantia aos cofres públicos. Só que aqui, alegam que houve a imposição de multa de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos envolvidos.

124. Anotam que, caso se tome o suposto prejuízo causado, a gravidade da conduta do primeiro grupo seria muito mais significativa do que aquela do segundo grupo, representando essa apenas 2,57% do dano que a outra representaria, ainda mais que, da mesma forma que se obtemperou com relação ao primeiro grupo, afirmando-se a ausência de critérios de avaliação e a existência de boa-fé, deu-se com relação ao segundo grupo. Conjectura que essa desproporcionalidade, comparada aos fatos abordados na própria decisão recorrida, indica contradição.

125. Aduzem que, tratando de eventuais omissões, no Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), inexistiu menção à iniciativa dos recorrentes em descontar das faturas da empresa contratada os valores do "bota-fora" que, mediante revisão, entenderam já compor o preço de outros itens, o que, certamente, repercutiria na apuração do dito prejuízo. Argumentam que, ainda nesse contexto omissivo, nada se disse sobre a falta de oportunidade aos recorrentes para que se manifestassem sobre a análise da Secob realizada nos autos, em comprometimento do princípio da ampla defesa e do contraditório, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5°, inciso LV. Afirmam que se valem da presente medida, meio hábil a reformar a decisão condenatória, pelas insubsistências que são aqui apontadas.

126. Asseveram que, além das circunstâncias retro, que afastam a responsabilidade dos recorrentes quanto às inconsistências que lhe são apontadas na condução da obra de construção do cais de contêineres do Porto de Maceió, há que se afirmar que os mesmos agiram em consonância com as conclusões dos órgãos de controle desse egrégio Tribunal de Contas da União. Anotam que, na forma que já se mencionou, os recorrentes, por precaução e de forma espontânea, diligenciaram junto aos demais estratos da Administração que representavam, recomendando, dentro de suas atribuições e poderes, a retenção dos valores tidos por indevidos nas parcelas que se venceriam do contrato auditado.

127. Alegam que, após tomarem conhecimento da análise da Secob, através de consulta aos autos (uma vez que não foram notificados), os recorrentes encaminharam ao Diretor-Presidente da Codern o ***Memorandum*** *N° 01/2009, datado de 15/04/2009 (doc. 02), expondo o andamento do processo referente à Tomada de Contas Especial 005.849/2002-4. Alegam que informaram, então, os*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

recorrentes que essa Corte de Contas apontava possível montante a ser ressarcido ao erário, com relação aos serviços que acompanhavam, no importe de R$ 446.990,87 (quatrocentos e quarenta e seis mil, novecentos e noventa reais e oitenta centavos), segundo a Secex/RN, ou de R$ 403.431,03 (quatrocentos e três mil, quatrocentos e trinta e um reais e três centavos), no entendimento da Secob, em valores históricos.

128. Naquela oportunidade, aduzem que a obra auditada estava em pleno andamento, com disponibilidade financeira de R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais), a serem aplicados nos quatro meses seguintes. Afirmam que, como medida de cautela, diante dos termos dos pareceres dos órgãos desse egrégio Tribunal, mesmo que os tivessem questionado, os recorrentes recomendaram a retenção do maior valor, corrigido pela Selic, nas faturas vincendas devidas à contratada, até o posicionamento definitivo da demanda.

129. Após tal encaminhamento, os Requerentes dizem que informaram mensalmente ao Diretor-Presidente da Codern, a partir das faturas do mês de abril/2010 até o mês de julho/2010, os valores a serem retidos (doc. 02, fls. 08 a 11), com igual informação ao então Administrador do Porto de Maceió e à Secretaria Especial de Portos - SEP. Recordam que tais informações foram carreadas aos autos na primeira oportunidade que os recorrentes tiveram para se pronunciar após o parecer do Secob, quando do manejo de embargos de declaração em face do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), estando pendentes de apreciação, consoante se estabeleceu no julgamento dos embargos declaratórios, conforme itens 30 e 31 do Relatório do Acórdão 1.534/2014-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro). Afirmar, assim, que preveniram a sua responsabilidade, comunicando aos seus superiores as providências que deveriam ser adotadas.

130. Alegam que, na remota hipótese de serem mantidos os valores apurados no Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), o que apenas se cogita em sede argumentativa pela robustez das matérias tratadas, torna-se necessária a sua revisão, por já ter havido efetivo desconto de parte desses valores, seja no montante a ser eventualmente solidariamente ressarcido, quanto no valor da multa individual, visto ser essa percentual do montante. Asseveram que, juntamente com José Jackson Queiroga de Morais, então terceiro membro da Comissão de Fiscalização, após minuciosa análise dos Critérios de Medições, identificaram alguns equívocos de interpretação ocorridos no pagamento do "bota-fora" para os itens 1.7.4 e 2.3, cuja retenção foi devidamente observada por essa Corte de Contas (fls. 33 do relatório que culminou no Acórdão nº 1.299/2013-Plenário; Relator Min. José Múcio Monteiro).

131. Argumentam que tais valores foram efetivamente estornados dos pagamentos efetuados (Nota Fiscal 00001142, de 08/06/2010; p. 119, peça 94), com a anuência da Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., na medição do mês de maio/2010, no montante total de R$ 23.045,11 (vinte e três mil, quarenta e cinco reais e onze centavos), sendo R$ 21.528,12 (vinte e um mil, quinhentos e vinte e oito reais e doze centavos), a título principal, e R$ 1.516,99 (um mil, quinhentos e dezesseis reais e noventa e nove centavos) de reajuste. Afirmam que o fato foi comunicado ao Tribunal de Contas também através dos já referidos memoriais entregues em audiência ao Ministro José Múcio Monteiro (que, como citado, não foi objeto de análise durante os embargos de declaração apresentados). Reiteram, portanto, a pauta, visto que tais descontos não foram considerados, embora tal fato já fosse do conhecimento dessa Corte de Contas antes da apuração dos valores a serem ressarcidos solidariamente.

132. Para melhor identificação, reproduzem a Tabela 7, objeto do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro) à p. 23 da peça 94. Alegam que, com os ajustes, o valores seriam os abaixo indicados:

a) Quantitativo do Item 1.7.4: 217,75 m^3;

b) Quantitativo do Item 2.3: 1.516,99 m^3;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

c) Quantitativo total: 1.734,74 m³;

d) Valor histórico a ser descontado: R$ 21.528,12 (1.734,74 m³ x R$ 12,41, sendo este último valor o preço unitário;

e) O novo valor da tabela 7 passaria a ser: R$ 71.935,32 (R$ 93 .463,44 – R$ 21.528,12).

133. Alegam que o valor de R$ 1.722,25 (um mil, setecentos e vinte e dois reais e vinte e cinco centavos), descontado na Nota Fiscal 1143, refere-se ao reajuste até a data do efetivo desconto (maio/2010), motivo pelo qual não foi incluído no montante a ser abatido. Aduzem que tal correção afeta o cálculo da multa individual aplicada a cada responsável, estabelecida em aproximadamente 30% do valor corrigido.

*134. Por fim, requerem que esse egrégio Tribunal de Contas da União se digne, com base nos fatos e fundamentos supra, a dar provimento ao presente recurso de reconsideração, para fins de isentá-los de quaisquer eventuais responsabilidades no presente processo, ou, caso assim não se entenda, o que apenas se pondera **ad argumentandum tantum**, que sejam abatidos nas respectivas condenações pecuniárias os valores já descontados na condução do objeto auditado.*

Análise

135. Como se verá a seguir, não merecem prosperar os argumentos dos recorrentes, salvo apenas um deles, o qual será especificado ao final da presente análise.

*136. No que tange às alegadas divergências flagrantes nas distintas análises efetuadas pela Secex/RN, pela Secob e pelo Ministro Relator, deve-se ressaltar que é normal e aceitável que distintas pessoas que instruem um processo (Auditores, Diretores e Secretários) e que diferentes Unidades Técnicas que atuam tecnicamente para que os autos subam devidamente instruídos ao Gabinete do Relator do feito apresentem divergências de parecer. Não há nada de problemático quanto a esse fato, posto que se respeitou plenamente o devido processo legal. Por outro lado, cabe ressaltar que o Relator **a quo**, dentro do seu livre convencimento como julgador, não se vincula obrigatoriamente nem ao parecer da unidade técnica, nem ao parecer do douto **Parquet** especializado, podendo inclusive decidir contrariamente a ambos os pareceres.*

*137. Por oportuno, deve-se recalcar que, em todas as etapas processuais do presente feito, foram assegurados aos recorrentes os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório (art. 5°, inciso LV, da Constituição Federal), tendo o julgamento **a quo** ocorrido após terem sido dadas aos recorrentes todas as oportunidades legais e constitucionais para que exercesse plenamente os seus direitos de defesa. Também se deve salientar que, após os pronunciamentos das unidades técnicas, foi ouvido o Ministério Público junto ao TCU, o qual concordou com a proposta final da unidade técnica.*

138. Após a oitiva do Ministério Público, o Relator formulou a sua proposta de mérito, baseando-se no princípio do livre convencimento motivado e das provas constantes dos autos, e a submeteu ao Plenário desta Casa, o qual confirmou a sua proposta de mérito. Tal sequência de atos processuais visou a garantir a prolação de uma decisão mais equilibrada e alinhada ao ordenamento legal e à verdade material dos fatos.

139. Deve-se esclarecer que a Lei 8.443/1992 não prevê a notificação dos responsáveis após cada pronunciamento das unidades técnicas deste Tribunal, como os recorrentes querem dar a entender que seria necessário. Portanto, não houve ofensa ao devido processo legal. Isso não impede, no entanto, que os responsáveis acompanhem a tramitação do processo e, eventualmente, apresentem memoriais antes do julgamento ou requeiram a sustentação oral na sessão de julgamento. Ressalte-se que não faz parte da prática desta Corte de Contas cercear os direitos de defesa dos jurisdicionados.

140. Por seu turno, os membros de uma comissão de fiscalização de uma obra têm uma importantíssima responsabilidade, qual seja, assegurar que o contrato seja executado a contento, avaliando a execução da obra e sua fidelização aos termos do instrumento convocatório e do contrato.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

Desse modo, não podem os recorrentes diminuir o alcance e o escopo da sua atuação e da sua responsabilidade. É certo que os mesmos não tinham ingerência sobre o edital da licitação, mas também é certo que sua função era garantir que o contrato fosse executado da melhor forma possível. Não foi por outro motivo que o Relator ***a quo*** *assim caracterizou a responsabilidade dos recorrentes em seu Voto (p. 8, peça 92):*

> *34. A contratada deve executar os serviços nos valores constantes de sua proposta e segundo os critérios de medição previstos no edital de licitação. Agir de forma diversa vai de encontro aos princípios basilares da licitação pública, pois viola a isonomia e a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração. Além disso, configura um desprezo ao contrato e às regras explícitas. Se as demais licitantes apresentaram preços de acordo com o edital e os critérios de medição, essas empresas restariam prejudicadas caso aceitássemos as regras como foram entendidas pelos responsáveis.*
>
> *35. Desse modo, a diferença, apurada conforme a Tabela 7, deve ser recomposta pelos responsáveis solidários José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo, Lafayete Pacheco Neto e Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., com incidência de multa proporcional ao dano. (...)*

141. Que o edital tenha alguns pontos passíveis de gerar confusão não autoriza os responsáveis a desrespeitarem o princípio legal da vinculação ao instrumento convocatório, posto que se trata de um princípio legal expresso (artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei 8.666/1993) de fundamental importância dentro do marco legal das licitações e contratos administrativos, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas. Caso tal princípio fosse desrespeitado, restaria ferido de morte o certame licitatório como um todo, pois a inobservância deste princípio essencial ensejaria nulidade do procedimento.

142. Quanto à dosimetria da multa que foi aplicada aos responsáveis com base no art. 57 da Lei 8.443/1992, há dois aspectos a ressaltar. O primeiro é que a mencionada multa pode ser aplicada, ainda que não reste demonstrada a má-fé do responsável, posto a Lei 8.443/1992 autoriza a sua aplicação sempre que se verifique a ocorrência de débito. O segundo é que o montante da aludida multa pode ser de até cem por cento do valor do débito, de acordo com o livre convencimento do Relator do feito. Como os valores das multas aplicadas são compatíveis com os parâmetros legais, conclui-se que os argumentos dos recorrentes não lograram infirmar a deliberação constante do julgamento ***a quo****.*

143. De toda sorte, de acordo com a Nota Fiscal 00001142, de 08/06/2010 (p. 119, peça 94), parece ser certo que o valor de R$ 21.528,12 (vinte e um mil, quinhentos e vinte e oito reais e doze centavos) foi estornado dos valores pagos à empresa contratada. Então, este valor deveria ser considerado como crédito na tabela que acompanha o subitem 9.2.2 do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), o qual poderia também afetar a dosimetria da multa aplicada por meio do subitem 9.3 do mesmo ***decisum****, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992, pois dita multa é proporcional ao aludido débito imputado pelo subitem 9.2.2 do acórdão recorrido.*

144. Destarte, será elevada ao Relator ***ad quem*** *uma proposta no sentido de que avalie a pertinência da consideração do valor histórico de R$ 21.528,12 (08/06/2010) como crédito no subitem 9.2.2 do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), as condutas dos responsáveis Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto, e a dosimetria da multa que lhes foi aplicada por meio do subitem 9.3 do mesmo* ***decisum****, com vistas a reduzi-la, caso o Relator* ***ad quem*** *assim entenda ser adequado.*

EXAME TÉCNICO – Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo (peça 98) e José Jackson Queiroga de Morais (peça 99)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

145. As peças 98 e 99, recursos de reconsideração interpostos respectivamente pelos Sres. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo e José Jackson Queiroga de Morais, por terem idêntico teor, serão analisadas em conjunto a seguir.

Argumentos

146. Após fazerem um breve resumo do histórico processual e pugnarem pelo cabimento e pela tempestividade dos recursos, afirmam que, apesar do zelo com o qual os recorrentes desenvolveram seu trabalho, o órgão de controle, Secex/RN, quando de auditoria realizada, apontou supostas irregularidades na execução da referida obra, imputando no que tocaria ao recorrente, a ocorrência de superfaturamento nos serviços de derrocagem e de falhas no faturamento de um de seus itens bota-fora DMT-12 Km, o que deu origem ao presente procedimento, sob a égide dessa Corte de Contas.

147. Quanto à derrocagem, aduzem que este Eg. Tribunal de Contas da União entendeu que houve o subdimensionamento da produtividade do serviço, fazendo com que o valor unitário de R$ 213,53 (duzentos e treze reais e cinquenta e três centavos) por m^3 apresentado pela empresa estivesse acima do preço de mercado encontrado para o item, acarretando um prejuízo de R$ 4.326.871,23 (quarto milhões, trezentos e vinte e seis mil, oitocentos e setenta e um reais e vinte e três centavos), apesar de os recorrentes comprovarem que o preço praticado era inferior ao preço de mercado, pois era R$ 278,11 (duzentos e setenta e oito reais e onze centavos) por m^3 no Porto de Natal/RN e R$ 463,05 (quatrocentos e sessenta e três reais e cinco centavos) por m^3 no Porto de Paranaguá/PR.

148. Alegam que, apesar do E. Relator afirmar no item 17 que "No entanto, os demais preços apresentados também não podem ser aceitos, pois os valores de outras derrocagens se referem a serviços multo distintos do realizado no Porto de Maceió", a mesma não condiz com a realidade uma vez que os serviços realizados no Porto de Maceió/AL têm muitas semelhanças com os realizados no Porto de Natal/RN, ambos portos abrigados construídos em estuários, com distinção apenas do serviço de bota-fora do material derrocado. Alegam que, para tanto, esta Corte de Contas calculou o suposto preço de mercado a partir da produtividade verificada pela SECEX/RN na execução do serviço, chegando à conclusão de que a composição do custo unitário da derrocagem apresentada não era válida.

149. Afirmam que esta Corte concluiu que a produtividade estipulada para executar o trabalho era incompatível com o cronograma físico-financeiro previsto, pois "não condizia com o que havia sido medido", acarretando o superfaturamento, metodologia esta que entendem os recorrentes ser totalmente inadequada para apurar o preço dos serviços de derrocagem ou de qualquer serviço de engenharia, uma vez que esta metodologia somente permite fazer o cálculo após a realização do serviço e sua contratação é realizada antes da execução. Entende que a composição de preços dos serviços de derrocagem aditados, foi elaborada pela empresa contratada para executar as referidas obras e submetidas à análise da comissão de fiscalização e respectiva assessoria técnica, de conformidade com o disposto no § 3° do art. 65 da Lei n° 8.666/1993.

150. Alegam que foi por cumprir exatamente o que determina a lei que os membros da Comissão de Fiscalização, composta por profissionais competentes, após análise profunda dos preços unitários apresentados, sua compatibilidade com os preços de mercado, assessorado por empresa especializada em obras portuárias (Hidrotopo) e pelo consultor de renome e professor universitário no Rio de Janeiro. Dr. Vicente Garambone, conforme ata apensa ao processo e assinada por todos, submeteu-os à aprovação da Diretoria-Executiva da Codern, tudo dentro da metodologia aplicada aos serviços de engenharia, utilizada e ensinada nas universidades, que os recorrentes estão sendo penalizados.

151. Aduzem que tudo isso demonstra o equívoco do v. acórdão recorrido quando afirma serem os recorrentes os autores da composição de preços unitários dos serviços, tendo os mesmos assinado a planilha do aditivo e o encaminhamento da proposição à Diretoria-Executiva - Direxe da Codern.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

Entendem que para atender a metodologia aceita pelo acórdão recorrido, a Codern deveria autorizar a execução dos serviços de derrocagem e posteriormente poderia ser obtido o valor dos serviços, conforme a produtividade obtida pelo pelos equipamentos. Alegam que, caso a produtividade obtida superasse a prevista, a empresa receberia um valor menor pelos serviços, ou seja, a eficiência seria penalizada. Aduzem, no entanto, que caso a produtividade obtida fosse inferior à prevista, a empresa receberia um valor maior pelos serviços, a deficiência seria premiada.

152. Relativamente ao bota-fora, DMT=12km, afirmam que o aresto consignou que certos serviços que não continham o transporte em sua composição de preço, mesmo que efetivamente prestados, não poderiam ser pagos pelo item 2.4 da planilha de preços contratada, pois a Mendes Junior deveria executar os serviços de acordo com os critérios de medição do edital. Asseveram que o v. acórdão recorrido foi omisso e contraditório em relação a vários pontos, razão pela qual esses vícios merecem ser devidamente sanados por esta Eg. Corte de Contas, como se passa a demonstrar. Anotam que, em essência, quanto ao tema em questão, colocou-se que os recorrentes teriam referendado a cobrança específica do serviço de descarte do material não aproveitado na obra (refugo), quando essa ação seria acessória a outros itens, portanto, já incluída no preço da ação principal. Alegam que isso teria causado um dano ao erário na ordem de R$ 446.990,87 (quatrocentos e quarenta e seis mil, novecentos e noventa reais e oitenta e sete centavos), sem atualizações.

153. Em face dessas observações, argumentam que os demais membros da comissão de fiscalização, de forma espontânea, realizaram a revisão das faturas, promovendo ajustes de determinados itens, o que gerou créditos descontados nos pagamentos seguintes à empresa contratada, durante o ano de 2010, o que foi arguido em suas defesas. Aduzem que tais ponderações não foram consideradas pela Secex/RN. Afirmam que a matéria foi submetida à Secob, a qual divergiu do entendimento da Secex/RN na forma citada na p. 7 das peças 98 e 99. Asseveram que, ao considerar mais itens em que não estaria incluído na sua composição de preço o bota-fora, a Secob chegou a valor inferior àquele apontado pela Secex/RN, estimando o dito prejuízo cm R$ 403,431,03 (quatrocentos e três mil, quatrocentos e trinta e um reais e três centavos), em valores históricos.

154. Frisam que acerca desse posicionamento, aos recorrentes não foi oportunizada manifestação, vindo os mesmos a apresentarem suas ponderações espontaneamente, na primeira ocasião em que assim puderam proceder, com a apresentação de memoriais de julgamento. Anotam que, muito embora terem sido superadas outras questões, tanto na esfera dos recorrentes, quanto dos demais envolvidos, as imputações aqui tratadas prevaleceram. Aduzem que a gestão da obra de construção do cais de contêineres do Porto de Maceió foi, então, reprovada por essa Corte de Contas

155. Relata que nenhuma multa foi aplicada aos recorrentes, no que toca a questões diversas decorrentes da mesma auditoria da obra, por entender esse Egrégio Tribunal que as ações reprovadas derivaram da ausência de critérios precisos de avaliação, como também pela boa-fé verificada. Alegam que a essa decisão foram opostos embargos de declaração, enfocando as matérias aqui tratadas, além de se demonstrar os descontos oriundos da revisão das faturas realizada espontaneamente pelos membros da comissão, no montante de R$ 23.250,37 (vinte e três mil, duzentos e cinquenta reais e trinta e sete centavos), em cima da glosa do item "bota-fora". Argumentam que as ponderações aduzidas em sede de embargos de declaração não foram acolhidas por esse Tribunal, vindo a proferir o Acórdão 1.534/2014-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), o qual conheceu dos embargos, para, no mérito, rejeitá-los.

156. Registra que, nesse último julgamento, esse Tribunal de Contas da União observou as alegações dos demais recorrentes quanto às glosas promovidas nas faturas do "bota-fora", sem, contudo, sopesar o seu mérito, uma vez que não seriam comportadas por embargos de declaração (itens 30 e 31 do Relatório do Acórdão 1.534/2014-Plenário; Relator Min. José Múcio Monteiro). Afirmam que, em que pesem a sua expressividade e o notório e notável saber daqueles que a corroboraram, verifica-se que a decisão desse egrégio Tribunal não contemplou argumentos muito

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

caros aos recorrentes, tendentes a isentar-lhes de qualquer responsabilidade, revelando, ademais, certo desacordo entre seus termos. Conclui que se deve admitir que o julgado carece de revisão, visto ter deixado de tratar de fatores importantes da demanda, na medida em que suas conclusões não condizem com o arrazoado. Afirmam que, com o objetivo de suprir essa falta, os recorrentes interpõem as presentes medidas, que, superada a narrativa dos fatos que a ensejaram, possui os fundamentos técnicos e de direito adiante expendidos.

157. Externam a sua opinião técnica acerca da citada necessidade de parcelamento do objeto, em face de tecnicamente discordarem frontalmente dessa posição, nos termos a seguir, conforme abaixo exposto:

a) No entendimento dos peritos federais, o projeto deveria ter sido parcelado em pelo menos dois, quais seriam: o primeiro teria como objeto a construção do cais e o segundo como dragagem e aterro, s.m.j., foi o que entenderam.

b) O parcelamento indicado seria tecnicamente inviável, pois a construção do cais não poderia ser efetuada separadamente da dragagem e nem do aterro, ou mesmo concomitantemente por duas ou mais empresas diferentes, devido às interfaces das várias etapas da obra, quais sejam:

b.1) O processo construtivo previa a utilização do material proveniente da dragagem para ser usado como parte do aterro da retroárea, com a simultaneidade da execução do pátio para estocagem de contêineres e enchimento da área sob a plataforma do cais.

b.2) Outra parte do material de aterro, tanto para o pátio quanto para a área sob a plataforma foi trazido de jazida externa (18.600 m^3).

b.3) Tecnicamente jamais poderia ser executada separadamente a dragagem da área de atracação com o cais completamente concluído, incluindo sua estrutura de fechamento (que é estanque), devido ao grande volume d'água com material em suspensão (proveniente da dragagem) não ter escoamento de retorno ao mar, como também a água que se já se encontrava sob a plataforma

Sem aterro.

b.4) A eventual única forma possível do parcelamento do objeto, fazendo ilação sobre o assunto, seria primeiramente construir o cais juntamente com o aterro e o pátio e posteriormente se efetuar a dragagem da área de atracação. Nesse caso, teria que todo aterro ser executado com material externo e a dragagem ser efetuada com draga auto transportadora com o material dragado sendo lançado em alto mar (desperdiçado). O custo de tal parcelamento seria imensamente superior ao da obra em questão, além do maior prazo para sua execução visto que a dragagem somente poderia seria efetuada após a construção do cais, aterro e pátio.

158. Concordam com a opinião dos técnicos da Codern em ousar na afirmação de que qualquer parcelamento dos serviços dessa obra seria passível de ser interpretado como fatiamento, o que contrariaria a legislação pertinente. Aduzem restar demonstrado que seria tecnicamente inexequível a execução das obras com o parcelamento sugerido pelos peritos federais e que a eventual deficiência no projeto básico não teve como causa o não parcelamento da obra.

159. Alegam que, com a conclusão do processo licitatório e com a consequente assinatura do contrato para as obras de Construção do Cais para Contêineres no Porto de Maceió, tiveram início, em 05/12/2001, os trabalhos da Comissão de Fiscalização nomeada através da Portaria DP 011/01, de 11/04/2001, composta originalmente dos seguintes engenheiros: José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo, Lafayete Pacheco Neto, sob a presidência do primeiro e coordenação do segundo, com a sequência de serviços descrita a seguir.

160. Afirmam que a principal atividade inicial da Comissão de Fiscalização, visando ao desenvolvimento da obra, foi tratar da elaboração do projeto executivo da obra, pois o mesmo integrava o escopo dos serviços contratados com a Mendes Júnior, conforme consta da planilha de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

quantitativos e preços no Item 1.3.1 - Detalhamento do Projeto Executivo. Como primeira atividade técnica para elaboração do projeto executivo, a Mendes Júnior realizou uma nova campanha de sondagem geológica, através da empresa Mastersolos, na área de implantação da plataforma do cais, visando à consolidação da estabilidade e resistência do solo para definição e detalhamento das fundações profundas (estacas de carga) e estacas de fechamento, tendo sido efetuados 43 (quarenta e três) furos, conforme planta de localização disponível em nossos arquivos com a campanha completa.

161. Registram que havia decorrido cerca de 10 (dez) anos da elaboração do projeto básico inicial efetuado pela empresa Petcon (1991), em relação à época do certame 1icitatório (março de 2001), cuja concepção e profundidade do cais foram mantidas quando da revisão do projeto básico efetuada pela empresa Pri Engenharia (1996). Alegam que foram apresentadas 06 (seis) alternativas para o detalhamento do projeto básico e a consequente realização do projeto executivo. Aduzem que todas foram analisadas técnica e economicamente pela Comissão de Fiscalização, sendo 05 (cinco) alternativas da Mendes Júnior e mais uma da Hidrotopo, na busca da melhor solução para o projeto executivo final.

162. Salientam que a Hidrotopo foi a empresa contratada para assessorar a Comissão de Fiscalização durante a obra, encarregada de quantificar os serviços executados e garantir a aplicabilidade da boa técnica construtiva, contando com uma equipe de 06 (seis) técnicos, entre consultores, engenheiro residente, técnico em laboratório, etc., apesar da experiência profissional dos membros da Comissão de Fiscalização, que também desempenhavam outras funções na Codern/APM. Alegam que ocorreram inúmeras reuniões de trabalho, no período entre 26/12/01 a 26/04/02, portanto cerca de cinco meses de discussões técnicas, sempre com a participação dos diversos técnicos envolvidos no empreendimento e consultores renomados, tal como o calculista Eng. Vicente Garambone, os Engos. Augusto Dantas Sampaio e Marcos Augusto de A. Ehrhardt da Hidrotopo (assessoria à fiscalização) e Antônio Carlos Ávila e Carlos Alberto Czarnobai da Mendes Júnior.

163. Argumentam que a Comissão de Fiscalização, ao aprofundar os estudos de demanda de embarcações ao Porto de Maceió, vislumbrou, principalmente a partir da evolução da concepção dos portos no Nordeste brasileiro, especialmente os de Suape em Pernambuco e de Pecem no Ceará, entre outros, a realidade de movimentação de navios de grande porte, tipo pós-Panamax, com cerca de 220,00 m de comprimento e calado superior a 12,00 m. Esclarecem que, quando da elaboração do projeto básico licitado, não havia previsão de movimento dos navios acima citados, conforme consta do Estudo Operacional, disponível em seus arquivos, elaborado em outubro de 1991 como base de análise (10 anos antes), que identificou as características da frota de navios que vinha operando no porto à época e a que viria a operar nos anos subsequentes, que diz textualmente: "O Porto de Maceió não apresenta condicionantes físicos importantes quanto à projeção de navios que deverão frequentá-lo, em função das profundidades disponíveis, tanto no acesso e bacia de evolução, como nos berços do porto, que são em geral compatíveis com o perfil da frota de cabotagem e mesmo com as evoluções previstas para o tráfego conferenciado de longo curso."

164. Asseveram que os projetos de embarcações são dinâmicos, oriundos da iniciativa privada, e, são os portos que se adaptam aos mesmos, senão sucumbem aos seus concorrentes. Afirmam que esse era o caso do Porto de Maceió, que não poderia perder a oportunidade de efetuar tais melhorias, ainda mais, com redução de custo, sob pena de perder competitividade. Aduzem que houve, então, consenso de todos os técnicos envolvidos da necessidade de aprofundamento do cais para -14,50 m, visando a atender a evolução do porte dos navios, bem como de adaptação às alterações nas exigências das normas técnicas.

165. Mencionam as alterações até então efetuadas que merecem destaque:

*a) substituição das estacas moldadas **in loco** de 24,00 m de comprimento, com camisas metálicas perdidas, por estacas pré-moldadas de concreto protendido, com o mesmo diâmetro 80 cm e 27,00 m de comprimento, o que representou significativa redução no seu custo;*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

b) substituição da pavimentação da retroárea, em placas de concreto armado, por pavimento flexível, em blocos intertravados, facilitando sobremaneira eventuais recuperações, o que também propiciou redução substancial do custo de execução; e

c) a substituição de todo concreto estrutural com fck de 20 Mpa por fck de 40 Mpa, visando atender às novas exigências das Normas Técnicas da ABNT, que recentemente foram reavaliadas (mudança da NBR-6118), de maneira a tomarem mais duráveis as estruturas em concreto. Alegam que essa alteração forçada acresceu o custo da obra.

166. Afirmam que tais alterações reduziriam o custo da obra em 6,43%, ou seja, R$ 2.343.689,85 (dois milhões, trezentos e quarenta e três mil, seiscentos e oitenta e nove reais e oitenta e cinco centavos), conforme se pode constatar nos documentos anexados no dossiê "Proposta de Aditivo Contratual, datado de abril/2002", além de contemplar a construção de um cais com 14,50 m de profundidade e não 10,50 m, o que, numa simples análise, até um leigo pode constatar o ganho para o Porto de Maceió. Salientam que as alterações promovidas no projeto básico licitado visaram tão somente propiciar a execução de um cais de acordo com a nova realidade do mercado e não um cais obsoleto já nos próximos anos, o que demonstrou o zelo de todos.

167. Destacam o fato de que o maior projeto hoje existente no Porto de Maceió é a recuperação estrutural das demais instalações portuárias (cais geral e açucareiro) para possibilitar a dragagem de todo porto para a cota de -12,50 m e sequencialmente para -14,50 m. Afirmam que tal projeto já se encontra em tramitação para integrar o Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, conforme documentação constante do Plano Plurianual de Investimentos - PPA, portanto pode-se concluir que foi de fundamental importância que a obra em questão, o Cais para Contêineres, tivesse sido construída para -14,5 m de profundidade, pois, caso contrário, já em 2012, estaria sendo reformado, com custos imensamente superiores.

168. Alegam que a nova campanha de sondagem geológica realizada pela Mastersolos na área de implantação do cais, já citada no item anterior, constatou a presença de rochas em 09 (nove) dos furos, sendo 07 (sete) concentrados no fechamento da dársena, próximo aos módulos 3 a 5 da área sob a futura plataforma do cais e 02 (dois) na área do prolongamento do Cais Geral, cujos boletins de sondagens estão disponíveis em seus arquivos. Asseveram que, com a constatação da presença de rochas conforme acima citado, procedeu-se a uma nova campanha de sondagem geológica mista/rotativa e inspeção com equipamento "Jet-Probe" para fins de sua quantificação e limitação, respectivamente, campanha esta de "Jet-Probe" realizada pela empresa Emsertec Ltda.

169. Alegam que a Hidrotopo, empresa contratada para assessoria a Comissão de Fiscalização, com base nos estudos realizados, estimou o volume do manto rochoso em 48.750 m^3. Argumentam que o custo para retirada do manto rochoso foi orçado pela Mendes Junior em R$ 10.409.587,50 (dez milhões, quatrocentos e nove mil, quinhentos e oitenta e sete reais e cinquenta centavos), ao custo unitário de R$ 213,53/m^3, o que elevaria o custo total das obras em 26,00 %, conforme consta da documentação referente ao 1° termo aditivo contratual, em seu poder.

170. Asseveram que o preço aceito teve como base a Composição de Preços Unitários - CPU, denominada Fragmentação, Carga e Transporte de Arenito, e embora não existindo preços de mercado para serviços tão específicos, com valores correntes ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda em qualquer sistema de registro de preços, a Comissão de Fiscalização teve o cuidado de analisar a compatibilidade do preço proposto pela Mendes Júnior, com os preços vigentes praticados no mercado. Aduzem que a comissão fez comparação com outros preços praticados no mercado em procedimentos técnicos similares, tais como a Construção do Guia Corrente e Dragagem do Porto de Natal N° 065/97-Codern/Concorrência e a Recuperação e Reforma do Porto de Paranaguá - Edital 042/02 – DNIT. Afirmam que também serviram de confronto os preços amplamente discutidos e aceitos como compatíveis com os praticados pelo mercado no processo 005.814/2002-9, aprovado por

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

aquela Corte de Contas, através do Acórdão 582/2004-Plenário (Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

171. Alegam que a Comissão de Fiscalização propôs então à Direção da Codern que o manto rochoso fosse incluído no contrato da Mendes Júnior, pois entendeu que tal serviço seria inviável tecnicamente ao ser executado por outra empresa, visto as diversas interfaces com as atividades na mesma área de cravação das estacas de carga, gerando conflitos técnicos/financeiros, com reflexo no prazo de execução da obra e o consequente aumento de custo da obra. Concluem que ficou sobejamente comprovado que somente após os estudos técnicos acima citados, foi identificada, localizada, quantificada e orçada a retirada do manto rochoso, bem como que o preço para a sua retirada foi objeto de criteriosa avaliação, destarte as dificuldades de comparação.

172. Quantificam a seguir, para melhor visualização, os reflexos financeiros das duas alterações ocorridas quando da elaboração do projeto executivo:

a) Custo da alteração para construção de um cais com 14,50 m de profundidade e não 10,50 m:

- Valor: R$ 2.343.689,85

- Impacto: - 6,43 %

b) Custo da retirada do manto rochoso:

- Valor: R$ 10.409.587,50

- Impacto: 26,00 %

c) Resumo da equação financeira:

- Valor Total aditivado; R$ 7.741.l25, 18

- Impacto total: 19,95 %

173. Aduzem que a Comissão de Fiscalização, considerando os estudos realizados para elaboração do projeto executivo, recomendou à direção da Codern a realização de termo aditivo ao contrato assinado com a Mendes Júnior, com a construção de um cais com 14,50 m de profundidade e não 10,50 m, concomitantemente com a retirada do manto rochoso, entendendo como sendo a melhor solução para o empreendimento e em consequência para o bem público. Alegam que as alterações, devidamente discriminadas na planilha consolidada integrante do 1° aditivo elevaram o valor contratado em R$ 7.741.125,18 (sete milhões, setecentos e quarenta e um mil, cento e vinte e cinco reais e dezoito centavos), passando o valor contratado de R$ 38.792.987,63 (trinta e oito milhões, setecentos e noventa e dois mil, novecentos e oitenta e sete reais e sessenta e três centavos) para R$ 46.534.112,81 (quarenta e seis milhões, quinhentos e trinta e quatro mil, cento e doze reais e oitenta e um centavos), correspondendo a um acréscimo de 19,95 % (dezenove vírgula noventa e cinco por cento) do valor inicialmente pactuado, portanto de conformidade com a legislação vigente, ou seja, a Lei 8.666/1993.

174. Afirmam que se vê, sem dúvida, que a redução do custo das alterações efetuadas no projeto básico (-6,43%), bem como do acréscimo da remoção da formação rochosa anteriormente referida (+26,00%), incluídas no mesmo aditivo, provocaram o acréscimo de 19,95 %, o que viabilizou a sua execução, sem ferir o § 8° do art. 65 da Lei 8.666/1993 e suas alterações. Afirmam que, caso a retirada do manto rochoso fosse efetuada por outra empresa que não a Mendes Júnior, em face das inúmeras interferências com as obras normais, principalmente com a cravação das 403 unidades de estacas de carga, a obra seria interrompida por longo período e poderia ainda não estar concluída, além de que certamente seria realizada por valor superior.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

175. Argumentam que não restam dúvidas de que a Comissão de Fiscalização e a Direção da companhia tomaram suas decisões com os elementos técnicos/administrativos disponíveis à época, principalmente por terem optado pela construção de um cais moderno e pela retirada da pedra pela mesma empresa, que culminaram com a perfeita conclusão da obra, destarte as inúmeras interrupções por falta de alocação perene de recursos por parte das autoridades do governo federal. Ressaltam que a solução técnica conseguida não foi um milagre, mas sim graças a excelente qualificação dos profissionais envolvidos, especialmente o Dr. Vicente Garambone que viabilizou tecnicamente uma estrutura mais moderna com um custo menor, fato este que merecia uma placa de homenagem no referido cais e não uma tentativa de imputar culpa aos profissionais que se dedicaram de corpo e alma na solução de um grave problema.

176. Asseveram que, em relação ao serviço de "bota-fora" DMT=12Km, objeto do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), há flagrantes divergências nas distintas análises efetuadas pela Secex/RN, Secob e pelo Ministro Relator, configurando, assim, certo conflito interpretativo. Anotam que a análise da Secex/RN tem como base a tese de que materiais que fossem lançados ao "bota-fora" DTM=12 km somente poderiam ser pagos se tivessem sido incluídos no Item 2 - Movimento de Terra, integrante da planilha contratual de preços e quantitativos. Por sua vez, alegam que a análise da Secob (fls. 555 a 582 do processo) diverge frontalmente do entendimento da Secex/RN, aceitando que materiais diversos, não somente aqueles incluídos no Item 2 - Movimento de Terra, poderiam ser pagos pelos quantitativos e preços do item 2.4 - "bota-fora" DTM=12 km, o que na prática descaracteriza e invalida completamente a análise e a argumentação da Secex/RN.

177. Afirmam que a Secob, embora aceitando que materiais diversos poderiam ser pagos pelos quantitativos e preços do item 2.4 – "bota-fora" DTM=12 km, o que sempre foi defendido pelos recorrentes, adotou nova forma de cálculo, tendente a imputar irregularidade quanto ao pagamento dos serviços. Aduzem que, assim, a Secob promoveu análise sob ótica diversa: a de que o preço do serviço (item 2.4 – "bota-fora" DTM=12 km) era superfaturado, aplicando seu preço de mercado à clareza ou não do edital de licitação para cada item, que culminou com eventual novo débito de R$ 403.431,03 (quatrocentos e três mil, quatrocentos e trinta e um reais e três centavos).

178. Argumentam que a Secob, então, fez a análise individual dos itens acima mencionados, adotando o suposto novo preço de mercado (Sinapi), ao que elaborou tabela, nos termos do item 117 (fls. 574 do Processo e seguintes). Afirmam que, apenas para exemplificar a incoerência da nova sistemática adotada pela Secob, além da aplicação do novo preço, basta verificar a observação constante da tabela quando da definição do pagamento ou não do "bota-fora" para os itens 3.6.1 - Dragagem com equipamento de sucção e 3.6.2 - Dragagem com "clam-shell", cujos quantitativos são os maiores volumes movimentados (fls. 576 do Processo). Concluem que a Secob, mesmo entendendo que o edital não é claro para os itens acima citados, julga não caberem as cobranças do "bota-fora" tão somente por supor que o preço, julgado superfaturado, já abarcaria os custos com o "bota-fora".

179. Constatam que, acerca do preço calculado pela Secob:

a) O eventual preço de mercado de R$ 6,86/m^3, calculado pela Secob com base nas tabelas Sinapi, não merece ser acatado por terem sido utilizadas composições que não espelham a realidade do transporte efetuado em percurso urbano, com intensa movimentação de veículos e constantes engarrafamentos no trecho Jaraguá/Cruz das Almas, contendo 28 semáforos no trajeto.

b) Flagrante equívoco da Secob pode facilmente ser verificado, conforme constam dos itens 107 e 108 do relatório (fls. 572 e 573 do processo), quando adota a tabela Sinapi de código 8709 - Transporte mat. ex. rocha cam. DTM 10 km, quando na realidade o DTM real é de 12 km, o que já representa cerca de 20% do total apontado.

c) A própria Secex/RN, quando lhe foi dado conhecimento do posicionamento do órgão especializado, alerta para a incoerência na análise efetuada pela Secob, conforme item 5.1 do seu

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

relatório (fls. 588 do processo), quando de sua tentativa de apuração de eventual preço de mercado, configurando-se assim grave divergência.

d) A Secex/RN reafirma no item 5.2 (fls. 588 do processo) a impossibilidade da Secob comparar os preços ofertados pela construtora com os parâmetros existentes no Sinapi.

180. Afirmam que se configuram flagrantes divergências entre os entendimentos dos órgãos internos desse Tribunal, por um lado a Secex/RN e por outro a Secob, o que por si já demonstra a grande complexidade do tema e a fragilidade das análises. Afirmam que o entendimento da Secex/RN, com base na tese de que materiais que fossem lançados ao "bota-fora" DTM=12 km somente poderiam ser pagos se estivessem sido incluídos no Item 2 - Movimento de Terra, é equivocado e não poderia ter acolhida.

181. Apenas a título exemplificativo, aduzem que, caso assim fosse o entendimento no meio técnico, seria conjecturável que, se em uma obra houvesse somente preço para "concreto de 20 MPa" para o item "concretagem de laje" e que posteriormente ficasse comprovada a necessidade de se U1ilizar o mesmo tipo de concreto numa viga, pelo raciocínio da Secex/RN, o preço existente não poderia ser utilizado, o que é perfeitamente usual em contratos de obra. Alegam que tampouco poderia prosperar o entendimento da Secob, que tem como base o superfaturamento do preço, visto os equívocos cometidos na sua composição, conforme técnica e incontestavelmente acima demonstrado.

182. Por seu turno, afirmam que o Ministro Relator pontuou em seu Voto que houvera pagamento a maior de itens do serviço de "bota-fora" DMT=12Km, acatando parte do entendimento da Secex/RN e parte do entendimento da Secob, não se atendo às flagrantes divergências entre as análises (conflito de conceituação) dos referidos órgãos internos desse Tribunal. Observam que o Ministro Relator acolheu, itens acatados pela Secex/RN, no caso os itens 2.1 e 2.2 e, pela Secob, os itens 1.1.1, 2.1, 2.2, 3.4.2.4, 3.4.2.5 e 3.5.1. Argumentam que, além desses, o Ministro Relator decidiu também excluir dos pagamentos até então tidos como indevidos pela Secex/RN e Secob os itens 3.6.1 e 3.6.2, no montante total equivalente a 13.931,10 m^3 de material, que representava R$ 172.884,95. Aduzem que tal valor equivale a, aproximadamente, 65% (sessenta e cinco por cento) do total do débito até então apurado (R$ 266.348,38 -Tabela 25, pág. 44 do Voto).

183. Asseveram que, dessa maneira, o débito final apurado pelo Ministro Relator passou a ser de apenas R$ 93.463,44 (noventa e três mil, quatrocentos e sessenta e três reais e quarenta e quatro centavos); bastante inferior aos valores então apurados pela Secex/RN (R$ 446.990,87) e pela Secob (R$ 403.431,03). Anotam que toda essa heterogeneidade nos entendimentos dos órgãos internos desse Tribunal de Contas, aliada às omissões e/ou indefinições do edital, certamente levaram o Ministro Relator a aceitar o pagamento dos itens 3.6.1 e 3.6.2 por meio do serviço de "bota-fora". Questiona por quais critérios não admitir os demais pagamentos efetuados sob as mesmas condições.

184. Concluem que todas essas citações ilustram, na verdade, a grande dificuldade de avaliação desses serviços, por falta de clareza e/ou indefinições dos critérios de medições que integraram o projeto básico licitado, cuja Comissão de Fiscalização não tinha poderes para proceder às alterações, conforme entendimento dos próprios órgãos de auditoria do Tribunal de Contas da União, que já foram aqui citados. Aduzem que a própria Secob expôs esse entendimento (fls. 576 do processo). Assim, argumentam que fica tecnicamente demonstrada a necessidade de reconsideração quanto às decisões advindas do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), referentes também ao serviço de "bota-fora" DMT=12Km, o que valida sobremaneira o recurso ora apresentado.

185. Alegam que, na forma que se vem apregoando desde o início do procedimento, as responsabilidades e atribuições dos recorrentes na obra de construção do cais de contêineres do Porto de Maceió eram bem delimitadas. Afirmam que não competia aos recorrentes a estipulação dos critérios e condições da empreitada, tarefas essas, que, aliás, conforme resta claro, precederam a sua

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

atuação no processo, restrita à fiscalização do cumprimento das diretrizes estipuladas no projeto básico e no edital. Mesmo nesse mister, um dos recorrentes dividia a responsabilidade com os demais membros da Comissão de Fiscalização e com a assessoria técnica, devidamente contratada para esse fim, ao passo que o outro recorrente dividia a responsabilidade com os demais membros da Diretoria. Portanto, aduzem que não cabia aos recorrentes qualquer interferência nos termos do instrumento convocatório, apenas dar-lhes vazão com base em seus conhecimentos técnicos.

186. Anotam que, nesse sentido, eventuais margens de interpretação, advindas da ausência de clareza do edital, não podem ser imputadas aos recorrentes. Argumentam que o próprio Tribunal, por meio de seus órgãos de apoio, seja o de controle, seja o técnico, assim como a própria relatoria, experimentou diferentes vertentes interpretativas, conforme restou registrado no processo e plasmado na decisão recorrida. Asseveram que o Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro) reflete toda essa contradição existente na demanda, notadamente ao se cotejar a afirmação de que "o edital não ter sido claro quanto à inclusão ou não do transporte na composição" (item 32) dos preços a serem cobrados com o entendimento de que a "contratada deve executar os serviços nos valores constantes de sua proposta e segundo os critérios de medição previstos no edital de licitação" (item 34). Indagam que critérios seriam esses, se o edital e confuso.

187. Argumentam que nada mais poderia ser exigido dos recorrentes do que a aplicação do seu conhecimento de modo a garantir os melhores resultados/fins, na ausência de uma indicação mais precisa das condições/meios. Aduzem que a Lei 9.784/1999, que trata do processo administrativo, em seu art. 2°, parágrafo único, incisos IV, VI, VII e XIII, resguarda essa prerrogativa do servidor/funcionário/empregado público.

188. Asseveram que, além de tal contradição, em se dizer que o edital é confuso, mas que deve ser seguido à risca, é importante destacar que há também divergências em se admitir a existência de uma assessoria técnica, contratada para auxiliar os recorrentes, ao tempo em que é a mesma isentada de responsabilidade, sem que aqueles também o sejam. Solicitam que se verifique o art. 67, da Lei nº 8.666/1993.

189. Alegam que o cerne da discussão, que causou divergências mesmo entre os órgãos especializados dessa Corte e o eminente Ministro Relator, é a composição de preços de determinados serviços de engenharia, considerando-se ou não o "bota-fora". Aduzem que esse trabalho envolve a análise de critérios de medições, composições de preços unitários, conceitos, planilhas, faturas, custos, etc., o que, por suposto, remonta às atribuições da assessoria. Concluem que, tratando de eventuais omissões, no Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), inexistiu menção à iniciativa dos recorrentes em descontar das faturas da empresa contratada os valores do "bota-fora" que, mediante revisão entenderam já compor o preço de outros itens, o que, certamente, repercutiria na apuração do dito prejuízo, o que demonstra o zelo e a boa fé na atuação dos membros da comissão de fiscalização.

191. Alegam que as punições foram estabelecidas em dois grupos considerados equivocadamente que os indivíduos que teriam se envolvido com os atos tidos por impróprios. Afirmam que, para o primeiro grupo, foi apurado um prejuízo ao erário de R$ 3.641.353,31 (três milhões, seiscentos e quarenta e um mil, trezentos e cinquenta e três reais e trinta e um centavos), ao que caberia ressarcimento, mas não foi imposta multa. Aduzem que, para o segundo grupo, onde se enquadra o recorrente José Jackson Queiroga de Morais, o dano que teria sido apurado indica o valor de R$ 93.463,44 (noventa e três mil, quatrocentos e sessenta e três reais e quarenta e quatro centavos), também importando em devolução da quantia aos cofres públicos, mas aqui houve a imposição de multa de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos envolvidos, quando os envolvidos são os mesmos em ambos os casos.

192. Argumentam que o valor da multa é por demais desproporcional ao salário recebido à época pelo recorrente, que necessitaria aproximadamente 30 (trinta) meses do seu salário para o seu

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

pagamento, e hoje o recorrente encontra-se aposentado por invalidez, devido a um transplante hepático, mantendo-se a desproporcionalidade da multa mais evidente.

193. Asseveram que, no acórdão recorrido, inexistiu menção á iniciativa dos recorrentes em descontar das faturas da empresa contratada os valores do "bota-fora" que, mediante revisão, entenderam já compor o preço de outros itens, o que, certamente, repercutiria na apuração do dito prejuízo, o que demonstra o zelo e a boa fé na atuação dos recorrentes.

194. Alegam que, ainda nesse contexto omissivo, nada se disse sobre a falta de oportunidade aos recorrentes para que se manifestassem sobre a análise da Secob realizada nos autos, em comprometimento do princípio da ampla defesa e do contraditório, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5°, inciso LV. Afirma que se valem da presente medida, meio hábil a reformar a decisão condenatória, pelas insubsistências que são aqui apontadas.

195. Aduzem que, além das circunstâncias retro, que afastam a responsabilidade dos recorrentes quanto às inconsistências que lhe são apontadas na condução do contrato da obra de construção do cais de contêineres do Porto de Maceió, há que se afirmar que o mesmo agiu em consonância com as conclusões dos órgãos de controle desse egrégio Tribunal de Contas da União. Alegam que, na forma que já se mencionou, os demais recorrentes, por precaução e de forma espontânea, diligenciaram junto aos demais estratos da Administração que representavam, recomendando, dentro de suas atribuições e

poderes, a retenção dos valores tidos por indevidos nas parcelas que se venceriam do contrato auditado.

196. Asseveram que, após tomarem conhecimento da análise da Secob, através de consulta aos autos (uma vez que não foram notificados), os demais membros da Comissão de Fiscalização encaminharam ao Diretor-Presidente da Codern o ***Memorandum*** *N° 01/2009, datado de 15/04/2009 (doc. 02), expondo o andamento do processo referente à Tomada de Contas Especial 005.849/2002-4, tendo em vista que os recorrentes foram demitidos da companhia em 2003. Recordam que tais informações foram carreadas aos autos na primeira oportunidade que os demais membros da Comissão de Fiscalização e recorrentes tiveram para se pronunciar após o parecer do Secob, quando do manejo de embargos de declaração em face do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), estando pendentes de apreciação, consoante se estabeleceu no julgamento dos embargos declaratórios (itens 30 e 31 do Relatório do Acórdão 1.534/2014-Plenário; Relator Min. José Múcio Monteiro). Afirmam, assim, que preveniram a sua responsabilidade, comunicando aos seus superiores as providências que deveriam ser adotadas.*

197. Aduzem que, na remota hipótese de serem mantidos os valores apurados no Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), o que apenas se cogita em sede argumentativa pela robustez das matérias tratadas, torna-se necessária a sua revisão, por já ter havido efetivo desconto de parte desses valores, seja no montante a ser eventualmente solidariamente ressarcido, quanto no valor da multa individual, visto ser essa percentual do montante. Asseveram que, juntamente com os demais membros da Comissão de Fiscalização, após minuciosa análise dos Critérios de Medições, identificaram alguns equívocos de interpretação ocorridos no pagamento do "bota-fora" para os itens 1.7.4 e 2.3, cuja retenção foi devidamente observada por essa Corte de Contas (fls. 33 do relatório que culminou no Acórdão 1.299/2013-Plenário; Relator Min. José Múcio Monteiro).

198. Alegam que tais valores foram efetivamente estornados dos pagamentos efetuados (Nota Fiscal 00001142, de 08/06/2010; p. 119, peça 94), com a anuência da Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., na medição do mês de maio/2010, no montante total de R$ 23.045,11 (vinte e três mil, quarenta e cinco reais e onze centavos), sendo R$ 21.528,12 (vinte e um mil, quinhentos e vinte e oito reais e doze centavos), a título principal, e R$ 1.516,99 (um mil, quinhentos e dezesseis reais e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

noventa e nove centavos) de reajuste. Argumentam que o fato foi comunicado ao Tribunal de Contas também através dos já referidos memoriais entregues em audiência ao Ministro José Múcio Monteiro (que, como citado, não foi objeto de análise durante os embargos de declaração apresentados). Reiteram, portanto, a pauta, visto que tais descontos não foram considerados, embora tal fato já fosse do conhecimento dessa Corte de Contas antes da apuração dos valores a serem ressarcidos solidariamente.

199. Para melhor identificação, reproduzem a Tabela 7, objeto do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro) à p. 23 da peça 94. Alegam que, com os ajustes, o valores seriam os abaixo indicados:

a) Quantitativo do Item 1.7.4: 217,75 m^3;

b) Quantitativo do Item 2.3: 1.516,99 m^3;

c) Quantitativo total: 1.734,74 m^3;

d) Valor histórico a ser descontado: R$ 21.528,12 (1.734,74 m^3 x R$ 12,41, sendo este último valor o preço unitário;

e) O novo valor da tabela 7 passaria a ser: R$ 71.935,32 (R$ 93 .463,44 – R$ 21.528,12).

200. Alegam que o valor de R$ 1.722,25 (um mil, setecentos e vinte e dois reais e vinte e cinco centavos), descontado na Nota Fiscal 1143, refere-se ao reajuste até a data do efetivo desconto (maio/2010), motivo pelo qual não foi incluído no montante a ser abatido. Aduzem que tal correção afeta o cálculo da multa individual aplicada a cada responsável, estabelecida em aproximadamente 30% do valor corrigido.

201. Alegam que o v. aresto também foi omisso em relação à necessidade de esta Corte de Contas de observar o princípio da inocência, tendo em vista a grande incerteza e imprecisão que dominou o teor das instruções técnicas proferidas pela Secex/RN e pela Secob. Afirmam que chama atenção nesses autos a sucessão de metodologias sugeridas e utilizadas pela Secex/RN para averiguar a compatibilidade de alguns preços cobrados.

202. Aduzem que a primeira instrução técnica realizada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio Grande do Norte (fls. 46/57), em 06 de setembro de 2002, apontou que o projeto executivo da recorrente estaria com sobrepreço. Argumentam que, para tanto, comparou o seu valor (R$ 1.035.689,29) com o projeto de outras obras similares, mais especificamente com o Complexo Penitenciário da Grande Florianópolis, cujo custo foi de R$ 356.011,91, e com projeto executivo da obra do Edifício Sede do TRT/RN, no qual o valor perfazia a quantia aproximada de R$ 170.000,00.

203. Anotam que, após a apresentação de documentos requeridos pela Unidade Técnica, encaminhados pela Codern, foi elaborada a segunda instrução (fls. 76/89), na qual se manteve entendimento pela ocorrência de superfaturamento no projeto executivo, bem como foi suscitada mais uma irregularidade: sobrepreço no serviço de derrocagem, incluído no Contrato n° 007/2001 por meio de termo aditivo. Argumentam que, para entender neste sentido, a Unidade Técnica novamente compara os valores do item com preços extraídos de outros empreendimentos, que guardariam similitude com a obra em comento (fl. 86).

*204. Argumentam que, depois de autorizada a inspeção **in loco** por determinação do Min. Marcos Vinicios Vilaça, então relator do processo, foi elaborado "Relatório de Fiscalização" (fls. 177/208). Aduzem que as conclusões ali constantes deram respaldo às determinações contidas no Acórdão n° 1588/2005/TCU/Plenário que, apesar de afastar o sobrepreço do projeto executivo, determinou a citação da recorrente para se manifestar quanto ao suposto subdimensionamento da produtividade da derrocagem e quanto a supostas irregularidades no item "bota-fora - DMT = 12 Km".*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

205. Afirmam que se seguiu a terceira instrução técnica por parte da Secex/RN, em que decide mudar completamente os parâmetros até então utilizados para entender pela configuração de sobrepreço no serviço de derrocagem. Asseveram que, agora, este não decorria de incompatibilidade com os preços cobrados no mercado, em especial com o apontado no TC 005.814/2002-9, pois "a única forma de examinar a possível ocorrência de superfaturamento é por meio da CPU, em especial das produtividades ali expressas".

*206. Aduzem que isso ocorreu depois de a recorrente apresentar defesa demonstrando a compatibilidade do preço cobrado para a derrocagem com os propostos por outras empresas especializadas nesse serviço (Mariner Serviços Subaquáticos Ltda., Emsertec Ltda., Belov Engenharia Ltda.), obtidos à época do aditivo, bem como com os obtidos em outras licitações (Codern - Construção do Guia Corrente - R$ 278,11/m^3 e DNIT - Porto de Paranaguá - R$ 463,05/ m^3). Alegam que essa instrução asseverou também que a recorrente havia superdimensionado suas contas, exagerando nas horas trabalhadas, "fazendo-as atingir o irreal patamar de 4.039 horas. Se considerados outros parâmetros (6 meses * 22 dias * 14 horas por dia), mais próximos da realidade, seriam obtidas apenas 1.848 horas trabalhadas, o que elevaria a produtividade a 26 m^3/h (48.043,50 m^3 derrocados/1.848 horas)".*

207. Anotam que, depois de nova inspeção ao local das obras, adveio a quarta instrução da Secex/RN, na qual muda uma vez mais de posição, convencida de que, "de fato, os equipamentos trabalharam, com poucas e rápidas paradas, as 24 horas do dia, 7 dias por semana". Alegam, no entanto, que a unidade técnica afirma que as horas referentes ao mês de dezembro de 2002 não poderiam ser consideradas para aferir a produtividade, pois "o quantitativo de derrocagem foi integralmente faturado até o mês de novembro de 2002. Aceitar o cômputo daquelas horas significaria assumir que a Codern pagou, em novembro de 2002, por serviços que só viriam a ser realizados no mês seguinte."

208. Concluem que, subtraindo 432 horas referentes ao mês de dezembro, alcançou a produtividade de 13,32 m^3/h, o que foi devidamente revisto pelo acórdão recorrido. Asseveram que, em nova mudança no critério de apuração, a Secex/RN passou a acatar (em parte) a necessidade de remuneração dos custos de mobilização e desmobilização de equipamentos, tomando como referência o valor de 2% exposto no edital de licitação.

209. Aduzem que, com base nisso, apresentou outros cálculos que evidenciariam o dano ao erário, sustentando que o "preço de mercado" a ser considerado como parâmetro de cálculo do suposto superfaturamento seria o de R$ 129,53, ali, por ela, estabelecido. Afirmam que o valor do dano seria, então, o resultado da subtração entre o preço cobrado pela recorrente (R$ 213,53) e o "valor de mercado" (R$ 129,53), multiplicando-se esse resultado (R$ 84,00) pelo quantitativo executado em cada boletim de medição, totalizando uma quantia de R$ 4.762.903,74 (já com o reajuste). Contra essa conclusão, os recorrentes afirmam que apresentaram defesa, demonstrando os equívocos de premissa ali contidos.

210. Anotam que, mais uma vez, acatando parcialmente os argumentos da recorrente, a Secex/RN alterou o parâmetro para cálculo do superfaturamento, elegendo como "preço de mercado" o valor de R$ 137,22, substituindo os R$ 129,53 anteriormente fixados, depois de aceitar como valor total (mobilização/desmobilização/canteiro de obras/pessoal e equipamentos etc.) o percentual informado pela própria Mendes Júnior (fl. 85, anexo 1), ou seja, 11,17%.

211. No que tange à produtividade, afirmam que a unidade técnica negou a possibilidade de comparar a produtividade no Cais para Contêineres de Maceió/AL com dados constantes do TC 005.814/2002-9, salvo se demonstrada a identidade entre as duas obras, inclusive quanto à forma de execução dos serviços e negou que os ganhos de produtividade pertenceriam à empresa, como premiação por sua eficiência, por se tratar de contratação de novo serviço mediante aditivo. Na sequência, afirmam que, instada a se manifestar por sugestão da própria Secex/RN, a Secob emitiu

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

pronunciamento sobre o caso (fis. 555/582). Basicamente, no que concerne à derrocagem, afirmam que a Secob concordou com o valor de sobrepreço apresentado pela Secex/RN, acrescentando questionamento quanto à produtividade do serviço, entendendo que seria impossível realizar o volume previsto de serviço no prazo definido no cronograma. Divergiu, contudo, em relação ao sobrepreço no item 2.4 – bota-fora, DMT = 12 Km.

212. Afirmam que toda esta longa e detalhada narrativa é necessária para deixar clara a falta de consistência metodológica para aferição do suposto superfaturamento que foi convalidada pelo v. aresto recorrido. Aduzem que basta uma simples leitura das instruções técnicas elaboradas pela Secex/RN e pela Secob para perceber que nem mesmo elas chegam a um denominador comum quanto às irregularidades apontadas. Alegam que, de todas as manifestações, dentre instruções e relatório de fiscalização, não foi possível verificar a repetição de pelo menos uma mesma fundamentação. Asseveram que, sempre que a recorrente apresentava documentos ou argumentos que rechaçavam as supostas irregularidades, as novas manifestações da Unidade Técnica, surpreendentemente, buscavam outras formas de mantê-las, gerando verdadeira insegurança jurídica. Conclui que, para uma mesma imputação, a causa foi alterada a todo momento.

213. Para comprovar o que ora se expõe, citam como exemplo o alegado subdimensionamento da produtividade da derrocagem, cujo "preço de mercado" (aqui curiosamente considerado o preço "estipulado" pela unidade técnica) foi alterado inúmeras vezes pela Secex/RN. Afirmam que, a cada nova instrução, novo valor unitário se apresentava, ante premissas afastadas da realidade e ali tecidas apenas como forma de rejeitar os argumentos da recorrente. Alegam que as inconsistências e divergências apresentadas durante todas as instruções técnicas, além de dificultar a ampla defesa e o contraditório da recorrente, colocam em dúvida a própria veracidade das imputações.

214. Anotam que, além disso, a sucessão de metodologias sugeridas pelas Unidades Técnicas é prova da dificuldade de se verificar um método seguro de averiguação de compatibilidade de preço cobrado para o incomum serviço de derrocagem a frio. Argumentam que, na tentativa de serem superadas essas dificuldades, afastaram-se as conclusões da verdade real para encamparem para o âmbito das presunções, o que não ser aceito. Diante disso, alegam que se mostra temerário cogitar em penalização ou devolução de valores ao erário com base em conclusões arrimadas em métodos de avaliação polêmicos e não devidamente consolidados (como comprova a longa discussão metodológica havida neste caso).

215. Afirmam, inclusive, como forma de dar franca prevalência ao princípio da inocência. Nesse contexto, citam o que já decidiu essa Corte de Contas no Acórdão 106/2013-Plenário: "Em face de tudo o quanto foi exposto, faz-se adequado, uma vez mais, privilegiar-se o princípio da inocência e utilizar-se do axioma jurídico que diz que em dúvida decide-se em favor do imputado." Portanto, em razão do silêncio sobre o alegado princípio da inocência, argumentam que este Egrégio Tribunal de Contas da União não pode quedar-se inerte sobre o ponto, devendo desfazer a omissão apontada.

216. Por fim, requerem que esse egrégio Tribunal de Contas da União se digne, com base nos fatos e fundamentos supra, a dar provimento aos presentes recursos de reconsideração, para fins de isentá-los de quaisquer eventuais responsabilidades no presente processo de Tomada de Contas Especial.

Análise

217. Como se verá na análise a seguir, não podem ser acatados os argumentos dos recorrentes, salvo apenas um deles, em relação especificamente ao responsável José Jackson Queiroga de Morais, o qual será avaliado no curso da presente análise.

218. Primeiramente, não se pode acatar o argumento de similaridade entre os serviços de derrocagem realizados nos portos de Natal/RN e Paranaguá/PR e a obra em tela no Porto de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

*Maceió/AL. O Relator **a quo** esclareceu a questão adequadamente no seguinte trecho do seu Voto (peça 92):*

> *17. (...) No entanto, os demais preços apresentados também não podem ser aceitos, pois os valores de outras derrocagens se referem a serviços muito distintos do realizado no Porto de Maceió, assim como os preços de revistas especializadas.*

*219. Em segundo lugar, a questão da incompatibilidade da produtividade prevista na CPU do serviço de derrocagem, contratado por aditamento, com o cronograma físico-financeiro previsto para a obra foi adequadamente esclarecida pelo Relator **a quo**, como demonstram os trechos a seguir do seu Voto (peça 92):*

> *10. Aduz-se, assim, que a produtividade prevista na CPU do serviço de derrocagem, contratado por aditamento, era incompatível com o cronograma físico-financeiro previsto. Houve, portanto, uma importante falha no projeto do serviço – que, por ser contratado por aditamento, já deveria se constituir em um projeto executivo-, no qual a produtividade contratada (6,828 m³/h) não condizia com a necessária para cumprir cronograma (16,65 m³/h). A presente observação é muito importante, pois, mais tarde, a empresa e a Codern alegaram, sem comprovação nem coerência, que a produtividade real foi maior do que a prevista por ter havido 'melhorias nas condições de trabalho, em relação às estimadas que propiciaram a obtenção de ganhos nas produções realizadas'.*
>
> *(...)*
>
> *17. Da mesma forma que a Secex/RN e a Secob, não vislumbro nos argumentos acima expostos justificativa para a contratação da derrocagem com a produtividade tão baixa. Se por um lado a CPU contratada não reflete a realidade, não há nos autos outro dado que possa ser utilizado para que seja considerado um preço diferente para a derrocagem entre os mencionados pela empresa. Penso que a melhor forma de comprovar o preço contratado seria de fato a apresentação da nota fiscal emitida pela subcontratada e, como a construtora não adotou tal conduta, outra possibilidade seria a obtenção do preço de mercado. No entanto, os demais preços apresentados também não podem ser aceitos, pois os valores de outras derrocagens se referem a serviços muito distintos do realizado no Porto de Maceió, assim como os preços de revistas especializadas.*
>
> *(...)*
>
> *22. Em síntese, a questão da derrocagem é que houve a inclusão no contrato de um serviço por aditivo para o qual não foi apresentada uma composição de custos unitários válida. Essa invalidade é no aspecto técnico, pois o termo aditivo contratado não reproduz o que foi planejado. No entanto, tem validade jurídica, pois essa CPU é objeto do termo aditivo contratado. Assim, diante da verificação de que o preço foi superfaturado, a composição de custos unitários contratada tem a validade circunscrita ao aspecto jurídico. Essa evidência do superfaturamento, advinda precipuamente em razão da baixa produtividade inserida na CPU, poderia ter sido afastada caso a Codern ou a construtora comprovasse o preço pago por meio de documento hábil, tal como a nota fiscal do serviço prestado pela empresa Lana Drilling, com a qual a derrocagem foi subcontratada pela construtora Mendes Junior (conforme consta no site, pesquisado em 23/03/2012, http://www.l2acengenharia.com.br/detalhesProjeto.asp?codigo=61).*

*220. De fato, este Tribunal reconheceu no julgamento **a quo** que deveria ter sido realizado um novo certame licitatório em vez de ter sido feito um aditivo contratual. O fato de a derrocagem ter sido 100% subcontratada é uma clara evidência disso, pois poderia ter sido evitado o pagamento de um BDI de 47% pela simples intermediação. Ademais, todas as coordenações e sincronizações técnicas mencionadas pelos recorrentes poderiam ter sido feitas com uma licitante contratada*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

especificamente para essa finalidade, da mesma forma em que supostamente se coordenaram e sincronizaram os trabalhos da Mendes Júnior com a empresa subcontratada Lana Drilling.

221. Não procede, portanto, a tese de que "o serviço seria inviável tecnicamente ao ser executado por outra empresa, visto as diversas interfaces com as atividades na mesma área", como querem dar a entender os recorrentes. Obviamente, em virtude de o serviço de derrocagem ter sido integralmente subcontratado, tampouco procede a tese de que "caso a retirada do manto rochoso fosse efetuada por outra empresa que não a Mendes Júnior, em face das inúmeras interferências com as obras normais, principalmente com a cravação das 403 unidades de estacas de carga, a obra seria interrompida por longo período e poderia ainda não estar concluída, além de que certamente seria realizada por valor superior". É evidente que, no caso de subcontratação, há dois BDI's em cascata, o que leva invariavelmente à conclusão de que uma contratação direta da empresa Lana Drilling mediante outro certame licitatório teria sido mais vantajosa para a Codern.

222. Nesse diapasão, a referência ao art. 65 da Lei 8.666/1993 e ao seu § 3° é inadequada, pois não se tratou simplesmente de modificação do projeto ou das especificações, nem de acréscimo quantitativo do objeto contratual ou de não terem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços. Nesse sentido, o Relator dirimiu a questão com clareza, como demonstram os trechos correspondentes do seu Voto (peça 92):

> *37. Concluo no mesmo sentido da Secex/RN, ou seja, que a Codern licitou o empreendimento a partir de um projeto básico desatualizado e que houve a execução de um objeto diferente do que fora licitado, havendo fuga ao processo licitatório. Suprimiram-se 40% do valor contratual inicial. Observou a unidade técnica que isso equivale a realizar a licitação para apenas 60% do cais.*
>
> *38. Além de exagerados, os acréscimos no projeto também não decorrem, na sua maioria, de fatos imprevisíveis à época da licitação. O volume da dragagem, que sofreu acréscimo de 2.383%, e o aditivo que inseriu a derrocagem no contrato são exemplos dessa previsibilidade. O montante de material a ser dragado é relacionado com a profundidade desejada e deve ser calculado a partir do levantamento batimétrico, e o material rochoso derrocado, segundo os responsáveis, foi identificado apenas após a celebração do contrato, pois não foram realizadas sondagens recentes que indicassem sua existência. Acolho, portanto, o posicionamento da unidade técnica (...) Ademais, a subcontratação integral da derrocagem com a empresa Lana Drilling pela Mendes Junior demonstra que a Codern deveria ter feito uma licitação distinta para a derrocagem, evitando o pagamento de um BDI de 47% pela simples intermediação.*

223. Cabe ressaltar que causa estranheza que, em cinco meses de discussões técnicas de preparação, envolvendo os 3 membros da membros da Comissão de Fiscalização e, pelo menos, cinco profissionais renomados de duas empresas especializadas, conforme mencionado expressamente pelos recorrentes, não tenha sido possível chegar a um projeto executivo adequado, com um cálculo da produtividade do serviço de derrocagem próximo ao que seria executado na condução da obra real. Não é razoável que um grupo de profissionais tão especializados não tenha podido detectar, em cinco meses de reuniões técnicas, as falhas no projeto executivo discutidos nos presentes autos.

224. Por seu turno, não se tratou de penalizar a eficiência, nem de premiar a deficiência, tampouco de atribuir a autoria das CPU aos recorrentes. O que os recorrentes efetivamente fizeram foi analisar profundamente os preços unitários apresentados e verificar a sua compatibilidade com os preços de mercado, aceitando tais preços unitários como válidos. Sendo os recorrentes profissionais experientes e especializados em obras portuárias, não há lógica na afirmação de que não tinham ideia de como aferir previamente a produtividade do serviço de derrocagem em razão do que estava previsto no cronograma físico-financeiro de execução do contrato.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

*225. No que concerne ao serviço de bota-fora/transporte, também se equivocam os recorrentes. O entendimento escorreito que o Relator **a quo** firmou em seu Voto é que não pode haver duplicidade de inclusão de tal serviço em várias CPU, não que tal serviço seja simplesmente desconsiderado nos custos. Ou seja, o Relator **a quo** jamais afirmou que não se deve pagar tal serviço, mas que o mesmo não deveria ser pago em duplicidade. Para ilustrar o pensamento do Relator **a quo**, citam-se os trechos correspondentes do seu Voto (peça 92):*

> *26. Com relação ao serviço em duplicidade previsto para itens que já compreendiam o transporte, segundo as unidades técnicas, o serviço 2.4 (bota-fora/transporte) deveria ter sido acrescido apenas aos serviços 2.1 (raspagem superficial do terreno) e 2.2 (escavação mecânica), pois os demais serviços que envolviam retiradas de material já continham em sua CPU o bota-fora do respectivo material. Assim, todo o volume transportado e medido no item 2.4 que excedeu o volume de material escavado (item 2.2) mais o material raspado do terreno (item 2.1) foram incluídos naquele item de forma irregular, e os respectivos pagamentos foram indevidos. Esse volume a mais resultou, inicialmente, em um débito de R$ 446.990,87, conforme cálculo efetuado pela Secex/RN.*
>
> *(...)*
>
> *33. Diante das informações e dados trazidos pelas unidades técnicas, manifesto-me no sentido de que, além dos serviços dos itens 1.1.1, 2.1 e 2.2, também sejam incluídos no bota-fora do item 2.4 o transporte do material dragado e derrocado nos itens 3.6.1 e 3.6.2, pois, em que pese a unidade técnica ter constatado um alto preço unitário dos serviços, isso não significa necessariamente a já inclusão do bota-fora. Isso compreende o volume transportado contido no Boletim de Medição 13, ou seja, 13.931,10 m³.*

*226. De qualquer forma, sobre o serviço de bota-fora/transporte, como já verificado anteriormente (subitem 143 da presente instrução), de acordo com a Nota Fiscal 00001142, de 08/06/2010 (p. 119, peça 94), parece ser certo que o valor de R$ 21.528,12 (vinte e um mil, quinhentos e vinte e oito reais e doze centavos) foi estornado dos valores pagos à empresa contratada. Este valor deveria ser, então, considerado como crédito na tabela que acompanha o subitem 9.2.2 do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), o qual poderia também afetar a dosimetria da multa aplicada por meio do subitem 9.3 do mesmo **decisum**, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992, pois dita multa é proporcional ao aludido débito imputado pelo subitem 9.2.2 do acórdão recorrido.*

*227. Destarte, será elevada ao Relator **ad quem** uma proposta no sentido de que avalie a pertinência da consideração do valor histórico de R$ 21.528,12 (08/06/2010) como crédito no subitem 9.2.2 do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), e também de que avalie a conduta do responsável José Jackson Queiroga de Morais, e a dosimetria da multa que lhe foi aplicada por meio do subitem 9.3 do mesmo **decisum**, com vistas a reduzi-la, caso o Relator **ad quem** assim entenda ser adequado.*

*228. No que tange à alegada ofensa ao princípio da inocência, tendo em vista as supostas flagrantes divergências nas distintas análises efetuadas pela Secex/RN, pela Secob e pelo Ministro Relator, deve-se salientar novamente que isso é uma prática normal e aceitável dentro da realidade processual desta Corte de Contas. Não é incomum que distintas pessoas que instruem um processo (Auditores, Diretores e Secretários) e que diferentes Unidades Técnicas que atuam tecnicamente para que os autos subam devidamente instruídos ao Gabinete do Relator do feito apresentem divergências de parecer. De fato, não há nenhum problema quanto a isso, porque foi plenamente respeitado o devido processo legal. Tampouco isso **per se** constitui ofensa ao princípio da inocência. Por oportuno, cabe ressaltar que o Relator **a quo**, dentro do seu livre convencimento como julgador, não se vincula obrigatoriamente nem ao parecer da unidade técnica, nem ao parecer do Ministério Público junto ao TCU, podendo inclusive decidir contrariamente a ambos os pareceres.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

*229. Por oportuno, deve-se recalcar que, em todas as etapas processuais do presente processo, foram assegurados aos recorrentes os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório (art. 5°, inciso LV, da Constituição Federal), tendo o julgamento **a quo** ocorrido após terem sido dadas aos recorrentes todas as oportunidades legais e constitucionais para que exercesse plenamente os seus direitos de defesa. Também se deve salientar que, após os pronunciamentos das unidades técnicas, foi ouvido o douto **Parquet** especializado, o qual concordou com a proposta final da unidade técnica.*

230. Após a oitiva do Ministério Público, o Relator formulou a sua proposta de mérito, baseando-se no princípio do livre convencimento motivado por meio da valoração das provas constantes dos autos, e a submeteu ao Plenário desta Corte de Contas, o qual confirmou a sua proposta de mérito. A mencionada sequência de atos processuais garantiu a prolação de uma decisão mais equilibrada e alinhada ao ordenamento legal e à verdade material dos fatos. Compulsando os autos, pode-se constatar que não houve prejulgamento do feito ou qualquer ofensa ao princípio da inocência.

231. Deve-se ressaltar novamente que a Lei 8.443/1992 não prevê a notificação dos responsáveis após cada pronunciamento das unidades técnicas deste Tribunal, como os recorrentes querem dar a entender que seria necessário. Portanto, não houve ofensa ao devido processo legal. Isso não impede, entretanto, que os responsáveis acompanhem a tramitação do processo e, eventualmente, apresentem memoriais antes do julgamento ou requeiram a sustentação oral na sessão de julgamento. Saliente-se uma vez mais que não faz parte da prática desta Corte de Contas cercear os direitos de defesa dos jurisdicionados.

*232. Por fim, a invocação do princípio **in dubio pro reo**, plasmado no citado Acórdão 106/2013-Plenário (Relator Min. José Jorge), tampouco se afigura adequada, tendo em vista que o Relator **a quo** não demonstrou dúvida alguma em sua fundamentação, tanto em sede do julgamento **a quo** (Voto Condutor, peça 92), quanto em sede de embargos declaratórios (Voto Condutor, peça 80; e Voto Revisor, peça 81).*

233. Tampouco merece ser acolhido o argumento do recorrente José Jackson Queiroga de Morais quanto à sua aposentadoria por invalidez e à desproporção entre a soma do débito solidário imposto e a multa aplicada e seus proventos de aposentadoria. O labor de um servidor público envolve grandes responsabilidades, mormente, quando em função de suas decisões, o servidor determina o destino de grandes montantes de recursos públicos. Caso o recorrente não se sentisse capaz de assumir esse tipo de risco, o mesmo não deveria ter aceitado esse mister. Assim o fazendo, assumiu os riscos relacionados ao exercício da função pública.

234. Por seu turno, novamente deve-se salientar que mesmo que o edital tenha alguns pontos passíveis de gerar confusão, isso não autoriza os responsáveis a desrespeitarem o princípio legal da vinculação ao instrumento convocatório, posto que se trata de um princípio legal expresso (artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei 8.666/1993) de fundamental importância dentro do marco legal das licitações e contratos administrativos, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas. Como já analisado anteriormente, caso tal princípio fosse desrespeitado, restaria ferido de morte o certame licitatório como um todo, pois a inobservância deste princípio essencial ensejaria nulidade do procedimento.

CONCLUSÃO

235. Por fim, ante todo o exposto, entende-se que não pode ser acolhida a maioria dos argumentos trazidos pelos recorrentes. Por oportuno, o único argumento dos recorrentes que pode ser acolhido é o que se refere à Nota Fiscal 00001142, de 08/06/2010 (p. 119, peça 94), a qual aparentemente demonstra que o valor de R$ 21.528,12 (vinte e um mil, quinhentos e vinte e oito reais e doze centavos) foi estornado dos valores pagos à empresa contratada. No entanto, com base no art. 281 do Regimento Interno do TCU, serão aproveitados os argumentos dos demais responsáveis para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.

beneficiar a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, em função de circunstâncias objetivas relacionadas aos subitens 9.2.2 e 9.3 do acórdão recorrido.

236. Portanto, o recurso de reconsideração constante da peça 85 deve ser conhecido e desprovido, e os recursos de reconsideração constantes das peças 94, 98 e 99 devem ser conhecidos e providos parcialmente, no sentido de modificar os subitens 9.2.2 e 9.3 do acórdão recorrido na forma especificada a seguir.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) conhecer dos presentes recursos de reconsideração (peças 85, 94, 98 e 99), 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:

b.1) que seja negado provimento ao recurso de reconsideração constante da peça 85;

b.2) que seja dado provimento parcial aos recursos de reconsideração constantes das peças 94, 98 e 99, beneficiando também a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A em função de circunstâncias objetivas, com fulcro no art. 281 do Regimento Interno do TCU, para:

b.2.1) que se considere o valor histórico de R$ 21.528,12 (08/06/2010) como crédito no subitem 9.2.2 do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro), reduzindo o valor final do débito a ser exigido dos responsáveis solidários José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo, Lafayete Pacheco Neto e Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A;

b.2.2) que se reduza a dosimetria da multa que foi aplicada aos responsáveis solidários José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo, Lafayete Pacheco Neto e Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A por meio do subitem 9.3 do Acórdão 1.299/2013-Plenário (Relator Min. José Múcio Monteiro);

c) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e à Codern."

8. O Secretário da unidade técnica e o Ministério Público junto ao TCU aquiesceram à referida proposta.

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60579255.