

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 034.400/2013-3 [Apenso: TC 008.477/2008-0 e TC 007.077/2016-5].

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

Órgão: Secretaria de Portos (extinta).

Responsáveis: Ecoplan Engenharia Ltda (92.930.643/0001-52); Luiz Fernando de Pádua Fonseca (586.131.106-49); Planave S A Estudos e Projetos de Engenharia (33.953.340/0001-96).

Representação legal: Augusto Rolim da Silva Neto (OAB/DF 16.854) e outros, representando Ecoplan Engenharia Ltda; Fernando Luiz Carvalho Dantas (OAB/DF 22.588) e outros, representando Luiz Fernando de Pádua Fonseca; Eduardo Han (OAB/DF 11.714) e outros, representando Planave S A Estudos e Projetos de Engenharia e Ecoplan Engenharia Ltda.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. JULGAMENTO PELA IRREGULARIDADE DAS CONTAS EM FUNÇÃO DE SUPERFATURAMENTO EM CONTRATO DESTINADO À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SUPERVISÃO E ASSESSORIA À FISCALIZAÇÃO DAS OBRAS DE PROLONGAMENTO DOS MOLHES DA BARRA DO PORTO DE RIO GRANDE/RS. FISCOBRAS 2009. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA AFASTAR A IRREGULARIDADE. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de mérito elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos - Serur (peça 129), que contou com a concordância do corpo gerencial daquela unidade técnica (peças 130 e 131), transcrita a seguir com os ajustes de forma pertinentes:

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peças 63-67) interposto por Ecoplan Engenharia Ltda. (CNPJ 92.930.643/0001-52); e Planave S/A – Estudos e Projetos de Engenharia (CNPJ 33.953.340/0001-96) contra o Acórdão 1298/2017 – TCU – Plenário (peça 76).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, com fulcro no art. 16, inciso III, alínea “c”, e no art. 19, caput, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, para condená-lo, em solidariedade com a Ecoplan Engenharia Ltda. e com a Planave S/A – Estudos e Projetos de Engenharia, ao pagamento das quantias abaixo especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora calculados desde as datas indicadas até o efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referida importâncias aos cofres do Tesouro Nacional,

abatendo-se, na oportunidade, os valores eventualmente já recolhidos, nos termos do art. 23, III, “a”, da citada lei e do art. 214, III, “a”, do Regimento Interno do TCU (RITCU);

Quadro anexo à peça 76

9.2. aplicar, individualmente, ao Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca e às empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S/A – Estudos e Projetos de Engenharia, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendidas as notificações; e

9.5. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta:

9.5.1. à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária, à Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio Grande do Sul, ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), à Secretaria Nacional de Portos do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à Controladoria Geral da União, para ciência e eventuais providências; e

9.5.2. à Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial autuada por meio da conversão de processo de auditoria (TC 008.477/2008-0: Fiscobras 2008), nos termos do Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário, diante de superfaturamento detectado no Contrato AQ-96/2003-00 destinado à prestação dos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do porto de Rio Grande/RS.

2.1. O Contrato AQ-96/2003-00 foi celebrado, em 10/9/2003, entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e o Consórcio Ecoplan/Planave (formado pela Ecoplan Engenharia Ltda. e pela Planave S/A), com o prazo de vigência de 36 meses. A administração desse contrato foi transferida do Dnit para a Secretaria de Portos da Presidência da República (extinta), em maio de 2007.

2.2. Após desenvolvimento do processo nesta Corte de Contas, identificou-se o superfaturamento de aproximadamente R\$306 mil (peça 15) e a responsabilização dos envolvidos.

2.3. No que interessa para o deslinde do recurso, o superfaturamento foi, inicialmente, identificado em razão de os “salários efetivamente pagos aos profissionais do consórcio contratado” serem “consideravelmente inferiores aos da proposta comercial”, contudo, após o andamento dos autos a apuração do superfaturamento foi obtida conforme determinado no Acórdão 2.784/2012-TCU-Plenário (TC 008.477/2008-0, peça 4, p. 52-53), verbis:

9.2.1. com base na última medição acumulada no contrato AQ-96/2003-00, promova a comparação entre os preços contratuais e os referenciados pela "Tabela de Preços de Consultoria" do Dnit, referência 04/2001, devidamente reajustada para data-base do contrato, a índices contratuais, a exemplo dos cálculos empreendidos às fls. 282, v.1, dos correntes autos;

2.4. A forma como o superfaturamento foi determinado encontra explicitado na peça 17 (itens 11 a 28) e a responsabilização também está demonstrada na mencionada peça (itens 29 a 41).

2.5. Realizada a citação, foram os responsáveis condenados ao pagamento dos valores identificados e aplicada a multa do art. 57, da Lei 8443/92.

2.6. Neste momento, o recorrente insurge-se contra a deliberação previamente descrita.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se os exames de admissibilidade contidos nas peças 104-105, ratificado pelo Relator (despacho de peça 107).

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Registra-se, de início, que para a delimitação do objeto do recurso consolidou-se a peça 101, recurso interposto, e as razões complementares constante das peças 123 e 124. Dessa forma, os argumentos complementares serão agrupados na questão já discutida na peça recursal principal.

4.2. Constitui objeto do presente recurso definir se:

- a) há prejuízo a defesa que implique o trancamento das contas por iliquidáveis
- b) as peculiaridades do objeto do Contrato AQ-96/2003-00, obra portuária com execução submersa, são suficientes para afastar a aplicação da “Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit, referência 04/2001;
- c) há possibilidade de se responsabilizar o consórcio pelo superfaturamento;
- d) há possibilidade do TCU rever o Contrato AQ-96/2003-00.
- e) há erro em premissa de cálculo do sobrepreço do contrato e subsistência do superfaturamento;
- f) a existência de eventual sobrepreço de 10% no Contrato AQ-96/2003-00 e o longo decurso de tempo impossibilita a caracterização do superfaturamento, tratando-se de variações normal de preços de mercado.

5. Da impossibilidade de defesa

5.1. Defende-se no recurso e nas razões complementares a impossibilidade de defesa ante o longo lapso temporal entre o fato ocorrido e a citação do consórcio responsável.

5.2. Para tanto argumenta que:

- a) o art. 6º, II, da IN-TCU 71/2012 dispensa a instauração da TCE nos casos em que decorreram mais de dez anos entre a ocorrência do dano e a notificação dos responsáveis (v.g Acórdãos 1995/2013, Plenário, 1959/2014, 1ª Câmara, 7451/2011, 2ª Câmara), o que se aplica ao caso sob exame, uma vez que decorridos mais de treze anos entre a elaboração do orçamento estimativo e a devida notificação do contratado;
- b) o objetivo do normativo seria balizar a “atuação do controle externo do Tribunal de Contas da União (...) pelos princípios da racionalidade, da economia processual e, principalmente da razoabilidade administrativa, uma vez que o transcurso de um lapso temporal de 10 anos é, sem dúvida, elemento que prejudica o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa”;
- c) é “desarrazoado exigir que o particular apresente prova inequívoca de um orçamento estimativo de licitação cuja competência para elaboração seria exclusivamente da Administração Pública”, ademais afirma que “se nem a própria Administração consegue produzir tal prova inequívoca da suposta irregularidade de preços da planilha em questão, não pode imputar tal exigência ao particular”;
- d) em 16/06/2008 ocorreu a notificação do Consórcio para apresentar razões de justificativa por meio do Ofício 06-195/2008 (Peça 001 do TC 008.477/2008-0, fl. 150) que tratava sobre os termos do Ofício de Requisição 02-195/2008, que por sua vez oficiou o consórcio para se manifestar acerca de supostos valores pagos indevidamente em decorrência de folhas de pagamento dos empregados vinculados ao Contrato AQ-96/2003-00, referente ao período de abril de 2007 a março de 2008 (Peca 001 do TC 008.477/2008-0, fl. 8), enfatiza que no processo originário da presente TCE, não foi apurado se os valores contratados refletiam a justeza dos valores de mercado, mas, sim, a vinculação dos salários pagos aos funcionários do consórcio, nesse sentido, alega que “a questão de promover comparação dos preços contratados com a Tabela do DNIT só veio à tona por ocasião do julgamento no plenário (Acórdão 2784/2012), razão pela qual somente após o Acórdão, de 10/10/2012, pode-se considerar que os preços contratados passaram a ser questionados”;

e) a tese do acórdão condenatório no sentido de que o mero decurso de prazo não é suficiente para tornar as contas ilíquidas, cabendo à parte fazer prova do prejuízo à defesa não deve prosperar, uma vez que a “discussão dos preços praticados, no âmbito do TC 008.477/2008-0, tinha outra conotação, sendo que, naquele momento, não havia qualquer suspeição em relação aos preços referenciais do edital”, até a prolação do Acórdão 2784/2012 (out/2012), a discussão sobre os preços de mercado constantes do Edital 053/2002-00 (publicado em set/2002) e do respectivo orçamento referencial que balizou a proposta financeira da contratada era inédita, superior aos dez anos previstos na IN-TCU 71/2002;

f) “apenas em 24/03/2015 a Ecoplan Ltda. (líder do Consórcio) foi chamada para apresentar defesa quanto à alegada existência de sobrepreço na supervisão do Contrato AQ 96/2003-00, conforme Aviso de Recebimento (TC 034.400/2013-3, peça 21) sobre os termos do Ofício 186-2015 (TC 034.400/2013-3, peça 24)”

g) “o período provável de constatação do dano teria ocorrido na época de elaboração do Edital, uma vez que lá constava a Tabela de Preços tida como supostamente irregular pela Corte de Contas, lembrando que os preços contratados eram inferiores aos da tabela referencial do edital”, dessa forma, alega que a presente TCE “seria dispensável, em razão do transcurso do prazo superior a 10 (dez) anos contados desde a data da provável ocorrência do dano (elaboração do Edital de Concorrência 053/2002-00) e a primeira notificação dos representantes da Ecoplan Ltda.. líder do Consórcio ECOPLAN/PLANAVE (em 24/03/2015), nos termos do artigo 6º, inciso II, da Instrução Normativa nº 071/2012 do TCU”;

g) a “avaliação da compatibilidade entre os preços de mercado em 2002 (data do orçamento estimativo da licitação) e os preços praticados no certame, demanda uma avaliação de mercado que remonta há mais de uma década”, concluindo-se, portanto do contexto fático que “para se conseguir provar inequivocamente a compatibilidade, ou a incompatibilidade, do orçamento estimativo do certame com os preços de mercado, seria necessária uma pesquisa de mercado, porém, num mercado com mais de 15 anos de idade”;

h) o decurso do tempo “é um elemento que está impedindo que as ora defendentes consigam demonstrar a compatibilidade dos seus preços com os preços de mercado, já que buscar referências para esse mercado em especial, e há mais de uma década, é uma tarefa inglória, para não dizer impossível, tanto que nem a própria Administração Pública (DNIT e SEP) conseguiram promover essa prova inequívoca”, ademais, aduz que “as referências por nós trazidas foram afastadas, sendo mantidas apenas a tabela, possivelmente defasada, do DNIT para obras rodoviárias”;

i) nos termos do art. 5º, a IN-TCU 71/2012, devem existir elementos fáticos e jurídicos suficientes para a comprovação da ocorrência do dano e a perfeita identificação dos responsáveis como pressupostos para a instauração de tomada de contas especial, nos presentes autos “os documentos referentes ao processo licitatório não foram integralmente juntados na presente TCE, tornando-se inviável qualquer eventual imputação de responsabilidade por supostas irregularidades na elaboração da planilha de formação de preços”, no sentido exposto já decidiu esta Corte (Acórdão 7176/2014 - TCU - Primeira Câmara, julgou extinto o TC-014.508/2007-5), dessa forma, a manutenção do acórdão condenatório implicaria em decisões contraditória para casos semelhantes.

Análise:

5.3. A jurisprudência deste Tribunal vinha considerando algumas contas especiais ilíquidas, em face da mora desarrazoada e injustificada por parte do órgão de controle e (ou) dos órgãos repassadores no exame de documentos relativos às prestações de contas, mas que por alguma falha tardiamente apontada, eram ao final rejeitadas.

5.4. Nesses casos, entendia-se que o longo tempo decorrido entre a prestação de contas e a sua rejeição pelo órgão repassador trazia prejuízos sensíveis à defesa do responsável, prejuízos estes que não são decorrentes de sua própria conduta, mas da administração, restando violado o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

5.5. Em atenção a essa tendência, ainda na vigência da IN/TCU 56/2007 foi incluído o § 4º do artigo 5º, verbis:

"§ 4º Salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, nos termos do art. 1º, § 1º."

5.6. Na mesma linha de entendimento as instruções normativas que a sucederam (IN/TCU 71/2012 e IN/TCU 76/2016), dispuseram:

Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

(...)

II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

5.7. Há que se ressaltar que a regra do art. 6º, II, das IN/TCU 71/2012 e 76/2016 não é absoluta. Os comandos normativos dispensam a instauração de TCE, mas ressalvam a possibilidade de determinação em contrário do Tribunal, de modo que a análise da conveniência e da oportunidade, bem como da razoabilidade de se prosseguir na instrução, deve ser feita caso a caso (v.g Acórdãos 67/2014, Plenário; 3855/2011 – 2ª Câmara).

5.8. O longo transcurso de tempo entre a ocorrência da irregularidade e a instauração da tomada de contas especial não implica, automaticamente, sua nulidade. Uma vez instaurada, o largo interregno temporal apenas enseja o julgamento pela iliquidez das contas caso reste comprovado que, por este motivo, tenham sido prejudicados o contraditório e a ampla defesa do responsável (v.g Acórdãos 139/2017, 729/2014, todos do Plenário, 4373/2016, 9570/2015, 2ª Câmara; Acórdão 6974/2014, da 1ª Câmara).

5.9. Ademais, para esta Corte, só há contas iliquidáveis diante de fatos alheios à vontade do gestor. Se ele não cumpre a obrigação de prestar contas na época apropriada ou, quando o faz, não apresenta toda a documentação necessária, não pode alegar demora na instauração da tomada de contas especial para se eximir dos compromissos que assumiu (v.g Acórdão 842/2017, 293/2017, todos do Plenário, Acórdão 6667/2016 – 1ª Câmara).

5.10. Há, ainda, que se mencionar que precedentes desta Corte afirmam que eventual impedimento à plenitude do exercício de defesa, ou mesmo dificuldade na sua realização, deve ser provado, cabendo à parte o ônus dessa evidenciação (v.g Acórdão 729/2014, Plenário; Acórdãos 10452/2016, da 2ª Câmara).

5.11. Também é certo, nos termos da jurisprudência desta Corte, que:

a) se demonstrado que o responsável, por motivos alheios à sua vontade, ficou impossibilitado de obter os documentos necessários à apresentação de defesa, suas contas podem ser consideradas iliquidáveis pelo TCU (v.g Acórdão 921/2009, Plenário, Acórdãos 3308/2016, 1560/2014, todos da 2ª Câmara), ou no caso, de terceiro contratado ter sua apenação afastada;

b) a demora excessiva na instauração de TCE inviabiliza a defesa do responsável e determina o trancamento das suas contas (v.g Acórdão 2296/2013 – 2ª Câmara)

c) falhas processuais atribuíveis ao Estado reduzem a capacidade de defesa do administrado, em evidente ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tornam iliquidáveis as contas, nos casos específicos em que tais elementos fiquem demonstrados (v.g Acórdão 7948/2014 – 2ª Câmara).

5.12. Dessa forma, dos precedentes citados e da IN/TCU 76/2016, entende-se que três requisitos são indispensáveis:

- i) lapso temporal superior a dez anos;
- ii) prova ou demonstração pela parte do efetivo prejuízo à defesa;

iii) os motivos para o decurso do prazo devem ser alheios à sua vontade, em outras palavras, não se pode alegar decurso de prazo ante uma obrigação descumprida, a exemplo da regular apresentação da prestação de contas.

5.13. Há requisito objetivo que deve ser superado para se avaliar o prejuízo à defesa, qual seja o lapso temporal superior a dez anos.

5.14. In casu, verifica-se que esta Corte de Contas começou a discutir o sobrepreço do Contrato AQ-96/2003-00 com o consórcio em 16/06/2008 quando ocorreu a sua notificação (peça 1, p. 150 do TC 008.477/2008-0). Ainda que o recorrente alegue que nesta ocasião o que se discutia se referia à comparação entre os valores do contrato e os valores pagos aos empregados do consórcio, não há como negar que, de fato, se discutia se o valor pelo qual o objeto do contrato foi celebrado não era desproporcional e excessivamente oneroso a uma das partes.

5.15. Nesse sentido, entende-se que desde a notificação, realizada em 16/6/2008, o consórcio já tinha ciência da discussão de fundo. Dessa forma, como o Contrato AQ-96/2003-00 foi celebrado em 10/9/2003 (termo a quo para contagem do prazo) e o consórcio foi notificado em 16/06/2008 sobre suposto superfaturamento no pacto vigente não restou cumprido o requisito objetivo para a incidência da regra insculpada no art. 6º, II, das IN/TCU 71/2012 e 76/2016.

5.16. Ainda que se considere a data do orçamento estimativo contido no Edital 053/2002-00 (publicado em set/2002), proposto pelo recorrente não teria decorrido mais de dez anos previstos na IN/TCU 71/2012 e 76/2016, não havendo que se falar em trancamento das contas por iliquidáveis.

5.17. Uma vez não superado o requisito objetivo não há prejuízo à defesa, e dispensáveis maiores delongas acerca do lapso temporal decorrido associado à plenitude de defesa.

5.18. Quanto ao alegado e sintetizado na alínea “j” acima, entende-se que os argumentos não devem prosperar, nota-se, conforme já discutido, que a questão central consiste na discussão da existência ou não de sobrepreço no contrato em questão. Assim, se os elementos do processo administrativo, ainda que incompletos, permitem a perfeita quantificação do dano e a correta caracterização da irregularidade, não há que se falar em prejuízo à defesa ou aplicação do art. 5º, da IN-TCU 71/2012.

5.19. Também, a nosso sentir, não haveria decisões contraditórias, pois se tratam de situações diversas, no precedente trazido pelo recorrente havia ausência de elementos que prejudicaram a correta identificação dos responsáveis, o que não é o presente caso. Aqui, de forma incontestada, se identificou o recorrente como beneficiário do superfaturamento, logo, não há contradição e(ou) conflito jurisprudencial conforme alegado.

6. Das peculiaridades do objeto do Contrato AQ-96/2003-00 e da inadequação da referência de preços utilizada para cálculo do sobrepreço.

6.1. Defende-se no recurso e nas razões complementares (peça 123) que há peculiaridades no Contrato AQ-96/2003-00, obra portuária com execução submersa, que requerem o afastamento da aplicação da “Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit, referência 04/2001 desenvolvida, especificamente, para obras rodoviárias.

6.2. Argumenta:

a) que não se teria avaliado “que os serviços deste contrato seriam desenvolvidos em ambiente adverso, no prolongamento dos molhes do Porto de Rio Grande” inclusive com obras que envolviam supervisão e execução submersa, o “próprio conceito de molhe impede que se ignore a excepcionalidade do serviço”, por conta disso “na licitação para os serviços de supervisão foi requerida a experiência em obras de infraestrutura aquaviária com execução de obras de enrocamento”;

b) que excertos do edital reproduzidos no recurso, mostrariam “a inquestionável particularidade dos serviços contratados e, por conseguinte, explicam a impossibilidade de tomar como parâmetro financeiro para a contratação uma planilha padrão cujas cotações escapam ao mercado específico”;

c) que “a Tabela de Consultoria do DNIT, para obras rodoviárias, não se constitui como parâmetro mais adequado para a avaliação dos preços firmados para um contrato de supervisão de obra portuária, ademais, “a obrigatoriedade de tomar como referência a Tabela de Preços de Consultoria do DNIT é posterior à elaboração do Edital de resultou no contrato em apreço”;

d) que “a própria SEP/PR (Concorrência Pública SEP/PR 03/2010), conforme planilha constante no Anexo 2 (anexo F da oitiva), considerando a especificidade da natureza portuária das obras supervisionadas, utilizou os preços do Contrato AQ 96/2003 como referência em edital posterior da própria SEP/PR (Concorrência Pública SEP/PR nº 03/2010)”;

e) que a singularidade do objeto é de tal monta que foi necessário a formação de consórcio entre Ecoplan (obras rodoviárias fundadas em 1969) e a Planave (empresa especializada na área portuária), assim não é difícil perceber que “o objeto do contrato em apreço são suficientes para afastar a aplicação única, exclusiva e obrigatória da Tabela SICRO do DNIT como forma de avaliação de eventual sobrepreço no contrato em questão, uma vez que existem diversas especificidades que diferenciam os serviços de uma obra rodoviária (e similares) da obra em apreço, especialmente porque o contrato de supervisão das obras reflete a complexidade da obra supervisionada”;

f) exemplificando as peculiaridades, que a atividade de “determinar o quantitativo de enrocamento assentado abaixo do nível d’água, tarefa que envolveu complexa metodologia de aferição por parte da supervisora”, assim, alega que “controlar uma obra com execução a céu aberto, ou mesmo confinado (túnel) é corriqueiro, mas, comparativamente a um ambiente submerso, a complexidade e a adversidade envolvida no trabalho é inquestionável”

g) que o Relatório de Inspeção Inicial” elaborado por supervisora do consórcio (peça 101, p. 39-92) contempla de forma mais abrangente e descreve de forma detalhada as atividades a serem desenvolvidas, o que diferencia a supervisão neste tipo de obras das obras rodoviárias, nas ponderações destaca “por representativa da especificidade envolvida nos serviços, a atividade de supervisionar o ‘lançamento marítimo de pedras com batelão’, que requeria inspeção submarina” e a colocação dos tetrápodes com guindastes que requer inclusive auxílio de equipe de mergulho;

h) que o “referencial almejado para se avaliar a regularidade de um orçamento estimativo são os preços efetivamente praticados no mercado” e que “nessa busca, diversos referenciais podem ser utilizados, tais como: pesquisas de mercado, preços praticados em outros certames, tabelas de preços, sistemas de registros de preços, publicações especializadas e ‘outras fontes disponíveis’”, neste sentido cita julgados desta Corte (Acórdãos 591/2015, 694/2014, 2380/2013, do Plenário), a doutrina de Marçal Justen Filho e o entendimento contido na Orientação Técnica IBR 005/2012 do IBRAOP - Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas;

i) que “as referências que foram apresentadas pelo Consórcio foram indevidamente afastadas, bem como a única referência que está sendo utilizada é a tabela referencial do DNIT para obras rodoviárias (...) paradigma que não era obrigatório ser usado e que já foi reconhecido expressamente pela SEP que na formulação do orçamento estimativo” não o utilizou, ademais, lembra que o presente caso se trata de um empreendimento portuário e marítimo e não obras rodoviárias;

j) que “o DNIT, em 2012, depois de muitos questionamentos por parte do mercado, finalmente reconheceu que sua tabela de preços de consultoria estava defasada há anos e promoveu a sua majoração, ou seja, existe indícios de que a referida tabela não traria preços compatíveis com os preços efetivamente praticados no mercado, nem para o próprio setor rodoviário, o que dirá para um setor diverso e mais complexo do que o rodoviário, como é o caso do presente contrato sob análise”;

i) que a Tabela do Dnit utilizada como paradigma é apenas uma das referências a serem utilizadas e não a única apta a ensinar a realidade dos preços de mercado à época;

6.3. O conjunto de argumentos do recurso foi acrescido nas razões complementares. Em síntese nestas razões, após historiar a elaboração do Sicro e a celebração do contrato sob exame, argumenta que a supervisão de obras aquaviárias difere das de obras rodoviárias.

6.4. Apresentam as seguintes alegações:

- i) no ano 2003, “o então DNIT publicou o ‘Manual de Custos Rodoviários’ do Sicro 2 e, somente em 2017, foi implantado o Novo Sicro que passou a incorporar outros modais. além do rodoviário, passando a se chamar ‘Manual de Custos de Infraestrutura de Transportes’”, assim, o novo paradigma de referência para obras públicas no setor de transportes destaca a distinção entre contratos relativos a obras aquaviárias e obras rodoviárias e, “por decorrência lógica, os serviços de supervisão das mesmas”;
- ii) o próprio DNIT com a elaboração desse novo paradigma e a “Inclusão de Composições de Custos dos Modais Ferroviário e Aquaviário” reconhece a diferença nos serviços relacionados a tais obras distinguindo-as das obras rodoviárias;
- iii) na época da celebração do contrato não havia composição de custos para obras aquaviárias, “logo, se o DNIT não dispunha de referencial de preços para “obras aquaviárias”, por certo, sua tabela de preço de supervisão/consultoria também não considerava esse setor específico”; não se podendo utilizar a tabela referência para obras rodoviárias;
- iv) “o DNIT não tinha, na época da licitação dos serviços de supervisão das obras de prolongamento dos molhes, base de dados para o setor de mercado que se pretendia orçar, o que explica e justifica a não adoção dos preços de consultoria padronizados para o mercado rodoviário”;
- v) “o manual de Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas do Tribunal de Contas da União atesta a possibilidade de modificação dos orçamentos de preço de acordo com as especificidades da obra orçada, não sendo o SICRO um parâmetro e limite absoluto”, ademais, não se pode esquecer que “a presente TCE foi instaurada em função de suposto sobrepreço identificado a partir dos valores licitados e contratados, em comparação ao que o TCU tomou como parâmetro de mercado”.

6.5. Na peça 124, o recorrente retoma a discussão da inadequação da Tabela usada como referência e aduz o que segue:

- a) não se deve utilizar a Tabela de Preços de Consultoria do antigo DNER (atual Dnit) porque a própria autarquia licitante (Dnit criado em 2002), no edital de licitação, não adotou a tabela padrão de preços de consultoria do órgão que o antecedeu (DNER), pois à época, a tabela não contemplava “o mercado específico que se estava precificando”;
- b) o próprio Dnit reconheceu, à época do edital, “haver outro paradigma de preços para os serviços em questão distinto da Tabela Padrão então vigente, aplicável a serviços de consultoria do setor rodoviário (DNER)”, tanto é assim que nos “Editais nº 54/2002 e 85/2002 (supervisão Porto de Laguna e supervisão Porto de Paranaguá - ANEXO 02)” a referência do DNER também não foi utilizada, o que demonstra que a autarquia não reconhecia a tabela, usada pelo TCU, para definir preços de supervisão de serviços para o setor portuário;
- c) “a planilha utilizada como referência de mercado pelo TCU, além de não ser referencial, não tinha obrigatoriedade de sua utilização, pois somente com a LDO 2010 os preços DNIT (SICRO) passaram a ser referência oficial obrigatória”;
- d) “apenas em 2008 o DNIT reconheceu a necessidade de se agregarem novos modais ao Sistema de Custos Referenciais - SICRO, lançando para consulta pública o SICRO 3 (...), onde pela primeira vez se propunha a adição dos modais ferroviários e aquaviários” nesse sentido “o sistema de custos até então utilizado não abrangia o modal aquaviário, de maneira que seria necessária a edição de um novo SICRO para garantir o caráter multimodal do DNIT”, de toda forma, “a efetiva implementação dessa nova tabela de preços de consultoria só foi se efetivar no ano de 2012, mediante a Instrução de Serviço DG n 203, de 04 de março de 2012”;
- e) no momento em que “foi efetuada a atualização da tabela de preços de consultoria, já era sabido a necessidade de correção da defasagem salarial existente bem como a consideração dos novos modais na pesquisa para composição dos novos valores”, o que conduz a conclusão de que “a tabela atual de preços de consultoria do DNIT, instituída em 2012, é a mais adequada para a

verificação de eventual sobrepreço, pois, diferentemente da tabela correspondente à Instrução de Serviço DG/DNER nº 06/2001 (usada pelo TCU), a nova tabela reconhece e incorpora, efetivamente, os custos referentes a obras do modal aquaviário”.

f) “embora a tabela de referência do ano de 2001 seja temporalmente mais próxima da época da contratação, a sua utilização não é a mais adequada, posto que possui equívocos conceituais intransponíveis” sendo a “tabela de referência do DNIT do ano de 2012” a mais adequada para o cálculo do eventual sobrepreço no caso concreto”, a seguir apresenta um conjunto de cálculos e considerações com o intuito de demonstrar que ao se usar a referência mais adequada não haveria o sobrepreço identificado por esta Corte;

g) o Contrato AQ-96/2003-00 foi transferido à Secretaria dos Portos - SEP, após sua criação, “o que denota que o setor portuário ficou temporariamente sediado no DNIT, fato que corrobora o entendimento de que a licitação foi promovida pelo DNIT circunstancialmente, por uma situação institucional transitória do setor portuário”, logo, “esse elemento deve ser igualmente considerado como fator que demonstra a flagrante inadequabilidade da Tabela de Consultoria do DNER/2001 como parâmetro para verificação do alegado sobrepreço, posto que esta tabela certamente não contemplava a especificidade do mercado aquaviário”;

Análise:

6.6. Preliminarmente, vale rememorar, conforme já feito no histórico desta instrução, que o superfaturamento identificado no acórdão recorrido foi obtido conforme determinado no Acórdão 2.784/2012-TCU-Plenário (TC 008.477/2008-0, peça 4, p. 52-53), verbis:

9.2.1. com base na última medição acumulada no contrato AQ-96/2003-00, promova a comparação entre os preços contratuais e os referenciados pela "Tabela de Preços de Consultoria" do Dnit, referência 04/2001, devidamente reajustada para data-base do contrato, a índices contratuais, a exemplo dos cálculos empreendidos às fls. 282, v.1, dos correntes autos;

6.7. Assim, a discussão trazida por intermédio das razões recursais com seu respectivo complemento se restringe a definir se a “Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit, referência 04/2001 poderia ser aplicada e servir de paradigma, valor de referência, para cálculo dos valores para os serviços de supervisão de obras aquaviárias.

6.8. Previamente à discussão de fundo, qual seja o uso da tabela Dnit como referência, deve-se registrar que, nas auditorias de obras públicas realizadas por esta Corte de Contas, as peculiaridades das obras portuárias têm sido abordadas e devidamente consideradas, conforme nos Acórdãos 1296/2018 e 769/2018, ambos do Plenário.

6.9. A nosso sentir, restou demonstrado a substancial diferença de obras aquaviárias para obras rodoviárias, pode-se citar, tão somente a título exemplificativo, variáveis das obras aquaviárias como; marés, chuvas, velocidade do vento, execução em ambiente submerso que inexistem nas obras rodoviárias.

6.10. Reforça ainda o entendimento, conforme exposto no recurso, a elaboração do novo paradigma elaborado em 2017 que incluiu outros modais e trouxe composições específicas para as obras aquaviárias.

6.11. Embora se acate como incontroverso a diferenciação entre a natureza das obras, há que se avaliar se é decorrência lógica a variação dos preços de supervisão de tais contratos. Nesse sentido, não se pode desprezar que esta Corte, em apurações que compõem os processos que deram origem aos presentes autos, identificou que os valores pagos aos empregados do consórcio foram inferiores aos valores contratados, o que indica que, de fato, poderia estar ocorrendo o superfaturamento no presente contrato.

6.12. De toda forma, o que se deve definir é se a “Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit, referência 04/2001 estaria apta a servir de referência para cálculo de superfaturamento.

6.13. Nesse sentido, ressalta-se que tal discussão já foi amplamente tratada por esta Corte de Contas no relatório do TC 008.477/2008-0 (peça 78, itens 43 a 61) e utilizada como razões de decidir, as quais se permite reproduzir por serem elucidativas, verbis:

43. Em linhas gerais, a empresa alega que os preços praticados pelo consórcio no Contrato AQ-096/2003-00 são equivalentes aos de mercado e que os serviços não correspondem aos de obras rodoviárias, não sendo possível, portanto, utilizar como referência a Tabela Padrão de Consultoria do Dnit. A empresa também argumenta que esta Corte já reconheceu o caráter singular da obra no Acórdão 1.568/2008-TCU-Plenário, em que foram acatados os esclarecimentos prestados quanto à adequabilidade dos preços de determinados itens de serviço, ao se reconhecer que não poderiam ser equiparados ao Sicro.

44. A empresa reapresenta uma planilha que foi encaminhada por ocasião do pedido de reexame e que demonstraria a compatibilidade de seus preços com os de mercado. Além disso, apresenta uma nova planilha com os preços do Dnit de abril/2013 deflacionados para a data base do contrato (abril/2002) com o intuito de demonstrar a inexistência de sobrepreço.

45. O fato de a obra possuir diferentes especificidades executivas não impede que os serviços de supervisão e fiscalização possam ser comparados a serviços semelhantes que constem na tabela de preços de consultoria do Dnit.

46. O Anexo I - Especificações Técnicas do edital (peça 12, p. 19) descreve os serviços de assessoramento que a empresa foi contratada para realizar. Compõem os serviços: a) o acompanhamento dos levantamentos iniciais realizados pela empresa executora da obra, por meio de análise de relatórios e avaliação de dados oceanográficos; e b) o acompanhamento dos serviços de recuperação e prolongamento dos molhes, com inspeções, inclusive subaquáticas, análise de ensaios, assessoramento à fiscalização e ainda acompanhamento do fornecimento, transporte, lançamento e descarga dos materiais.

47. Desse modo, com exceção das inspeções, que requerem técnicos com habilidades práticas específicas, os serviços de acompanhamento de obras e assessoramento de fiscalização são predominantemente de natureza intelectual, uma vez que dependem do conhecimento e da experiência do profissional que o realiza.

48. A tabela de preços de consultoria do Dnit apresenta os custos de diversos profissionais, conforme experiência, além de preços de veículos, equipamentos, imóveis e mobiliário normalmente utilizados nos serviços de consultoria e de fiscalização que essa autarquia contrata. Não se pode olvidar que muitos itens dessa tabela possuem uso específico em obras rodoviárias, sobretudo equipamentos, mas de forma alguma isso significa que os custos dos profissionais com níveis de experiência similares não sejam aplicáveis a obras portuárias ou hidroviárias.

49. A Associação Brasileira de Consultores de Engenharia (ABCE) também apresenta preços de serviços de consultoria. Nas tabelas sugeridas por essa entidade, os preços são definidos de acordo com o nível de escolaridade (auxiliar, técnico, ou superior) e conforme a experiência profissional (júnior, pleno, sênior e máster). Entretanto, não há distinção entre os tipos de obras para a definição do valor, ou seja, não importa se são obras rodoviárias, de energia, ou de infraestrutura portuária. Isso porque não há variação significativa conforme o tipo de obra, mas de acordo com a experiência do profissional que a realiza. Além disso, não há nas tabelas da ABCE distinção quanto o local ou região de realização dos serviços.

50. Por óbvio, como se trata de mercado de trabalho distinto, embora semelhante, podem ocorrer variações nos custos entre as especializações. Uma maneira de averiguar essas variações seria por meio da apresentação dos salários efetivamente pagos. Caso fossem maiores que os da tabela de preços do Dnit seria uma evidência de que há diferenças significativas entre os mercados de trabalho de obras rodoviárias e de infraestrutura aquaviária. No entanto, os salários apresentados pela empresa (peça 1, p. 12-91) mostram-se mais baixos que os das tabelas, fato que resultou no achado de auditoria em análise.

51. Desse modo, como os preços dos serviços de consultoria baseiam-se principalmente na experiência profissional e menos na especialidade, ou região dos serviços, não merece prosperar o argumento de que a tabela de preços de consultoria do Dnit é inaplicável ao caso em tela. Embora os serviços sejam distintos de uma obra rodoviária, como a execução submersa de enrocamento natural de rocha granítica e enrocamento artificial, tipo tetrápode, a empresa não demonstrou que os valores dos salários dos profissionais que realizaram a supervisão e a

fiscalização desses serviços são superiores aos da referência adotada (Dnit). Mesmo que a obra exija tecnologias especializadas, como o desmonte controlado da rocha natural, a fim de obter as dimensões necessárias dos blocos integrantes do maciço, não significa que os profissionais que realizam a supervisão e o acompanhamento dessa obra tenham remunerações maiores que as verificadas em outros setores de engenharia.

52. Como bem afirmou a empresa, o Tribunal já reconheceu preços peculiares para execução de serviços em obras complexas, em casos específicos. Porém, não se pode afirmar que os serviços de supervisão e fiscalização da obra de molhes marítimos possuam complexidade muito maior que os de supervisão de uma obra rodoviária. Inegável que os serviços possuam características singulares, como a necessidade de equipamentos distintos, e de técnicos com formações e experiência distintas, mas não há, no serviço analisado, dificuldade que justifique preços superiores aos dos demais serviços de supervisão. Mesmo que o serviço não seja corriqueiro como o de uma obra rodoviária, não se trata de serviço inédito, sem precedentes na engenharia nacional. Assim, não merece guarida o argumento de que a utilização da tabela do Dnit foi inadequada e de que a peculiaridade da obra e do serviço de supervisão/fiscalização sirvam de fundamento para afastar o sobrepreço.

53. O fato de o edital exigir da licitante ciência de todos os custos que poderiam ser incorridos, como o de horas extras, localização ou das condições adversas de trabalho, também não pode servir de justificativa para a elevação significativa dos preços. A dificuldade de previsão de seus custos, conforme alegado pela empresa, também não pode ser considerada como suficiente para a cobrança de preços superiores aos de tabelas de referência oficiais. Vale lembrar, trata-se de serviço predominantemente intelectual, que pode ser precificado por meio da avaliação do período de experiência e da escolaridade dos profissionais exigidos.

54. Também não merece prosperar o argumento da empresa de que não havia e não há mão de obra qualificada disponível, sendo necessária a contratação de especialistas internacionais. Cabe registrar que o Comunicado 160 - Um retrato de duas décadas do mercado de trabalho brasileiro utilizando a Pnad - estudo recente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/131007_comunicadoipea160.pdf) conclui que 'a oferta de mão de obra qualificada tem aumentado de forma substancial e continua nos últimos 15 anos, o que é coerente com a redução observada nos retornos da escolaridade no mercado de trabalho'.

55. Do mesmo modo, carece de fundamentação econômica a afirmativa de que as condições climáticas da região prejudicam a contratação de profissionais. Há no Brasil regiões inóspitas e, assim mesmo, há oferta de trabalho, ainda mais quando se trata de trabalho temporário.

56. Note-se que a carência de profissional qualificado resultaria, em princípio, elevação dos custos, conforme teoria econômica da oferta e demanda. Entretanto, a empresa não demonstrou que seus custos foram maiores do que aqueles estimados por intermédio da tabela oficial de preços.

57. As alegações da empresa fazem parecer que a atividade de supervisão da obra foi pautada por dificuldade ímpar, sem exemplo nas obras de infraestrutura nacional. Conforme definição de Alfredini e Arasaki (Obras e Gestão de Portos e Costas, Ed. Blucher, 2ª ed., p. 350), a obra de execução dos molhes tem por finalidade a criação de uma área protegida contra as ondas de gravidade. Como exemplo, os autores citam diversas obras tanto estuarinas, ou seja, encravadas na costa, quanto salientes à costa. Nesse último caso, os autores nominam: Porto do Forno/RJ, Porto de Imbituba/SC, Arraial do Cabo/RJ, Terminal de Ponta Ubu/ES, Complexo Portuário de Tubarão (ES), Porto da Barra do Riacho/ES, Porto do Malhado/BA, Porto de Salvador/BA, Porto de Suape/PE, e Porto de Mucuri/CE (idem, p. 318-322).

58. Não há como negar que as intempéries e as condições das marés elevaram o desafio de execução da obra e até mesmo dos serviços de supervisão e fiscalização, porém isso não é justificativa suficiente para contratação de profissionais com valores acima dos verificados em obras correlatas. As condições extremas dos ventos, das marés, das ondas e das correntes são inerentes em obras desse porte, e devem ser utilizadas, inclusive, como parâmetro no dimensionamento dessas estruturas, conforme NBR 9.782/87 – Ações em Estruturas Portuárias Marítimas ou Fluviais.

59. Os serviços de consultoria, supervisão e fiscalização da tabela de preços do Dnit, além do preço dos insumos da tabela Sicro também podem ser utilizados como referencial, ainda que a tabela do Sicro não possa ser aproveitada como referência para um dos serviços constante do contrato de execução da obra (TC 010.189/2002-2), conforme Acórdão 1.568/2008-TCU-Plenário que acatou as razões de justificativa e elidiu as irregularidades de sobrepreço no item Extração e Transporte de Rochas de 50 a 500kg.

60. Não há como uma tabela prever todos os serviços plausíveis. Além de indicar os serviços usualmente realizados, as tabelas prestam-se a balizar novas composições de serviço, adaptadas das existentes tanto quanto possível, de forma a refletir da maneira mais fidedigna o serviço pretendido. No entanto, é possível haver um ou outro insumo, equipamento ou profissional que não constarão dessas tabelas. Nesse caso, não há outra solução senão a pesquisa de preços junto ao mercado.

61. Desse modo, não há porque se afastar a tabela de preços de consultoria do Dnit do serviço em tela. Mesmo que o serviço ou a obra seja diferente do previsto nas composições do Sicro, as atividades de supervisão e fiscalização guardam relação estreita com as indicadas pela autarquia em sua tabela de preços. As atividades de supervisão e fiscalização de obras rodoviárias, ferroviárias, hídricas e aquaviárias podem conter particularidades em cada caso, mas a formação do preço desses serviços leva em conta, principalmente, os níveis de escolaridade e de experiência dos profissionais que o executam, o que faz com que o preço em si seja semelhante. (grifos acrescidos).

6.14. Não há ineditismo nas discussões trazidas em grau recursal, também não há, a nosso sentir, argumentos diversos dos já refutados e afastados por esta Corte de Contas, há, sim, nova discussão, direito assegurado ao jurisdicionado, acerca da matéria, qual seja, utilização da referência (“Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit, referência 04/2001) para apuração do sobrepreço.

6.15. Em que pese, exista longo arrazoado nas peças recursais e em razão destes já adequadamente enfrentados, não se enxerga motivação suficiente para afastar a aplicação da Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit, referência 04/2001.

6.16. Conforme já abordado, nota-se que a “Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit não foi utilizada de maneira desmotivada, fundamentou-se seu uso e a possibilidade de sua aplicação para as obras aquaviárias. Assim, entende-se que na linha de julgados anteriores (v.g Acórdãos 1296/2018 e 769/2018, ambos do Plenário), as peculiaridades das obras aquaviárias, distintas das rodoviárias, e o consequente uso da referência foram devidamente motivadas e aceitas por esta Corte de Contas. Dessa feita, o ônus da demonstração, em grau recursal, de ser indevido o uso do parâmetro foi transferido à recorrente, situação, data máxima vênica, não verificada nas argumentações trazidas.

6.17. Na mesma esteira, vale lembrar que os valores pagos aos profissionais contratados pelo consórcio foram inferiores aos valores da referência, o que serve de fundamento para se verificar a adequação do paradigma utilizado. Registra-se que não se está a utilizar o afirmado, efetivo pagamento por serviços de supervisão inferiores aos contratados, para a indicação do superfaturamento ou paradigma para definição do valor de mercado, mas tão-somente como indicio e fato comprovado para formação do juízo de mérito, qual seja o adequado uso da “Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit, referência 04/2001, como referência para cálculo do superfaturamento.

6.18. Entende-se ainda não socorrer o recorrente os argumentos de que novas composições distinguindo as obras rodoviárias das obras aquaviárias foram elaboradas com a publicação do Sicro 2017 por dois motivos determinantes, quais sejam:

6.19. A um, a diferenciação entre as obras foi desde sempre reconhecida por esta Corte, conforme excertos acima transcritos, e pelo já discutido nesta instrução.

6.20. A dois, a recorrente afirma haver distinção entre a natureza das obras reconhecida no Sicro 2017, mas não aponta a existência de composição de um único serviço que deixe notório a distinção sobre o valor da prestação dos serviços de supervisão e assessoria nas obras rodoviárias e

portuárias/aquaviárias, o que se apontado demonstraria que o novo Sicro reconhece a diferença em razão do ramo de engenharia que atua o profissional.

6.21. Outro ponto que merece destaque e reafirma a adequação do uso da referência relaciona-se aos serviços a serem prestados pelos diversos profissionais constantes da Tabela. São os seguintes os profissionais listados no contrato: Consultor; Engenheiro Residente; Engenheiro Mergulhador; Engenheiro Júnior; Engenheiro de segurança; Técnico de Meio Ambiente; Técnico de Campo; Fiscal de Pedreira/Balança; Topógrafo; Auxiliar de Topografia; Mergulhador; Auxiliar de Mergulho; Piloto de Lancha; Desenhista (autocad); Digitador; Secretária; Motorista; Vigia.

6.22. Ora, da relação dos profissionais não parece adequado que, por exemplo, Digitador; Secretária; Motorista; Vigia tenha sua remuneração modificada em razão de ser a obra portuária/aquaviária ou rodoviária. Assim, o uso da referência se mostra justificada e adequada no contexto em que foi utilizada.

6.23. Quanto à aplicabilidade da Tabela Atual de Preços de Consultoria do Dnit, instituída em 2012 e o uso obrigatório do Sicro, entende-se que tais discussões foram corretamente tratadas nos relatórios dos Acórdão 3667/2014-TCU-Plenário (peça 62, p.9, item 64 do TC 008.477/2008-0) e 1298/2017-TCU-Plenário (peça 78, p.15, itens 123 a 127), respectivamente, e não merecem reparos, verbis:

Acórdão 3667/2014-TCU-Plenário

64. A respeito das planilhas reapresentadas (peça 52, p. 21), verifica-se intervalo temporal significativo entre as datas base do contrato (abril/2002) e as referências de preço apresentadas pela empresa. A referência mais próxima da época da data base indicada da licitação é de abril de 2008 (Petrobras), as demais variam de maio a dezembro de 2009. Ocorre que a utilização de índices com extensos espaços de tempo pode resultar em distorções significativas nos preços. Para a aferição de sobrepreço, a jurisprudência desta Corte aconselha preferencialmente o uso de referenciais com data base mais próxima do contrato, são exemplos os julgados 2.137/2005, 2.127/2006, 278/2008, 396/2008, 2.330/2009, 1.657/2011, todos do Plenário.

Acórdão 3667/2014-TCU-Plenário

123. Quanto ao questionamento sobre a obrigação de aplicação da Tabela de Preços de Consultoria do Dnit ao tempo da produção dos orçamentos estimativos, vale esclarecer que a jurisprudência desta corte, à época dos fatos, já apontava que os preços do Sicro (calculados pela média dos preços praticados pelo mercado) era o parâmetro comparativo de preços utilizado pelo TCU para averiguação de sobrepreço. Nesse sentido, podem-se citar as seguintes deliberações do Plenário desta Corte: Acórdão 20/1996, Acórdão 198/2000, Decisão 680/2000, Decisão 964/2001, Decisão 879/2001, Decisão 417/2002, Acórdão 67/2002 e Acórdão 40/2003.

124. Portanto, não se trata de uma métrica ad hoc como sugerido, e sim de um paradigma de preço de larga utilização por esta corte, inclusive à época dos fatos. Ou seja, em que pese não haver determinação legal à época para sua utilização nas licitações de obras públicas, a jurisprudência deste Tribunal já havia estabelecido sua utilização como parâmetro de averiguação de sobrepreço, devendo o gestor público motivar, nos autos do processo administrativo, as razões de sua não observância.

(...)

127. Ou seja, ainda que os preços efetivamente pagos pelo consórcio não devam ser utilizados para apuração do sobrepreço, conforme determinação do Acórdão 2.784/2012-TCU-Plenário, eles servem, ao menos, como indicação do patamar de preços praticados à época, uma vez que não seria razoável supor que os profissionais contratados trabalhassem, num contrato de 8 anos de duração, a valores abaixo dos praticados no mercado.

6.24. Por todo o exposto, entende-se que os argumentos ora colacionados nas razões recursais não se mostraram robustos o suficiente para descaracterizar e afastar o uso da “Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit, referência 04/2001 nas obras deste processo.

7. Da impossibilidade de responsabilizar o consórcio pelo superfaturamento.

7.1. Defende-se no recurso a impossibilidade de responsabilizar o consórcio vencedor pelo superfaturamento.

7.2. Alega que:

a) o “suposto equívoco quando da elaboração da planilha de preços teria se dado em fase interna da licitação, não havendo que se falar, portanto, na legitimidade passiva do Consórcio para figurar na presente TCE”;

b) nos termos do voto do Acórdão 3667/2013-TCU-Plenário “não houve autorização formal do Tribunal para a abertura de tomada de contas especial contra as consorciadas, situação que se configura como irregular, já que se faz necessária prévia autorização expressa do plenário para que haja a abertura de uma tomada de contas especial e seu direcionamento para pessoas jurídicas de direito privado” a autorização somente contemplava a apuração dos responsáveis pela elaboração da planilha orçamentária;

c) “nenhuma das empresas componentes do Consórcio contratado foi notificada acerca do Acórdão 3667/2013 (o único Ofício de notificação referente ao acórdão - Ofício 854/2 013-TCU/SecobHidroferrovia, de 13/12/2013 - foi emitido ao DNIT), de onde se depreende que seus efeitos não as atingiria” ademais, “a despeito da TCE ter sido instaurada em 23/12/2012, a recorrente só foi noticiada do fato em mar/2015 (por meio dos Ofícios 0185 e 186/2015-TCU/SeinfraHidroferrovias, de 16/3/2015 - peças 21 e 23 dos autos);

d) a ausência da autorização no acórdão mencionado não se trata “de mero formalismo, mas de condição essencial para a formação e processamento de um procedimento grave e sério como uma tomada de contas especial, assim, não cabe alegar a incidência do princípio do formalismo moderado, pois, trata-se verdadeiramente de matéria de legalidade”;

e) a “origem do alegado superfaturamento se deu na elaboração da planilha orçamentária, ou seja, em fase interna da licitação”, assim não poderia o consórcio responder por uma irregularidade imputável única e exclusivamente a procedimentos da própria Administração Pública”;

f) “a ausência de técnica e confusão de conceitos da Unidade Técnica, cujas premissas equivocadas foram acolhidas no acórdão embargado, no sentido de responsabilizar o consórcio por uma conduta que não lhe poderia ser imputável” para demonstrar o argumento reproduz o seguinte o trecho da instrução:

44. Inicialmente vale esclarecer que as possíveis falhas ocorridas na fase interna da licitação não estão sendo atribuídas às contratadas, o que está em discussão na presente TCE são os preços praticados no Contrato AO-96/2003-00. Falhas no processo licitatório serão imputadas aos agentes públicos responsáveis por tais atos, não cabendo responsabilidade às licitantes da época. O acesso das contratadas às pesquisas utilizadas na formulação do orçamento estimativo do processo licitatório não é elemento fundamental na defesa dos preços contratuais. O que se deve demonstrar é a coerência entre os preços de mercado à época e os preços praticados no Contrato AO-96/2003-00, ou seja, a justeza dos valores contratados.

g) falhas atribuíveis ao Estado, como a ausência de instrução do processo administrativo por parte do Dnit com as pesquisas de preços que geraram os números do orçamento estimativo contido no edital “reduzem a capacidade de defesa do administrado”.

Análise:

7.3. Entende-se que o conjunto dos argumentos, acerca da possibilidade ou impossibilidade de se responsabilizar o consórcio, devem ser separados em dois tópicos, quais sejam: (a) ausência de autorização no Acórdão 3667/2013-TCU-Plenário para responsabilizar o recorrente (itens “a” a “d”, sintetizados acima) e (b) impossibilidade de se responsabilizar o contratado por erros na fase interna da licitação não imputável ao recorrente (itens “e” a “g”).

7.4. Com relação a ausência de autorização no Acórdão 3667/2013-TCU-Plenário, as alegações não merecem prosperar.

7.5. Nos termos do art. 8º da Lei nº 8.443/1992, uma tomada de contas especial é instaurada “diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário”.

7.6. Por sua vez, o art. 1º da Instrução Normativa nº 56/2007, deste Tribunal dispõe:

Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiros, bens ou valores públicos, ou de prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano à administração pública federal, a autoridade administrativa federal competente deve adotar providências para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e obtenção do ressarcimento’.

7.7. Verifica-se, portanto, que por definição a TCE tem por objetivo apurar o fato, quantificar o dano e identificar o responsável por ele, por decorrência lógica, ao se determinar a abertura de qualquer TCE pode não se ter o conhecimento do autor do dano, assim, a nosso sentir, a determinação para abertura de TCE prescinde da identificação dos autores dos danos, pois este é, exatamente, um dos objetivos do procedimento.

7.8. Dessa forma, para a abertura de TCE não é necessária a autorização expressa e a indicação do TCU de quem deve ser responsabilizado. Assim, o conjunto de argumentos listados nos itens “a” a “d” não merecem prosperar.

7.9. Quanto à possibilidade de o consórcio ser responsabilizado, vale lembrar que terceiro contratado, nos processos de controle externo submetidos a este Tribunal, pode ser responsabilizado. O particular que de “qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado,” ou “obtenha benefício do ato”, pode responder pelo dano, destaca-se a conjunção “ou”. É o que dispõe o art. 16, §2º, “b”, da Lei 8.443/1992.

Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

(...)

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

(...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

(...)

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

7.10. A hermenêutica do dispositivo legal foi muito bem exposta no relatório do voto condutor do Acórdão 6101/2013 – TCU – 2ª Câmara, o qual permite-se reproduzir e adotar como razões de convicção, pois, a nosso sentir, inexistem reparos:

7.10 A respeito deste dispositivo, aplicado especificamente ao caso sub examine, cumpre tecer alguns comentários e, em seguida, retirar algumas conclusões:

7.10.1 É importante dizer que a norma se aplica ao caso concreto e se deve atentar para o fato de que trata-se de comando imperativo, e não meramente facultativo, para o TCU. Isto porque o verbo utilizado no dispositivo é “fixará”, denotando claramente seu caráter impositivo para esta Corte de Contas. Aliás, não poderia mesmo ser diferente, posto que cabe a esta Casa, por dever de ofício derivado de mandamento constitucional, reprimir toda e qualquer conduta, praticada por quem quer que seja, que cause dano aos cofres públicos federais, a teor do inc. II, do art. 71, da vigente Constituição. Sendo assim, nada mais fez esta Corte, ao citar a empresa, do que cumprir e fazer cumprir a Constituição, bem como sua Lei Orgânica. Por fim, deve-se atentar,

especificamente, para a dicção da supramencionada alínea ‘b’ e observar como a empresa e sua conduta se subsumem, com perfeição, ao tipo ali previsto:

7.10.1.1 A norma fala em “terceiro, como parte interessada na prática do mesmo ato”, condição exatamente ostentada pela empresa, que não mantinha qualquer vínculo com a Administração Pública, mas que foi contratada pela Sedurb para executar o Convênio 65/2001 em determinados municípios, mediante o Contrato 10/2002 (cláusula décima quarta, § 1º), o que evidencia seu interesse na prática do ato. Fala ainda em “de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”, vê-se que a expressão posta em negrito foi, propositadamente, redigida pelo legislador de maneira que pudesse abarcar o maior número possível de casos, não deixando impune ninguém que cause dano ao erário. Portanto, resta patente que as irregularidades envolvem as empresas executoras e o Sr. Paulo Elcídio Chaves Nogueira, gestor da Sedurb à época.

7.11 Destaque-se que estes argumentos para não acatar as alegações da Empresa Mape quanto à alegação de incapacidade para constar do polo passivo da presente Tomada de Contas Especial serão utilizados, no mesmo sentido, em relação às demais empresas para as alegações idênticas.

7.12 Nem mesmo a alegação da empresa de que não tinha ciência dos problemas e complicações do Convênio 65/2001 entre a Funasa e a Sedurb, tem o condão de lhe socorrer. Sobre este ponto, há as esclarecedoras lições desta Casa em recentes decisões a respeito:

‘Para configurar a responsabilidade pela indenização ao erário (pagamento solidário do débito), basta que o terceiro tenha auferido benefícios a partir da conduta do responsável. Não é necessário demonstrar que esse terceiro tinha ciência da conduta irregular do agente público. Nesse sentido, por exemplo, ver Acórdão nº 553/2004-Plenário.’

7.11. É notório, de acordo com a jurisprudência desta Corte, que basta ao terceiro ter auferido benefício ou ter concorrido para o dano para ser responsabilizado.

7.12. No caso presente, se subsistir o superfaturamento, questionado no recurso, subsiste a existência de dano ao erário e benefício à terceiro, o que ocasiona o consequente dever de indenizar pelo terceiro beneficiado.

8. Da impossibilidade do TCU rever o Contrato AQ-96/2003-00 e da afronta ao princípio da segurança jurídica.

8.1. Defende-se no recurso a impossibilidade de a Administração Pública, incluído o TCU, de rever o Contrato AQ-96/2003-00, seja pela perfeição do ato administrativo, seja decadência do direito de a Administração rever seus atos, seja pela possibilidade da prescrição do suposto dano, seja pela afronta ao princípio da segurança jurídica.

8.2. Em síntese, apresenta os seguintes argumentos:

a) “os atos da Administração Pública possuem presunção de legalidade, não impondo ao particular a obrigação de fiscalizá-lo” no caso em questão, “quando da edição do instrumento convocatório e do contrato administrativo, o DNIT entendeu que o valor orçado estava plenamente conforme o valor de mercado”, portanto os atos administrativos praticados pela DNIT preencheram todos os seus requisitos, dessa forma “se o ato jurídico perfeito se consolidou, pois não há decretação da nulidade do seu instrumento, então, não se pode agora pretender alterá-lo unilateralmente”. O entendimento encontraria amparo em precedente do STF (v.g RE-AgR 422410, RE-AgR - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a) EROS GRAU, Primeira Turma, 30.11.2004) que deixou assentado que “a garantia constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito destina-se à proteção dos contratos validamente firmados”;

b) “o princípio da supremacia do interesse público não permite a alteração unilateral de acordo, violando ato jurídico perfeito, impossibilitando o desfazimento de atos jurídicos perfeitos por eventuais mudanças de percepção sobre valores e referenciais. Tal premissa também encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (v.g RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 14.924 – DF 2002/0070548-3, JULGAMENTO EM 06.09.2005, RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA);

c) a revisão a qualquer tempo das contratações pela Administração Pública fere a segurança jurídica e risco para os contratos, com o consequente aumento de custos nas relações futuras, por

isso, há determinado tempo para que a Administração averigue a regularidade de seus pactos, qual seja, o prazo decadencial definido no art. 54, da Lei 9.784/99 de cinco anos. No caso concreto, o contrato firmado em 2003 “com base em valores aprovados em 2002, conforme indica a data-base referida no item 5.2 do Edital de Concorrência Nº 0053/2002-00”, verifica-se que “já decaiu do seu direito de tomar qualquer medida administrativa que importe impugnação à validade desse instrumento”;

d) aplica-se a prescrição quinquenária da pretensão da Administração Pública em cobrar seus débitos de particulares conforme disciplinado no Decreto 20.910/32, que por força de entendimentos judiciais (v.g REsp 623023/RJ, Rel. Ministra EMANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 14/11/2005, p. 251) igualou o prazo prescricional das ações da Administração contra os administrados ao prazo prescricional nas ações dos administrados contra a Administração.

e) “a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário é matéria que ainda não se encontra pacificada” assim “o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem entendimento no sentido da prescritibilidade dos danos ao erário que não tratem de ressarcimento de atos ilícitos relacionados à improbidade administrativa, o que se amolda ao presente caso” (TRF-1 - AC: 5633 MG 2008.38.09.005633-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 11/04/2011, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.308 de 29/04/2011).

8.3. Em seguida, após discorrer sobre o significado jurídico do princípio da segurança jurídica, alega que:

i) não se admite que a Administração Pública, esteja “autorizada, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ela próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público”, nesse sentido, o “princípio da proteção à confiança visa proteger o administrado contra mudanças no seu status quo fundado em ato administrativo, mesmo que supostamente viciado, o que não é o caso do presente feito” (v.g MS 22357, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2004, DJ 05-11-2004 PP-00006 EMENT VOL- 02171-01 PP-00043 LEXSTF v. 26, n. 312,2005, p. 135-148 RTJ VOL 00192-02 PP-00620);

ii) “caso se confirme a tentativa de se alterar o valor orçado na licitação, abaixando-o e assim impor um sobrepreço ao preço orçado pelas defendentes dentro dos limites referenciais do Edital, ficará abalada a confiança das licitantes em relação à garantia do respeito ao cumprimento dos contratos realizados pela Administração Pública.”

iii) o consórcio contratado aceitou de boa-fé o orçamento estimativo, e tal ato (orçamento da administração) não pode ser questionado após decorridos mais de dez anos da sua elaboração, ademais não se mostra razoável exigir da contratada, após o decurso de longo de tempo, comprovar a compatibilidade entre os preços apresentados à época e os valores de mercado para serviços que não são triviais, mas bastante específicos e elaborados;

iv) “a omissão da Administração em questionar suas próprias cláusulas ao longo de todo esse período sem dúvida gerou na contratada a expectativa de que tudo estaria regular”;

v) estariam presentes todos os requisitos para a incidência “da teoria da ‘suppressio/surrectio’”, assim “diante de toda a doutrina e jurisprudência (...), a boa-fé objetiva (e subjetiva) milita em favor do Consórcio recorrente”.

Análise:

8.4. Inicialmente, destaca-se que se optou por agrupar o conjunto dos argumentos, pois se entende que a análise a ser empreendida aplica-se à totalidade das alegações consolidadas no item.

8.5. Entende-se que o recorrente nas alíneas “d” e “e” acima sintetizados, discute a possibilidade de se declarar a prescritibilidade de dano ao erário. Nesse sentido, a declaração da prescrição do débito arguida pelo recorrente deve ser rejeitada.

8.6. Nos termos do art. 37, §5º, da Constituição Federal, as ações de ressarcimento ao patrimônio público são imprescritíveis. Logo, não houve prescrição da pretensão ao ressarcimento. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (MS 26210/DF, in DJ de 10/10/2008) e deste Tribunal, nos termos da Súmula/TCU 282, verbis:

As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

8.7. Dessa forma, no entendimento desta Corte de Contas, não há como se reconhecer a prescrição do débito, por expressa disposição constitucional.

8.8. Quanto à alegada impossibilidade de o TCU rever o Contrato AQ-96/2003-00 ante a incidência do art. 54, da Lei 9784/99 e os demais argumentos, derivados da aplicação do instituto, entende-se não assistir razão ao recorrente.

8.9. No caso concreto, entende-se que não há que se falar em decadência, instituto que fulmina o direito, em termos simplificados, mas em prescrição. O que se está a apurar é se há prescrição do dano ao erário, e não se decai o direito o direito de a Administração rever o prejuízo sofrido. Nesse sentido, como o dano ao erário é imprescritível, conforme já discutido, e verificado o prejuízo não há óbices a atuação desta Corte para a formação do título executivo e a reparação do dano causado.

8.10. Quanto à revisão do Contrato AQ-96/2003-00 e a afronta à segurança jurídica, vale pontuar que não se trata de revisão do contrato administrativo pelo TCU, mas de, no exercício de sua competência constitucional, verificar se o pacto celebrado por órgão jurisdicionado causou prejuízo à Administração Pública Federal. A presente atuação desta Corte se limitou ao exercício de sua competência, examinar se os atos e contratos celebrados trouxeram danos ao erário.

8.11. A jurisprudência pacífica desta Corte de Contas é no sentido de não haver afronta à segurança jurídica caso os processos de controle externo sejam desenvolvidos em conformidade com as normas regentes da matéria e ainda considera imprescritíveis as ações de ressarcimento.

8.12. Dessa forma, por se entender que o dano ao erário é imprescritível, a atuação desta Corte de Contas e a consequente formação de títulos executivos extrajudiciais não ofende a segurança jurídica caso os pactos e obrigações contraídas pelos órgãos da administração públicas causem prejuízo à União.

8.13. Ante o exposto, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, entende-se não haver motivos para a reforma do acórdão recorrido.

9. Do erro em premissa de cálculo do sobrepreço.

9.1. Defende o recorrente que ao utilizar a Tabela de Preço de Consultoria do DNIT, referência abril/2001, esta Corte de Contas incorreu em erro que elevou o superfaturamento do Contrato AQ 096/2003.

9.2. Argumenta que:

a) a “referência foi utilizada de forma incompleta, vez que a unidade técnica utilizou os valores de tarifas (salários do item “pessoal”), mas não fez incidir sobre elas a taxa de administração indicada naquela tabela: 75%. Em vez disso, utilizou a taxa de 50%, que era o percentual de custo administrativo indicado na planilha orçamentária da licitação”;

b) para a correta comparação “todos os parâmetros constantes na planilha utilizada como referência devem ser mantidos, não somente os valores de salários de forma isolada”;

c) Em função desse erro de parâmetro de cálculo, a Unidade Técnica “subestimou” o preço de mercado que tomara como referencial e, por conseguinte, piorou o cenário comparativo empreendido, ou seja, fez com que os preços contratados parecessem mais afastados (muito maiores) que os da Tabela do DNIT vigente na época da licitação. Isso fez com que os resultados do cálculo efetuado pela Secob-4 como sendo “referencial de mercado” ficassem subestimados e, com isso, a diferença em relação ao contrato (entendida pelo TCU como sobrepreço) resultasse ampliada.

d) a redução do percentual relativo aos custos administrativos de 75% para 50%, realizada pelo Dnit no edital, alterando a tabela de referência, implicou reintroduzir todos os itens retirados dos custos diretos que antes estavam alocados na taxa de 75%. Dessa forma, “a Unidade Técnica subestimou os preços referenciais da tabela do DNIT adotada como padrão de comparação, ampliando indevidamente a divergência com os preços contratados.”;

Análise:

9.3. O ponto central da controvérsia se restringe a definir qual o percentual dos “custos administrativos”, se 50 ou 75%, a incidir sobre o item “Total de pessoal”. Esta Corte de Contas ao calcular o sobrepreço utilizou a Tabela de Referência constante do TC 008.477/2008-0 (peça 35), na qual de fato aponta a alíquota de 50% para os custos administrativos. Por sua vez, o recorrente colaciona o documento constante da peça 124, p. 18-21 que aponta o percentual de 75% referente a custos administrativos.

9.4. Entende-se assistir razão ao recorrente, devendo ser adotada a alíquota constante da Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 (documento colacionado pelo recorrente), contudo, há que se adequar um item da planilha constante da peça 14, qual seja, “Serviços Gráficos e Material de Consumo Permanente”, pelo que se passa a expor.

9.5. A referência utilizada para se definir o valor padrão do Contrato AQ-96/2003-00 foi a Tabela de Consultoria Dnit, referência abril 2001 e o edital do certame, de forma subsidiária, para os serviços que não encontravam paralelo na Tabela de Consultoria. Nessa esteira, a referência deve prevalecer, salvo se não houver serviço ou alíquota similar.

9.6. No caso específico, verifica-se que a Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 institui a alíquota de 75% a título de custos administrativos a incidir sobre o total de pessoal (peça 124, p. 18, item C), assim não há como, em razão de a referência ser a Tabela de Consultoria, se utilizar a alíquota de 50% para cálculo de sobrepreço no presente processo, posteriormente adotada pelo Dnit, com as consequentes alterações nos demais itens.

9.7. Pelo exposto, entende-se que o débito deve ser recalculado utilizando a alíquota de 75% para custos administrativos.

9.8. Por outro lado, não se pode olvidar que a Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 (peça 124, p. 19, Notas, item C) complementa e detalha a alíquota de 75%, verbis:

C) As eventuais despesas com laboratórios de solos, betume e concreto, as despesas com serviços gráficos e com a utilização de imóveis e mobiliários, bem como quaisquer outras despesas necessárias à boa execução dos serviços estão incluídas no item Custos Administrativos (75% do item A).

9.9. Observa-se que na alíquota estariam contempladas as despesas com serviços gráficos e utilização de bens móveis necessários à boa execução dos serviços, logo, indevida a inserção de novas despesas referentes a tais elementos, sob pena de duplicidade de gastos. Nesse sentido e uma vez já contemplados na alíquota referente a custos administrativos, entende-se que o subitem “Serviços Gráficos e Material de Consumo Permanente”, no valor de R\$110.000,00, constante do item “Despesas Reembolsáveis” deva ser excluído ao se adotar a alíquota de 75% para custos administrativos, sob pena de duplicidade de cobrança.

9.10. Dessa forma, em consonância com a Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 (referência para cálculo do sobrepreço), entende-se devida a alíquota de 75% a incidir sobre o item total de pessoal, a título de custos administrativos e indevido o valor de R\$110.000,00 a título “Serviços Gráficos e Material de Consumo Permanente”. Nestes termos, recalcula-se o sobrepreço do Contrato AQ-96/2003-00 (peça 126) e verifica-se o valor original de R\$1.060.114,07 ou ainda o que equivale a 12% do valor pactuado.

9.11. Registra-se, tão somente a título de informação, que a Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 foi encontrada, nesta data, no seguinte endereço eletrônico: http://www1.dnit.gov.br/anexo/Caderno/Caderno_edital0010_05-00_1.pdf e juntada à peça 125.

9.12. A aceitação da alíquota de 75% e a exclusão do subitem “Serviços Gráficos e Material de Consumo Permanente” implica na necessidade de se encontrar o valor do débito em cada uma das 96 medições do Contrato AQ-96/2003-00 com esta nova premissa, tal como foi feito no acórdão condenatório (débito atualizado de R\$306 mil) e explicitado na peça 15 dos presentes autos.

9.13. Após a realização dos novos cálculos utilizando a alíquota de 75% e excluindo o subitem “Serviços Gráficos e Material de Consumo Permanente”, mantendo todos os demais parâmetros e

considerações, verifica-se a inexistência de débito no Contrato AQ-96/2003-00 após atualizado os valores históricos no sistema débito, conforme demonstrado na peça 127 c/c peça 128.

9.14. Pelo exposto, entende-se que a imputação de débito constante do item 9.1 do acórdão recorrido deva ser afastada. Por consequência a multa aplicada no item 9.2, art. 57, da Lei 8443/92, também deve ser afastada, pois decorre do débito. A inexistência do débito conduz a exclusão da multa. Ainda no mesmo sentido, entende-se oportuno, uma vez inexistente o débito, que o julgamento das contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, seja modificado e suas contas julgadas regulares com ressalvas.

10. Da impossibilidade de caracterização do superfaturamento

10.1. Defende-se no recurso que, no caso concreto, “eventual preço residual pode não ser considerado como débito”. Nesse sentido já decidiu o TCU (v.g Acórdãos 136/1995, 159/2003, 394/2003, 172/2004, 678/2008 e 2339/2011, todos do Plenário; e Acórdão 544/2002-2ª Câmara)

10.2. Argumenta que “tendo em vista os equívocos de cálculo acima destacados, assevera-se que relação o suposto sobrepreço seria de 10% do valor total medido, e não 21% como apontou o cálculo inicial da Unidade Instrutiva” assim, “o orçamento estimativo tomado como referência para a elaboração da proposta de preços do Consórcio contratado remonta a abril de 2002, ou seja, há quase 13 anos da abertura da presente TCE” devendo “o extenso lapso temporal também deve ser considerado quando da análise da responsabilização do alegado superfaturamento nos autos em apreço”

Análise:

10.3. Em que pese, conforme apontado em item precedente desta instrução, se entender não existir débito, as alegações sobre a impossibilidade de caracterização de superfaturamento não devem prosperar.

10.4. Em relação a tese defendida pelo recorrente no sentido de que variação pequena não pode ser caracterizada como sobrepreço ou superfaturamento, há duas correntes jurisprudenciais nesta Corte de Contas.

10.5. A primeira corrente no sentido de que oscilações de preço até determinada margem em relação ao montante das obras e serviços de engenharia representariam variações normais de mercado, e não sobrepreço ou superfaturamento (v.g. Acórdãos 2339/2011, 2333/2011 e 752/2007, todos do Plenário).

10.6. Cita-se trecho do Acórdão 752/2007 – TCU – Plenário que bem ilustra tal entendimento, verbis:

Diferenças percentuais de preços em patamares reduzidos refletem variações normais de mercado, não sendo suficientes para caracterizar sobrepreço/superfaturamento.

10.7. Por outro lado, há uma segunda corrente que possui entendimento diametralmente oposto, e sustenta a tese da impossibilidade de qualquer sobrepreço global em relação aos preços dos sistemas de referência (v.g. Acórdãos 3095/2014, 1010/2014 e 1155/2012, todos do Plenário).

10.8. Translada-se trecho do Acórdão 1010/2014 – TCU – Plenário que bem sintetiza o entendimento, verbis:

26. Entretanto, registro meu entendimento de que, em regra, baixos índices de sobrepreço não podem, indistintamente, ser considerados variações normais de mercado, até porque os preços estabelecidos nos sistemas referenciais constituem patamares máximos e a Administração Pública deve sempre buscar contratações por valores inferiores àqueles (Acórdão 1.468/2013 - Plenário, por exemplo), os quais jamais devem se distanciar da realidade do mercado.

10.9. Perfilha-se ao entendimento adotado pela segunda corrente, pois não se pode tolerar sobrepreço global. A lei define os preços máximos das obras e serviços contratados pela Administração, de forma que valores excedentes são ilegais e devem ser rejeitados.

10.10. Por certo, que o comando não é absoluto e suporta exceções, sendo admissível a contratação de um empreendimento por valores superiores aos obtidos a partir da utilização dos sistemas referenciais de preço oficiais ante a presença de condições extraordinárias que assim justifiquem. Assim, somente em condições especiais, devidamente justificadas, o que não se verificou no caso concreto, pode o preço global exceder o valor obtido a partir dos sistemas de referência.

10.11. Ante o exposto, entende-se que as alegações não merecem prosperar devendo o recurso ser improvido.

CONCLUSÃO

11. Das análises anteriores, conclui-se que:

- a) no caso concreto, não se aplica, por inexistência de prejuízo à defesa, o trancamento das contas, por iliquidáveis;
- b) as peculiaridades do objeto do Contrato AQ-96/2003-00, obra portuária com execução submersa, foram consideradas, bem como fundamentado o uso do paradigma referência, não se verificando a suficiência das razões recursais para afastar a aplicação da “Tabela de Preços de Consultoria” do Dnit, referência 04/2001, utilizada neste processo.
- c) uma vez que subsiste o superfaturamento, subsiste a existência de dano ao erário e a possibilidade de se responsabilizar o terceiro beneficiado;
- d) inexistente a prescrição do débito, não ofende à segurança jurídica a atuação desta Corte que imponha ao terceiro beneficiado, por meio de título executivo extrajudicial, a obrigação de indenizar pelo prejuízo ao erário, não havendo que se falar, no caso concreto, de revisão do AQ-96/2003-00.
- e) em consonância com a Instrução de Serviço DG/DNER 06/2001 (referência para cálculo do sobrepreço), a alíquota, a título de custos administrativos a incidir sobre total da remuneração com pessoal deve ser de 75%, bem como ser excluído do Contrato AQ-96/2003-00 o valor de R\$110.000,00 a título “Serviços Gráficos e Material de Consumo Permanente”. Em razão destas premissas e após recalculado o débito atualizado em cada uma das medições, não se verificou superfaturamento no contrato, devendo o acórdão ser reformado;
- f) não se tolera variações a maior nos preços, ainda que pequenas, das obras e serviços de engenharia em relação aos sistemas de referência, uma vez que tais valores (sistemas de referência) são preços máximos a serem praticados.

11.1. Com base nessas conclusões, propõe-se dar provimento ao recurso para excluir o débito do item 9.1, a multa do item 9.2 e alterar o julgamento das contas dos responsáveis.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 32, I e 33, da Lei 8.443/92 c/c o art. 285, caput, do RI-TCU, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

- a.1) julgar regulares com ressalva as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca;
- a.2) tornar sem efeito o débito e a multa objetos dos itens 9.1 e 9.2 do acórdão recorrido;
- c) dar ciência do acórdão que for prolatado à recorrente e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.

2. O representante do MPTCU que atuou no feito, Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, concordou parcialmente com a proposta da Serur (peça 132), por entender que não há necessidade de recalcular o débito como propõe a Serur, nos termos que se transcreve:

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Ecoplan Engenharia Ltda. (peças 101, 123 e 124), líder e representante do Consórcio Ecoplan/Planave, em face do Acórdão nº 1298/2017-Plenário (peça 76), mediante o qual este Tribunal condenou a recorrente em solidariedade com a outra integrante do consórcio, Planave S/A Estudos e Projetos de Engenharia, e com o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca ao recolhimento de débito perante os cofres federais, bem como aplicou individualmente a todos eles multa proporcional ao dano.

2. A condenação decorreu da constatação de superfaturamento na execução do Contrato AQ-96/2003-00, firmado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e o Consórcio Ecoplan/Planave, para prestação de serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do Porto de Rio Grande/RS. Segundo apurado nestes autos e no processo de fiscalização apenso, o contrato comportava custos de mão de obra significativamente superiores aos referenciais e diferença a maior na alíquota do Imposto sobre Serviços (ISS) em relação à efetivamente cobrada pelo Município.
3. Em suas razões recursais, a empresa argumentou prejuízo à ampla defesa, peculiaridades do objeto do contrato, impossibilidade de responsabilização do consórcio, impossibilidade de revisão dos termos contratuais, erro em premissa de cálculo do superfaturamento e descaracterização do superfaturamento em virtude de representar baixo percentual relativo ao total contratado.
4. Após examinar minudentemente as argumentações trazidas pela recorrente, a Serur concluiu por refutar todas as alegações, a não ser quanto ao erro em premissa de cálculo. Assim, revisando a metodologia empregada para a estimativa do superfaturamento e assumindo o parâmetro para o percentual de custos administrativos defendido pela Ecoplan, a unidade técnica compreendeu elidido todo o dano ao erário. Por conseguinte, propôs dar provimento à reconsideração pleiteada, para suprimir a condenação em débito e a multa respectiva imposta pelo Acórdão nº 1298/2017-Plenário e, conseqüentemente, alterar o julgamento das contas para regulares com ressalva (peça 129).
5. Ao passo que concordo, em linhas gerais, com as análises efetuadas pela Serur, manifesto divergência em relação à aceitabilidade do novo parâmetro de cálculo.
6. A recorrente trouxe à tona a Instrução de Serviço DG/DNER nº 06/2001 (IS-DG/DNER 06/2001), emitida em 03/09/2001, quando da transição do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) para o Dnit. Nesse normativo (peça 124, p. 18-21) constariam os valores usados como referência para a confecção da Tabela de Preços de Consultoria do Dnit (TC nº 008.477/2008-0, peça 35), usada como paradigma no cálculo do superfaturamento contratual debatido nestes autos.
7. O regulamento apresentado pela recorrente foi encontrado como anexo de uma resposta a questionamentos de outra licitação. De fato, mostra-se infrutífera uma busca por essa norma diretamente no portal eletrônico do órgão atual. Entretanto, é possível verificar que outro normativo, publicado em 2006, faz referência àquela instrução de serviços, revogando-a. Trata-se da Instrução de Serviços DG/Dnit nº 06/2006 (http://www.dnit.gov.br/instrucoes-normativas/instrucoes-de-servicos/instrucoes-de-servico-por-ano/2006/is_dg-no-06-de-01-de-junho-de-2006.pdf), na qual foram atualizadas e padronizadas as taxas a serem adotadas pela autarquia ao elaborar orçamentos base para a contratação de serviços de engenharia consultiva.
8. Conforme se observa nessas normas e em editais de certames lançados pelo Dnit, inclusive o relativo ao contrato aqui debatido, as planilhas orçamentárias de prestações de serviços de consultoria e supervisão compunham-se basicamente dos seguintes itens: pessoal (salários mensais), taxa de encargos sociais, taxa de custos administrativos, despesas gerais (englobando veículos, instrumentos de topografia e despesas reembolsáveis, como viagens), taxa de remuneração da empresa e percentual de despesas fiscais.
9. No recurso de reconsideração em exame, a Ecoplan questiona que o TCU usou os parâmetros salariais idênticos aos da Instrução de Serviço DG/DNER nº 06/2001, mas não aplicou a mesma taxa de custos administrativos definida nesse normativo, equivalente a 75%. Segundo sua argumentação, a referência deveria ser adotada na íntegra, de forma a evitar distorções.
10. De acordo com a recorrente, quando o Dnit optou por reduzir a taxa para 50% no edital da licitação 0053/02-00, a qual resultou no Contrato AQ-96/2003-00, ele teria reintroduzido todos os itens retirados dos custos diretos que antes estavam alocados na taxa de 75% (peça 124, p. 8). Dessa forma, ao adotar o parâmetro de 50% para custos administrativos e custos referenciais de mão de obra da IS-DG/DNER 06/2001, a unidade técnica do TCU teria subestimado os preços referenciais da tabela do Dnit, ampliando indevidamente a divergência com os preços contratados.
11. A Serur, por sua vez, verificou que os custos administrativos remunerados pela taxa de 75% diziam respeito a *“eventuais despesas com laboratórios de solos, betume e concreto, as despesas com serviços gráficos e com a utilização de imóveis e mobiliários, bem como quaisquer outras*

despesas necessárias à boa execução dos serviços”. Assim, acolhendo o argumento de que tal alíquota deveria ser aplicada e buscando adequar os cálculos, a unidade recursal do TCU alterou os cálculos, adotando 75% em vez de 50%, com o cuidado de suprimir da planilha o item relativo a serviços gráficos e material de consumo, uma vez que estas despesas já estariam contempladas nesse percentual maior.

12.Com as devidas vênias, compreendo que a necessidade de tal ajuste não está evidenciada, pois não se verifica claramente uma correlação entre os custos mensais de pessoal e a taxa de custos administrativos, de forma que a redução de um provocasse o aumento de outro.

13.A propósito, o normativo de 2006 do Dnit estipulou uma uniformização das taxas usadas na elaboração de orçamentos base, mas não indicou necessidade de alteração dos parâmetros de custos de pessoal, nem mesmo da estrutura de despesas gerais incluídas nessas planilhas. Aliás, se houve uniformização é porque estavam sendo aplicadas taxas diferenciadas em licitações distintas. Cabe salientar que o percentual indicado pela norma em 2006 para custos administrativos foi de **no máximo** 50% para todos os orçamentos de engenharia consultiva.

14.A ausência de correlação nítida entre a taxa de custos administrativos e os demais itens orçamentários pode ser observada ao se comparar dados constantes das planilhas orçamentárias de diversas licitações do Dnit. Nesse intuito, apresento a seguir informações relativas a certames realizados entre 2002 e 2006, portanto na vigência da IS-DG/DNER 06/2001, cujos objetos eram a prestação de serviços de supervisão de obras. Os editais se encontram no portal eletrônico da autarquia (<http://www1.dnit.gov.br/editais/consulta/editais2.asp>), com exceção dos três primeiros. O primeiro se refere ao certame originador do contrato em análise nestes autos; os dois seguintes foram parcialmente apresentados pela recorrente (peça 124, p. 23-27).

15.A amostra analisada corresponde aos editais das seguintes licitações, com os respectivos valores globais originalmente estimados pelo Dnit:

- a. Concorrência 0053/2002-00: supervisão das obras de prolongamento dos molhes da barra do Porto de Rio Grande/RS, R\$ 6.998.810,77.
- b. Concorrência 0054/2002-00: supervisão das obras de recuperação e prolongamento do molhe sul da barra do Porto de Laguna/SC, R\$ 2.520.887,85.
- c. Concorrência 0085/2002-00: supervisão das obras de ampliação, recuperação e reforma da infraestrutura portuária do Porto de Paranaguá/PR (Valor estimado não disponível).
- d. Tomada de preços 101/04-03: supervisão das obras de melhoramentos e restauração na BR-020/CE, R\$ 634.836,02.
- e. Concorrência 0271/04-00: supervisão das obras de duplicação e restauração na BR-364/RO, R\$ 2.841.033,13.
- f. Concorrência 0260/04-01: supervisão das obras de pavimentação e melhoramentos na BR-319/AM, R\$ 4.702.284,40.
- g. Concorrência internacional 186/2004: supervisão das obras de ampliação e modernização da ligação rodoviária Florianópolis/SC–Osório/RS, R\$ 33.239.832,21.
- h. Concorrência 19/2005: supervisão de obras na BR-135/BA, R\$ 5.942.859,27.
- i. Concorrência 58/05-07: supervisão das obras de duplicação com restauração de subtrecho da BR-101/RJ e acesso ao porto de Sepetiba/RJ, R\$ 8.962.047,53.

16.Na tabela abaixo comparam-se os dados retirados desses editais. Para o cotejo com os custos mensais de pessoal, optou-se por trazer uma amostra composta por dois tipos de profissionais recorrentes nas planilhas (engenheiro residente e topógrafo), a fim de evitar transcrição demasiada. Quanto ao grupo de despesas gerais, foram resumidos os itens que constam das planilhas.

Edital	Custos de pessoal (R\$)	Despesas gerais	Custos administrativos
0053/02-00	Eng. Residente: 7.140,00 Topógrafo: 1.680,00 (abr/2002)	Computadores e acessórios, Instrumentos de topografia e batimetria, Veículos, Viagens, Serviços gráficos e material de consumo.	50%

0054/02-00	Eng. Residente: 7.140,00 Topógrafo: 1.680,00 (data-base não indicada)	Computadores e acessórios, Instrumentos de topografia e batimetria, Veículos, Viagens, Serviços gráficos e material de consumo.	50%
0085/02-00	(Dados não disponíveis)	Computadores e acessórios, Instrumentos de topografia e batimetria, Veículos, Mobiliário e alojamento, Viagens, Serviços gráficos e material de consumo.	50%
101/04-03	Eng. Residente: 4.869,67 (mar/2004)	Veículos.	75%
0271/04-00	Eng. Residente: 4.882,22 Topógrafo: 1.337,59 (abr/2004)	Viagens, Veículos, Instrumentos de topografia.	75%
0260/04-01	Eng. Residente: 4.882,22 Topógrafo: 1.337,59 (abr/2004)	Viagens, Veículos, Instrumentos de topografia.	75%
186/2004	Eng. Residente: 4.940,05 Topógrafo: 1.353,44 (mai/2004)	Veículos, Instrumentos de topografia.	50%
19/2005	Eng. Residente: 5.035,43 Topógrafo: 1.379,56 (out/2004)	Veículos.	75%
58/05-07	Eng. Residente: 5.058,55 Topógrafo: 1.385,91 (nov/2004)	Viagens, Veículos, Instrumentos de topografia.	50%

17. Percebe-se na tabela comparativa acima que a adoção de taxas de 50% ou 75% para os custos administrativos não interfere nos salários referenciais de pessoal, os quais seguem um padrão mais correlacionado com a data base do orçamento. Na verdade, os dados demonstram com clareza a superestimativa dos custos mensais de profissionais nos editais lançados em 2002.

18. Tampouco se observa dependência entre o percentual de custos administrativos e a composição do grupo de despesas gerais. Por exemplo, os editais das concorrências 0271/04-00, 0260/04-01 e 58/05-07 trazem os mesmos itens de despesas gerais, apesar de indicarem diferentes taxas de custos administrativos.

19. Conclui-se, portanto, que a alegação da recorrente não merece prosperar. Ou seja, não se pode questionar a adequação de, no mesmo procedimento, se adotar como referência de custos de pessoal os valores constantes da Tabela de Preços de Consultoria do Dnit e assumir a alíquota indicada pela autarquia para custos administrativos, a qual, no caso concreto, correspondente a 50%.

20. Por conseguinte, compreendo que todos os argumentos submetidos por meio do recurso de reconsideração não se mostram aptos a produzir qualquer modificação no julgamento anteriormente realizado por este Tribunal.

21. Ante o exposto, este representante do Ministério Público de Contas manifesta-se parcialmente concordante com as análises efetuadas pela Serur, mas diverge em relação ao recálculo do débito, por entender inexistente o erro de premissa alegado pela recorrente. Dessa forma, propugno pelo conhecimento do recurso de reconsideração interposto pela Ecoplan Engenharia Ltda. para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o Relatório.