

## VOTO

Cuidam os autos de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Moraes, 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 verificadas 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

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 8/3/2001, 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., executora das obras, e dos Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, ex-Diretor-Presidente da Codern, e José Jackson Queiroga de Moraes, engenheiro responsável pela elaboração da planilha do termo aditivo, 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., executora das obras, e Hidrotopo Consultoria e Projetos Ltda., que assessorava a fiscalização, e dos Srs. José Jackson Queiroga de Moraes, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto, membros da comissão de fiscalização do contrato, 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, julgar irregulares as contas de Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Moraes, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto e condená-los, solidariamente com a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., ao pagamento dos débitos consignados nos subitens 9.2.1 e 9.2.2 da referida decisão.

6. Outrossim, o TCU resolveu aplicar aos Srs. José Jackson Queiroga de Moraes, Fernando Antônio Crisóstomo, Lafayete Pacheco Neto e à empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. multas individuais no valor de R\$ 50.000,00, em virtude da irregularidade indicada no subitem 4.2 supra.

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

8. Ainda insatisfeitos, os Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Moraes, Lafayete Pacheco Neto e Fernando Antônio Crisóstomo e a construtora Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. interpuseram recursos de reconsideração, nos quais defenderam a adequação do preço do serviço de derrocagem e a inexistência de pagamentos a maior na execução do bota-fora. Os pontos centrais das alegações trazidas pelos recorrentes serão expostos adiante, por ocasião de suas respectivas análises.

9. A Serur analisou as ponderações apresentadas e concluiu que elas eram insuficientes para elidir as irregularidades apuradas. O único argumento acolhido foi o que pugnava pelo abatimento do valor de R\$ 21.528,12 do montante do débito, em razão de ter havido o estorno do pagamento correspondente, conforme atestava a Nota Fiscal 00001142, de 08/06/2010 (p. 119, peça 94).
10. Por esse motivo, alvitrou que os recursos fossem conhecidos e, no mérito, fosse dado provimento parcial a eles, para que fosse considerado o valor histórico de R\$ 21.528,12 (08/06/2010) como crédito no subitem 9.2.2 do Acórdão 1.299/2013-Plenário.
11. O Ministério Público junto ao TCU anuiu o aludido encaminhamento.
12. Feito esse necessário resumo, passo a decidir.
13. Preliminarmente, observo que os recursos de reconsideração preenchem os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992 c/c o artigo 285 do RI/TCU, parágrafo único, motivo pelo qual eles devem ser conhecidos.
14. Com relação ao mérito, observo, inicialmente, que o débito apontado no Acórdão 1299/2013-Plenário tem duas causas jurídicas: sobrepreço e superfaturamento em razão do subdimensionamento da produtividade do item “3.6.4 - *fragmentação, carga e transporte de arenito*” (derrocagem); superfaturamento devido ao pagamento de quantitativos do item “2.4 – *bota-fora, DMT = 12 Km*” não executados.
15. Como forma de organizar os variados argumentos apresentados pelos recorrentes, dividi a análise em capítulos, nos quais constam as alegações comuns apresentadas pelos responsáveis.

## II - Questões Preliminares

16. Os Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo e José Jackson Queiroga de Moraes, respectivamente, Diretor-Presidente da Codern e engenheiro responsável pela planilha do 1º termo aditivo, alegaram que não foi dada oportunidade para que eles se manifestassem sobre a análise da Secob realizada nos autos, tendo havido comprometimento dos princípios da ampla defesa e do contraditório previstos na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV.
17. Com relação ao assunto, ressalto que o Regimento Interno do TCU não prevê o pronunciamento dos responsáveis após a instrução da unidade técnica que analisa suas alegações de defesa, como condição à apreciação do mérito do processo. Conforme o art. 160, §§ 1º e 2º, da aludida norma, são admitidos apenas a juntada de documentos novos, até o término da etapa de instrução, e a distribuição de memoriais aos ministros, ministros-substitutos e ao representante do Ministério Público, quando da inclusão do processo em pauta.
18. No presente caso, embora a Secob tenha modificado a causa jurídica do superfaturamento do item *bota-fora*, ao apontar a ocorrência de sobrepreço, verifico que a questão não foi acolhida pelo Relator **a quo**, que manteve os critérios adotados no ato que determinou a citação dos responsáveis, tendo reduzido o valor do débito em proveito dos gestores e da empresa contratada.
19. Dessa forma, não tendo ocorrido violação às normas processuais desta Casa, não cabe falar em violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

## III – Sobrepreço e superfaturamento no item “3.6.4 - *fragmentação, carga e transporte de arenito*” (derrocagem)

20. Conforme visto no relatório que antecede este voto, a Secex/RN calculou o preço de referência do item “3.6.4 - *fragmentação, carga e transporte de arenito*” (derrocagem), a partir da produtividade verificada nos boletins de medição e no demonstrativo de horas trabalhadas elaborado pela própria empresa contratada.

21. Segundo a unidade técnica, em análise posteriormente avalizada pela então denominada Secob, a produtividade estipulada pela empresa contratada para a execução do referido item (6,83 m<sup>3</sup>/h) era incompatível com o cronograma físico-financeiro previsto no 1º Termo Aditivo (4 meses) e se mostrou bastante aquém da efetivamente aferida **in loco** (13,32 m<sup>3</sup>/h).
22. Conforme os boletins de medição, foram faturados 48.043,50 m<sup>3</sup> de derrocagem, entre os meses de junho e novembro de 2002. Tomando por base a produtividade estipulada na composição de preços unitários da empresa contratada, a unidade técnica verificou que seria impossível a empresa contratada executar os quantitativos faturados nos boletins de medição, mesmo que trabalhasse vinte e quatro horas por dia, sete vezes por semana.
23. Diante desse contexto, a Secex/RN calculou a produtividade real alcançada pela empresa, mediante a divisão do quantitativo total medido (48.043,50 m<sup>3</sup>) pela quantidade de horas trabalhadas até novembro/2002 (3.607 horas), segundo o demonstrativo de horas trabalhadas elaborado pela própria empresa contratada. O valor obtido, 13,32 m<sup>3</sup>/h, foi posteriormente alterado para 11,98 m<sup>3</sup>/h, após a unidade técnica acolher o argumento da empresa de que deveria ser considerado nos cálculos as despesas realizadas com mobilização, que não haviam sido apropriadas em rubrica própria e equivaleriam ao custo da redução de 11,17% na produtividade (13,32 m<sup>3</sup>/h/ 1,1117). Com isso o preço de referência admitido na instrução de mérito passou para R\$ 137,22, bem aquém dos R\$ 213,53, cobrado pela empresa Mendes Júnior.
24. No Acórdão 1.299/2013-Plenário, o ministro relator acolheu a metodologia usada pela Secex/RN, tendo alterado o número de horas trabalhadas para 4.039, após aceitar as horas trabalhadas no mês de dezembro (432 horas). Com isso, foi considerada no cálculo do preço de referência uma produtividade real de 11,8949 m<sup>3</sup>/h (48.043,50 m<sup>3</sup>/4.039 h), a qual foi reduzida para 10,6997 m<sup>3</sup>/h, após terem sido considerados os custos de mobilização (11,17%), conforme a metodologia exposta no item anterior.
25. Ao final, o Tribunal adotou um preço de referência de R\$ 149,31, o que gerou um débito histórico no item de R\$ 3.085.353,57, conforme as tabelas 3, 4 e 5 do voto condutor da referida deliberação.

### III.1 – Sobre a metodologia de cálculo do superfaturamento

26. Em sua defesa, a sociedade empresária Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., executora das obras, asseverou que não se mostrava adequado calcular a produtividade de um serviço em razão do que está previsto no cronograma físico-financeiro de execução do contrato.
27. Segundo a empresa, tal peça constitui *“uma promessa de execução de um serviço em um determinado tempo, normalmente por solicitação do contratante”*, sendo que o prazo pactuado pode ser obtido com uma, duas ou "n" equipes, em um, dois ou três turnos, com equipamentos que produzem X, duas ou "n" vezes X.
28. Já a produtividade de uma composição de preços unitários corresponde, na visão da recorrente, *“(...) a expectativa do orçamentista da produção horária de uma equipe básica para executar uma unidade de serviço”*. Como são dois conceitos totalmente diferentes, arremata que *“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”*.
29. A recorrente ressalta, nesse contexto, 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”*.
30. Com relação à metodologia usada pelas unidades técnicas, registro, inicialmente, que a composição de custos unitários de um serviço contempla a quantidade de mão de obra, equipamentos e materiais necessários para executar uma unidade de serviço do item em análise. No caso de

equipamentos, a composição contém o que se convencionou denominar, na engenharia de orçamento, de uma equipe mecânica ou patrulha, ou seja, um conjunto de máquinas trabalhando simultaneamente ou em sequência em um ciclo, com produção determinada a partir da produção do equipamento líder da equipe.

31. Dito isso, concordo com a assertiva da empresa de que a produção indicada na composição de custo unitário não necessariamente coincide com a obtida pela divisão da quantidade executada pelo tempo total de execução, pois o trabalho pode ter sido executado com uma, duas ou "n" equipes de produção.

32. Porém, no presente caso, não há nenhuma evidência minimamente confiável que a sociedade empresária Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A fez uso de mais de uma equipe mecânica na consecução dos serviços de derrocagem.

33. Compulsando o diário de obra (peça 16, p. 29-52, e peça 17, p. 1-37), verifico que a consultoria contratada para acompanhar a obra somente registrou a utilização de dois guindastes, o "N.W.190 D" e o "sobre esteira Koering cap. 50Ton", os quais vêm a ser justamente os indicados na composição de custos unitários do item, a saber: o "E1 - GIND/ESCAVS/EST TREL. NORTH WEST 190-D" e o "E8 - GUINDASTE DE 50 TON S/ ESTEIRAS".

34. Ademais, observo que a alegação da contratada, apesar de sua relevância para a eventual elisão do débito, não foi repetida por nenhum gestor arrolado no processo, que se limitaram a tecer considerações sobre a ausência de responsabilidade pela aprovação dos preços propostos pela contratada e a criticar uma suposta falta de consistência metodológica do TCU pelas mudanças de entendimento e divergências entre as equipes técnicas no curso do processo.

35. Sendo assim, apesar da diferença entre os conceitos de produtividade estimada e produtividade a partir do cronograma, compreendo que a metodologia adotada pela Secex/RN e Secob constitui um parâmetro confiável do valor técnica e economicamente adequado do serviço de derrocagem, no presente caso concreto, haja vista a ausência de evidências de que foram usadas mais de uma equipe de serviço.

36. Os responsáveis trouxeram uma série de argumentos em que criticam a utilização da composição de custo unitário como parâmetro de referência, em especial a comparação entre a produtividade estimada e a efetiva.

37. Segundo a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., os acórdãos citados pela equipe técnica para corroborar a sua metodologia, posteriormente acatada pelo 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.

38. Para a contratada, *"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"*.

39. Nesse sentido, a recorrente defende que o preço contratado deve ser cotejado com os *"(...) encontrados em outras obras que, ainda que não sejam idênticas, pelo menos são similares à obra do Porto de Maceió"*.

40. Quanto ao assunto, verifico que a metodologia de análise dos preços do serviço de derrocagem está de acordo com a sistemática especificada no Roteiro de Auditoria de Obras Públicas deste Tribunal, aprovado pela Portaria–Segecex nº 33, de 7 de dezembro de 2012, e com a jurisprudência do TCU, preconiza que, *"na seleção de preços referenciais, a equipe de auditoria deve adotar preços paradigma de acordo com a seguinte ordem de prioridade: (i) fontes oficiais; (ii) fontes subsidiárias; (iii) fontes privadas; e (iv) fontes alternativas"*.

41. No presente caso, não havia referência nos sistemas Sicro e Sinapi (fontes oficiais) nem em outros mantidos por órgãos e entidades das esferas federal, estadual e municipal (fontes subsidiárias), de modo que restava à equipe de auditoria se valer de fontes privadas, desde que comprovadamente compatíveis com o serviço em análise, e das fontes alternativas

42. Seguem os trechos do roteiro que merecem destaque:

*“79. No caso de impossibilidade de obtenção de custos referenciais nos sistemas oficiais, ou de não ser possível ajustar os custos referenciais às peculiaridades da obra auditada, o orçamento deve se basear em pesquisa de mercado, contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos. Deve constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado, devendo ser devidamente justificadas as situações em que não for possível atingir o número mínimo de cotações (Acórdão 1.266/2011-TCU-Plenário).”* (grifos acrescidos).

*80. Em complemento, deve haver justificativas técnicas para as composições adotadas, com elementos suficientes que permitam o controle da motivação dos atos que fundamentaram os valores adotados (por exemplo, memória de cálculo dos coeficientes de utilização de insumos), bem como a identificação dos responsáveis pela elaboração e aprovação de cada orçamento.*

(...)

*158. Na análise das composições de custos do orçamento/contrato, a equipe de auditoria pode adotar os seguintes procedimentos, conforme o caso:*

(...)

*c) analisar as composições apresentadas de forma comparativa com as composições das referências oficiais e com a realidade dos serviços constatada na própria obra, aferindo a razoabilidade das primeiras e sua aderência com a execução do serviço;*

(...)

*h) verificar os coeficientes de produtividade da mão de obra utilizados na execução do serviço. Essa análise é mais complicada do que a dos coeficientes dos equipamentos. Podem ser utilizados os seguintes métodos, entre outros:*

*h.1) aferições in loco, se o serviço estiver sendo executado no momento da auditoria;*

(...)

*h.4) as medições de serviços e os diários de obra podem ser utilizados para estimar o quantitativo de serviço medido em determinado período, bem como o contingente de trabalhadores alocados no referido serviço, servindo de parâmetro para estimativa de um coeficiente de produtividade;*

*159. Aferições in loco ou apropriações de campo são técnicas que variam conforme a natureza, especificação e critério de medição dos serviços cujos preços são avaliados. No Anexo VI, apresentam-se algumas diretrizes para a execução desses procedimentos.”* (grifos acrescidos).

43. Com isso, concluo que a metodologia usada pela Secex/RN, posteriormente avalizada pela Secob, está de acordo com a prática adotada por esta Corte de Contas em fiscalizações de obras públicas, especialmente em situações concretas como a verificada no presente feito.

44. Sobre a alegação de que as deliberações invocadas pela unidade técnica não amparam a metodologia usada neste processo, de fato, os acórdãos tratam de situações não necessariamente idênticas a examinada no presente feito.

45. No Acórdão 219/2004-Plenário, o Tribunal constatou indícios de pagamento de serviços de terraplenagem não executados, a partir do confronto entre documentos de medição e a comparação da produtividade estimada e a supostamente executada em campo. Ou seja, o que estava em discussão era a possível existência de superfaturamento de quantidade, algo que não se cogita neste processo.

46. Nos Acórdãos 310/2004-2ª Câmara e 1.449/2006-Plenário, o Tribunal comparou a produtividade estipulada com as indicadas nos referenciais do Sicro, o que, da mesma forma, não coincide com a sistemática usada no presente feito.

47. A despeito disso, ressalto que a metodologia da Secex/RN, além de estar em consonância com a prática das equipes de auditoria do TCU, recomendada no Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, já foi acolhida em outros precedentes apreciados pelo Tribunal.

48. No Acórdão 769/2018-Plenário, a equipe de auditoria verificou que a draga utilizada em campo era diferente da prevista no orçamento, o que teria implicado uma produtividade real acima da estimada. Por essa razão, o TCU resolveu recomendar à Administração das Hidrovias do Sul – AHSUL, que:

*“9.1.1.acompanhe in loco e de forma concomitante a produção dos equipamentos utilizados na obra, de forma a conferir se a produção horária da equipe e os fatores de carga, de conversão e de eficiência efetivamente correspondem aos previstos no termo de referência;*

*9.1.2.verifique a existência de onerosidade excessiva no Contrato 001/2012 – CODOMAR/AHSUL por conta de eventual incompatibilidade entre a produtividade da draga, aferida nos termos do acompanhamento indicado no item anterior, e a especificada no edital, adotando as medidas necessárias junto à contratada para a repectuação do ajuste, em caso de divergência significativa;*

*9.1.3.caso comprovada cabalmente a antieconomicidade do contrato e não haja acordo entre as partes para a modificação contratual, na hipótese do item anterior, avalie a oportunidade e conveniência da revogação do ajuste;”*

49. Na ocasião, o TCU não apontou a ocorrência de débito, com a consequente citação dos responsáveis, pelo estágio inicial da obra e pela viabilidade da realização do controle corretivo, antes da instauração de tomada de contas especial.

50. Sobre a utilização dos preços do serviço de derrocagem praticados nas obras do Porto de Maceió, julgo adequado o argumento usado pela Secex/RN, ao enfrentar alegação similar trazida na fase inicial do processo:

*“3.3.6.4 Quanto aos preços trazidos como paradigma pela Mendes Júnior, não podem ser aceitos por duas razões. Primeira, como bem ressaltado pela própria contratada, a derrocagem é serviço muito específico, o que impõe o exame da razoabilidade dos preços cotados unicamente por meio da CPU. Segunda, como atesta a foto de fl. 175 (volume principal), o serviço foi executado, em regime de subempreitada, pela empresa Lana Drilling, cujos preços não foram informados, diferentemente do que aconteceu com as empresas Mariner Serviços Subaquáticos Ltda., EMSERTEC Ltda. e BELOV Engenharia Ltda.”*

51. Sendo assim, diante da falta de referência do preço do serviço de derrocagem nos sistemas oficiais e a baixa confiabilidade da comparação com outras obras julgo adequada, como critério de aferição da economicidade do item, a avaliação crítica da composição de custo unitário apresentada

pela contratada, ainda mais porque, como já destacado, o serviço foi incluído mediante aditivo, não tendo passado pelo crivo da competitividade.

52. Adiante, a construtora pondera que o orçamento estimado, em sua proposta, contempla a estipulação de uma produtividade média, “(...) *não sendo razoável, ou mesmo proporcional, exigir da Recorrente que a produção estimada seja igual à efetiva*”.

53. No mesmo sentido, o Sr. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo criticou a metodologia adotada pela Secex/RN ao afirmar que, para atendê-la, a Codern deveria autorizar a execução dos serviços de derrocagem e conforme a produtividade obtida pelos equipamentos definir o valor dos serviços.

54. Segundo ele, “*caso a produtividade obtida superasse a prevista, a empresa receberia um valor menor pelos serviços, ou seja, a eficiência seria penalizada. No entanto, caso a produtividade obtida fosse inferior, ela receberia um maior valor pelos serviços, a ineficiência seria premiada*”.

55. Com relação ao assunto, registro, inicialmente, que o que se espera da entidade contratante e da empresa contratada, por ocasião da estimativa dos preços do ajuste, é a adoção de parâmetros de engenharia, equipamentos e metodologia tecnicamente adequadas, compatíveis com a natureza dos serviços e os prazos contratuais pactuados. Se a empresa usa parâmetros incorretos na estimativa de seu preço e, por conseguinte, oferece um preço acima do que seria obtido caso fossem adotadas as premissas adequadas, ela não pode alegar posteriormente um ganho de eficiência, ao executar a obra segundo o padrão de eficiência esperado.

56. A discussão não é inédita na jurisprudência desta Corte de Contas. No voto condutor do Acórdão 2896/2016-Plenário, a Ministra Ana Arraes assim se manifestou:

*17. Não se pretende aqui coibir as inovações metodológicas ou de equipamento que podem advir na execução da obra em relação ao projeto básico. Caso se trate, de fato, de inovações que aumentem a produtividade na execução de um serviço, é lícito que o contratado se beneficie dos ganhos auferidos. É razoável, inclusive, supor que ele contará com essa vantagem competitiva quando da elaboração de sua proposta para a licitação.*

*18. Mas não se podem confundir metodologias inovadoras com falhas técnicas do projeto ou do orçamento base. Portanto, se o contratado executou o trabalho por sistema mais produtivo não por este ser uma inovação, mas porque o projeto básico previu metodologia antieconômica, trata-se de erro de projeto que deve ser corrigido para a apuração do efetivo custo referencial da obra.”* (grifos acrescidos).

57. A situação em análise guarda certa semelhança à verificada em superfaturamento por alteração de metodologia executiva, assim definido no Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU, publicado no BTCU Especial 26, de 11 de dezembro de 2012:

*“221. Ocorre quando o orçamento da obra considerou metodologia executiva claramente ineficiente, antieconômica, ultrapassada ou contrária à boa técnica da engenharia, e, posteriormente, durante a execução da obra, a contratada adota outro método construtivo, mais racional e econômico, sem que se proceda ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.”*

58. No presente caso, embora a empresa não tenha escolhido equipamentos e métodos construtivos antieconômicos, ela acabou por adotar, sem nenhuma justificativa ou respaldo técnico, uma produtividade dos equipamentos que se mostrou muito aquém da verificada em campo. Constatou-se uma grande variação entre a produtividade estimada (6,83 m<sup>3</sup>/h) e a real (10,70 m<sup>3</sup>/h), adotada na deliberação recorrida, já considerando a redução necessária para fazer frente aos custos de mobilização dos novos equipamentos, que não teriam sido previstos em item separado no 1<sup>a</sup> Termo

Aditivo. Ainda que sejam diferentes os valores comparados, aplicam-se as considerações da Secex/RN, ao refutar argumento semelhante na fase preliminar do presente feito (peça 22, p. 13):

*“4.3.2.4. Ainda que fosse aceito como legítimo o parâmetro apontado pela Mendes Júnior na elaboração da CPU (8,0 m<sup>3</sup>/h ou 6,828 m<sup>3</sup>/h - com custos de mobilização/paralisação), mister seria notar que a produtividade real, calculada pela própria empresa (parágrafo 4.2, alínea i, desta instrução), foi de 11,89 m<sup>3</sup>/h. A diferença entre uma e outra é de 48,6% (ou 74,1 % - considerando os custos de mobilização/paralisação), o que, com as devidas vênias, não pode ser considerada "apenas um pouco melhor". O montante pago a maior só em decorrência deste "erro de estimativa" é de R\$ 3,6 milhões, conforme demonstrativo abaixo.”*

59. Dada a grande variação entre a produtividade estimada e a real, na ordem de 36%, é evidente que houve um subdimensionamento acima do tecnicamente esperado. Considerando que, na época da inclusão do serviço de derrocagem, no 1ª Termo Aditivo, o empreendimento se encontrava em nível de projeto executivo, elaborado pela própria empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A, seria esperado que ela tivesse um conhecimento do serviço mais próximos da realidade.

60. Afinal, a construtora já havia realizado nova campanha de sondagem geológica e estava mobilizada na obra há pelo menos três meses, como ela mesmo reconhece em sua defesa. Sendo assim, compreendo que ela já teria condições de conhecer os riscos inerentes ao local e às condições de trabalho, além da própria natureza dos serviços e metodologia de execução.

61. Quanto à alegação de que não é razoável nem proporcional, exigir que a produção estimada seja igual à efetiva, destaco que o Quadro 1 da Orientação Técnica IBRAOP OT – IBR 004/2012, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas, aponta que a precisão de um orçamento elaborado a partir de projetos executivos é de apenas 5%, para mais ou para menos.

62. O item 3.5 do aludido documento define a precisão do orçamento ou margem de erro como o *“desvio máximo esperado entre o valor do custo de uma obra nas várias fases de projeto (estimativa de custo, orçamento preliminar, orçamento analítico) e o seu orçamento real, apurado após sua conclusão, considerando-se que o projeto orçado tenha sido efetivamente executado sem significativas alterações de escopo”*.

63. O estudo também ressalta que o conceito não está relacionado com a ideia de sobrepreço ou de superfaturamento decorrente da comparação do orçamento com os sistemas oficiais. A noção é mais abrangente, *“(...) englobando não apenas variações de preços, mas também a acurácia na estimativa dos quantitativos dos serviços”*.

64. Tomando por base essas ideias, é possível afirmar que a margem de erro do orçamento decorre da impossibilidade de se eliminar os riscos inerentes aos projetos de engenharia. Conforme consignado no estudo que serviu de base ao Acórdão 2622/2013-Plenário, tais riscos são subdivididos em dois tipos:

a) Riscos normais:

*“Os riscos normais (ou comuns) associados ao projeto de engenharia são aqueles que ainda permanecem após a conclusão de um projeto bem elaborado e suficiente para caracterizar o objeto, em atendimento aos requisitos e elementos exigidos na legislação de licitações e contratos, mas que, em função de suas próprias características intrínsecas, ainda são submetidos a um certo grau de incerteza naturalmente existente em qualquer projeto, o que pode acarretar, por exemplo, acréscimos ou decréscimos de quantitativos de serviços inicialmente planejados.”*

b) Riscos de erros:

*“Os riscos de erros de projetos de engenharia são aqueles relacionados a eventos que podem decorrer, por exemplo, de falhas de orçamentos por omissão de serviços ou quantitativos insuficientes, especificações técnicas incompletas, imprecisão do cronograma de execução da obra, não previsão de interferências construtivas (redes elétricas, dutos subterrâneos etc.), dentre outras falhas decorrentes da elaboração de projetos de engenharia deficientes.*

*Esses riscos também incluem as denominadas ‘situações ou ocorrências imprevistas’, comumente observadas em obras rodoviárias, ferroviárias ou construção de barragens, quando durante a sua execução, o contratado depara-se com falhas geológicas, lençóis freáticos ou cursos d’água subterrâneos, que poderiam ser detectados por meio de sondagens realizadas ainda na fase de elaboração do projeto de engenharia, anteriormente à celebração do respectivo contrato administrativo.”*

65. Conforme o aludido estudo, os primeiros riscos devem ser incluídos no BDI, diferentemente dos segundos, que por serem suportados pela Administração Pública e darem direito à aditivo, “(...) não devem ser considerados no cálculo da taxa de risco do BDI de obras públicas.”

66. No presente caso, verifico que a própria construtora elaborou o projeto executivo do empreendimento, de modo que ela também deve arcar com os riscos de projeto, em especial, os relacionados à especificação dos equipamentos, equipes mecânicas, dimensionamento de mão de obra e metodologias construtivas. Tais fatores afetam a produtividade dos serviços, cuja variação, portanto, pode decorrer de erros de projeto e de execução.

67. Diante desse quadro, poder-se-ia admitir, como margem de tolerância, uma variação de 5% na produtividade dos serviços de derrocagem apurada pela Secex/RN, a fim de contemplar a margem de incerteza inerente à praticada na proposta da empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. Porém, considerando que, no presente caso, foi acolhido, sem nenhuma ressalva, o BDI de 47%, o qual se revelou bastante acima da taxa referencial que veio a se consolidar a partir do Acórdão 2622/2013-Plenário – entre 22,80% e 30,95% para obras portuárias, marítimas e fluviais – compreendo que não cabe incluir uma margem de precisão sobre o preço de referência do TCU.

68. Em suma, sou da opinião que a suposta complexidade do serviço não justifica uma variação de produtividade dos serviços de derrocagem na magnitude verificada no presente caso. Embora não seja exigível, de fato, a identidade entre a produtividade real e a estimada, compreendo que a taxa de BDI aplicada nas obras em análise absorve, com folga, eventual margem de precisão sobre o valor da produtividade real dos serviços, que poderia ser incluído em situações normais de absoluto respeito à boa técnica de orçamentação.

### **III.2 - Comparação com preços de outras obras e com o extraído da Revista Construção Mercado nº 51**

69. A empresa contratada alegou que o acórdão recorrido ignorou questão insistentemente ressaltada pela Recorrente: *“os preços comparativos apresentados servem para fazer ao menos uma comparação ponderada de seus 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”*.

70. Com relação ao assunto, verifico que os parâmetros de comparação apresentados pelo recorrente foram:

- a) Obra de Construção do Guia Corrente e de Dragagem do Porto de Natal: R\$ 329,00/m<sup>3</sup>;
- b) Obra de Melhoramentos do Porto de Paranaguá: R\$ 409,77/m<sup>3</sup>;
- c) Propostas das empresas Mariner-Serviços Subaquáticos Ltda., Emsertec Ltda. e Belov Engenharia Ltda., com as quais a contratada obteve orçamentos à época do 1o Termo Aditivo: R\$ 435,00/m<sup>3</sup>, R\$ 221,15/m<sup>3</sup> e R\$ 237,41/m<sup>3</sup>; e

d) Preço praticado no processo TC 005.814/2002-9.

71. Com relação ao assunto, verifico que a deliberação recorrida não se omitiu em analisar os argumentos apresentados pela construtora, em suas alegações de defesa. Por entender adequado o exame empreendido pela unidade técnica, que foi acolhido pelo relator **a quo**, transcrevo-o novamente nesta oportunidade:

*“27.No caso das licitações da Codern e do DNIT, cujos preços contratados foram, respectivamente, R\$ 329,00/m<sup>3</sup> e R\$ 409,77/m<sup>3</sup> (em outubro/2000), verifica-se que não foram apresentadas composições analíticas ou descrições que pudessem confirmar a pertinência ou não da comparação. Além disso, os quantitativos orçados, respectivamente de 2.000m<sup>3</sup> e 5.500m<sup>3</sup>, eram muito inferiores aos do contrato em questão (48.750,00m<sup>3</sup>), não tendo sido considerada a economia de escala que se obtém para a execução de quantidades elevadas.*

*28 Quanto às propostas das empresas especializadas, a contratada, em suas análises, corrigiu todos os preços apresentados para a data-base do contrato (outubro/2000) e incluiu, integralmente, o seu BDI de 47%, no intuito de possibilitar a comparação com o preço efetivamente subcontratado (fl. 55, Anexo 3).*

*29. Porém, verifica-se que tal inclusão foi feita de maneira errônea. As pretendentes à subcontratação, em seus orçamentos, já embutem o seu próprio percentual de BDI no valor total da proposta. Portanto, não é justo que a contratada (Mendes Júnior) ainda incremente tais preços com a aplicação do seu BDI integral, já que a sua atividade, neste caso, terá menor complexidade, pois se resumirá a uma tarefa residual, de supervisão do serviço subcontratado.”*

72. Sendo assim, a unidade técnica promoveu novo cálculo dos preços das cotações, com a inclusão do BDI de 10%, que seria devido à Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. para fazer frente às despesas indiretas em caso de subcontratação:

a) Mariner:

- preço unitário por m<sup>3</sup> em março de 2002: R\$ 335,00
- preço unitário por m<sup>3</sup> em de outubro de 2000: R\$ 296,45
- incluindo o BDI de 10%: R\$ 326,09

b) Emsertec:

- preço unitário por m<sup>3</sup> em de março de 2002: R\$ 170,00
- preço unitário por m<sup>3</sup> em de outubro de 2000: R\$ 150,44
- incluindo o BDI de 10%: R\$ 165,48

c) Belov:

- preço unitário por m<sup>3</sup> em março de 2002: R\$ 182,50
- preço unitário por m<sup>3</sup> em outubro de 2000: R\$ 161,50
- incluindo o BDI de 10%: R\$ 177,65

73. A Secex/RN ainda proferiu críticas com relação à diferença entre as características dos serviços cotados pelas aludidas empresas e as da presente obra, principalmente com relação ao volume a ser derrocado. No caso do preço da Mariner, o orçamento previu derrocagem com uso de explosivos, considerando ainda um quantitativo de 12.000 m<sup>3</sup>, bastante inferior ao estimado. Já a Belov incluiu em seu preço os serviços de derrocagem e também de dragagem, com prazo estimado de 4 meses. Quanto

à proposta da Emsertec, os serviços orçados possuem certa semelhança (derrocagem a frio, uso de martelo de impacto a diesel).

74. Coincidentemente, o preço praticado na cotação da empresa Emsertec, com a adaptação promovida pela Secex/RN, R\$ 165,48, é o que mais se aproxima do apurado nesta etapa processual, R\$ 161,25. Tal fato reforça a ideia de que a metodologia adotada pelo Tribunal, com a alteração efetivada nesta ocasião, constitui um parâmetro seguro do preço de mercado do serviço de derrocagem, não assistindo, portanto, razão aos recorrentes.

75. No que se refere ao preço praticado no TC 005.814/2002-9, o valor de R\$ 105,09 para o metro cúbico está abaixo do de referência, adotado na deliberação recorrida e na presente análise. Logo, não há razão de utilizá-lo, em prejuízo da recorrente, na atual etapa processual, até porque o seu uso já foi descartado na fase inicial do processo, em prol do uso da metodologia de análise da composição de custo unitário da empresa.

76. Por fim, verifico que o argumento de que devem ser considerados os preços de outras obras é incompatível com o trazido pela construtora, quando da apresentação de suas alegações de defesa, a saber (peça 26, p. 42):

*“Na verdade não existem preços de mercado para serviços tão específicos como uma derrocagem a frio, e utilizar preços de uma obra específica como se fosse de mercado, sem examinar de forma mais detida as condições de execução, os equipamentos utilizados, as características particulares de cada serviço e as quantidades envolvidas, demonstra inadequação da metodologia adotada no Acórdão que foge da realidade dos fatos para adotar indevido arbitramento de valor que nenhuma consonância tem com a realidade dos fatos”.*

77. No que se refere ao não acolhimento do "preço de desmonte de rocha a frio", retirado da Revista Construção Mercado nº 51, da editora PINI (peça 21, p. 61), observo, na linha do parecer elaborado pela Secob, que o preço invocado informa a utilização de equipamentos diferentes dos especificados na composição da contratada - cunha hidráulica ou rompedor hidráulico, enquanto a composição da contratada prevê a utilização de fragmentador chizel de 12 ton e bate-estaca diesel MKT 40, que são destinados à derrocagem de grandes volumes de rocha. Ademais, percebo que a revista não detalha a produtividade considerada, além de referenciar seu preço apenas para o Estado de São Paulo, fatores que comprometem a sua aceitação como parâmetro do preço em exame.

78. Por entender pertinentes, reproduzo as considerações efetivadas pela referida unidade técnica, preliminarmente à decisão recorrida:

*“44.Independentemente de se considerar o uso da cunha hidráulica ou do rompedor hidráulico, as situações devem ser analisadas sob a ótica da economia de escala e da produtividade dos equipamentos empregados. O preço da Revista Construção Mercado, conforme informado em nota de rodapé do serviço, varia em função da região, volume, geologia da rocha e grau de restrição do desmonte. Obviamente, para um volume do porte daquele do Porto de Maceió (quase 50.000m<sup>3</sup>), o valor unitário previsto na revista cairia consideravelmente. Além disso, não foram informadas as produtividades dos equipamentos considerados, o que também influi diretamente no preço unitário final. No caso do rompedor hidráulico, mesmo considerando ser aplicável a grandes volumes, caberia à contratada ter demonstrado, em suas análises, se o uso de tal equipamento seria viável, considerando-se a sua produtividade, a um quantitativo de derrocagem próximo daquele utilizado para o Porto de Maceió.*

*45. Portanto, além de não se tratar do mesmo serviço, dos mesmos equipamentos e certamente das mesmas produtividades, o valor orçado na revista não considera o fator de economia de escala. Tal situação indica que a comparação com o serviço de derrocagem*

*do contrato da Mendes Júnior é inviável, mesmo considerando-se que o desmonte de rocha a céu aberto seria mais simples que o subaquático e que o seu preço seria, em tese, menor. Ao contrário, se utilizados equipamentos com menor produtividade e para menores quantitativos, o preço unitário tende a ser maior, o que torna inválido o argumento defendido pela contratada.*

79. Sendo assim, entendo que o aludido parâmetro não se mostra confiável a ponto de afastar o uso da metodologia em apreço, que se baseou no exame crítico da composição apresentada pela própria empresa, segundo a boa técnica de orçamentação, as observações de campo e as especificidades do empreendimento em causa.

### **III.3 – Fatores que ensejaram a redução da produtividade na estimativa da construtora e a melhoria da produtividade real**

80. Após refutar a metodologia adotada pelo TCU, a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. ponderou 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”*.

81. Nesse sentido, a construtora aduziu que produtividade reduzida, em sua proposta, ocorreu para *“cobrir os custos com a mobilização e desmobilização da equipe de derrocagem e outra para prever a possibilidade de interferência das operações do Porto com a execução dos serviços, conforme exigência do edital. Logo, a produtividade adotada na composição seria obviamente inferior à produtividade obtida no cronograma físico financeiro”*.

82. Com relação ao assunto, concordo que a metodologia seguida pelo TCU exige que sejam considerados todos os custos reais incorridos pela contratada, desde que tecnicamente justificados e corroborados com evidências.

83. Essa, aliás, foi a postura adotada pelas unidades técnicas, posteriormente acolhida pelo Acórdão 1299/2013-Plenário. Tanto é assim que o Tribunal considerou os custos de mobilização e desmobilização no preço de referência, ao acatar a redução na produtividade dos equipamentos, no percentual de 11,17%, como forma de contemplar os gastos pertinentes à aludida rubrica.

84. Em verdade, cabe apenas destacar que tais custos deveriam ter sido contemplados em item separado na planilha orçamentária do 1º Termo Aditivo, como reza a boa técnica de orçamentação e a jurisprudência do TCU (Acórdãos 3.034/2014-Plenário, 2.622/2013-Plenário e 2.842/2011-Plenário, dentre outros).

85. Quanto às possíveis interferências das operações do Porto, compreendo que as despesas correspondentes, por serem incertas quanto à sua ocorrência e materialidade, constituem riscos de engenharia ou construção, relacionados à execução ou produção.

86. Segundo o estudo técnico que deu suporte ao Acórdão 2622/2013-Plenário, são *“(…) associados diretamente às atividades empresariais propriamente ditas de construção civil, comuns à execução de qualquer empreendimento e suportados pelo contratado. São riscos usuais de negócio de um construtor que podem impactar a execução, o gerenciamento, a produtividade e a performance da obra, com consequências significativas sobre os seus custos globais. A título de exemplificação, Carvalho e Pini (2012, p. 28/30) classificam esses riscos em contingências de execução, canteiro e produção, conforme trechos reproduzidos a seguir”*.

87. Conforme aduzido no item anterior, tais riscos são suportados pelo contratado e podem ser neutralizados mediante a inclusão de um valor percentual na margem de contingência do BDI, correspondente ao valor esperado ou esperança estatística de sua ocorrência, ou, alternativamente, por

meio da contratação de seguros, quando corresponderá a uma despesa indireta e também comporá o BDI.

88. Sendo assim, entendo que não cabe considerar as possíveis interferências nas operações do porto como um fator redutor da produtividade, pois as eventuais despesas pertinentes fazem parte, como regra, da composição do BDI do empreendimento. Sendo assim, rejeito os argumentos trazidos pela empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.

89. Além de defender a adequação da produtividade estimada em sua proposta de termo aditivo, haja vista os fatores supramencionados, a construtora alegou que houve o incremento na produtividade real devido à utilização de um guindaste adicional para remoção das pedras derrocadas. Segundo ela, a produtividade superior somente *“foi alcançada em razão da utilização de um guindaste a mais”*.

90. Para a empresa, *“(...) 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”*. Dessa forma, considerando que o acórdão recorrido ignorou essa questão, deixando de incluir as horas trabalhadas pelo segundo guindaste, entende ser necessária a reforma do julgado.

91. Com relação ao assunto, reitero o afirmado no item 82 supra, de que a análise crítica da composição de custo unitário do serviço de derrocagem, para fins de avaliação da sua economicidade, exige que sejam considerados todos os custos reais incorridos pela contratada. Porém, é necessário que a realização dessas despesas seja não apenas tecnicamente justificada como também corroborada a partir de elementos de provas.

92. No caso do guindaste adicional, relembro que diário de obra (peça 16, p. 29-52, e peça 17 somente registrou o uso de dois guindastes, o *“N.W.190 D”* e o *“sobre esteira Koering cap. 50Ton”*, os quais vêm a ser justamente os indicados na composição de custos unitários do item, a saber: o *“EL - GIND/ESCAVS/EST TREL. NORTH WEST 190-D”* e o *“E8 - GUINDASTE DE 50 TON S/ ESTEIRAS”*. Sendo assim, julgo que não há prova de que a construtora usou um terceiro guindaste, motivo pelo qual refuto o argumento trazido pela responsável.

93. A sociedade empresária Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. aduziu que o acórdão recorrido equivocou-se ao excluir, da composição de referência, o valor relativo ao transporte do material derrocado até a área do bota-fora.

94. Sobre esse ponto, a empresa argumentou que é incontroverso nos autos que todo o material derrocado foi devidamente transportado para o bota-fora e que o custo desse transporte, que continha a carga, o transporte e o espalhamento do material no bota-fora, não estava incluído na composição do serviço.

95. Segundo a contratada:

*“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. Ou seja, como a Recorrente não colocou esse transporte na composição do seu preço, requereu o seu pagamento à Contratante, mas teve o seu pedido negado. Assim, apesar de reconhecer que o serviço foi prestado, a Contratante não o pagou”*.

96. Em arremate, a responsável aduziu que se o transporte até o bota-fora deveria ter feito 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”*.

97. Assiste razão à recorrente quanto a esse ponto. Apesar de o item em análise se denominar *“3.6.4 - fragmentação, carga e transporte de arenito”*, é assente que a composição de custo unitário

apresentada pela empresa e aceita pela Codern não contemplou o equipamento necessário ao transporte do material até o bota-fora, qual seja, o caminhão basculante.

98. Apesar disso, considerando que todos os fatores reais estão sendo considerados na composição de custos unitário de referência, tal como a produtividade dos serviços e os custos de mobilização e desmobilização, é justo que as despesas relacionadas ao transporte de 48.043,50 m<sup>3</sup> de material derrocado até o bota-fora também sejam incluídas no valor paradigma. Afinal, se a própria descrição do serviço prevê o transporte das rochas retiradas da região da área de implantação do cais, naturalmente até um bota-fora, é correto a sua inclusão no preço de referência, que servirá de comparação com o praticado pela contratada.

99. Sendo assim, deve ser adicionado ao valor paradigma da derrocagem o preço da carga, descarga e transporte do material rochoso até o bota-fora. Para tanto, devem ser usadas as informações do projeto executivo e os custos extraídos dos sistemas oficiais, tais como o Sicro e o Sinapi, como reza a sistemática de seleção dos preços de referência estabelecida no Roteiro de Auditoria de Obras do TCU.

100. Conforme os elementos acostados nos autos, a distância do bota-fora até o local dos serviços era 12 km e a data-base dos itens novos, incluídos no 1º Termo Aditivo era outubro/2010 (peça 12, p. 45).

101. Devem ser adotados os seguintes itens de referência:

a) Transporte: “3 S 09 001 06 -Transporte local c/ basc. 10m<sup>3</sup> em rodovia não pavimentada”, extraída do Sicro Nordeste, data-base: outubro/2000, adaptado para o transporte de material de 3ª categoria. Custo Unitário: Custo Operativo do equipamento: R\$ 37,73

b) Carga/descarga: “2 S 01 102 07 - Esc. carga transp. mat 3a cat DMT 1000 a 1200m”, adaptada para contemplar apenas a carga e a descarga, extraída do Sicro Nordeste, data-base: outubro/2000. Custo Horário Operativo do equipamento: R\$ 64,52

102. Para a utilização do item “3 S 09 001 06”, deve-se calcular, inicialmente, o fator de carga do caminhão ao transportar material de 3ª categoria. Tomando por base o fator de conversão da rocha é 1,75, 10 m<sup>3</sup> de volume de caçamba somente consegue transportar 5,71 m<sup>3</sup> de rocha (10/1,75). Considerando que a massa específica do arenito é 2,2 ton/ m<sup>3</sup>, um caminhão basculante transporta 12,57 ton (5,71 x 2,2). Dado que a capacidade do caminhão basculante é 15 ton, o fator de carga do transporte de material de terceira categoria é 0,84 (12,57/15). Tomando por base esse valor, calcula-se a produção horária, a partir da fórmula do item “3 S 09 001 06”, indicada no Manual do Sicro, volume 5 (p. 183): 15 ton x 0,84 x 1,00 x 0,75 x 30/2 = 141,75 ton x km. Com isso o custo unitário de execução é: 37,73 / 141,75 = 0,27 R\$ / ton x km. Para obter o custo do transporte em m<sup>3</sup>, basta multiplicar o resultado anterior pela massa específica do arenito e pela distância até o bota-fora: 0,27 x 2,2 x 12. Com isso, o custo de transporte é 7,13 R\$ / m<sup>3</sup> derrocado.

103. No caso do item “2 S 01 102 07 - Esc. carga transp. mat 3a cat DMT 1000 a 1200m”, adota-se a produção horária da carregadeira, segundo o Manual de Custos Rodoviários do Sicro 2, volume 4 (p. 190), qual seja, 103 m<sup>3</sup>/h. Com isso o custo unitário de execução é: 64,52 / 103 = 0,62 R\$/m<sup>3</sup>. Somando o aludido valor com o indicado no item anterior e acrescentando o BDI de 47%, o preço da carga, descarga e transporte do material derrocado totaliza R\$ 11,39 R\$ / m<sup>3</sup> derrocado – (7,13 + 0,62) x 1,47.

104. Sendo assim, o novo preço de referência do serviço de “3.6.4 - fragmentação, carga e transporte de arenito”, para fins de cálculo do débito passa para R\$ 160,70, correspondente à soma do preço adotado no acórdão recorrido, R\$ 149,31, com o acréscimo do transporte, carga e descarga do material derrocado até o bota-fora, R\$ 11,39, conforme os cálculos realizados nos itens anteriores. Sendo assim, acata-se parcialmente o argumento trazido pela construtora, aproveitando-o para os demais recorrentes.

**IV – Do cálculo do valor do débito relativo ao item “3.6.4 - fragmentação, carga e transporte de arenito” (derrocagem)**

105. Tomando por base as considerações tecidas no capítulo anterior, o novo valor do débito, após o acolhimento parcial dos custos de transporte do material derrocado até o bota-fôra, corresponde ao calculado segundo as tabelas a seguir:

**Tabela 1 – Valor do débito sem reajustamento**

Boletins de Medição	Mês	Faturado (m3)	Débito	Data
7	jun/2002	13.162,50	695.374,88	08/07/2002
8	jul/2002	6.087,00	321.576,21	14/08/2002
9	ago/2002	10.785,00	569.771,55	10/09/2002
10	set/2002	7.045,00	372.187,35	14/10/2002
11	out/2002	6.510,00	343.923,30	20/11/2002
12	nov/2002	4.454,00	235.304,82	06/12/2002
Observações:				
Boletins de medição: fls. 53 a 67 (volume 2) e fls. 54 a 68 (volume 4).				
Datas de pagamentos conforme documento de fls. 28 e 29 (volume 4).				
Débito = Faturado * R\$ 52,83 (R\$ 213,53 - R\$ 160,70)				

**Tabela 2 -Valores do débito referente ao reajustamento**

Boletins de Medição	Mês	Débito (A)	Reajuste (B)	Débito do Reajust. (A*B)	Data
7	jun/2002	695.374,88	13%	90.398,73	08/07/2002
8	jul/2002	321.576,21	13%	41.804,91	14/08/2002
9	ago/2002	569.771,55	13%	74.070,30	10/09/2002
10	set/2002	372.187,35	13%	48.384,36	14/10/2002
11	out/2002	343.923,30	13%	44.710,03	20/11/2002
		343.923,30	22%	75.663,13	06/12/2002
12	nov/2002	235.304,82	35%	82.356,69	06/12/2002

**Tabela 3 –Débito total relativo ao superfaturamento por derrocagem**

Data	Débito (R\$)
8/7/2002	785.773,61
14/8/2002	363.381,12

10/9/2002	643.841,85
14/10/2002	420.571,71
20/11/2002	388.633,33
06/12/2002	393.324,63

#### IV – Do superfaturamento do item “2.4 – *bota-fora*, DMT = 12 Km”

106. Com relação ao assunto, a Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A aduziu que 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.

107. Segundo ela, no critério de medição e pagamento, contudo, existiam vários serviços que não incluíam o transporte de materiais para o *bota-fora*. Por esta razão, quando foi necessário executar estes serviços para outros itens da planilha, a Codern pagou à recorrente de acordo com o item 2.4.

108. A responsável destacou 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.

109. Nesse sentido, aduziu 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*”. Afinal, ela não pode ser prejudicada por esse motivo e nem a Administração pode se valer desse argumento para não pagar, sob pena de enriquecer-se ilícitamente, com conseqüente desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

110. No mesmo sentido, os Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Moraes, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto destacam a grande dificuldade de avaliação desses serviços, por falta de clareza e/ou indefinições dos critérios de medições que integraram o projeto básico licitado. Segundo os dois primeiros responsáveis, “*(...) a 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*”.

111. Com relação ao assunto, entendo que a alegada falta de clareza do edital não se aplica aos itens 1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4 e 2.3 da planilha orçamentária, que, ao final, foram os únicos glosados pela decisão recorrida. Isso porque, na linha do exposto no parecer da Secob, o edital é claro, em seu item 1.7, que a carga, o transporte e a deposição do material nos locais estipulados pela fiscalização já deveriam estar incluídos nas composições dos serviços de demolições e retiradas. Sendo assim, não cabe o pagamento do transporte dos materiais em item separado, sob pena de pagamento em duplicidade, ou seja, de enriquecimento sem causa da empresa contratada.

112. Quanto aos itens 3.4.2.4, 3.4.2.5 e 3.5.1 da planilha orçamentária, que foram acatados pela Secob e, ao final, não foram mencionados pelo ministro relator **a quo** como passíveis de pagamento, observo que na tabela 7 do voto condutor do Acórdão 1299/2013-Plenário consta a informação de que não houve medição referente a eles. Por esse motivo, não há reparos ao cálculo do valor do superfaturamento contido na decisão atacada, ressalvada a necessidade de se considerar um valor já estornado pela Codern, conforme exporei na sequência.

113. Com relação aos demais argumentos trazidos pelos responsáveis, entendo que eles foram adequadamente enfrentados pela Serur, motivo pelo qual incorporo as ponderações efetivadas como razão de decidir.

114. Os Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Moraes alegaram que houve 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), referentes ao transporte de materiais pertinentes aos itens 1.7.4 e 2.3, reconhecidos como incorretos.

115. Segundo eles, 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.

116. Com relação ao assunto, compreendo, em consonância com a Serur, que o montante supramencionado deve ser considerado como crédito no valor do débito imputado aos responsáveis. O único reparo que faço à análise da unidade técnica diz respeito à necessidade de se abater, além do principal, a quantia paga a título de reajustamento, que não constou da proposta da unidade técnica.

117. Sendo assim, o valor a ser devolvido aos cofres da União em razão do superfaturamento decorrente de serviços não executados no item “2.4 – bota-fora, DMT = 12 Km” corresponde a:

Data do débito	Débito (R\$)	Crédito (R\$)
7/1/2002	4.005,33	
10/5/2002	3.190,49	
14/6/2002		3.063,28
8/7/2002	65.003,58	
10/9/2002	24.327,32	
8/6/2010		23.045,11

#### V – Demais argumentos

118. A empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A aduziu que o valor total do suposto superfaturamento, R\$ 3.734.816,75 (incluindo-se o reajuste), correspondia a um percentual de aproximadamente 8,02% em relação ao valor global da obra. 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.

119. Segundo ela, tomando por base a jurisprudência pacífica do Tribunal, nenhum desses percentuais é suficiente para configurar o alegado superfaturamento, constituindo mera variação do mercado. Some-se a esse aspecto, invocou a conclusão assentada no acórdão recorrido a respeito da inexistência do suscitado jogo de planilha, bem como sobre as outras alegações de superfaturamento.

120. Quanto ao tema, ressalto que, diferentemente do aduzido pela recorrente, a jurisprudência do TCU se consolidou no sentido de que não existe percentual tolerável de sobrepreço global nas contratações públicas, especialmente quando a análise da economicidade se baseia em amostra representativa e os preços paradigmas são extraídos dos sistemas oficiais de referência. Nesse diapasão, invoco os Acórdãos 844/2017-Plenário, 2.601/2016-Plenário, 1.894/2016-Plenário, 3.021/2015-Plenário, 2.132/2015-Plenário e 3.095/2014-Plenário.

121. Como argumento adicional, destaco que o item “3.6.4 - fragmentação, carga e transporte de arenito” (derrocagem) foi incluído mediante termo aditivo, não tendo passado pelo crivo da competitividade. Em situações do tipo, em que se verifica sobrepreço em itens incluídos mediante

aditivo, a jurisprudência do TCU, anterior à inclusão do método do desconto nas leis de diretrizes orçamentárias, preconizava que a avaliação do superfaturamento deveria ocorrer pelo Método de Limitação de Preço Unitário (MLPU). Nesse sentido, mencionam-se os Acórdãos 1.551/2008-Plenário e 1727/2018-Plenário. Com isso, inadequada

122. Já o superfaturamento do item “2.4 – *bota-fora, DMT = 12 Km*” teve como causa jurídica o pagamento pelo transporte de materiais que já tinham sido pagos em outros itens do contrato, ou seja, a liquidação indevida de despesas. Tal irregularidade não está sujeita à compensação com eventuais subpreços, motivo pelo qual não cabe falar em percentual de superfaturamento frente ao valor global do contrato.

123. Os responsáveis alegaram a necessidade de atendimento do princípio da inocência, ante a multiplicidade de entendimentos, no curso do processo, que atestaria a fragilidade da metodologia usada pelo Tribunal.

124. Sobre o assunto, entendo que o fato de haver discordância entre as unidades técnicas não implica, por si só, a existência de fragilidade nas análises realizadas. Além de ser algo natural e, por vezes, até comum em processos administrativos e judiciais, a existência de entendimentos diferentes tende a favorecer uma melhor decisão, na medida em que proporciona mais informações e argumentos ao juiz, fazendo-o perceber eventuais fragilidades que poderiam passar despercebidas em um contexto de unanimidade.

125. No presente caso, verifico que a decisão recorrida foi tomada em um contexto de elevado grau de maturação, após seguidas manifestações das unidades técnicas, dos responsáveis e, por fim, do Ministério Público junto ao TCU.

126. A alteração na metodologia utilizada para a verificação da economicidade do ajuste – comparação de outras obras para o exame da composição de custo unitário - decorreu do exercício do contraditório dos responsáveis e da juntada de informações e documentos, após a inspeção realizada nas obras em exame.

127. Em verdade, a existência de variadas posições, em uma linha uniforme e coerente de evolução, mostra o cuidado que a equipe técnica teve na caracterização da materialidade e na delimitação das responsabilidades, tudo isso respeitando o direito ao contraditório e à ampla defesa.

## VI – Da Responsabilidade

### VI.1 – Pelo Sobrepreço e superfaturamento no item “3.6.4 - *fragmentação, carga e transporte de arenito*” (derrocagem)

128. A empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. alegou que não é legítima a imputação de culpa a ela em virtude da suposta irregularidade na composição de custo unitário 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.

129. Nesse contexto, a sociedade empresária e os Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo e José Jackson Queiroga de Moraes invocaram a complexidade do serviço e a dificuldade de se estimar o serviço derrocagem, que envolveu a realização de diversos estudos técnicos e o auxílio de especialistas contratados.

130. Segundo a empresa, coube a ela 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.

131. Nesse passo, aduziu que “(...) *longe de ter agido com negligência, imprudência ou imperícia, a sua conduta 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”.

132. Os Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo e José Jackson Queiroga de Moraes aduziram que o preço aceito teve como base a composição de preços unitários elaborada pela empresa e que *“embora não existisse preços de mercado para serviços tão específicos, com valores correntes ou fixados por órgão oficial, 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 vigentes praticados no mercado”.*

133. Com relação ao assunto, entendo que a alegada complexidade dos serviços em análise não se pode significar, em absoluto, a impossibilidade de se dimensionar uma equipe mecânica e um ciclo de produção para a retirada do material rochoso da área do cais e a sua remoção até o bota-fora.

134. Apesar da inexistência do item nos sistemas oficiais de referência vigentes à época - até então se limitavam a serviços rodoviários, infraestrutura urbana e de obras civis -, a derrocagem de material não constitui um serviço de engenharia inusitado, que envolve inovação técnica ou tecnológica. Pelo contrário, ele constitui um serviço corriqueiro de engenharia portuária, há muito tempo incorporado à realidade nacional, embora de difícil e cuidadosa execução, por envolver o manuseio de equipamentos pesados em condições marinhas, no caso.

135. Sem a pretensão de esgotar o tema, até porque a função de julgador de contas é apreciar os fatos segundo um **standard** técnico e jurídico, um serviço de derrocagem contempla o uso de equipamentos para desmontar a rocha, retirar o material até uma estrutura flutuante e, por fim, carregar, transportar e descarregar esse material até um bota-fora. A partir da definição do que, em engenharia de custos, se chama equipamento líder, dimensionam-se as produções horárias e daí, seguindo a sistemática atual do Sicro, os tempos operativos e improdutivos e a quantidade de caminhões para o transporte até o bota-fora.

136. Sendo assim, entendo que não havia uma dificuldade extraordinária a ser vencida pela empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., ainda mais considerando a sua experiência e reputação profissional, no dimensionamento da equipe mecânica e da mão de obra necessárias para a realização da fragmentação, carga e transporte de arenito, seguindo a boa técnica de engenharia e as informações existentes na época da celebração do 1º Termo Aditivo.

137. Afinal, é preciso repisar que os serviços foram propostos pela contratada e aceitos pela Codern, a partir de informações extraídas em nova campanha de sondagem na área do cais, realizada por ocasião do desenvolvimento do projeto executivo. Dessa forma, considerando que a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. estava mobilizada há pelo menos três meses, compreendo que ela tinha amplas condições de estimar, com reduzida margem de imprecisão, os insumos necessários para a consecução do serviço, a sua produtividade e, por conseguinte, o preço justo.

138. Com isso, compreendo que a empresa agiu com, no mínimo, imperícia técnica, motivo pelo qual julgo configurada a sua culpa, pelo subdimensionamento da produtividade na derrocagem, que levou ao superfaturamento deste serviço.

139. Quanto aos servidores da Codern, verifico que o Sr. José Jackson Queiroga de Moraes não elaborou a planilha orçamentária anexa ao 1º Termo Aditivo. Conforme a ata da reunião da Comissão de Fiscalização das obras, realizada em 28/2/2002, o seu Presidente, **in casu**, o próprio responsável, *“solicitou à Mendes Júnior a apresentação do projeto completo, já solicitado na ATA anterior, acompanhado de toda documentação afins, tais como memórias de cálculo, planilha de preços, com respectivas composições de preços unitários, etc”* (peça 12, p. 50).

140. Compulsando o processo que culminou com a aprovação do 1º Termo Aditivo, que foi encaminhado pelo Sr. José Jackson Queiroga de Moraes ao Diretor-Presidente da Codern (peça 12, p. 31-34), observo que constam composições de custos unitários elaboradas em papel timbrado com o

logotipo da Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., o que confirma a informação trazida pelo responsável de que o preço do serviço de derrocagem foi elaborado pela própria empresa contratada.

141. Sendo assim, entendo que o Sr. José Jackson Queiroga de Moraes agiu com culpa ao submeter à Diretoria da Codern proposta de termo aditivo contendo item novo, no caso, o serviço de derrocagem, sem realizar um estudo analítico da composição de preços apresentada nem a sua comparação com os preços praticados em obras similares.

142. Embora o responsável tenha indicado que se baseou nos preços praticados na Construção do Guia Corrente e Dragagem do Porto de Natal nº 065/97CODERN/CONCORRENCIA e a Recuperação e Reforma do Porto de Paranaguá - Edital 042/02 – DNIT, não há nenhuma evidência nos autos de que ele procedeu à essa comparação, à época da aprovação do termo aditivo. Sendo assim, compreendo que não há motivos para excluí-lo do rol de responsáveis pelo Sobrepreço e superfaturamento no item “3.6.4 - fragmentação, carga e transporte de arenito” (derrocagem).

143. Quanto ao Sr. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, então Diretor-Presidente da Codern, verifico que ele participou da etapa final da celebração do termo aditivo, tendo assinado o instrumento, juntamente com outros diretores da entidade.

144. Nesse ponto, é preciso destacar que a responsabilidade da autoridade máxima de entidades públicas especializadas na administração de equipamentos públicos e na gestão de obras de engenharia por irregularidades graves no exercício de sua atividade finalística não é inédita nesta Corte de Contas.

145. No Acórdão 707/2014-Plenário, o TCU aplicou multa ao Diretor-Presidente do Dersa Desenvolvimento Rodoviário S/A, entidade pertencente ao Estado de São Paulo, em razão de deficiências relevantes identificadas no projeto básico de uma licitação, as quais deram causa a sobrepreços, posteriormente corrigidos pela própria administração.

146. Na oportunidade, o Tribunal considerou as condições fáticas e individuais do cargo e de seu ocupante, acolhendo a seguinte fundamentação exposta em meu voto:

*“ (...) considerando as condições pessoais dos responsáveis, ambos com formação profissional em engenharia, de modo que poderiam perceber as deficiências relatadas no projeto de referência da licitação, conforme as próprias premissas estabelecidas nas normas da Dersa; considerando os cargos ocupados pelos agentes administrativos, que lhes impunham o dever de controlar os atos praticados pelos subordinados, segundo os parâmetros legais e técnicos vigentes; e considerando a magnitude e a importância socioeconômica das obras do Rodoanel, a exigir maior zelo na prática dos atos de gestão; compreendo adequada a imputação de multa individual aos referidos responsáveis, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.”*

147. A propósito, a aludida decisão foi mantida pelo Tribunal, no Acórdão 26/2016-Plenário, que apreciou pedidos de reexame apresentados pelos gestores. Na ocasião, o Ministro Aroldo Cedraz expediu declaração de voto, acompanhando o posicionamento da relatora ad quem, pela manutenção da multa da autoridade máxima por falha cometida por agente subordinado hierarquicamente subordinado. Segue a fundamentação:

*“3. Obviamente, se sopesada a distribuição hierárquica de atribuições internas da empresa de Desenvolvimento Rodoviário S/A de São Paulo – Dersa, indicada nos autos (peça 205, p. 87-92), não se poderia exigir de seu Diretor de Engenharia, Sr. Mário Rodrigues Júnior, muito menos de seu Presidente, Sr. Dario Rais Lopes, que analisassem, à época, em detalhes todos os editais de licitações e respectivos projetos que lhes eram submetidos à aprovação pelas instâncias subordinadas.*

*4. Entretanto, no caso em exame, estava-se diante de obra de vulto e complexidade tais que a análise do que se iria aprovar exigia cuidado diferenciado por parte daqueles dois*

*recorrentes, ambos com formação acadêmica em engenharia, o que certamente lhes permitiria detectar com facilidade ainda maior a falha de projeto em comento.”*

148. Essa também foi a **ratio decidendi** do Acórdão 6712/2014-1ª Câmara, que imputou débito e multa ao ex-Diretor-Presidente da Empresa Municipal de Obras e Urbanização de Aracaju/SE (Emurb) em razão de sobrepreço apurado em contrato celebrado pela referida entidade.

149. Na ocasião, o Ministro Bruno Dantas assinalou que o caso se amoldava à jurisprudência do Tribunal “*no sentido de atribuir responsabilidade à autoridade máxima do órgão ou entidade por “irregularidades grosseiras, avaliadas sob enfoque amplo” (Acórdão 213/2002-TCU-Plenário), bem como em situações em que a complexidade do objeto exija que seja dispensada uma especial atenção do dirigente máximo (Acórdão 2.483/2010-TCU-Plenário) ”.*

150. Tal deliberação foi confirmada em julgamento recente desta Casa, que resolveu conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo responsável para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do Acórdão 15.677/2018-1ª Câmara.

151. Retomando a situação em exame, verifico que o Sr. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo permitiu a aprovação e posteriormente assinou termo aditivo contendo item novo materialmente relevante, cujo preço foi proposto pela empresa contratada, sem nenhuma análise técnica acerca de sua economicidade. Sendo assim, entendo que ele agiu com culpa na consumação da irregularidade, considerando o padrão de conduta exigido pelo cargo técnico que ocupava, sendo, portanto, adequada, a sua responsabilização pelo débito.

#### **VI.1 – Pelo superfaturamento do item “2.4 – bota-fora, DMT = 12 Km”**

152. No que se refere ao superfaturamento no item “2.4 – bota-fora, DMT = 12 Km”, a construtora Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. chamou atenção ao tratamento distinto que lhe foi dado, na análise do superfaturamento no serviço de derrocagem, quando o relator afastou a incidência de multa, sob a justificativa que *“não se pode afirmar que houve atitude intencional de obter vantagem do erário, nem erro inescusável.”*

153. Em suas palavras:

*“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. A conclusão a que se chega é apenas uma: o aresto entendeu que a Recorrente teve intenção de lesar o erário quando supostamente superfaturou o serviço de bota-fora.”*

154. Quanto ao tema, é preciso destacar que a responsabilidade da empresa pelo débito em exame não decorreu porque se demonstrou a atuação dolosa. Afinal, a jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido de que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa **stricto sensu**, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado.

155. A propósito, as razões do afastamento da multa dos responsáveis, pelo superfaturamento no serviço de derrocagem, foram objeto de embargos de declaração, os quais apreciados por meio do Acórdão 1.534/2014-Plenário.

156. Na oportunidade, teçi as seguintes considerações a respeito do fundamento da dispensa da sanção aos responsáveis:

*“14. Nesse ponto, ressalto que as multas aplicadas pelo TCU têm duplo caráter, punitivo e pedagógico, uma vez que servem como instrumento de prevenção geral ao estimular comportamentos e dissuadir condutas indesejadas.*

*15. Como ocorre usualmente nas sanções administrativas, a Lei Orgânica não estabeleceu precisamente os critérios para a imputação e para a fixação do valor de suas*

*multas. Fala-se que as sanções desta Corte de Contas possuem tipo aberto, diferentemente do Direito Penal, em que vige o princípio da tipicidade e é prevista uma lógica rígida para a fixação da dosimetria da pena.*

16. *De todo modo, é possível afirmar que a aplicação da multa do art. 57 da lei envolve, além da verificação de seu requisito objetivo – existência do débito –, a avaliação do grau de culpa do agente e a magnitude de seu resultado – menor ou maior débito –, a sugerir uma menor ou maior culpabilidade.*

(...).

21. *No presente caso concreto, compreendo que quando o Relator afirmou que não houve atitude intencional de obter vantagem do erário nem erro inescusável e, por fim, imputou o débito e afastou a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, proposta acatada pelo Tribunal, ele reconheceu que a conduta dos responsáveis possuía um grau de culpabilidade menor, suficiente para ensejar a responsabilidade pelo débito e o dever de ressarcir, mas não para acarretar também a aplicação de pena aos responsáveis.*

22. *Dito de outra forma, as circunstâncias fáticas relatadas nos autos permitiram concluir que não houve dolo nem culpa grave dos responsáveis, de modo que se mostrou adequada, na situação concreta, apenas a imputação do dever de ressarcir, sem multa.*” (grifos acrescidos).

157. Tal contexto não se aplica à irregularidade em exame. Considerando que os Srs. José Jackson Queiroga de Moraes, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto compunham a comissão de fiscalização do contrato, compreendo que eles agiram com culpa grave, ao permitirem o pagamento, em item separado, do material relativo aos subitens itens 1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4 e 2.3 da planilha orçamentária, cujo edital era claro no sentido de que seus preços unitários já contemplavam o transporte.

158. O mesmo se aplica à construtora Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., que, por estar sujeita ao estrito cumprimento do edital de licitação, não poderia posteriormente pleitear o pagamento de serviços, por supostamente ter deixado de incluir o custo correspondente no item da planilha orçamentária pertinente.

159. Com isso, reputo correta a responsabilização dos agentes públicos e da empresa contratada, pelo débito e pela multa do art. 57 da Lei 8.443/1992. A única modificação a ser feita, neste momento, diz respeito ao **quantum** da sanção. Considerando que o débito decorrente do superfaturamento do item “2.4 – *bota-fora*, DMT = 12 Km” foi reduzido em razão da inclusão do valor de R\$ 23.045,11, conforme visto no subitem 115 retro, julgo necessário reduzir o montante da multa individual para R\$ 35.000,00, mantendo a dosimetria fixada no acórdão recorrido.

160. Com relação aos demais argumentos, acolho integralmente a análise efetivada pela Serur.

## VII – Pedido de retirada do processo de pauta

161. Após a inclusão do processo em pauta, a construtora Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A encaminhou petição solicitando o adiamento do julgamento, sob o argumento de que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região deu provimento às apelações interpostas contra sentença que havia condenado os responsáveis a ressarcir o erário em virtude dos prejuízos ocorridos no 1º Termo Aditivo ao Contrato 007/2001.

162. Com relação ao assunto, ressalto que a jurisprudência do TCU é remansosa no sentido de que a ação por improbidade administrativa, de natureza civil, não vincula o juízo formado no processo de contas. Afinal, a independência entre as instâncias permite que uma mesma conduta seja valorada de forma diversa, em ações de natureza penal, civil e administrativa, de modo que apenas a sentença

absolutória no juízo penal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato tem o condão de repercutir no TCU e afastar a imposição de obrigações e sanções de natureza financeira.

163. Ainda que assim não fosse, compulsando a sentença proferida na apelação, a partir de consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Processo 0006433-17.2011.4.05.8000 -, verifico que o colendo Tribunal se baseou, prioritariamente, no juízo de convicção adotado pelo TCU no acórdão recorrido e nos documentos juntados pela empresa naquela instância, os quais supostamente não foram impugnados pela defesa da União. Segue o trecho do aresto:

*“21.Com tal fundamento, a despeito de ter sido elaborado em data anterior, é inegável que o Relatório elaborado pelo Tribunal de Contas da União, no presente caso, possui maior legitimidade como meio de prova, sobretudo por resultar em conclusões debatidas, sobre as quais a lei impõe direito de defesa e devido processo legal.22.Todas as alegações de sobrepreço foram esclarecidas e afastadas no processo administrativo do Tribunal de Contas da União (TC 005.849/2002-4), com exceção dos serviços de derrocagem. Sobre tais serviços, a empresa apelante juntou documentos aptos a demonstrar a equiparação com os praticados no mercado. Não houve impugnação a tais documentos, nem justificativas por não tê-los levado em consideração quando da decisão.23.No tocante à alegação de que o parcelamento do objeto poderia favorecer o preço, observa-se que não houve impugnação à explicação técnica de que a construção em outros moldes seria mais oneroso.24.Por tudo o que foi exposto, não restou comprovado o alegado "jogo de planilhas" supostamente praticado pelas apelantes.25.Não ha dúvidas que o objeto foi integralmente cumprido, conforme todas as especificações e o com o atendimento das finalidades perseguidas. Não restou demonstrado o efetivo prejuízo causado ao erario. O aditivo contratual respeitou os limites estabelecidos em lei.26.Pelas razões expostas, mostra-se descabida a condenação de ressarcimento ao erario, razão pela qual a sentença merece ser reformada.27.Apelações a que se da provimento”.* (grifos acrescidos).

164. Sendo assim, considerando que a empresa teve ampla oportunidade de deduzir os fatos constitutivos de seu direito e de juntar os documentos de suporte de suas alegações, no presente desenvolvido nesta Corte de Contas, após o longo transcurso do processo; considerando que todos os elementos foram apreciados, esgotada esta etapa processual; considerando que o presente feito tramita desde 2002, com intensa participação da empresa e dos responsáveis; e considerando os princípios da independência das instâncias e da razoável duração do processo, indefiro o pedido de adiamento do processo, por entender que o feito se encontra apto para julgamento.

165. Diante de todo o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de dezembro de 2018.

BENJAMIN ZYMLER  
Relator