

TC 001.957/2009-0

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidade Jurisdicionada: Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes - Dnit, vinculado ao Ministério dos Transportes.

Responsáveis: Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87) e Construtora Sanches Tripoloni Ltda. (CNPJ 53.503.652/0001-05).

Proposta: mérito.

I) INTRODUÇÃO

Trata-se de Tomada de Contas Especial (TCE) originária do processo TC 006.415/2008-8, relativo ao Levantamento de Auditoria realizado nas obras de construção da BR-230/PA, no trecho entre Marabá e Altamira, no estado do Pará, instaurada por determinação do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, relacionada ao Contrato PD/2-009/01-00.

II) HISTÓRICO DAS AÇÕES E DELIBERAÇÕES PROFERIDAS

2. No âmbito do Fiscobras 2008, TC 006.415/2008-8, foram identificadas as seguintes irregularidades: projetos básicos deficientes; restrição ao caráter competitivo das licitações; aditamentos contratuais em limites superiores aos previstos no ordenamento jurídico; sobrepreço/superfaturamento em razão de serviços em duplicidade; e desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de "jogo de planilha".

3. Cabe ressaltar que as duas primeiras irregularidades citadas acima, foram objeto de apreciação do plenário por meio do Acórdão 2.373/2010, e os responsáveis multados com fundamento nos arts. 250, § 2º, e 268, inciso II e III, do Regimento Interno do TCU ((peça 9, p. 4-5), e atualmente o processo se encontra em fase de análise de recursos. As três últimas irregularidades supracitadas, por terem relação direta com os débitos levantados na auditoria, serão analisadas neste processo.

4. Em janeiro/2009 foi autuado o presente processo (TC 001.957/2009-0) em atenção à determinação contida no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, para apuração dos prejuízos referentes a serviços pagos e não executados, sobrepreço, superfaturamento e celebração de aditivos que alteraram a equação econômico-financeira do Contrato PD/2-009/01-00 (peça 1, p. 1-2). Também serão verificados os reflexos e a gravidade das irregularidades tratadas nos subitens 9.1.3 (acréscimos contratuais superiores ao limite permitido no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93) e 9.1.4 (desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração), ambos do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, com vistas à eventual aplicação de multa prevista no art. 57 da Lei 8443/1992 (peça 9, p. 4-5), conforme consta do item 9.5 do acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário, de setembro/2010.

5. Em abril/2009, por meio do Ofício 1005/2009/DG (pg. 9-22 da peça 1), o Dnit encaminhou ao TCU documentos e informações necessárias à individualização do débito e à citação dos responsáveis, para atender à diligência expedida no Ofício 45/2009-TCU/SECOB, de março de 2009 (peça 1, p. 8).

6. Em março/2010, conforme instrução desta Unidade Técnica (peça 1, p. 33-39), concluiu-se que, por não ter havido pagamento do item "instalação de canteiro de obra, mobilização e desmobilização", até a 16ª medição, não haveria débito e, conseqüentemente, estaria descaracterizada a irregularidade referente ao sobrepreço/superfaturamento em razão de serviços em duplicidade. Esse parecer também concluiu que não haveria como estabelecer nexos de causalidade entre a aprovação do projeto executivo e a alteração da relação econômico-financeira, por isso foi proposto o afastamento da responsabilização do Sr. Miguel Dário Ardissones Nunes Cargo?) e da empresa Maia Melo Engenharia Ltda.

7. Restou, portanto, ser examinado o débito relativo à alteração substancial da relação econômico-financeira em desfavor do erário, no valor de R\$ 7.339.300,57 (data-base em agosto/2001), e foram citados como responsáveis solidários pelo débito apurado a empresa Construtora Sanches Tripoloni Ltda., na condição de contratada, pelo aditamento que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 16, §2º, "b" da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, e o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, na condição de responsável pela formalização do 3º termo aditivo (peça 23, p. 14-15) que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da Administração.

8. Os comprovantes de ciência das citações e as alegações de defesa dos responsáveis constam dos presentes autos, conforme discriminado na tabela abaixo.

	Ciência da citação	Alegações de defesa
Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro	peça 1, p. 57; peça 2, p. 15	peça 3, p. 1-20; peça 4, p. 1-19; peça 5, p. 1-4
Construtora Sanches Tripoloni Ltda.	peça 2, p. 1-2; peça 2, p. 69	peça 5, p. 5-21; peça 6, p. 1-18; peça 7, p. 1-7; peça 8, p. 1-11; peça 9, p. 1-3

9. Sendo assim, a presente instrução tem por fim a análise das alegações de defesa dos responsáveis citados: Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e Construtora Sanches Tripoloni Ltda..

III) EXAME TÉCNICO

III.1) DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM DESFAVOR DA ADMINISTRAÇÃO, POR MEIO DE ADITIVOS CONTRATUAIS, COM DÉBITO NO VALOR DE R\$ 7.339.300,57 (DATA-BASE EM AGOSTO/2001)

10. A irregularidade se refere à alteração substancial da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-009/01-00, conforme transcrição a seguir (peça 14, p. 54-58).

(...) O desconto inicialmente proposto pelas licitantes vencedoras não foi mantido nos itens novos incluídos posteriormente. Além disso, foram diminuídos quantitativos de serviços que apresentavam desconto e aumentados os de serviços com preços acima da referência (Sicro devidamente adaptado às características da obra). A ausência de critério de aceitabilidade de preços unitários nos editais de licitação contribuiu decisivamente para a consecução desta prática tão danosa para a Administração.

(...)

Contrato: PD-02-009/01-00 (lote 2) Preços inicialmente contratados: desconto de -28,2% (R\$ 16.280.666,45 a P.I. ago/2001) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 57.714.390,54; Valor contratado = R\$ 41.433.724,09. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 79% do valor total do contrato).

Preços após alterações: sobrepreço de 2,99% (R\$ 1.411.138,32 a P.I. ago/2001) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 47.160.646,80; Valor contratado = R\$ 48.571.785,12. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 81% do valor total do contrato).

(...)

O procedimento descrito acima, conhecido por jogo de preços ou de planilha, é danoso ao Erário, uma vez que o desequilíbrio econômico-financeiro verificado ocorre em desfavor da Administração. Portanto, faz-se necessária a atuação imediata deste Tribunal no sentido de estancar os prejuízos dele advindos. A jurisprudência desta Casa é farta na recriminação desta prática, podendo-se citar como exemplo a Decisão nº 1090/2001, e os Acórdãos nº 1245/2004, 997/2004, 177/2005 e 468/2006, todos do Plenário. Assim, após determinar a anulação do procedimento licitatório que originou os contratos em comento, pelos indícios já expostos, este Tribunal deve instaurar Tomada de Contas Especial para apurar os valores pagos a maior em cada contrato em relação aos preços do Sicro, com vistas ao ressarcimento ao erário.

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO SR. MANOEL NAZARETH SANT ANNA RIBEIRO (PEÇA 3, P. 1-20; PEÇA 4, P. 1-19; PEÇA 5, P. 1-4)

11. O Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro alega em sua defesa que a celebração do contrato teria obedecido todos os preceitos legais, e que não haveria ilegalidade ou superfaturamento (peça 3, p. 2).

12. Em seguida, sustenta a prescrição para o "exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal", com base no art. 1º da Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, em razão de os fatos terem ocorrido entre os anos 2001 e 2003 e a citação ter ocorrido em 2010 (peça 3, p. 5-7), citando precedentes do STJ.

13. Adiante, acrescenta que teria ocorrido cerceamento do seu direito de defesa, sob a alegação de que, além do lapso temporal de sete anos entre os atos questionados e a instauração deste processo, esta TCE não teria especificado os fatos que constituiriam a ilegalidade, e que a citação traria apenas afirmações genéricas, acarretando dificuldades para saber que ato impugnado deveria ser enfrentado (peça 3, p. 7-8).

14. Ressalta que "(...) a presente Tomada de Contas Especial não foi instaurada no prazo estabelecido de 180 (cento e oitenta) dias da ocorrência dos atos praticados, conforme estabelecido no § 1º do artigo 1º da IN/TCU n. 13/96, o que a sujeita à responsabilização solidária da autoridade administrativa competente (...)" (peça 3, p. 8), por isso este processo deveria ser arquivado.

15. Sustenta que o Contrato PD/2-009/01-00 teria sido firmado em consonância com as normas vigentes e com base em pareceres técnicos e jurídicos, e que a irregularidade não teria sido apontada em outras auditorias por parte desta Corte de Contas, o que geraria insegurança jurídica para os gestores (peça 3, p. 9-12).

16. Argumenta que os aditamentos contratuais teriam sido fundamentados em relatórios técnicos em razão de modificações no projeto básico quando da elaboração do projeto executivo, e que essas alterações no projeto básico no curso da obra não configurariam deficiência do mesmo (peça 3, p. 13).

17. E ainda, que não teria ocorrido o desequilíbrio econômico-financeiro, pois os preços dos serviços aditados seriam os mesmos contratados, portanto, não caberia ao manifestante "demonstrar a ausência de irregularidade", e que a elaboração dos aditivos teriam sido de responsabilidade da equipe técnica da autarquia (peça 3, p. 15-17).

18. O manifestante sustenta que teria constituído a comissão de licitação para elaboração do edital e que esse edital teria sido analisado pela Procuradoria Regional do Dnit (peça 3, p. 18). Assim, caberia ao manifestante apenas a chancela do aspecto formal da licitação (peça 3, p. 19).
19. Alega também que no Edital de Licitação teria utilizado o sistema de referência Sicro1, e que o TCU teria utilizado o Sicro2, com metodologia e composições de preços unitários diferentes do primeiro sistema referencial de preços (peça 4, p. 1).
20. Além disso, afirma que os sistemas referenciais poderiam não corresponder à realidade da obra ou serviço a ser realizado, e o lapso de tempo transcorrido entre a contratação e a fiscalização do TCU tornariam imprecisos os cálculos.
21. Sustenta também que não teriam sido ouvidos os engenheiros residentes do Dnit, tampouco os fiscais das obras, o que impediria a conclusão de que o contrato teria sido danoso à Administração (peça 4, p. 5), carecendo os autos de provas acerca do débito apontado.
22. Mais adiante, o manifestante alega que não seria o ordenador de despesas, e que teria como procedimento encaminhar os Boletins de Desempenho da Obra e as medições para a sede do Dnit, em Brasília, para apreciação da chefia (peça 4, p. 6-9).
23. Prosseguindo, afirma que feriria o princípio da segurança jurídica o fato de a Administração, a qualquer tempo, revisar contratos há muito interrompidos. Assim, em razão da demora na instauração da TCE, seria presumível a legitimidade dos atos praticados, o que vincularia a Administração às decisões desta Corte de Contas que antecederam ao TC 006.415/2008-8 (peça 4, p. 17).
24. Conclui que "(...) Pela análise de todos os fatos ocorridos e acima expostos, verifica-se que ficou comprovada a boa-fé (...)" (peça 5, p. 1), e que não lhe seria exigível conduta diversa.

Da análise

25. Inicialmente o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro sustenta a legalidade da celebração do contrato. No entanto não é o que se observa, pois, em auditoria por parte desta Corte de Contas, foram identificadas também as irregularidades de restrição ao caráter competitivo e de deficiência de projeto, contrariando dispositivos da Lei de Licitações. Ressalta-se que essas irregularidades foram objeto de análise e aplicação de multa ao responsável no âmbito do processo TC 006.415/2008-8, que se encontra em fase de análise de recursos.
26. Quanto à alegação de prescrição da ação punitiva, tanto a Lei 9.873/1999 quanto os precedentes apresentados pelo manifestante se referem ao exercício do poder de polícia da Administração sobre seus administrados, e não se aplica à atividade constitucional de controle exercida pela Administração, entendimento esposado no Acórdão 1.241/2010-TCU-Plenário, e bem apresentado em análise de recurso no âmbito do TC 006.415/2008-8 (peça 27, p. 4-5).

(...)

8.1. Análise: Tanto a Lei quanto os precedentes apresentados pelo recorrente referem-se a normas que regulam a relação da Administração e seus administrados, no exercício do poder de polícia daquela sobre estes.

8.2. No caso em tela, trata-se de relação da Administração, no exercício da função constitucional de controle, e seus agentes públicos com funções administrativas, para a qual não se aplica prescrição da Lei 9.873/99.

8.3. A jurisprudência desta Corte é pacífica em relação à matéria, tendo sido recentemente revisitada pelo Acórdão 1241/2010-TCU-P, nos seguintes termos:

'11.1 Quanto à prescrição, em cinco anos, da ação punitiva da Administração Pública Federal anos suscitada pelo Projeto Ação em Vida, transcrevo excerto do Voto condutor do Acórdão 71/2000 - Plenário:

Mais recentemente, a Lei nº 9.873, de 23/11/99, estabeleceu o prazo de cinco anos para a prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, no exercício de poder de polícia. O Analista, invocando as lições proferidas por renomados doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Prieto (Direito Administrativo[...]), destaca que 'o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. A administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia, ...que é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público'.

Assim, as prerrogativas judicantes atribuídas a esta Corte não têm como fundamento o exercício do poder de polícia, mas sim o exercício de atividades de controle externo, de previsão constitucional.' [...]

8.4. Do mesmo modo, a jurisprudência da Corte de Contas afasta a aplicabilidade do referido Decreto às ações de Controle, como se pode observar no voto condutor do Acórdão 709/2008-TCU-P:

'Com relação ao Decreto n.º 20.910/1932, cabe assinalar que a prescrição quinquenal ali prevista tem como objeto as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal. No caso presente, a União representa o pólo ativo, e não o passivo, não se aplicando, por conseguinte, a prescrição quinquenal indicada no referido normativo.' [...]

8.5. Não obstante ainda inexistir qualquer disposição expressa em lei específica fixando a prescrição da pretensão punitiva em sede de controle, poder-se-ia utilizar a disposição genérica de prescrição do Código Civil: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor". Tal posicionamento encontra-se defendido em alguns precedentes desta Corte, como se observa no mesmo Acórdão citado no item anterior:

'A propósito, inexistindo, na esfera de atuação do TCU, lei específica que trate de prazos prescricionais relativos a atos de que resultem dano ao erário, a jurisprudência do Tribunal tem buscado harmonizar a aplicação subsidiária das disposições legais ordinárias com o preceito contido no art. 37, § 5º, da Constituição, in verbis:

[...]

Nesse contexto, o entendimento predominante nesta Casa antes da edição do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002) era o de que se aplicava às situações a regra do art. 177, c/c o art. 179, do Código Civil anterior, qual seja, a da prescrição vintenária (v.g. Acórdãos 08/1997-2ª Câmara, 11/1998-2ª Câmara, 210/1999-1ª Câmara, 71/2000-Plenário).

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, o Tribunal vem firmando entendimento no sentido de que se aplica às dívidas apuradas em processos de contas o comando geral fixado no art. 205 do atual Código ('A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor'), observada a regra de transição prevista no art. 2.028 ('Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada') da mencionada norma (cf. Acórdãos 1.727/2003, 1.538/2004 e 83/2005, todos da 1ª Câmara, e 53/2005 da 2ª Câmara).

28.1. Desse modo, considerando que o convênio em debate teve sua execução em 2001 e que a prescrição válida às dívidas apuradas em processos de contas no âmbito do TCU é a decenária, não há que se falar na prescrição deste feito.'

8.6. No entanto, como está fixada em dez anos, e os fatos imputados ao recorrente teriam ocorrido seis anos antes da sua oitiva, em nada favorece ao recorrente.

(...)

27. Em relação ao suposto cerceamento do direito de defesa, entende-se que a afirmação não se sustenta, pois a irregularidade questionada se encontra discriminada às páginas 34 e 41 da peça 1, e é corroborada com as planilhas demonstrativas às páginas 12-13 da peça 24, não havendo dúvida quanto ao ato impugnado, conforme excertos abaixo.

(...)

Contrato: PD-02-009/01-00 (lote 2) Preços inicialmente contratados: desconto de -28,2% (R\$ 16.280.666,45 a P.I. ago/2001) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 57.714.390,54; Valor contratado = R\$ 41.433.724,09. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 79% do valor total do contrato).

Preços após alterações: sobrepreço de 2,99% (R\$ 1.411.138,32 a P.I. ago/2001) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 47.160.646,80; Valor contratado = R\$ 48.571.785,12. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 81% do valor total do contrato).

(...) (peça 1, p. 34)

(...) Ato impugnado: aprovação de alterações contratuais que desequilibraram, de forma desfavorável ao erário, a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida no Contrato nº PD/2-09/01-00, causando o dano abaixo descrito, por mio de 'jogo de planilha' (acréscimo de itens com sobrepreço e/ou diminuição dos com subpreço)

(...) (peça 1, p. 41)

28. A alegação de intempestividade da instauração da TCE com base no art. 1º, §1º, da IN/TCU 13/96 deve ser refutada, pois o dispositivo da norma citada caracteriza infração pela não adoção de providências com vistas ao ressarcimento ao erário, sujeitando a autoridade administrativa à imputação de sanção. Assim, o §2º desse mesmo artigo 1º estabelece que, esgotadas as medidas administrativas cabíveis, deverá ser instaurada a TCE, e o §3º prescreve que, se não cumprido o disposto no §2º, o TCU determinará a instauração da TCE, que ocorreu no presente caso.

29. Para a alegação de que o Contrato PD/2-009/01-00 estaria de acordo com as normas jurídicas, e a irregularidade não teria sido suscitada em auditorias anteriores, ressalta-se que não houve manifestação do Sr. Manoel no sentido de afastar a essa irregularidade, tampouco foram apresentados os alegados exames que tais procedimentos teriam recebido por parte do TCU. Frise-se que, mesmo que essa irregularidade já houvesse sido tratada pelo TCU, seria admitida a reapreciação no âmbito desta Corte, conforme disposto no voto que fundamenta o Acórdão 136/1995-Plenário-TCU. Porém não é isso que ocorre no presente caso

(...) Preliminarmente, quero deixar assente que comungo do entendimento defendido pelo digno Representante do "parquet" especializado quanto à preliminar suscitada pelo defendente. 2. Não seria demais lembrar, nesta oportunidade, que ganha relevo na doutrina pátria corrente administrativa que sustenta que o Tribunal de Contas da União não exerce jurisdição judicial, mesmo quando no exercício do julgamento das contas. Nesse sentido, mestres como José Cretella Júnior, Celso Antônio Bandeira de Mello e José Afonso da Silva, dentre outros, defendem possuir esta Casa jurisdição meramente técnico-administrativa. 3. E assim sendo, força convir que a denominada "coisa julgada administrativa" não tem o alcance da "coisa julgada judicial". Nesse mister, a "coisa julgada administrativa" limita-se ao caso apreciado e extingue-se com o encerramento deste. Ou seja, apenas não se pode reabrir processo para julgá-lo de forma diferente, com arrimo nos mesmos fatos já conhecidos. 4. Contudo, pelo "princípio da verdade material" que deve nortear os processos administrativos, pode a autoridade processante ou julgadora, até o julgamento final, "conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela." (Helly Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 1989, pag. 584). 5. Observe-se, a propósito, o que diz a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores: "As decisões em processos administrativos não têm os efeitos de coisa julgada" (STF, em RDA, 1:551) "As decisões administrativas não constituem coisa julgada" (TFR, em RDA, 15:98) 6. Assim, entendo espancadas as dúvidas quanto à possibilidade de ser a matéria reapreciada pelo Tribunal. (...)

30. Em relação ao fato de haver pareceres técnicos e jurídicos, esses pareceres não foram acostados aos autos, e, mesmo que eles tivessem sido favoráveis à adjudicação do contrato, o ato de

homologação do certame não se trata de ato meramente formal, porquanto pressupõe o dever de o gestor avaliar a legalidade e a legitimidade de todo o processo licitatório que lhe é submetido, não devendo ser acolhida essa argumentação, conforme entendimento constante do voto que fundamenta o Acórdão 3.389/2010-TCU-Plenário, transcrito abaixo.

(...)

9. Ademais, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que não deve prosperar a pretensão do gestor de imputar todas as irregularidades praticadas nos certames licitatórios inquinados à comissão de licitação, esquecendo-se de que, ao homologar os atos praticados, a eles vinculou sua responsabilidade, reconhecendo-os como válidos (v.g. Acórdãos n.ºs 195/2004, ratificado pelo 681/2005, e 58/2005, ratificado pelo 1.851/2005, todos do Plenário).

(...)

31. Além de o ato de homologação da licitação não ser ato meramente formal, é importante registrar que o ora manifestante é engenheiro civil graduado (peça 28, p. 1-2), e que a manutenção do desconto obtido pela Administração na licitação está ao alcance dos conhecimentos e possibilidades esperados de um gestor médio, com as qualificações técnicas do manifestante, conforme bem demonstra a análise de recurso apresentado pelo Sr. Manoel Nazareth no âmbito do TC 006.415/2008-8 (peça 27, p. 5-6), não podendo se socorrer do precedente citado à página 20 da peça 3.

(...)

Registre-se que consta no currículo do recorrente que ele é engenheiro civil, formado pela Universidade Federal do Pará, com vasta experiência na gestão da coisa pública, inclusive na área de transportes, tendo exercido a direção da Secretaria de Transportes do Estado do Pará, de 1989 a 1990, e a chefia do Gabinete Civil do Governo do Estado do Pará, em 1991 a 1994, bem como exercido mandatos na Comissão de Transportes da Câmara dos Deputados, como titular, entre 1979 a 1994 (http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/parlamentaresconstituintes/constituicao20anos_bioconstituintes?pk=103792).

(...)

32. A alegação de que não haveria desequilíbrio econômico-financeiro em razão de os preços dos serviços objetos do aditivo contratual terem sido os mesmos contratados não aproveitada ao manifestante, pois, o desequilíbrio econômico-financeiro é decorrente principalmente do aumento de quantitativos em itens com sobrepreço e redução em itens com desconto.

33. Para a determinação do desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, estabeleceu-se o ponto de equilíbrio inicial, para o qual se comparou o valor total contratado da amostra (parte "A" da curva "ABC") com o valor total de referência calculado pelo TCU para essa mesma amostra, e se obteve o desconto inicial em relação ao valor total de referência calculado. Após o aditivo contratual, calculou-se novamente esse ponto de equilíbrio, e a comparação entre o ponto de equilíbrio inicial e o que se obteve após o aditamento contratual demonstrou que o novo ponto de equilíbrio foi desfavorável à Administração Pública. Dessa forma, o desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, "jogo de planilhas", decorreu de exclusões ou reduções de quantitativo de itens que apresentavam desconto e acréscimos de itens com sobrepreços, todos em relação aos preços unitários de referência.

34. Assim, a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração é evidente, haja vista que o Contrato PD/2-009/01-00 apresentava desconto de 28,21% em relação à referência (Sicro, Região Norte, agosto/2001) (peça 24, p. 12) e passou a apresentar sobrepreços de 2,99%, após o 3º termo aditivo contratual (peça 24, p. 13). Importa destacar que o edital de licitação não previa critério de aceitabilidade de preços unitários.

35. A alegação de que o manifestante teria constituído comissão de licitação para a elaboração do edital e que lhe caberia apenas a chancela formal da licitação, não deve ser acolhida, pois se entende que o ato de homologação da licitação para adjudicação é o ato em que o gestor ratifica o procedimento licitatório, portanto, compete ao responsável pela homologação verificar a legalidade dos atos praticados no certame, não se tratando apenas de ato formal, conforme entendimento esposado no Acórdão 681/2005-TCU-Plenário: "(...) não há como o (...) furtar-se à responsabilidade pela lisura do processo licitatório. Ao homologar a licitação ele esta validando os atos praticados pela CPL (...)".

36. Na manifestação é informado ainda que o orçamento do edital teria sido baseado no Sicro1, enquanto o TCU teria utilizado o Sicro2 como referência, e que esses sistemas de preços teriam metodologias e composições diferentes entre si. Em que pese o edital ter utilizado o Sicro1, tabela de dezembro/1999, a proposta da contratada é de agosto/2001, data-base utilizada para pagamento dos reajustes contratuais, conforme histórico de medições (peça 1, p. 12). Assim, entende-se que é correta a utilização do Sicro2, Região Norte, data-base de agosto/2001, pois, utilizou-se o sistema referencial de preços oficial do Dnit, com preços cotados para a mesma região da obra e com a data-base do contrato.

37. Então, considerando o Sicro2, Região Norte, de agosto/2001, estabeleceu-se o valor paradigma a partir das composições de preços unitários de referência, e comparou-se esse valor paradigma com os valores do contrato antes e após o termo aditivo, demonstrando-se que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato inquinado se alterou de um desconto inicial de 28,2% para um sobrepreço de 2,99%, após o 3º aditamento, representando uma variação de 31,2% entre a situação de equilíbrio do contrato inicialmente contratada e a situação após o 3º aditamento (peça 29, p. 1-2).

38. Para demonstrar a correção da análise feita por esta Unidade Técnica do TCU, a partir da mesma curva "ABC" de serviços e dos preços unitários do Edital 237/01-02, baseados no Sicro1 de dezembro/99, obtém-se que o contrato apresentava desconto de 4,44% em relação ao orçamento do edital e passou a apresentar o sobrepreço de 33,91%, após o 3º aditivo, o que representa uma variação de 38,35% entre a situação de equilíbrio inicialmente contratada e a situação após o 3º aditamento, superior ao obtido na análise da auditoria (31,2%) (peça 29, p. 1-2).

39. Assim, o desequilíbrio econômico-financeiro calculado tendo como referência os preços unitários do Edital 237/01-02 ratifica o valor do débito inicialmente apurado, conforme apresentado na tabela abaixo. Portanto, mesmo que a referência do Sicro2, Região Norte, agosto/01, não fosse a mais adequada, o que não é verdade, isso não alteraria a situação fática de que houve a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, configurando o "jogo de planilhas".

		Contrato x Sicro2 - Ago/01	Contrato x Edital - Dez/99
Descontos inicialmente apresentados em relação às referências Sicro-Ago/01 e Edital-Dez/99			
Valor inicial do Contrato PD/2-009/01-00	[1]	41.433.724,07	41.433.724,07
Valor de referência calculado	[2]	57.714.390,53	43.358.542,33
Percentual de desconto calculado	D=([1]+[2])/ [2]	-28,21%	-4,44%
Sobrepreços apresentados, após o 3º termo aditivo, em relação às referências Sicro-Ago/01 e Edital-Dez/99			



Valor do Contrato PD/2-009/01-00 após o 3º termo aditivo	[3]	48.571.792,81	48.571.792,81
Valor de referência calculado após o 3º termo aditivo	[4]	47.160.651,75	36.272.713,55
Percentual de sobrepreço calculado	$S = \frac{([3] + [4])}{[4]}$	2,99%	33,91%
Variação na situação de equilíbrio econômico-financeiro	(D+S)	31,20%	38,35%

40. Portanto, a alegação de que os sistemas referenciais não poderiam corresponder à realidade da obra ou serviços também não é sustentável, pois, conforme demonstrado, foi utilizado o sistema referencial de preços oficial do Dnit, com preços cotados para a mesma região da obra.

41. Quanto à afirmação de que não teriam sido ouvidos os engenheiros residentes do Dnit, nem os fiscais dessa autarquia, e de que o alegante não seria ordenador de despesas, cumpre destacar que sua responsabilização pelo desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-009/01-00 decorre de ato próprio do ora manifestante de assinatura do termo aditivo (peça 23, p. 14-15) que gerou o desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, não cabendo acolher sua alegação. Frise-se que o próprio manifestante aprovou o projeto básico deficiente (peça 20, p. 9) e assinou o contrato (peça 21, p. 26-30), bem como o termo aditivo.

42. Para a suposta afronta à segurança jurídica e à presunção de legitimidade dos atos praticados em razão do decurso do tempo, vinculando a Administração às decisões do TCU já proferidas, não se vislumbra qualquer prejuízo à ampla defesa, visto que os documentos para exame do caso encontram-se nestes autos e devidamente arquivados na autarquia, e não foram apresentadas as decisões do TCU, anteriores ao TC 006.415/2008-8, acerca dessa irregularidade.

43. Com relação à alegação de boa-fé, esta não foi devidamente demonstrada pelo defendente.

44. Relativamente a esse aspecto, o Plenário do TCU sedimentou entendimento de que, se tratando de processos atinentes ao exercício do controle financeiro da Administração Pública, tal como o que ora se examina, a boa-fé não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos.

45. Tal interpretação decorre da compreensão de que, relativamente à fiscalização dos gastos públicos, privilegia-se como princípio básico a inversão do ônus da prova, pois cabe ao gestor comprovar a boa aplicação dos dinheiros públicos sob sua responsabilidade.

46. Nesse contexto, e após exame da documentação acostada aos autos, não há como se vislumbrar a boa-fé na conduta do responsável. Com efeito, não alcançou ele o intento de comprovar a aplicação de parte dos recursos da Administração, restringindo-se a apresentar alegações improcedentes e incapazes de elidir a irregularidade cometida.

47. São nesse sentido os Acórdãos 1.157/2008, 1.322/2007 e 860/2009, todos do Plenário do TCU, e Acórdãos 337/2007, 1.495/2007, 213/2002 e 2.368/2007, todos da 1ª Câmara do TCU.

48. Portanto, conclui-se pelo não acolhimento das alegações de defesa do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro em razão dos motivos expostos acima.

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DA CONSTRUTORA SANCHES TRIPOLONI LTDA. (PEÇA 5, P. 5-21; PEÇA 6, P. 1-18; PEÇA 7, P. 1-7; PEÇA 8, P. 1-11; PEÇA 9, P. 1-3)

49. A empresa Sanches Tripoloni Ltda. alega que não teria ocorrido "jogo de planilhas" no Contrato PD/2-009/01-00, e sim equívoco na análise desta Secretaria Especializada de Fiscalização,

pois a análise teria considerado apenas parte dos itens da planilha de custos unitários, os preços unitários de referência utilizados seriam do Sicro2, e as alterações teriam ocorrido no terceiro termo aditivo (peça 5, p. 6-7).

50. Adiante, acrescenta que teriam sido utilizados como referência os preços da tabela Sicro2, data-base em agosto/2001, quando estaria previsto no item 18.1 do Edital que deveriam ser os do "Sicro Região Norte", e que o Sicro2 não existia à época da licitação, não podendo ser utilizado como referência (peça 5, p. 8-9).

51. Apresenta o parecer elaborado pela empresa C Sampaio Engenharia Ltda. (peça 5, p. 21; peça 6, p. 1-18; peça 7, p. 1-17; peça 8, p. 1-11; peça 9, p. 1-3) no qual é relacionado o percentual de desconto calculado pela auditoria (28,21%) com o percentual de desconto calculado a partir dos valores do edital corrigidos até agosto/2001 (21,35%), alegando que o desconto a ser considerado pelo TCU deveria ser de 6,35% (28,21% - 21,35%), e informando que o desconto oferecido pela manifestante seria de 6,22%, o que demonstraria ser inadequada a comparação feita por este Tribunal (preços contratuais x Sicro2) (peça 5, p. 9-10).

52. Também é alegado que o 3º termo aditivo teria sido assinado em 10/7/2002, e que deveria produzir efeitos apenas a partir desta data, ou seja, sobre as medições 12 a 16 (peça 6, p. 14-16). Argumenta que o débito calculado pela Secob (R\$ 7.339.300,57) representaria 72,83% do total das medições (com datas de pagamento posteriores a 10/7/2002) utilizadas para o cálculo do débito (R\$ 10.076.475,34) (peça 6, p. 17).

53. Afirma que o cálculo do débito apresentado pela Secob careceria de elementos para a compreensão do raciocínio utilizado, e que o débito estaria incorreto (peça 7, p. 1-3).

54. Questiona também a atualização do débito apresentada na citação, onde alega que a cobrança de juros de 1% ao mês só poderia ser aplicado a partir do novo Código Civil, em 12/1/2003, e não haveria mora que justificasse a aplicação de juros (peça 6, p. 18).

55. Informa ainda que o desconto global oferecido pela empresa manifestante seria de 6%, e não teria sido de forma linear em todos os itens da planilha orçamentária, baseado no critério de julgamento do certame que visaria o menor preço global. Assim, não poderia ser aplicado o desconto linear de 28,2% calculado pela auditoria desta Corte de Contas (peça 5, p. 10-11).

56. A manifestante alega também que o contrato não teria apresentado sobrepreço de 2,99% após os aditamentos contratuais, pois as composições de preços unitários adotadas pela Secob teria considerado o BDI (Benefício e Despesas Indiretas) de 32,8%, enquanto a Sanches Tripoloni Ltda. teria adotado o percentual de 41,5% em suas composições. E, considerando o BDI de 41,5% nas composições da Secob, o Contrato PD/2-009/01-00 apresentaria desconto de 1,53% após o 3º termo aditivo (peça 5, p. 12-13).

57. Mais à frente, alega que não teriam sido considerados para o cálculo do débito alguns serviços não executados e cita como exemplo o item "concreto betuminoso usinado a quente". Que o "jogo de planilhas" deveria considerar a relação entre a situação inicial do contrato com o efetivamente executado até a 16ª medição (peça 5, p. 14-15).

58. Argumenta que não haveria superfaturamento, e a Secob estaria imputando à contratada a responsabilidade pela insuficiência de quantitativos decorrente de deficiências no projeto básico. Que o fato de existir a planilha orçamentária do edital para avaliar as propostas apresentadas não vincularia os licitantes aos preços desse edital. E que a contratada teria de aceitar as alterações contratuais com base no art. 65, §1º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (peça 5, p. 15-16).

59. Conclui com a informação de que haveria por parte da contratada a presunção de legalidade do ato contratual, fundada no rol dos princípios da confiança legítima e da boa-fê, que, por isso, não restaria outra opção senão a assinatura do termo aditivo ao contrato (peça 5, p. 16-18).

Da análise

60. A alegação da empresa Sanches Tripoloni Ltda. de que não teria ocorrido "jogo de planilhas" e sim equívoco na análise da auditoria não merece ser acolhida, pois as tabelas apresentadas às páginas 12-13 da peça 24 não deixam dúvidas quanto à alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, nas quais é demonstrado que o Contrato PD/2-009/01-00 apresentava um desconto inicial de 28,21% em relação aos preços de referência (Sicro2, Região Norte, agosto/2001), e passa a apresentar um sobrepreço de 2,99% em relação aos mesmos preços de referência (Sicro2, agosto/2001), após a aprovação do 3º termo aditivo.

61. Entende-se também ser correta a utilização da tabela do Sicro2, Região Norte, data-base de agosto/2001, como referência, pois, utilizou-se o sistema de referência oficial do Dnit, da região onde ocorreu a obra, com a data-base da proposta da contratada (peça 21, p. 10-25), que também foi utilizada como base para o pagamento dos reajustes contratuais, conforme histórico de medições (peça 1, p. 12).

62. Para avaliar a metodologia utilizada na auditoria, adotou-se como referência os preços unitários do Edital 237/01-02, dezembro/1999, e a mesma curva "ABC" de serviços. Pode-se observar que o contrato apresentava desconto de 4,44% (peça 29, p. 1), inicialmente, e passou a apresentar sobrepreço de 33,91% após o 3º termo aditivo (peça 29, p. 2), ambos em relação aos preços unitários do edital.

63. Fica, portanto, demonstrado que o desequilíbrio econômico-financeiro de 38,35% calculado tendo como referência os preços unitários do Edital 237/01-02 ratifica o percentual de alteração na situação do contrato de 31,2% calculado na auditoria, com base no Sicro2 (peça 29, p. 3).

64. Sendo assim, mesmo que a referência do Sicro2, agosto/01, não fosse a mais adequada, o que não é verdade, isso não alteraria a situação fática de que houve a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, configurando o "jogo de planilhas".

65. Quanto à utilização de apenas parte dos itens da planilha de custos unitários, entende-se correta a análise da Secob, pois foram utilizados os serviços constantes da parte "A" da curva "ABC", ou seja, os serviços mais relevantes cujo valor total representa cerca de 80% do valor global do objeto em análise. Ressalta-se que essa metodologia da curva "ABC" se baseia no princípio de Pareto, no qual 20% dos itens representam 80% do custo total da obra, e é consagrada e amplamente utilizada por parte desta Corte de Contas.

66. A alegação de que o 3º termo aditivo teria sido assinado em 10/7/2002 e deveria produzir efeitos somente a partir desta data não pode ser aceita, pois a alteração formalizada com o 3º termo aditivo produz reflexo em todo o contrato, alterando a situação inicialmente contratada, com desconto de 28,21% em relação ao paradigma de referência, para uma situação com sobrepreço de 2,99% em relação à mesma referência, Sicro2, Região Norte, agosto/2001.

67. Também não procede a alegação de que o débito calculado representaria 72,83% das medições com datas de pagamento posteriores à assinatura do termo aditivo (10/7/2002) utilizadas para calcular o débito, pois o débito de R\$ 7.339.300,57 se refere ao valor necessário para reestabelecer a situação de desconto inicialmente contratada aos serviços efetivamente executados até a 16ª medição, e seu reflexo deve ser relacionado com o total medido e pago (R\$ 20.622.716,40, a PI, sem reajustes), o que representa a restituição ao erário de 35,6% do que foi pago, a preços iniciais (PI), e não 72,83%, como alegado.

68. É importante destacar que os serviços efetivamente executados que compõem a parte "A" da curva "ABC" totalizam R\$ 17.294.530,10 (PI), e que R\$ 12.199.912,44 (71% do valor medido) é relativo a serviços que apresentam sobrepreço em relação ao respectivo preço unitário de referência,

Sicro-ago/01. Esse valor seria ainda maior, de R\$ 13.054.177,66 (75% do valor medido), se fossem considerados como referência os preços unitários do edital, dez/1999 (peça 29, p. 4).

69. A manifestante alega ainda falta de clareza no cálculo do débito por parte da Secob, que foi feito nos seguintes termos (peça 1, p. 37):

26. Com a 16ª medição, considerando-se as quantidades dos serviços selecionados na faixa A da Curva ABC, verificou-se que a soma atestada pelo Dnit correspondeu ao total medido de R\$ 17.294.530,16 a PI, data base agosto 2001 (...). Com essa mesma medição, pode-se apurar o valor referencial de R\$ 13.867.153,63 (PI), a partir das quantidades atestadas. Melhor dizendo, sem considerar o desconto inicial de 28,21% obtido com a licitação, verifica-se superfaturamento de R\$ 3.427.376,53(PI).

27. Para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato inicialmente pactuado, esse superfaturamento torna-se mais expressivo ao se deduzir do valor referencial de R\$ 13.867.153,63 (PI) o desconto inicial de 28,21% (...), obtido do processo licitatório. O novo valor referencial passa a ser de R\$ 9.955.229,59, data base agosto 2001.

28. Com isso, o débito a preços iniciais passa a ser de R\$ 7.339.300,57, resultado da diferença entre o valor total medido de R\$ 17.294.530,16 e a referencia final de R\$ 9.955.229,59 (PI).

(...)

30. Ressalta-se que a metodologia escolhida, na presente instrução, para o cálculo do superfaturamento advindo de “jogo de planilhas” foi o Método do Desconto, procedimento descrito no Acórdão nº 1.755/2004 – Plenário.

70. Pode-se observar que o cálculo acima buscou restabelecer a situação econômico-financeira inicialmente contratada com a aplicação da metodologia descrita no Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário aos serviços efetivamente executados até a 16ª medição. Esse método do desconto utilizado para calcular o débito segue a linha adotada nos Acórdãos 1.650/2006, 1.757/2008, 1.767/2008, 511/2009, 1.441/2009, 73/2010 e 1.200/2010, todos do Plenário do TCU. Dessa forma, não procede a alegação de falta de elementos para a compreensão do raciocínio utilizado no cálculo do débito.

71. Ressalta-se que os serviços executados até a 16ª medição representam a situação final do contrato, pois esse contrato foi suspenso em janeiro/2003 e rescindido em 2/4/2009.

72. A apropriação do débito foi linear a partir dos pagamentos ocorridos após 10/7/2002, data da assinatura do 3º termo aditivo (peça 1, p. 27), ou seja, dividiu-se o total do débito a preços iniciais (PI) pelo total dos pagamentos efetuados após 10/7/2002, a partir dessa razão, calculou-se o débito proporcional a cada pagamento com data posterior a julho/2002. Considerando o art. 210, §1º, inciso I e II do RI/TCU, entende-se correta e conservadora essa forma de apropriação, mantendo-se o débito calculado (peça 1, p. 27), pois, a apropriação com base em todos os pagamentos implicaria em correção monetária e juros deste a primeira medição.

73. Em respeito ao princípio da verdade material dos fatos, reconhece-se que, apesar de compor a taxa de BDI da contratada, o item referente à instalação de canteiro de obras deveria fazer parte da planilha orçamentária como custo direto. Nesse caso, pressupõe-se que o canteiro tenha sido construído, e que seja razoável manter a remuneração inicialmente contratada para o canteiro de obras, no valor de R\$ 1.440.391,95, referente ao percentual do BDI correspondente ao canteiro (peça 5, p. 13), ou seja, 2,75% do valor inicial do contrato (R\$ 52.377.889,01).

74. Assim, para manter o pagamento do canteiro de obras, deduziu-se do total do débito o valor do canteiro de obras não pago em função de o contrato contar com 34,26% de execução até a 16ª medição, conforme apresentado abaixo.

Total do Contrato PD/2-009/01-00, após aditivo	[1]	60.193.507,53
Total dos serviços executados (acumulado até a 16ª medição)	[2]	20.622.716,40
% executado e pago	[3]=[2]/[1]	34,26%
Total do canteiro (2,75% do valor inicial do contrato)	[4]	1.440.391,95
Valor do canteiro já pago (acumulado até a 16ª medição)	[5]=[4]x[3]	493.488,35
Valor do canteiro não pago	[6]=[4]-[5]	946.903,60
Valor do débito (PI)	[7]	7.339.300,55
Valor do débito (PI), deduzido da parcela não paga do canteiro	[8]=[7]-[6]	6.392.396,95

75. Em que pese a manifestante não ter solicitado a manutenção do pagamento do canteiro de obras, entende-se que é pertinente esse ajuste para manter a coerência nas decisões do TCU em face do reconhecimento do pedido feito no âmbito do TC 001.958/2009-8.

76. Portanto, o valor do débito, com a dedução do valor ainda não pago referente a canteiro de obras, é de R\$ 6.392.396,95, a preços iniciais (PI), e de R\$ 6.468.339,18, com os reajustes contratuais (PI+R), conforme cálculo analítico à página 1 da peça 30, e resumo a seguir. O débito, a preços iniciais (PI), foi apropriado de forma linear e proporcional aos pagamentos com datas posteriores ao aditamento contratual que causou o desequilíbrio econômico-financeiro.

Data Pagamento	Valor Pago	Valor do Débito (PI)	Valor do Débito (PI+R)
6/11/2001	1.603.133,73	-	-
7/3/2002	4.692.034,25	-	-
20/12/2001	1.000.000,00	-	-
25/3/2002	2.300.889,29	-	-
10/1/2002	650.293,99	-	-
13/6/2002	299.889,80	-	-
7/11/2002	160.260,73	101.667,51	101.667,51
12/8/2002	39.392,08	24.989,87	24.989,87
10/10/2002	7.637,07	4.844,87	4.844,87
11/10/2002	1.600,15	1.015,12	1.015,12
12/9/2002	2.033.634,32	1.290.113,60	1.290.113,60
23/10/2002	2.962.618,59	1.879.450,25	1.879.450,25
25/11/2002	2.000.017,68	1.268.787,60	1.268.787,60
30/5/2003	1.963.648,84	1.085.069,76	1.085.069,76
11/7/2003	290.720,56	160.645,88	160.645,88
11/7/2003	166.916,75	95.282,93	105.890,01
12/5/2004	700.053,08	388.580,67	444.105,41
12/5/2004	112.363,13	64.287,38	71.281,84
18/6/2004	48.042,32	27.661,54	30.477,48
	21.033.146,36	6.392.396,95	6.468.339,18

77. A manifestante contesta também a taxa de juros de 1%, que, segundo ela, só poderia ser aplicada a partir do novo Código Civil Brasileiro, em 12/1/2003, no entanto, esse juro está de acordo com o item 8.2 da Decisão 1.122/2000-TCU-Plenário e nos termos do art. 59 da Lei 8.383/1991, norma vigente e aplicável aos débitos em mora para com a Fazenda Nacional. Portanto,

a taxa de juros de 1% aplicada ao débito apurado pelo TCU está fundamentada em normas vigentes e a mora restou configurada a partir do fato gerador do dano, ou seja, do pagamento dos serviços com sobrepreço decorrente de "jogo de planilha".

78. Em relação à alegação de que teria oferecido desconto global de 6% e que não poderia ser aplicado o desconto linear de 28,2%, conforme calculado pela auditoria, ela não deve ser acolhida, haja vista que esse desconto de 6% calculado pela manifestante (peça 7, p. 9-13) não tem o condão de afastar a irregularidade ora questionada, pois não foi considerada a situação final do contrato, após o 3º termo aditivo, com base na mesma referência, para se verificar a variação do equilíbrio econômico-financeiro. Cabe ressaltar que a metodologia utilizada por esta Unidade Especializada não aplicou o desconto de 28,2% linearmente aos itens de serviços, mas sim sobre o total das medições pagas com o intuito de reestabelecer a situação de equilíbrio econômico-financeira inicialmente contratada.

79. Quanto à alegação de que a Secob teria adotado em suas referências de preços unitários o BDI de 32,8%, enquanto a contratada adotara 41,5%, entende-se que o preço de referência é composto dos custos unitários acrescidos do BDI de referência. Como os preços de referência adotados (Sicro2, Região Norte, agosto/2001) foram os mesmos tanto na situação inicial do contrato, quanto após o 3º termo aditivo, a substituição do BDI a ser aplicado aos custos de referência não modificaria a conclusão de que houve alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da Administração. Isso é demonstrado quando se utiliza como referência os preços unitários do orçamento base do Edital 237/01-00, data-base dezembro/1999, e se mantém a conclusão pela ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração (peça 29, p. 1-3).

80. Para a alegação de que não teriam sido considerados no cálculo do débito os serviços que não foram executados, e que o "jogo de planilhas" deveria considerar os serviços efetivamente executados, destaca-se que o desconto inicial foi calculado com base nos preços unitários de referência dos serviços mais relevantes do contrato, conforme metodologia da curva "ABC", e o cálculo do débito foi com base nos serviços efetivamente executados até a 16ª medição e na metodologia do desconto descrita no Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário.

81. Para o cálculo do débito com base nos serviços efetivamente executados, calculou-se o valor de referência para esses serviços (R\$ 13.867.153,63) e subtraiu-se desse valor o desconto de 28,21%, obtendo-se o novo valor de referência já com o desconto oferecido inicialmente pela contratada (R\$ 9.955.229,59). A diferença entre esse valor de referência com desconto (R\$ 9.955.229,59) e o valor dos serviços efetivamente executados da parte "A" da curva "ABC" (R\$ 17.294.530,16) corresponde ao débito (R\$ 7.339.300,57) necessário para reestabelecer o desconto inicialmente contratado para os serviços efetivamente medidos (peça 1, p. 37).

82. A manifestante afirma ainda que lhe estaria sendo imputada a responsabilidade pela insuficiência de quantitativos decorrente de deficiências no projeto básico, que o fato de existir a planilha orçamentária do edital para avaliar as propostas apresentadas não vincularia os licitantes aos preços desse edital, e que a contratada teria de aceitar as alterações contratuais com base no art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993.

83. Essas alegações não merecem ser acolhidas, porque não se questiona a obrigação de o licitante aceitar as alterações contratuais, quando nos limites legais, tampouco se tenta imputar responsabilidade à contratada por deficiências de projeto ou alterar preços unitários do contrato. O que se busca é reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente contratado, mantendo-se o desconto ofertado pela contratada em relação aos preços de referência, restituindo ao Erário o prejuízo em razão de "jogo de planilhas".

84. Quanto à alegação de boa-fé e da presunção de legalidade contratual, entende-se que não se encontraram nos autos elementos que pudessem demonstrar a boa-fé. Ademais, nota-se que o contrato foi aumentado em 58,10% (peça 29, p. 5-6) e reduzido em 43,05% (peça 29, p. 7-8), alterações acima dos limites previstos no art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993. Pode-se observar também que os itens que apresentaram significativos aumentos em seus quantitativos, de até 12.000%, tinham preços unitários acima dos preços constantes do orçamento do Edital 237/01-02, dezembro/1999, conforme tabela abaixo.

Nome	% Aditivado	% Sobrepreço *1
esc. e carg. em 1a cat c/ transp 201 a 400 m	12093%	169%
pintura faixa proc.mec.tinta acril.	3778%	100%
esc. e carg. em 1a cat c/ transp 601 ate 800 m.	2468%	163%
esc. e carg. em 1a cat c/ transp 401 a 600 m	2391%	167%
esc. e carg. em 1a cat c/ transp ate 200m	2342%	168%
esc. e carg. em 1a cat c/ transp 801 ate 1000 m	1176%	172%
esc. e carg. em 2a cat. c/ transp.. 201 ate 400 m.	951%	190%
esc. e carg. em 2a cat. c/ transp.. ate 200 m..	925%	191%
sarj. triangular concreto STC 02	811%	50%
banqueta concreto MFC 03.	641%	48%
boca de BSTC d= 1,00 m	455%	56%
lim. mec. da faixa de construcao	436%	229%
corpo de BTCC 2,00 x 2,00 m.	400%	57%
rocada manual.	382%	325%
reaterro mec. vala c/compac. 100% PN	298%	220%
corpo de BTTC d= 1,00 m..	217%	58%
boca de BTTC d = 1,00 m..	210%	59%
esc. e carg. em 1a cat c/ transp 1001 ate 1200 m	201%	165%
boca de BTCC 2,00 x 2,00 m..	200%	59%
escav. mecanizada em vala 1a cat.	181%	76%
esc. carga de solo mole..	169%	193%
escavacao em material 1a categoria.	165%	53%
camada drenante p/ fund. de aterro.	151%	116%
boca de BSCC 2,00 x 2,00 m..	150%	58%
remocao de BTC e metalico	149%	61%
corpo de BSCC 2,0 x 2,0 m	136%	104%
compactacao de aterros 100% PN	122%	31%
esc. e carga em 3a cat 201 ate 400 m.	111%	85%
limpeza e desobstrucao de bueiros..	110%	200%
desm. dest. arv. c/ d=0,15 a d=0,30	110%	127%
aquis. cap-50/60 p/ C.B.U.Q.	102%	6%
C.B.U.Q. s/ material betuminoso	102%	0%

*1 - Percentual de sobrepreço em relação aos preços unitários dos itens constantes do orçamento base do Edital 237/01-02, dez/1999 (peça 29, p. 5-6)

85. É importante registrar que os serviços de terraplenagem responderam por R\$ 7.253.201,35 dos R\$ 7.815.618,85 aditivados ao contrato. Nesses serviços de terraplenagem houve acréscimo de

R\$ 11.302.729,09 em 16 itens com sobrepreço em relação aos preços unitários do Edital 237/01-02 e redução ou exclusão em 10 serviços no valor de R\$ 4.049.527,74, precipuamente nos serviços com desconto em relação aos preços unitários desse edital (peça 29, p. 9).

86. Ante os motivos expostos, entende-se que devem ser rejeitadas as alegações de defesa apresentadas pela empresa Sanches Tripoloni Ltda.. Em que pese não ter sido aventado pela manifestante, reconhece-se, em atenção ao princípio da verdade material, a necessidade de manter a remuneração referente ao canteiro de obras.

III.2) DO ACRÉSCIMO CONTRATUAL SUPERIOR AO LIMITE PERMITIDO NO ART. 65, §§ 1º E 2º, DA LEI 8.666/1993

87. Para atender ao disposto no subitem 9.1.3 do Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário, faz-se a análise do reflexo das alterações contratuais acima do permitido no art. 65, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/1993 em relação ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da Administração.

88. Ressalta-se que o subitem 9.1.4 do mesmo acórdão é referente à própria irregularidade causadora do débito e sua análise é mesma do item "III.1 - do desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração", desta instrução.

89. Em relação às alterações contratuais acima do permitido no art. 65, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/1993, o Contrato PD/2-009/01-00 foi firmado pelo valor de R\$ 53.377.889,01, em 19/9/2001 (peça 21, p. 26-30). Em 10/7/2002 foi lavrado o 3º termo aditivo que alterou o seu valor para R\$ 60.193.507,86 (peça 23, p. 14-15), com reflexo financeiro de 14,92%, de acordo com esse termo aditivo.

90. Contudo, observando-se os quantitativos dos serviços objetos de alteração por meio do 3º termo aditivo, percebe-se que o contrato sofreu aumento de quantitativos ou inclusão de itens no valor de R\$ 30.432.687,97 (58,10% do valor inicial contratado) e redução de R\$ 22.548.967,34 (43,05% do valor inicial contratado), conforme demonstrado nas planilhas às páginas 5-8 da peça 29.

91. Constata-se ainda que os itens que sofreram significativos aumentos nos quantitativos apresentavam preços superiores aos preços unitários do orçamento base do Edital 237/01-02 (peça 29, p. 5-6).

92. Frise-se também que, dos R\$ 7.815.618,85 aditivados, os serviços de terraplenagem responderam por R\$ 7.253.201,35, dos quais R\$ 11.302.729,09 foram de acréscimo nos itens de maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do Edital 237/01-02, e R\$ 4.049.527,74 de redução nos serviços de menor sobrepreço ou com desconto, em relação a esse edital (peça 29, p. 9).

93. Portanto, o prejuízo ocorreu, principalmente, porque houve aumentos nos quantitativos dos serviços que apresentaram sobrepreço em relação aos preços unitários de referência. Situação agravada com a diminuição ou exclusão dos serviços que apresentavam desconto ou menor sobrepreço frente à mesma referência.

94. Ressalta-se que esse grau de alteração do contrato, aliado à falta de critério de aceitabilidade de preços unitários, contribuiu significativamente para a ocorrência do "jogo de planilhas" com conseqüente alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor da administração, contrariando o art. 3º da Lei 8.666/93.

95. Há reiteradas decisões do TCU no sentido de que o limite para alteração contratual previsto no artigo 65, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 deve ser analisado separadamente para os acréscimos e as supressões, ou seja, o limite individual de 25% deve ser aplicado aos acréscimos e às supressões,

individualmente, mesmo quando a alteração contratual tenha ocorrido em um único termo aditivo (Acórdãos 591/2011, 2.738/2010, 1.981/2009, todos do Plenário do TCU), sob o risco, em caso contrário, de ser possível macular o espírito da Lei de Licitações e Contratos com a alteração significativa do objeto licitado, ainda que nos limites legais.

96. Assim, a partir desses entendimentos, as alterações ocorridas no Contrato PD/2-009/01-00 transgrediram o disposto no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666, de 1993, por apresentar acréscimos e reduções superiores aos limites constantes desses dispositivos legais.

97. Mas, a alteração contratual acima dos limites permitidos, por si só, apesar de ilegal, não ocasionaria o prejuízo ao erário se tivesse sido mantido o desconto inicialmente ofertado pela contrata, após o aditamento contratual.

98. Por isso, como o entendimento apresentado acima de que os acréscimos e reduções devem ser considerados separadamente não estava consolidado no TCU à época da formalização do 3º termo aditivo ao Contrato PD/2-009/01-00, em julho/2002, entende-se que essa infração não deve ser considerada para fins de aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8443/1992, mas tão somente a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira em desfavor da Administração.

IV) DA CONCLUSÃO

99. Em face das análises das alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e pela empresa Construtora Sanches Tripoloni Ltda., conclui-se que as manifestações não têm o condão de afastar as suas responsabilidades, tampouco desconstituir a irregularidade de alteração substancial da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-009/01-00, em desacordo com o art. 3º da Lei 8.666/93, haja vista que, mesmo adotando como referência os preços unitários do Edital 237/01-02, data-base de dezembro/1999, a irregularidade persiste, ratificando a análise com base no Sicro2, Região Norte, agosto/2001, e o cálculo do débito feito por esta Unidade Técnica.

100. Em que pese não ter sido aventado pela manifestante, reconhece-se, em atenção ao princípio da verdade material, a necessidade de manter a remuneração referente ao canteiro de obras.

101. A alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira do Contrato PD/2-009/01-00 em desfavor da Administração e a ocorrência de grave violação à Lei 8.666/93 com alterações acima dos limites legais, além da aprovação de projeto básico deficiente e restrições à competitividade julgadas no âmbito do TC 006.415/2008-8, afastam a boa-fé objetiva dos responsáveis, permitindo ao Tribunal, desde já, apreciar o mérito das contas, conforme o art. 202, § 6º, do Regimento Interno do TCU.

Do débito relativo à alteração da relação econômico-financeira do contrato

102. Responsáveis: Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87), Engenheiro Coordenador da 2º Unit/Dnit, pela aprovação de projeto básico, pela formalização do Contrato PD/2-009/01-00 e do 3º termo aditivo que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração; e Construtora Sanches Tripoloni Ltda. (CNPJ 53.503.652/0001-05), empresa contratada, nos termos do art. 16, §2º, "b" da Lei 8.443/1992, pelos aditamentos que resultaram no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

103. Considerando que o débito foi calculado com base no método do desconto descrito no Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário e nos quantitativos efetivamente medidos até a 16ª medição, altera-se o valor inicialmente apurado de R\$ 7.339.300,57, a preços iniciais (peça 1, p. 37), ajustado para R\$ 6.392.396,95, com a dedução do valor ainda não pago da remuneração referente à instalação, mobilização e manutenção do canteiro de obras (R\$ 946.903,60).

104. Também, como o valor do débito foi apropriado a partir dos pagamentos cujas datas ocorreram após o 3º termo aditivo (peça 30, p. 1), com fulcro no art. 210, §1º, inciso I e II do RI/TCU, entende-se que, para esse caso concreto, a apropriação do débito (PI) de forma linear e proporcional aos pagamentos com data posterior ao 3º termo aditivo representaria mais adequadamente o valor real do débito, pois considera apenas os pagamentos cujas datas são posteriores a 10/7/2002, conforme apresentado abaixo.

Data Pagamento	Valor Pago	Valor do Débito (PI)	Valor do Débito (PI+R)
6/11/2001	1.603.133,73	-	-
7/3/2002	4.692.034,25	-	-
20/12/2001	1.000.000,00	-	-
25/3/2002	2.300.889,29	-	-
10/1/2002	650.293,99	-	-
13/6/2002	299.889,80	-	-
7/11/2002	160.260,73	101.667,51	101.667,51
12/8/2002	39.392,08	24.989,87	24.989,87
10/10/2002	7.637,07	4.844,87	4.844,87
11/10/2002	1.600,15	1.015,12	1.015,12
12/9/2002	2.033.634,32	1.290.113,60	1.290.113,60
23/10/2002	2.962.618,59	1.879.450,25	1.879.450,25
25/11/2002	2.000.017,68	1.268.787,60	1.268.787,60
30/5/2003	1.963.648,84	1.085.069,76	1.085.069,76
11/7/2003	290.720,56	160.645,88	160.645,88
11/7/2003	166.916,75	95.282,93	105.890,01
12/5/2004	700.053,08	388.580,67	444.105,41
12/5/2004	112.363,13	64.287,38	71.281,84
18/6/2004	48.042,32	27.661,54	30.477,48
	21.033.146,36	6.392.396,95	6.468.339,18

105. Destaca-se também que o Contrato PD/2-009/01-00 sofreu adição de quantitativos ou de novos itens de serviços que totalizaram R\$ 30.432.687,97 (58,10% do valor inicial contratado) e redução de quantitativos no valor de R\$ 22.548.967,34 (43,05% do valor inicial contratado), contrariando o disposto no Art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/93, conforme entendimento dos Acórdãos 591/2011, 2.738/2010, 1.981/2009, todos do Plenário do TCU, dentre outros. Contudo, como esse entendimento de que os acréscimos e reduções devem ser considerados separadamente não estava consolidado no TCU à época da formalização do 3º termo aditivo ao contrato, em julho/2002, entende-se que essa infração não deve ser considerada para fins de aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8443/1992, mas tão somente a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira em desfavor da Administração.

106. Ante essa alteração contratual ocorrida com o 3º termo aditivo, era razoável esperar que o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, engenheiro civil graduado, na condição de Engenheiro Coordenador da 2ª Unit/Dnit e de responsável pela formalização do 3º termo aditivo (peça 23, p. 14-15), cuidasse para que fosse preservada a vantagem originalmente obtida na licitação, em vez de permitir a alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da Administração, contrariando o disposto no art. 3º da Lei 8.666/93.

107. Nesse caso, justifica-se, além de julgar as contas irregulares e condenar solidariamente os responsáveis ao ressarcimento do prejuízo, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas "b" e "c" e §§ 2º e 3º; 19, caput, e 23, inciso III, todos da Lei nº 8.443/1992, a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, pois o prejuízo ao erário poderia ter sido prevenido com a manutenção do percentual de desconto inicialmente contratado.

Da atualização do débito

108. A partir do "Sistema Débito" do TCU, o débito total apurado, com juros e atualização monetária apresentou o seguinte resultado, conforme demonstrativo abaixo:

Débito lançado R\$ 6.468.339,18 (peça 31, p. 1)

Data Pagamento	Valor do Débito Reajustado (PI+R)*
7/11/2002	101.667,51
12/8/2002	24.989,87
10/10/2002	4.844,87
11/10/2002	1.015,12
12/9/2002	1.290.113,60
23/10/2002	1.879.450,25
25/11/2002	1.268.787,60
30/5/2003	1.085.069,76
11/7/2003	160.645,88
11/7/2003	105.890,01
12/5/2004	444.105,41
12/5/2004	71.281,84
18/6/2004	30.477,48

Valor do Débito Reajustado (PI+R)* - Valores a preços iniciais (PI) acrescidos do percentual de reajustamento contratual referente a cada data de pagamento (R). O cálculo do débito reajustado se encontra à página 1 da peça 30.

Débito total apurado a partir dos valores acima lançados, mais atualização monetária e juros de mora até **13/12/2011: R\$ 22.777.670,47 (vinte e dois milhões setecentos e setenta e sete mil seiscentos e setenta reais e quarenta e sete centavos)**. (peça 32, p. 1-5)

V) PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

109. Ante todo o exposto, submetem-se os autos ao Gabinete do Exmo. Senhor Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, com as seguintes propostas:

I - rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87) e pela empresa Construtora Sanches Tripoloni Ltda. (CNPJ 53.503.652/0001-05) por não terem afastado a irregularidade de alteração substancial da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-009/01-00, haja vista que apresentava desconto de 28,21% em relação à referência (Sicro2, Região Norte, agosto/2001) e passou a apresentar sobrepreço de 2,99% frente a essa mesma referência, após o 3º termo aditivo, em desacordo com o art. 3º da Lei 8.666/93;

II - corrigir o valor do débito, com fundamento no art. 210, §1º, inciso I e II do RI/TCU e no princípio da verdade material, de R\$ 7.339.300,57, a preços iniciais (PI), data-base agosto/2001, para R\$ 6.392.396,95, também a PI, agosto/2001, considerando o valor de R\$ 946.903,60, referente à instalação, mobilização e manutenção do canteiro de obras ainda não paga até a 16ª medição;

III - julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas "b" e "c" e §§ 2º e 3º; 19, caput, e 23, inciso III, todos da Lei 8.443/1992, irregulares as presentes contas e condenar o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87), solidariamente com a empresa Construtora Sanches Tripoloni Ltda. (CNPJ 53.503.652/0001-05), ao pagamento do débito de R\$ 6.392.396,95 (PI+R), expresso pelos valores abaixo discriminados, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros de mora devidos, calculados a partir das correspondentes datas igualmente indicadas até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação vigente, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU, o recolhimento da dívida aos cofres do Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes (Dnit);

Data Pagamento	Valor do Débito Reajustado (PI+R)
7/11/2002	101.667,51
12/8/2002	24.989,87
10/10/2002	4.844,87
11/10/2002	1.015,12
12/9/2002	1.290.113,60
23/10/2002	1.879.450,25
25/11/2002	1.268.787,60
30/5/2003	1.085.069,76
11/7/2003	160.645,88
11/7/2003	105.890,01
12/5/2004	444.105,41
12/5/2004	71.281,84
18/6/2004	30.477,48

Débito total apurado a partir dos valores acima lançados, mais atualização monetária e juros de mora até **13/12/2011: R\$ 22.777.670,47 (vinte e dois milhões setecentos e setenta e sete mil seiscentos e setenta reais e quarenta e sete centavos).**

IV - aplicar, individualmente, ao Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87) e à empresa Construtora Sanches Tripoloni Ltda. (CNPJ 53.503.652/0001-05) a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU, atualizada monetariamente desde a data do Acórdão que vier a ser prolatado até a data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

V - autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam atendidas as notificações;

VI - remeter cópia da do presente Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam ao Ministério Público da União, ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e ao Ministério dos Transportes, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992.

Secob-2/2ª DT, 13 de dezembro de 2011.

(Assinado eletronicamente)

Roseno Gonçalves Lopes

AUFC, Matr. 8571-5