

GRUPO I – CLASSE IV – Plenário

TC 001.958/2009-8

Natureza(s): Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

Responsáveis: Egesa Engenharia S.A. (consórcio Seabra-caleffi) (17.186.461/0001-01); Joao Bosco Lobo (005.984.702-63); Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (000.364.122-87); Raimundo Brito Façanha (019.270.352-87); Renato Nunes Gouveia (002.659.502-87)

Interessados: Tribunal de Contas da União – TCU.

Advogado constituído nos autos: Durmar Ferreira Martins (OAB/DF 17.292); Cesar A.Guimarães Pereira (OAB/PR 18.662); Eduardo Talamini (OAB/PR 19.920); Alíne Lícia Klein (OAB/PR 29.615); Dina O. de Castro Alves (OAB/DF 17.343).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DE FISCALIZAÇÃO (FISCOBRAS 2008). PAGAMENTOS EM DUPLICIDADE. “JOGO DE PLANILHAS”. CITAÇÃO. AFASTAMENTO DO DÉBITO RELATIVO A PAGAMENTOS EM DUPLICIDADE. NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS AO JOGO DE PLANILHAS. CONTAS IRREGULARES DO GESTOR. DÉBITO DO GESTOR E DA EMPRESA CONTRATADA. MULTA.

RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a detalhada instrução elaborada por auditor da 2ª Secob, vazada nos termos a seguir transcritos, com a qual concordaram os dirigentes da referida unidade técnica:

“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, nos termos do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, relacionada ao Contrato PD/2-035/00-00.

II) HISTÓRICO DAS AÇÕES E DELIBERAÇÕES PROFERIDAS

2. *No âmbito do Fiscobras 2008, TC 006.415/2008-8, foram identificadas as seguintes irregularidades: projeto básico deficiente; restrição ao caráter competitivo da licitação; aditamentos contratuais em limites superiores aos previstos no ordenamento jurídico; 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 foram analisadas e os responsáveis multados com fundamento nos art. 250, § 2º, e 268, incisos II e III, do Regimento Interno do TCU (Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário). O TC 006.415/2008-8 encontra-se em análise de recursos. As três últimas irregularidades supracitadas, por terem relação direta com os débitos levantados na auditoria, serão analisadas neste processo.*

4. Este processo, autuado em janeiro de 2009, conforme determinação constante do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, visa apurar os valores considerados indevidos e efetivamente pagos, no âmbito do Contrato PD/2-035/00-00 (peça 1, p. 2-3).

5. Em abril/2009, por meio do Ofício 1011/2009/DG (peça 1, p. 9-24), o Dnit encaminhou ao TCU documentos e informações necessários à individualização do débito e à citação dos responsáveis, para atender ao disposto na diligência expedida no Ofício 46/2009-TCU/SECOB, de março de 2009 (peça 1, p. 8).

6. Em março de 2010, conforme parecer desta Unidade Técnica (peça 1, p. 42-52), compulsando os autos, entendeu-se que não haveria como estabelecer nexo de causalidade entre a aprovação do projeto executivo e a alteração da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-035/00-00, pois os responsáveis pela elaboração e aprovação do projeto executivo não tiveram participação na elaboração e aprovação do projeto básico deficiente, uma das causas do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que afastaria a responsabilização do Sr. Miguel Dário Ardissonne Nunes e da empresa Maia Melo Engenharia Ltda. (peça 1, p.44).

7. Nesse mesmo parecer, foram calculados os débitos de R\$ 11.476.038,32 (ref.: agosto/2000), relativo à alteração substancial da relação econômico-financeira por meio de aditivos contratuais, que ocasionou desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de "jogo de planilha", e de R\$ 37.950,12 (ref.: agosto/2000), relativo ao superfaturamento em razão de serviços em duplicidade.

8. Foram citados como responsáveis solidários pelos débitos apurados, nos termos do art. 12, incisos I e II da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992:

a) a empresa Egesa Engenharia S.A., na condição de contratada, pelo desequilíbrio econômico-financeiro, resultante do aditamento contratual, e pelo recebimento de pagamento de itens contratados em duplicidade;

b) o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, na condição de responsável pela assinatura do Contrato PD/2-035/00-00 com itens em duplicidade (peça 25, p. 34-38) e pela formalização do 6º termo aditivo que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração (peça 28, p. 32-34); e

c) os Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha, e Renato Nunes Gouveia, na condição de membros da Comissão de Medição dos serviços de construção e pavimentação da rodovia BR-230 - Transamazônica, trecho divisa TO/PA – divisa PA/AM, subtrecho Itupiranga - Altamira, segmento Km 252,0 – Km 357,0 (peça 1, p. 31), pela duplicidade de pagamentos.

9. Os comprovantes de ciência das citações constam dos presentes autos, às folhas discriminadas na tabela a seguir.

Nome	Comprovante de citação
Renato Nunes Gouveia	peça 4, p. 1; e peça 5, p. 7
Joao Bosco Lobo	peça 2, p. 49; e peça 4, p. 6
Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro	peça 3, p. 12
Raimundo Brito Façanha	peça 3, p. 11; e peça 4, p. 7
Egesa Engenharia S.A.	peça 3, p. 15; peça 4, p. 2 e 5

10. E as alegações de defesa dos responsáveis foram acostadas aos presentes autos conforme discriminado na tabela abaixo.

<i>Nome</i>	<i>Alegações de defesa</i>
<i>Renato Nunes Gouveia</i>	<i>peça 7, p. 11-17</i>
<i>Joao Bosco Lobo</i>	<i>peça 4, p. 21; e peça 5, p. 1-6</i>
<i>Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro</i>	<i>peça 5, p. 8-20; peça 6; p. 1-18; e peça 7, p. 1-10</i>
<i>Raimundo Brito Façanha</i>	<i>peça 4, p. 14-20</i>
<i>Egesa Engenharia S.A.</i>	<i>peça 33, p. 3-111</i>

11. Sendo assim, esta instrução tem por fim a análise das alegações de defesa dos responsáveis citados acima. Esta análise, em razão da determinação contida no item 9.5 do Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário, para efeito de eventual aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992 aos responsáveis envolvidos nas irregularidades aqui tratadas, também considerará os reflexos e a gravidade das irregularidades de que trataram os subitens 9.1.3 e 9.1.4 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário.

III) EXAME TÉCNICO

III.1) DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO CONTRATO PD/2-035/00-00, EM DESVANTAGEM PARA A ADMINISTRAÇÃO, COM DÉBITO AVALIADO EM R\$ 11.476.038,32 (REF.: AGOSTO/2000)

12. A irregularidade se refere à alteração substancial da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-035/00-00 em desvantagem para a Administração, conforme transcrição a seguir (peça 13, p. 54-55).

(...) 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-02-035/00-00 (lote 3) Preços inicialmente contratados: desconto de -28,2% (R\$ 11.975.473,29 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 54.517.077,29; Valor contratado = R\$ 42.541.604,00. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 79% do valor total do contrato).

Preços após alterações: sobrepreço de 8,5% (R\$ 3.744.882,56 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 43.794.313,50; Valor contratado = R\$ 47.539.196,06. 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 recriação 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 5, P. 8-20; PEÇA 6; P. 1-18; E PEÇA 7, P. 1-10)

13. *Preliminarmente, é importante destacar que as alegações do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro acerca da irregularidade de pagamento em duplicidade é analisada no item "III.2", desta instrução.*

14. *Quanto à questão do desequilíbrio contratual, inicialmente, o Sr. Manoel Nazareth alega que a celebração do contrato teria obedecido a todos os preceitos legais, e que não haveria ilegalidade ou superfaturamento no Contrato PD/2-0035/00-00, portanto não haveria "(...) razão de fato ou de direito que sustente a determinada devolução." (peça 5, p. 12).*

15. *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 5, p. 12-14), citando precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que, segundo o entendimento dele, tratariam dessa prescrição.*

16. *Adiante, acrescenta que teria ocorrido cerceamento no 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 5, p. 15-16).*

17. *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 5, p. 15), por isso este processo deveria ser arquivado.*

18. *Sustenta que o Contrato PD/2-035/00-00 teria sido firmado em consonância com as normas vigentes e com base em pareceres técnicos e jurídicos, e a irregularidade não teria sido apontada em outras auditorias por parte do TCU, nas obras em questão, processos TC 008.595/2001-6, TC 006.359/2002-8, TC 008.719/2003-1, TC 006.686/2004-8, TC 006.687/2004-5, TC 007.190/2005-6, TC 007.191/2005-3, TC 007.192/2005-0 e TC 008.385/2006-0, o que traria insegurança jurídica ao requerente (peça 5, p. 16-17).*

19. *Argumenta, com base no Acórdão 1.019/2007-TCU-Plenário e em precedente do TRF 3ª Região (AG 2007.03.00.061557-6, 3ª T, rel. Des. Nery Júnior, j. 6/12/2007), 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 curso da obra, não configurariam deficiência do projeto básico (peça 5, p. 20; peça 6, p. 1).*

20. *Além disso, defende que não teria ocorrido o desequilíbrio econômico-financeiro, pois os preços dos serviços aditados seriam os mesmos contratados, e que a "(...) variação de quantitativos em itens em tese não constitui fundamento para a comprovação do desequilíbrio econômico-financeiro (...)", portanto, não caberia a ele "demonstrar a ausência de irregularidade", além de que a elaboração dos aditivos teriam sido de responsabilidade da equipe técnica da autarquia (peça 6, p. 2-4).*

21. *Acréscita que os cálculos dos sobrepreços realizados por esta Unidade Técnica deveriam ser "ignorados", pois não teriam observado a região, a especificidade e a urgência da obra, e que o orçamento do edital de licitação teria se baseado no sistema de referência Sicro1, enquanto o TCU teria utilizado o Sicro2, com metodologias e composições de preços unitários diferentes das constantes do primeiro sistema referencial de preços (peça 6, p. 9-10).*

22. *Prosseguindo, afirma que o sistema referencial utilizado para a análise da Secob poderia não corresponder à realidade da obra ou serviço a ser realizado, e o lapso de tempo transcorrido entre a contratação e a fiscalização tornaria imprecisos os cálculos.*

23. *Adiante, informa que, em análises anteriores por parte do TCU, nas obras em questão, os preços teriam sido avaliados e teria sido comprovada a ausência de superfaturamento, portanto deveria ser afastada a análise da Secob (peça 6, p. 12-13).*

24. *Defende ainda que a conclusão de que o contrato teria sido danoso à Administração estaria prejudicada, por não terem sido ouvidos os engenheiros residentes e os fiscais do Dnit responsáveis pelas obras em questão (peça 6, p. 13-14), carecendo os autos de provas para os débitos apontados.*

25. *Acrescenta também que não haveria dolo ou culpa por sua parte, tampouco se verificaria nexo de causalidade entre os atos administrativos por ele praticados e o possível dano alegado. Explica que, naquela ocasião, não teria sido o ordenador de despesas da obra e que sua responsabilidade teria se restringido em encaminhar os Boletins de Desempenho da Obra e as medições para a sede do Dnit, em Brasília, para pagamento (peça 6, p. 14-15).*

26. *Mais à frente, alega 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, referente à fiscalização que originou esta TCE (peça 7, p. 4-6).*

27. *Conclui que, em face das alegações, teria demonstrado a sua boa-fé na gestão do Contrato PD/2-035/00-00, e que não seria exigível conduta diversa da adotada por ele.*

Da análise

28. *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 decisão pretérita relacionada a essa obra – Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário, o TCU identificou irregularidades de restrição ao caráter competitivo e de deficiência de projeto que contrariaria dispositivos da Lei de Licitações. Ressalte-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.*

29. *Em relação à alegação de prescrição da ação punitiva, tanto a Lei 9.873/1999 quanto os precedentes do Superior Tribunal de Justiça apresentados pelo defendente se referem ao exercício do poder de polícia da Administração sobre seus administrados, e não se aplica à atividade constitucional de controle exercida pelo TCU, entendimento esposado no Acórdão 1.241/2010-TCU-Plenário. Esse entendimento foi apresentado na análise de recurso interposto pelo Sr. Manoel Nazareth, no âmbito do TC 006.415/2008-8, conforme apresentado a seguir (peça 35, p. 4-5).*

8.1. *Análise: Tanto a Lei quanto os precedentes apresentados pelo recorrente referem-se à 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 Prietro (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.

30. Quanto ao suposto cerceamento do direito de defesa, entende-se que a afirmação não se sustenta, pois a irregularidade questionada se encontra discriminada nos autos (peça 1, p. 43; e peça 2, p. 27-28), e é corroborada com planilhas de cálculo que demonstram a alteração da

relação de equilíbrio econômico-financeira do contrato (peça 30, p. 13-14), não havendo dívida quanto ao ato impugnado, conforme excertos abaixo.

Contrato: PD-02-035/00-00 (lote 3) Preços inicialmente contratados: desconto de -28,2% (R\$ 11.975.473,29 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 54.517.077,29; Valor contratado = R\$ 42.541.604,00. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 79% do valor total do contrato).

Preços após alterações: sobrepreço de 8,5% (R\$ 3.744.882,56 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 43.794.313,50; Valor contratado = R\$ 47.539.196,06. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 81% do valor total do contrato). (...) (peça 1, p. 43)

(...) Ato impugnado: aprovação de alterações contratuais que desequilibraram, de forma desfavorável ao erário, a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida no Contrato nº PD/2-035/00-00 (...), causando o dano abaixo descrito, por meio de 'jogo de planilha' (acréscimo de itens com sobrepreço e/ou diminuição dos com subpreço). (...) (peça 2, p. 27-28)

31. A alegação de intempestividade da instauração da TCE, apoiada no art. 1º, §1º, da IN/TCU 13/96, não se aplica ao caso em apreço. Esse dispositivo legal abre prazo para que a Administração adote as providências necessárias à caracterização da infração com vistas ao ressarcimento ao erário, sujeitando a autoridade administrativa à imputação de sanção ao agente público responsável pelo ato impugnado. Observe-se que outros parágrafos desse mesmo artigo também atribuem à Administração a obrigação de agir na ocorrência de possível dano ao erário: o §2º desse mesmo artigo 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. Portanto, esse dispositivo legal estabelece prazo para a Administração instaurar a TCE, não para o TCU.

32. Para a alegação de que o Contrato PD/2-035/00-00 estaria de acordo com as normas jurídicas, e a irregularidade não teria sido suscitada em auditorias anteriores, cabe esclarecer que, além da alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, também foram apontadas as irregularidades de projeto básico deficiente e de restrição ao caráter competitivo da licitação.

33. Em relação à tentativa de se afastar a responsabilidade por considerar que os aditamentos contratuais teriam sido fundamentados em relatórios técnicos assinados por outros agentes, é importante registrar que o defendente é engenheiro civil graduado (peça 36, p. 1-2), e que a manutenção do desconto inicialmente obtido pela Administração nos aditamentos contratuais está ao alcance dos conhecimentos e possibilidades esperados de um gestor médio, com as qualificações técnicas dele, conforme bem demonstra a análise de recurso apresentado por ele no âmbito do TC 006.415/2008-8 (peça 35, p. 5-6), não podendo se socorrer do precedente citado (peça 5, p. 18-19).

(...)

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-cidadada/parlamentaresconstituintes/constituicao20anos_bioconstituintes?pk=103792). (...)

34. Em tempo, apesar de não ter sido suscitado pelo responsável, o percentual de desconto deve ser corrigido de 28,2% (peça 30, p. 13) para 21,97% (peça 39, p. 1), pois o percentual de 28,2% é referente à divisão do valor do desconto (R\$ 11.975.473,29) pelo valor do contrato analisado (R\$ 42.541.604,00), parte "A" da curva "ABC", quando esse desconto (R\$ 11.975.473,29) deve ser relacionado com o total da referência Sicro (R\$ 54.517.077,29), o que representa 21,97%. Mas esse ajuste não altera a conclusão de que houve desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, e a correção lhe é favorável.

35. Em relação à alegação de que a alteração do projeto básico não configuraria deficiência do projeto, essa alteração não afrontaria o espírito da Lei de Licitações se atendesse aos limites legais e mantivesse a vantagem econômica obtida na licitação. Contudo, observa-se que, no caso em análise, houve aumento de 68% (peça 37, p. 1-2) no valor contrato e concomitante redução de 60% (peça 38, p. 1-2), após o 6º termo aditivo. Essa alteração culminou com a alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração, pois o contrato apresentava um desconto inicial de 21,97% em relação ao Sicro2, região Norte, data-base de agosto/2000, faixa "A" da curva "ABC", e passou a apresentar sobrepreço de 8,55% em relação a essa mesma referência, após o 6º aditivo contratual (peça 39, p. 1-2), não se aplicando o disposto no Acórdão 1.019/2007-TCU-Plenário e nem o precedente do TRF 3ª Região (AG 2007.03.00.061557-6, 3ª T, rel. Des. Nery Júnior, j. 6/12/2007) trazidos aos autos pelo gestor, nos quais constam que adequações do projeto básico, nos termos da legislação vigente, não caracterizariam deficiência de projeto.

36. 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 aproveita ao defendente, pois o desequilíbrio econômico-financeiro é decorrente, principalmente, do aumento de quantitativos em itens com sobrepreço e redução em itens com desconto.

37. Para a determinação do desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, estabelece-se o ponto de equilíbrio inicial, para o qual se compara o valor total contratado da amostra (faixa "A" da curva "ABC") com o valor total de referência calculado pelo TCU para essa mesma amostra, e se obtém o desconto inicial em relação ao valor total de referência calculado. Após o aditivo contratual, calcula-se novamente esse ponto de equilíbrio, e a comparação entre o ponto de equilíbrio inicial e o que se obtém após o aditamento contratual demonstra se o novo ponto é favorável ou desfavorável à Administração Pública. Assim o desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, "jogo de planilhas", decorre 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.

38. Assim, em razão de o desconto inicial em relação à referência (Sicro2, Região Norte, agosto/2000) ser de 21,97%, entende-se necessária a adequação do valor do débito conforme demonstrado em resumo abaixo (peça 40, p. 1).

Serviços executados até a 25ª medição (parte "A" da curva "ABC")		
Descrição		Sicro-ago/00
Valor do Contrato PD/2-035/00-00 executado até a 25ª medição	A	23.309.345,40
Valor de referência calculado para os serviços medidos (Sicro, Região Norte, agosto/2000)	B	16.483.224,73
Desconto inicialmente contratado	C	-21,97%
Valor do desconto (21,97%) em relação ao valor de referência	$D=B*C$	3.621.364,47
Valor devido em relação aos serviços executados até a 25ª medição	$E=B-D$	12.861.860,26

Superfaturamento até a 25ª medição

 $F=A-E$

10.447.485,14

39. Observa-se ainda que, sobre esse novo valor do débito, deve-se considerar a alegação da Empresa Egesa Engenharia S.A., contratada, ao defender que, em razão de o contrato ter sido interrompido com 48% de execução, parte do item "canteiro de obras", previsto no BDI (benefícios e despesas indiretas), teria sido executado sem a correspondente remuneração.

40. De fato, reconhece-se que, apesar de compor a taxa de BDI da contratada, com o fato de a remuneração ser em função do avanço da obra, possivelmente a instalação de canteiro de obras, necessária à execução das obras, pode ter sido executada plenamente, embora apenas uma parte da obra tenha sido executada. Nesse caso, pondera-se por reconhecer a execução plena para o canteiro de obras, e descontar do superfaturamento calculado o valor não pago para o item canteiro de obras, conforme resumo abaixo.

Total do Contrato PD/2-035/00-00, após aditivo	[1]	R\$58.943.889,29
Total dos serviços executados (acumulado até a 25ª medição)	[2]	R\$28.685.777,27
% executado e pago	[3]=[2]/[1]	48,7%
Total do canteiro (peça 33, p. 51)	[4]	R\$2.388.717,76
Valor do canteiro já pago (acumulado até a 25ª medição)	[5]=[4]x[3]	R\$1.162.499,22
Valor do canteiro não pago	[6]=[4]-[5]	R\$1.226.218,53
Valor do débito (PI)	[7]	R\$10.447.485,14
Valor do débito (PI), deduzido da parcela não paga do canteiro	[8]=[7]-[6]	R\$9.221.266,61

41. Portanto, o valor do débito, com a correção do percentual de desconto inicial e dedução do valor ainda não pago referente ao canteiro de obras, é de R\$ 9.221.266,61, a preços iniciais (PI), e de R\$ 10.342.168,04, com os reajustes previstos na cláusula quarta, parágrafo terceiro, do Contrato PD/2-035/00-00 (PI+R) (peça 25, p. 36), conforme cálculo analítico à peça 40, p. 2-3, e resumo a seguir. Como o valor do débito, a preços iniciais (PI), é superior aos valores medidos e pagos após a formalização do 6º termo aditivo (31/7/2002), o débito foi apropriado nas datas de pagamentos das últimas medições até atingir o valor apurado, ou seja, somou-se o "valor (PI)" das últimas medições até atingir o "valor do débito (PI)".

Data Pagamento	Valor Pago (PI+R)	Valor do Débito (PI)	Valor do Débito (PI+R)
11/4/2001	328.078,92		
26/6/2001	37.002,60		
26/6/2001	46.104,00		
5/7/2001	1.020.613,31		
5/7/2001	56.723,94		
5/7/2001	325.644,87		

<i>Data Pagamento</i>	<i>Valor Pago (PI+R)</i>	<i>Valor do Débito (PI)</i>	<i>Valor do Débito (PI+R)</i>
5/7/2001	968.201,17		
27/7/2001	87.418,56		
27/7/2001	498.413,80		
21/8/2001	1.495.562,05		
21/9/2001	3.113.351,91		
21/9/2001	136.493,50		
24/10/2001	3.400.069,72		
22/11/2001	302.192,08		
24/10/2001	4.003.152,44		
23/11/2001	359.068,87		
8/3/2002	2.132.303,81		
25/3/2002	2.516.198,57	294.108,10	320.021,36
6/5/2002	942.092,37	864.616,07	942.092,37
12/6/2002	90.344,31	82.247,14	90.344,31
2/12/2002	2.172,56	1.974,70	2.172,56
2/12/2002	2.220,31	2.018,10	2.220,31
2/12/2002	2.080,27	1.890,82	2.080,27
12/9/2002	2.224.828,51	2.047.890,80	2.224.828,51
7/10/2002	1.999.106,25	1.840.119,94	1.999.106,25
13/12/2002	1.702.358,03	1.561.328,76	1.702.358,03
6/6/2003	764.924,75	626.997,84	764.924,75
6/6/2003	81.859,85	81.859,85	81.859,85
11/7/2003	725.332,59	591.040,74	725.332,59
18/6/2004	253.003,36	208.619,10	253.003,36
18/6/2004	1.173.525,71	968.457,30	1.173.525,71
28/6/2004	58.297,81	48.097,35	58.297,81
Total	R\$30.848.740,80	R\$9.221.266,61	R\$10.342.168,04

42. Considerando o art. 210, §1º, inciso I e II do RI/TCU, entende-se que a correspondente apropriação a partir das datas dos pagamentos das últimas medições até atingir o valor apurado representaria mais adequadamente o valor real do débito, deixando-se de aplicar a apropriação proporcional desde o primeiro pagamento realizado.

43. Na alegação também é informado que o orçamento do edital teria se 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 (peça 21, p. 37-50; peça 22, p. 1-2), entende-se que é correta a utilização do Sicro2, sistema de referência oficial do Dnit, da região Norte, onde ocorreu a obra, com data-base de agosto/2000, data da proposta da contratada (peça 25, p. 12-33) e que serviu de base para o cálculo de reajustes nas medições (peça 1, p. 12).

44. Como a data-base do contrato é agosto/2000, verifica-se que é apropriado o cálculo dos preços de referência utilizados por esta Secretaria Especializada com base no Sicro2, região Norte, agosto/2000, que teve como fim estabelecer um parâmetro de referência para se avaliar a variação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-035/00-00 com o 6º aditamento contratual, haja vista que não houve previsão de critérios de aceitabilidade de preços unitários no edital.

45. A pertinência dessa análise feita por esta Unidade Técnica, ao utilizar o Sicro2 como referência, pode ser demonstrada ao se comparar com os resultados obtidos com o Sicro1 como parâmetro. Se considerados os mesmos itens da faixa "A" da curva "ABC", com os preços unitários do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, observa-se que o contrato apresentava desconto de 0,97% em relação ao orçamento do edital, e passou a apresentar o sobrepreço de 52,86%, em relação a esse mesmo orçamento licitado, após o 6º aditivo, o que representa uma variação de 53,83% entre a situação de equilíbrio inicialmente contratada e a situação após aditamento, variação superior à obtida na análise da auditoria (30,52%) (peça 39, p. 1-3).

46. Assim, o desequilíbrio econômico-financeiro calculado tendo como referência os preços unitários do Edital 237/01-02 ratifica o desequilíbrio inicialmente obtido, conforme apresentado na tabela abaixo. Portanto, mesmo que a referência do Sicro2, agosto/2000, não fosse a mais adequada, o que não ficou demonstrado, não alteraria a situação fática de que houve a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração.

		Contrato x Sicro2-Ago/00	Contrato x Edital-Dez/99
Descontos inicialmente apresentados em relação às referências Sicro-Ago/00 e Edital-Dez/99			
<i>Valor inicial do Contrato PD/2-035/00-00</i>	[1]	42.541.604,00	42.541.604,00
<i>Valor de referência adotado</i>	[2]	54.517.577,32	42.958.112,57
Percentual de desconto calculado	$D=(\text{[1]}+\text{[2]})/\text{[2]}$	-21,97%	-0,97%
Sobrepreços apresentados, após o 6º termo aditivo, em relação às referências Sicro-Ago/00 e Edital-Dez/99			
<i>Valor do Contrato PD/2-035/00-00 após o 6º termo aditivo</i>	[3]	47.539.196,06	47.539.196,06
<i>Valor de referência adotado após o 6º termo aditivo</i>	[4]	43.794.313,49	31.100.626,00
Percentual de sobrepreço calculado	$S=(\text{[3]}+\text{[4]})/\text{[4]}$	8,55%	52,86%
Variação na situação de equilíbrio econômico-financeiro	(D+S)	30,52%	53,83%

47. *A alegação de que os sistemas referenciais não poderiam corresponder à realidade da obra ou dos serviços também não é sustentável, pois, conforme já apresentado anteriormente, foi utilizado o sistema referencial de preços oficial do Dnit, com valores cotados para a mesma região da obra e data-base do contrato.*

48. *Quanto à afirmação de que não teriam sido ouvidos os engenheiros residentes do Dnit, nem os fiscais dessa autarquia, e de que o responsável não seria o ordenador de despesas, cumpre destacar que sua responsabilização pelo débito no Contrato PD/2-035/00-00 decorre de ato próprio de assinatura do termo aditivo (peça 28, p. 32-34) que gerou o desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, assim essa alegação não merece ser acolhida. Frise-se que o próprio defendente também aprovou o projeto básico deficiente (peça 1, p. 27) e assinou o contrato (peça 25, p. 34-38).*

49. *Para a suposta afronta à segurança jurídica e à presunção de legitimidade dos atos praticados em razão do decurso do tempo, que, segundo o responsável, vincularia 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 no Dnit, e não foi identificada decisão do TCU acerca do desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração.*

50. *Por fim, o argumento de ter agido com boa-fé para afastar sua responsabilidade deve ser analisado à luz da jurisprudência desta Corte de Contas.*

51. *Relativamente a esse aspecto, o Plenário do TCU sedimentou entendimento de que, tratando-se 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.*

52. *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.*

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

54. *Nesse contexto, e após exame da documentação acostada aos autos, não há como se comprovar 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 que, conforme visto anteriormente, não afastaram a irregularidade cometida.*

55. *Portanto, conclui-se pela rejeição das alegações de defesa do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro em razão dos motivos expostos acima. Embora não tenha sido solicitado por ele, em atenção ao princípio da verdade material, altera-se o valor do débito inicialmente apontado de R\$ 11.476.038,32 (PI) (peça 1, p. 46-48) para R\$ 9.221.266,61 (PI) (peça 40, p. 2-3), considerando o desconto inicial de 21,97% e a necessidade de manter a remuneração referente ao canteiro de obras.*

56. *Ainda sobre essa questão, segue-se o parecer desta Unidade Técnica (peça 1, p. 42-52) ao concluir pela impossibilidade de se estabelecer nexo de causalidade entre a aprovação do projeto executivo e a alteração da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-035/00-00, situação que afasta a responsabilização do Sr. Miguel Dário Ardissonne Nunes e da empresa Maia Melo Engenharia Ltda. (peça 1, p.44).*

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DA EGESA ENGENHARIA S.A. (ANEXO 3)

57. *Inicialmente, a empresa Egesa Engenharia S.A. informa que os termos aditivos do Contrato PD/2-035/00-00 teriam sido firmados em razão de determinações do contratante, Dnit;*

que o débito decorrente do "jogo de planilha" calculado pela Secob2 seria baseado em critérios abstratos; e que teria vencido o certame com a apresentação da proposta mais econômica (peça 33, p. 4-6).

58. Adiante, sustenta que, por ter transcorrido mais de cinco anos da paralisação do contrato, haveria a decadência do direito de exigir o ressarcimento do débito ao erário, com base no art. 54 da Lei 9.784/1999, pois teria havido omissão da Administração no exercício de busca pelo ressarcimento do débito (peça 33, p. 8).

59. E, ainda, que teria agido de boa-fé, com a realização dos serviços nos termos do contrato, incluindo seus termos aditivos. Além disso, o contrato teria sido objeto de exames por parte deste Tribunal sem que houvesse o apontamento dessa irregularidade.

60. Alega também que, para reaver parte dos pagamentos realizados, seria necessária a desconstituição da licitação, do contrato e dos seus aditivos, ato que não poderia mais ser realizado em função da prescrição, por isso teria também decaído o direito de ressarcimento, portanto, caberia o arquivamento desta tomada de contas especial - TCE.

61. À frente, argumenta que teriam ocorrido preclusão e coisa julgada administrativa ante o fato de que as obras de construção da BR-230/PA foram objetos de diversas auditorias por parte desta Corte de Contas (peça 33, p. 69-83) sem que as irregularidades questionadas no presente processo fossem suscitadas.

62. Além disso, afirma que, como o contrato foi paralisado em 2003, as irregularidades já existiriam quando das análises anteriores ao TC 006.415/2008-8, e que não teria ocorrido evento novo que justificasse a reavaliação do contrato (peça 33, p. 11).

63. A empresa informa que teria executado os serviços pressupondo a regularidade do contrato em razão das várias análises feitas pelo TCU e da ocorrência de "coisa julgada administrativa", e que o reexame afrontaria os princípios da boa-fé e da segurança jurídica (peça 33, p. 12-17), e cita lições de Hely Lopes Meirelles e de Maria Silvia Zanella di Pietro, e precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais Regionais Federais.

64. Declara que não poderia ser reduzida a remuneração contratada e mantida as obrigações assumidas, pois a proposta da Secob2 não teria considerado o valor global do contrato, tampouco os preços unitários inferiores aos de mercado (peça 33, p. 17-18).

65. A petionária traz também o argumento de que não poderia ser atribuída a ela a responsabilidade em relação a irregularidades referentes a ilegalidades no edital, deficiências de projeto e questões ambientais, pois lhe caberia apenas participar do certame com a apresentação da proposta mais econômica (peça 33, p. 18-19).

66. Prosseguindo, alega que as alterações ocorridas com o aditamento contratual seriam necessárias e teriam sido solicitadas pela Administração após a aprovação do projeto executivo, citando o Acórdão 1.019/2007-TCU-Plenário, alega também que a alteração contratual decorrente de adequação do projeto básico ao projeto executivo, por si só, não seria ilegal (peça 33, p. 19-22).

67. Acrescenta que alterações de itens específicos do projeto básico não desvirtuariam o objeto licitado, Contrato PD/2-035/00-00, e ainda teriam sido aplicados os preços unitários do contrato aos quantitativos aditivados (peça 33, p. 23).

68. Afirma que seria improcedente o suposto desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, pois as alterações teriam mantido a relação de equilíbrio estabelecida inicialmente (peça 33, p. 26).

69. Alega que a equação de equilíbrio econômico-financeiro deveria considerar todas as vantagens e encargos inicialmente contratados, e que a variação de quantitativos não constituiria fundamento para a recomposição do contrato (peça 33, p. 26-28).

70. Declara que seria equivocada a interpretação dada pelo TCU ao art. 109, §6º, da Lei de Diretrizes Orçamentária de 2009 (LDO2009), pois seria estabelecida diferenciação de tratamento entre as partes contratantes quando o TCU orienta que, em razão de aditivos, o desconto contratado não poderia ser reduzido, mas poderia ser aumentado, e que isso desafiaria "a garantia constitucional da intangibilidade do equilíbrio contratual" (peça 33, p. 28).

71. A empresa declara que, para a ocorrência de "jogo de planilha", seria necessário que o termo aditivo fosse para gerar benefícios à contratada, ou seja, segundo ela, se o termo aditivo fosse imprescindível, seria "irrelevante" o fato de as alterações ocorrerem em itens melhor remunerados (peça 33, p. 31).

(...) é preciso verificar primeiramente se o aditivo era necessário. Sendo necessária no caso concreto a alteração, é absolutamente irrelevante o fato de que ela traga consigo, eventualmente, o aumento quantitativo de itens mais bem remunerados ou diminuição de itens com pior remuneração (...).

72. E, como não teria sido demonstrado que o termo aditivo seria desnecessário, não haveria o "jogo de planilha", pois esse aditivo teria de ser fundamentado em conduta ilícita para caracterizar essa irregularidade, e cita o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário (peça 33, p. 32-33).

73. Cita ainda que o ônus da prova caberia ao ente que imputa a irregularidade, no caso, o TCU, com base na súmula vinculante 3 do Supremo Tribunal Federal e art. 36 da Lei 9.784/1999.

74. Informa adiante que o orçamento do edital teria sido baseado no Sicro1, enquanto, segundo a defendente, "(...) para sustentar a existência de sobrepreço, a SECOP-2 trilhou caminho tortuoso e injustificável (...)" (peça 33, p. 35) quando comparou os preços unitários do contrato com a referência baseada no Sicro2.

75. Sustenta que não poderia ter sido utilizada a referência do Sicro sem que tivessem sido consideradas as especificidades da obra (peça 33, p. 37-38).

76. Afirma ainda que o TCU teria reconhecido que, se o preço global da obra estivesse dentro dos limites do edital, não haveria como ser feita "revisão de valores" do contrato, e cita os Acórdãos 285/2007 e 1.620/2005, ambos do Plenário do TCU (peça 33, p. 38-40).

77. Alega que a utilização retroativa do Sicro2 seria ilegal, e que, se fosse considerar o Sicro2, deveria também corrigir os preços do contrato com base nesta referência, e apresenta cálculos da empresa Consultech Consultoria e Tecnologia Ltda. que demonstrariam a aplicação do método do desconto aos preços contratados (peça 33, p. 42-43).

78. Informa também que, com base nesses cálculos da empresa de consultoria, se fossem aplicados os descontos propostos pela Secob2 aos preços contratados, a proposta seria inexequível ante aos valores orçados no edital (peça 33, p. 43-44).

79. Acrescenta que a pretensa glosa de parte dos valores pagos ensejaria a consideração dos "reais" custos indiretos e diretos das obras, pois o contrato teria sido interrompido com 48% de execução e os custos indiretos não teriam sido apropriados totalmente, uma vez que teria calculado valores fixos para os custos indiretos e, em razão disso, teria estipulado uma taxa para remunerá-los. Como a obra não foi toda executada, os custos fixos não teriam sido pagos (peça 33, p. 44-49).

80. Adiante, afirma que, considerando o princípio da segurança jurídica e o parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993, os serviços já prestados pela contratada deveriam ser remunerados, sob pena de causar enriquecimento sem causa ao erário (peça 33, p. 52-57).

81. Alega que o ressarcimento pretendido pela Secob2 (40% do valor pago) implicaria em tornar o contrato deficitário para a contratada. Portanto, não se poderia reduzir a remuneração do contrato com a manutenção das obrigações assumidas pela contratada, pois o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e no art. 65, da Lei 8.666/1993, estabeleceria a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em casos de alterações contratuais (peça 33, p. 58-59).

82. Adiante, declara que a mora em caso de eventual imputação de débito somente ocorreria após a ciência da citação na presente tomada de contas especial, já que a obra em questão teria sido objeto de avaliações anteriores por parte o TCU, que não teria apontado essa irregularidade (peça 33, p. 59-61).

83. Por fim, conclui que não poderia ser penalizada com multa baseada no art. 57 da Lei 8.443/1992, pois não bastaria a rejeição das alegações de defesas para a imputação da aludida multa, mas também a demonstração da culpabilidade dela, requisito que seria essencial para a aplicação de sanção administrativa, o que não teria ocorrido no caso em análise (peça 33, p. 61-63).

Da análise

84. A empresa contratada alega que teria assinado o termo aditivo em razão de determinação do Dnit, no entanto, o débito ora inquinado não decorre apenas da formalização do termo aditivo, mas, principalmente, da alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, pois o Contrato PD/2-035/00-00, que apresentava um desconto inicial de 21,97% em relação aos preços de referência (Sicro2, Região Norte, agosto/2000), passa a apresentar um sobrepreço de 8,55% em relação aos mesmos preços de referência (Sicro, agosto/2000), após o 6º termo aditivo (peça 39, p. 1-2).

85. Também não procede a afirmação de que o cálculo do débito realizado por esta Unidade Técnica teria se baseado em critérios abstratos, pois, para quantificação do débito (peça 1, p. 48), foi utilizado o Método do Desconto descrito no voto que fundamenta o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário.

(...)

Suponha-se dado contrato de reforma, com apenas quatro itens, em que a proposta original da licitante vencedora contemplava desconto de 23,48% sobre o valor originalmente orçado pela Administração e, ainda, que esse desconto tenha sido decisivo para a seleção da proposta (licitação tipo menor preço). Suponha-se, também, que o valor orçado representava a média dos preços de mercado e, ainda, que foram estabelecidos critérios de aceitabilidade dos preços unitários e esses valores orçados representavam os preços máximos admitidos pela Administração.

No momento seguinte, por força da revisão contratual, foram excluídos dois itens de serviços (itens 1 e 3), com base no permissivo contido no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93. Nessa nova configuração, o valor orçado caiu para R\$ 11.000,00 e o valor contratual para R\$ 10.900,00.

Com isso, o desconto sobre o valor orçado reduziu-se para 0,91%. (...)

(...)

Para tanto, entendo que, quando comprovado o “jogo de planilha”, a forma correta de manter as condições efetivas da proposta e preservar a vantagem da proposta, que determinou sua seleção pela Administração, é exigir que o desconto percentual ofertado pela licitante vencedora na sua proposta seja mantido nas sucessivas revisões contratuais, aplicando-o sobre o valor global da planilha revisada de serviços, orçada pela Administração com base nos preços de mercado.

Com isso, preservam-se as condições efetivas da proposta, como exigido pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e respeitam-se os princípios da isonomia entre os licitantes e o da seleção da proposta vantajosa, previstos no art. 3º da Lei 8.666/93.

Dessa forma, se a alteração contratual promovida não é justificável, ou ainda que justificável, há indícios de que teve por intuito propiciar benefícios indevidos à contratada, o Tribunal poderá exigir que seja mantido o desconto originalmente ofertado.

Retornando-se ao exemplo hipotético anteriormente apresentado, uma vez evidenciado o “jogo de planilha”, o novo valor contratual, após a revisão, deve ser reduzido de R\$ 10.900,00 para R\$ 8.417,39, com os conseqüentes ajustes nos preços unitários remanescentes, de molde a restituir o desconto originalmente concedido.

Portanto, adotando-se esse procedimento, a Administração Pública estará resguardada de eventuais manipulações de planilha que possam conduzir a novas configurações de contrato mais onerosas e, por conseqüência, contrárias ao interesse público.

(...)

86. Quanto à afirmação de que a contratada teria vencido a licitação com a proposta mais vantajosa, não se nega esse fato. Ao contrário, busca-se restabelecer essa vantagem inicialmente obtida, pois, após o 6º termo aditivo, os serviços e os quantitativos licitados foram significativamente alterados. Dessa forma, o que foi efetivamente executado não reflete o que foi licitado, contrariando os princípios da isonomia, além da perda da vantagem que a Administração obteve. Portanto, essa afirmação não afasta a ocorrência da irregularidade.

87. Da mesma forma, não procede a alegação de que teria ocorrido decadência administrativa com base no art. 54 da Lei 9.784/1999, pois esse dispositivo legal não se aplica aos processos de competência do Tribunal de Contas da União, conforme consta do voto que fundamenta o Acórdão 78/2005-TCU-Plenário.

(...)

12.O instituto da decadência a que se refere o art. 54 da Lei 9.784/1999 já foi examinado por este Plenário, que, por meio da Decisão nº 1.020/2000, firmou o entendimento de que a citada lei, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não tem aplicação obrigatória sobre os processos da competência deste Tribunal de Contas, definida pelo art. 71 da Constituição Federal. A não-incidência da Lei nº 9.784/1999 e, portanto, do prazo decadencial previsto em seu art. 54, sobre os atos de controle externo a cargo do TCU repousa no entendimento de que a natureza desses atos não é tipicamente administrativa, mas especial, porquanto inerente à jurisdição constitucional de controle externo.

13. Ademais, consoante a tese sustentada na aludida Decisão 1.020/2000, a processualística aplicável aos processos de controle externo está delineada na Lei nº 8.443/1992, portanto, não é o caso de se adotar as regras da Lei nº 9.784/1999. A propósito, o art. 69 da Lei nº 9.784/1999 excepcionaliza os processos administrativos específicos, os quais continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

14. Sobre este tema, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, afirmou a inaplicabilidade do instituto da decadência do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 em processo de controle externo ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.859 (...)

88. A aludida impossibilidade de se reaverem parcelas dos pagamentos realizados por parte da Administração em função da decadência do direito de ressarcimento fica superada, pois, conforme exposto nesta análise, a Lei 9.784/1999 não se aplica aos processos de competência do TCU.

89. A contratada alega boa-fé, porém não logrou êxito em comprovar, a partir dos autos, essa atuação, pois, pode se observar que, nos serviços de "escavação, carga e transporte em material de 1ª categoria", por exemplo, foram aumentados, em até 1400%, os quantitativos dos serviços que apresentavam maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do orçamento base do Edital 176/00-02, Lote 3, e reduzidas as quantidades dos itens com desconto em relação a esse orçamento do edital, conforme apresentado na tabela a seguir. Também é importante perceber

que os serviços com maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do orçamento licitado são os de menores distâncias de transporte, até mil metros, e os itens com maior desconto que, em tese, seriam mais caros por possuírem maiores distâncias de transporte, estão com preços unitários menores que os primeiros, o que demonstra, no mínimo, ciência da precariedade do projeto e das alterações que se fariam necessárias.

Nome	Unidade	Preço Unitário contratado	Preço Unit. Edital*1	%Aditivado
esc.carga em 1a cat.transp.ate 200m	m ³	3,99	1,57	1499%
esc.carga 1a cat.c/trans.201 a 400m	m ³	4,74	1,85	1469%
esc.carga 1a cat.trans.401 a 600m	m ³	5,55	2,17	1022%
esc.carga 1a cat.c/trans.601 a 800m	m ³	6,39	2,55	346%
esc.carga 1a cat.c/tran.801 a 1000m	m ³	7,30	2,83	8%
esc. carg 1a cat.trans. 1001 a 1200	m ³	8,05	3,20	-61%
esc.carg. 1a cat.trans. 1201 a 1400	m ³	1,66	3,57	-49%
esc.carg. 1a cat.trans. 1401 a 1600	m ³	1,69	2,66	-63%
esc.carg. 1a cat.trans. 1601 a 1800	m ³	1,70	2,76	-72%
esc.carg. 1a cat.trans. 1801 a 2000	m ³	1,79	2,85	-63%
esc.carg. 1a cat.trans. 2001 a 3000	m ³	1,86	3,17	-78%

*1 - orçamento base do Edital 176/00-02 - Lote 3, data-base dez/1999

90. É necessário mencionar ainda que os serviços de terraplenagem apresentaram aumento líquido de R\$ 7.828.182,88 (R\$ 14.002.052,10, em acréscimo, menos R\$ 6.173.869,22, em decréscimo), quando o valor líquido do 6º termo aditivo é de R\$ 5.184.897,16 (peça 41, p. 1).

91. A alegação de que teria havido exames anteriores por parte do TCU também não aproveita à empresa contratada, pois, conforme sua própria manifestação (peça 33, p. 68-83), a matéria ora analisada não foi objeto de nenhum dos processos citados, exceto pelo TC 006.415/2008-8, que deu origem à presente tomada de contas especial. Ademais, diante de fatos novos, a reapreciação é admitida no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme apresentado no voto que fundamenta o Acórdão nº 136/1995-TCU-Plenário.

(...) 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, entendendo espancadas as dívidas quanto à possibilidade de ser a matéria reapreciada pelo Tribunal. (...)

92. *Dessa forma, com o exposto acima, as alegações de que não teria ocorrido fato novo que justificasse a reapreciação do contrato e de que teria ocorrido preclusão e coisa julgada administrativa também se encontram superadas, pois, a própria contratada reconhece que a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-035/00-00 em desvantagem para a Administração não foi objeto de outras auditorias do TCU.*

93. *Ainda, segundo a contratada, ela teria executado os serviços pressupondo a regularidade do contrato, e afirma que a reapreciação do contrato pelo TCU feriria os princípios da boa-fé e da segurança jurídica; no entanto, não foi possível comprovar, com base nos autos, a regularidade do contrato, tampouco a boa-fé levantada, conforme já analisado. A segurança jurídica não foi afrontada, pois, conforme já exposto, a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-035/00-00 em desvantagem para a Administração não foi objeto em outras auditorias do TCU.*

94. *Quanto à alegação de que o TCU não poderia reduzir a remuneração contratada, e que a Secob2 não teria considerado o valor global do contrato, destaca-se que foram utilizados os serviços constantes da faixa "A" da curva "ABC", ou seja, os serviços mais relevantes cujo valor total representa cerca de 80% do valor global do objeto em análise. 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 do TCU. Não se pretende reduzir a remuneração contratada, mas apenas restabelecer a vantagem inicialmente obtida pela Administração por meio da licitação, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, portanto, não procede a alegação.*

95. *A referida alegação de que a empresa contratada não poderia ser responsabilizada pelas irregularidades do edital e do projeto vai ao encontro das decisões do TCU, pois essas irregularidades do processo licitatório e do projeto básico deficiente foram tratadas no âmbito do processo TC 006.415/2008-8, que se encontra em fase de análise de recursos. Nesta TCE busca-se reestabelecer exclusivamente a vantagem econômica inicialmente obtida pela Administração quando da licitação, pois, com a formalização do 6º termo aditivo, a contratada concorreu para a alteração do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-035/00-00, fato que a tornou solidária ao dano, nos termos do §2º, alínea "b" do art. 16 da Lei 8.443/1992.*

96. *A contratada alega que as alterações seriam necessárias e cita o Acórdão 1.019/2007-TCU-Plenário para sustentar que a alteração contratual decorrente de correções de projeto não seria ilegal. Porém, observa-se que a alteração ocorrida no Contrato PD/2-035/00-00 é composta por aumento no valor de R\$ 36.585.549,97 (peça 37, p. 1-2), 68,05% do valor do contrato (R\$ 53.758.992,15), e simultânea redução de R\$ 31.400.652,62 (peça 38, p. 1-2), 59,95% do total contratado. Alterações essas que não se caracterizam em "pequenas adequações", consideradas necessárias no Relatório do Exmo. Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti, que acompanha o Acórdão 1.019/2007-TCU-Plenário (peça 33, p. 21), conforme transcrição a seguir, o que torna improcedente essa alegação.*

Por melhor e mais completo que seja o projeto básico, o nível de detalhamento não chega àquele de um projeto executivo - Inciso X do mesmo artigo [art. 6º da Lei. 8.666/1993]. Assim, é de se pressupor que pequenas adequações, em vista das condições efetivamente encontradas em campo, serão sempre necessárias.

97. *Afirma ainda que teriam ocorrido alterações em itens específicos do projeto básico sem alterar o objeto licitado, e os preços unitários aplicados seriam os do contrato, contudo os itens que sofreram aumento em seus quantitativos apresentam sobrepreços em relação aos preços unitários do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, e os que sofreram*

redução, em sua maioria, apresentam desconto ou menor percentual de sobrepreço em relação a essa mesma referência, conforme resumido na tabela abaixo (peça 37, p. 1-2; e peça 38, p. 1-2). Essa alteração permitiu à contratada obter vantagem econômica indevida, por isso essas alegações também não afastam a irregularidade.

<i>Nome</i>	<i>% Aditivado</i>	<i>Sobrepreço/desconto *1</i>
<i>Acréscimo de quantitativo</i>		
<i>pintura de faixa por proces. mecan.</i>	3679%	22%
<i>sarj. triang. conc. (tipo STC 02)</i>	3558%	28%
<i>corpo de B.S.T.C. com D=1,00m</i>	1917%	20%
<i>boca BSTC c/d=1,00m.</i>	1700%	41%
<i>esc.carga 1a cat.c/trans.201 a 400m</i>	1469%	156%
<i>banqueta(meio fio) conc.(tipo MFC03</i>	1382%	35%
<i>esc.carga em 1a cat.transp.ate 200m</i>	1151%	154%
<i>esc.carga 1a cat.trans.401 a 600m</i>	1022%	156%
<i>esc.carga 1a cat.c/trans.601 a 800m</i>	346%	151%
<i>esc.carg. 2a cat. trans ate 200m</i>	338%	176%
<i>esc.carg. 3a cat.trans. 401 a 600m.</i>	290%	78%
<i>esc.carg. 2a cat.trans. 201 a 400m.</i>	290%	175%
<i>rocada manual</i>	236%	250%
<i>reaterro mecan. vala compac. 100%PN</i>	233%	43%
<i>limp.mec.faixa de construcao.</i>	165%	186%
<i>esc.carg. 3a cat.trans. 201 a 400m.</i>	109%	76%
<i>esc. mecanica 1a categoria.</i>	62%	42%
<i>escav. vala 2a cat. p/dreno prof</i>	57%	-62%
<i>esc.carg. 3a cat. trans. ate 200m</i>	37%	72%
<i>esc. manual vala 1a categoria</i>	28%	-7%
<i>compac. aterros 100% proctor normal</i>	15%	20%
<i>base estabilizad sem mistura.</i>	12%	15%
<i>esc.carga 1a cat.c/tran.801 a 1000m</i>	8%	158%
<i>Redução de quantitativo</i>		
<i>saj. triang. conc. (tipo STCc 01).</i>	-100%	9%
<i>dreno prof. lontitud. tipo DPS-07</i>	-100%	-71%
<i>valet.prot. aterro 1a cat./VPC 03</i>	-100%	-16%
<i>banqueta(meio fio) conc. MFC 01</i>	-100%	-32%
<i>protecao vegetal.</i>	-100%	-28%

<i>Nome</i>	<i>% Aditivado</i>	<i>Sobrepreço/desconto *1</i>
<i>descida d'agua aterro DAR 03.</i>	<i>-100%</i>	<i>53%</i>
<i>esc.carg. 2a cat/trans 1001 a 1200m</i>	<i>-100%</i>	<i>154%</i>
<i>corpo b.s.t.c. com d=1,20m.</i>	<i>-100%</i>	<i>-8%</i>
<i>corpo BSTM tunnel liner d=1,60m</i>	<i>-100%</i>	<i>-46%</i>
<i>esc.carg. 2a cat.trans. 801 a 1000m</i>	<i>-100%</i>	<i>161%</i>
<i>corpo BSTM tunnel liner d=1,20m</i>	<i>-100%</i>	<i>-54%</i>
<i>pintura faixa tinta termoplastica</i>	<i>-100%</i>	<i>-60%</i>
<i>boca BSTC c/ D=1,20m.</i>	<i>-100%</i>	<i>14%</i>
<i>sinais de d= 1,00m.</i>	<i>-100%</i>	<i>138%</i>
<i>descida d'agua aterro tipo DAR 02</i>	<i>-100%</i>	<i>67%</i>
<i>corpo BSTM tunnel liner D=2,00m</i>	<i>-100%</i>	<i>-44%</i>
<i>corpo BSTM tunnel liner D=2,60m</i>	<i>-100%</i>	<i>-36%</i>
<i>corpo BSTM tunnel liner D=1,80m</i>	<i>-100%</i>	<i>-46%</i>
<i>corpo de B.S.C.C. de 2,5x2,0m</i>	<i>-100%</i>	<i>80%</i>
<i>boca BSTM c/ D=1,60m.</i>	<i>-100%</i>	<i>-39%</i>
<i>boca BSTM c/ D=1,20m.</i>	<i>-100%</i>	<i>-31%</i>
<i>pórtico</i>	<i>-100%</i>	<i>30%</i>
<i>sinais de 2,0x1,0m.</i>	<i>-100%</i>	<i>97%</i>
<i>corpo de B.S.T.C. con D=0,80m</i>	<i>-100%</i>	<i>16%</i>
<i>boca BSTM c/ D=1,80m.</i>	<i>-100%</i>	<i>-42%</i>
<i>boca BSCC de 2,5x2,0m</i>	<i>-100%</i>	<i>34%</i>
<i>sinais de 1,0x1,0m.</i>	<i>-100%</i>	<i>97%</i>
<i>boca BSTC c/ D=0,80m.</i>	<i>-100%</i>	<i>37%</i>
<i>corpo de B.S.C.C. de 2,5x2,5m</i>	<i>-100%</i>	<i>76%</i>
<i>boca BSCC de 2,5x2,5m.</i>	<i>-100%</i>	<i>30%</i>
<i>sinais de 0,50x0,67m(marco kilomet)</i>	<i>-100%</i>	<i>79%</i>
<i>boca BSTM c/ D=2,60</i>	<i>-100%</i>	<i>-29%</i>
<i>boca BSTM c/ D=2,00m.</i>	<i>-100%</i>	<i>-43%</i>
<i>sinais de 0,60x0,67m.</i>	<i>-100%</i>	<i>114%</i>
<i>conc. betuminoso usinado a quente</i>	<i>-93%</i>	<i>34%</i>
<i>pintura de ligacao.</i>	<i>-90%</i>	<i>39%</i>
<i>imprimacao.</i>	<i>-90%</i>	<i>32%</i>
<i>boca BSCC de 2,0x2,0m</i>	<i>-90%</i>	<i>32%</i>

<i>Nome</i>	<i>% Aditivado</i>	<i>Sobrepreço/desconto *1</i>
<i>corpo de B.S.C.C. 2,0x2,0m.</i>	-88%	74%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 2001 a 3000</i>	-78%	-41%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 1601 a 1800</i>	-72%	-38%
<i>dissipadores de energia (DEB 01)</i>	-70%	21%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 1801 a 2000</i>	-63%	-37%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 1401 a 1600</i>	-63%	-36%
<i>esc. carg 1a cat.trans. 1001 a 1200</i>	-61%	152%
<i>compctacao de aterro a 95%PN.</i>	-58%	17%
<i>escav. vala 3a cat. dreno prof.</i>	-56%	36%
<i>defensas metalicas.</i>	-52%	-7%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 1201 a 1400</i>	-49%	-54%
<i>boca BTTC c/ D=1,00m.</i>	-45%	43%
<i>boca saida conc. p/ dreno BSD-01.</i>	-45%	96%
<i>corpo de B.T.T.C. com d=1,00m</i>	-42%	16%
<i>remocao e construcao de cerca</i>	-40%	-14%

**1 - Percentual de desconto ou de sobrepreço em relação aos preços unitários dos itens constantes do orçamento base do Edital 176/00-02 - Lote 3, dez/1999*

98. *A afirmação de que não haveria desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração não pode ser acatada, pois, com base na mesma curva "ABC" utilizada na análise da Secob2 e nos preços unitários de referência do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, observa-se que, de um desconto de 0,97%, o contrato passa a apresentar o sobrepreço de 52,86% em relação aos preços desse edital (peça 39, p. 1-2), o que ratifica o cálculo desta secretaria especializada e demonstra a inequívoca alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração. Ou seja, o problema não está na análise realizada com base no Sicro2, uma vez que o cálculo feito a partir da comparação do contrato com os preços do edital também restou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.*

99. *Faz-se necessário reconhecer que o desconto inicial em relação à referência Sicro2, Região Norte, agosto/2000, é de 21,97% (peça 39, p. 1), pois o percentual de 28,2% inicialmente calculado é referente à divisão do valor do desconto (R\$ 11.975.473,29) pelo valor do contrato analisado (R\$ 42.541.604,00), quando esse valor do desconto (R\$ 11.975.473,29) deve ser relacionado com o total da referência Sicro2 (R\$ 54.517.077,29), o que representa 21,97% de desconto.*

100. *A alegação de que a variação de quantitativos não constituiria fundamento para recomposição contratual não procede, pois, após o 6º termo aditivo, não foi mantida a vantagem obtida por meio da licitação, assim, entende-se que, para reestabelecer a relação de vantagem e encargos proposta pela licitante vencedora, é necessária a intervenção do TCU com o intuito de recompor ao erário os prejuízos advindos da alteração contratual.*

101. Quanto à arguição de suposta interpretação equivocada por parte do TCU em relação ao art. 106, §6º, da LDO2009, também não procede, pois o dispositivo da lei diz textualmente que o desconto oferecido em relação à referência não pode ser reduzido em decorrência de aditivos.

§6º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. (§6º, art. 109 da Lei 11.768, de 14 de agosto de 2008)

102. Portanto, não há o aludido equívoco. Ademais, o caso ora analisado não trata de mera redução do percentual de desconto, mas da alteração de desconto de 21,97%, em relação à referência (Sicro2, Região Norte, agosto/2000), para o sobrepreço de 8,55%, em relação a essa mesma referência, e a recomposição do prejuízo ao erário tem como fundamento o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [grifo acrescido]

103. A empresa sustenta ainda que, para caracterizar o "jogo de planilha", a alteração contratual teria que gerar benefícios para a contratada. Pois é o que se observa nesse caso, em que as alterações contemplaram aumento de quantitativos em itens com sobrepreço e redução em itens com desconto ou menor sobrepreço, conforme já demonstrado.

104. Não pode ser aceito também, a pretexto de as alterações contratuais terem sido solicitadas para atender o projeto executivo, que sejam desvirtuados os princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, contrariando o disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993, haja vista que os quantitativos dos serviços executados não condizem com que foi licitado. Frise-se que o 6º termo aditivo ao Contrato PD/2-035/00-00 representa aumento de 68,05% no total contratado e concomitante redução de 59,95% (peça 37, p. 1-2; e peça 38, p. 1-2, respectivamente), não deixando dúvidas quanto à mudança significativa no objeto apresentado aos demais concorrentes, quando da licitação.

105. Adiante, alega que o "jogo de planilha" deveria ser fundamentado em conduta ilícita do agente e que o ônus da prova caberia a quem imputa a irregularidade, porém a alegação, tampouco o trecho extraído do voto que fundamenta o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário (peça 33, p. 33) citado pela defesa, não aproveitam à defendente, pois também consta desse acórdão que deve ser verificado no caso concreto se a alteração permite a obtenção de proveito ilegítimo, ou seja, redução da vantagem oferecida na licitação, além de ressaltar a previsão constitucional para que seja mantida a situação de equilíbrio inicialmente contratada.

(...)

Saliento, desde logo, que não se pode pretender discriminar todas as situações em que se configura o "jogo de planilha", dada a multiplicidade de situações enfrentadas cotidianamente pela Administração Pública na execução dos contratos administrativos e a própria inventividade dos infratores.

Assim, existirá o "jogo de planilha" sempre que o conjunto probatório constante dos autos permita inferir o intuito de burlar a licitação e alterar, em desfavor do erário, as condições econômico-financeiras originalmente estabelecidas. Ou seja, caberá perscrutar se, no caso concreto, a alteração ocorre para lograr proveitos ilegítimos ou se atende ao interesse público. Portanto, para o deslinde da questão, deve ser privilegiado o exame da conduta finalística dos agentes envolvidos.

A solução jurídica para corrigir as distorções causadas pelo "jogo de planilha" deriva diretamente do texto constitucional, que preconiza, no art. 37, inciso XXI, que devem ser mantidas as condições efetivas da proposta contratada mediante licitação pública. A determinação constitucional visa, antes de tudo, prevenir o enriquecimento ilícito, seja por parte da Administração, seja por parte da empresa contratada,

assegurando o equilíbrio econômico-financeiro durante toda a vigência da avença. (Voto do Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário)

(...)

106. Quanto ao ônus da prova, restou comprovado que a contratada se beneficiou com a alteração contratual, pois, conforme já demonstrado, os itens que sofreram aumento em seus quantitativos apresentam sobrepreços em relação aos preços unitários do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, e os que sofreram redução, em sua maioria, apresentam desconto ou menor percentual de sobrepreço em relação a essa mesma referência.

107. Em relação à referência utilizada por esta Secretaria Especializada, entende-se que é correta a utilização da tabela do Sicro2, região Norte, data base de agosto/2000, como paradigma, pois, além de se referir à região da obra e à data base do contrato, o que se buscou foi estabelecer um ponto de equilíbrio contratual para avaliar sua variação dentro do contrato após o 6º termo aditivo.

108. Para demonstrar a correção da análise feita pela Secob2, utilizou-se como referência os preços unitários do Edital 176/00-02, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, e a mesma curva "ABC" de serviços. Com base nessa outra referência (o próprio orçamento do edital), pode-se observar que o contrato apresentava desconto de 0,97% (peça 39, p. 1), inicialmente, e passou a apresentar sobrepreço de 52,86% após o 6º termo aditivo (peça 39, p. 2).

109. Sendo assim, mesmo que a referência do Sicro2, agosto/2000, não fosse a mais adequada, o que não restou comprovado, não alteraria a situação fática de que houve a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, configurando o "jogo de planilhas".

110. Então, não subsiste a alegação de que a referência utilizada não seria adequada e não espelharia a realidade da obra, pois se utilizou o Sicro2, sistema de referência oficial do Dnit, da Região Norte, onde ocorreu a obra, com data base de agosto/2000, data da proposta da contratada (peça 25, p. 12-33) e que serviu de base para o cálculo dos reajustes contratuais, conforme histórico de medições fornecido pelo Dnit (peça 1, p. 12), onde pode ser constatado que o reajustamento dos serviços iniciou em agosto/2001, um ano após a data base utilizada na referência.

111. A empresa contratada alega que estaria assentado nos Acórdãos 285/2007 e 1.620/2005, ambos do Plenário do TCU, que, se o preço global da obra estivesse dentro dos limites do edital, não haveria como se fazer a revisão contratual (peça 33, p. 39), no entanto ele não observa que no voto que fundamenta o Acórdão 285/2007-TCU-Plenário consta que há prejuízo quando o termo aditivo contempla aumento de quantitativos de itens com sobrepreço em relação à referência e redução de item com desconto, como no caso ora analisado, cabendo a reparação do dano ao erário.

(...) estando o preço global no limite aceitável dado pelo orçamento da licitação, as discrepâncias de preços existentes, devido à ausência de critério de aceitabilidade de preços unitários, apenas causam prejuízos quando se realizam aditivos em que são acrescidos quantitativos para itens de serviço cujos valores eram excessivos em relação aos demais licitantes e suprimidas as quantidades daqueles itens cujos preços eram vantajosos para a administração contratante (excerto do Voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues no processo TC 009.412/2003-9, Acórdão 2.137/2005-Plenário).(...)

112. A alegação de que, se fosse utilizar como referência o Sicro2, deveria também corrigir os preços contratados também não pode ser aceita, pois o que se buscou com a referência Sicro2, Região Norte, data base de agosto/2000, foi demonstrar a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração. Irregularidade essa que se mantém, até de

forma mais grave, se comparado o contrato com o orçamento base do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicrol de dezembro/1999, como referência (peça 39, p. 1-3).

113. A afirmação de que, se fosse deduzido o desconto proposto por esta Unidade Especializada, anteriormente calculado em 28%, a proposta seria inexequível em relação aos valores do edital, com base no art. 48, §1º da Lei 8.666/1993, parte de uma premissa que não condiz com a realidade. O cálculo apresentado pela empresa (peça 33, p. 93-94) desconta o percentual de 40%, encontrado a partir da relação entre o valor do débito inicialmente calculado e o total de pagamentos recebidos, do valor inicialmente contratado de R\$ 53.758.992,15 e compara o resultado de R\$ 32.255.395,29 com o limite mínimo de exequibilidade de 70% do valor do orçamento base utilizado no certame.

114. Para que a análise apresentada pela contratada seja condizente ao caso concreto, há que se considerar o limite mínimo de exequibilidade com base nos quantitativos do contrato após o termo aditivo. Como o que foi licitado não condiz com o executado, por hipótese, o valor do edital seria de R\$ 48.220.548,00, após o aditivo, e o limite mínimo de exequibilidade seria 70% desse valor (R\$ 33.754.383,60). Com a dedução do desconto de 21,97%, valor do superfaturamento calculado, no valor do edital após do aditivo (R\$ 48.220.548,00), o valor aceitável do contrato seria de R\$ 37.626.493,60, preço superior ao limite mínimo de exequibilidade teórico (R\$ 33.754.383,60), estabelecido com base no art. 48, §1º, da Lei 8.666/1993. Ademais, o desconto obtido na licitação foi de iniciativa da contratada.

115. A empresa alega ainda que: o contrato teria sido interrompido com 48% de execução; a taxa dos custos indiretos seria calculada a partir de um valor fixo; os serviços já prestados deveriam ser remunerados, em atendimento ao art. 59 da Lei de Licitações e Contratos; e não poderia ser reduzida a remuneração do contrato sem a redução das obrigações assumidas pela contratada. Em relação a essas alegações, a taxa de BDI (benefício e despesas indiretas) é definida pelo TCU como "(...) um percentual aplicado sobre o custo direto para chegar ao preço de venda a ser apresentado ao cliente (...)" (Voto que fundamenta a Decisão 255/1999-TCU-1ª Câmara), e tem por finalidade remunerar o lucro, impostos e demais despesas que não poderiam ser colocadas na planilha orçamentária como custo direto. O lucro e as despesas indiretas que compõem a taxa do BDI são pagos proporcionalmente aos esforços para a execução dos serviços constantes da planilha de custos diretos, o que afasta a alegação de que o BDI não teria sido remunerado, exceto quanto ao item canteiro de obras.

116. É importante destacar que, como o contrato PD/2-035/00-00 apresentava desconto de 21,97% em relação à referência (Sicro2, Região Norte, agosto/2000), a alteração para 8,55% de sobrepreço sobre essa mesma referência representa, por consequência, um aumento desproporcional do retorno financeiro inicialmente esperado pela contratada, em desvantagem para a Administração. Portanto, a intervenção do TCU visa apenas restabelecer a situação econômico-financeira obtida por meio da licitação.

117. Na busca da verdade material, 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, por ser necessário à execução da obra, pressupõe-se que o canteiro tenha sido construído. Então, entende-se que seja razoável manter a remuneração inicialmente contratada para o canteiro de obras (peça 33, p. 51). 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 48% de execução até a 25ª medição, conforme apresentado abaixo.

Total do Contrato PD/2-035/00-00, após aditivo	[1]	58.943.889,29
Total dos serviços executados (acumulado até a 25ª medição)	[2]	28.685.777,27

% executado e pago	$[3]=[2]/[1]$	48,7%
Total do canteiro (peça 33, p. 51)	[4]	2.388.717,76
Valor do canteiro já pago (acumulado até a 25ª medição)	$[5]=[4]x[3]$	1.162.499,22
Valor do canteiro não pago	$[6]=[4]-[5]$	1.226.218,53
Valor do débito (PI)	[7]	10.447.485,14
Valor do débito (PI), deduzido da parcela não paga do canteiro	$[8]=[7]-[6]$	9.221.266,61

118. Conforme demonstrado na tabela acima, o valor do débito é de R\$ 9.221.266,61, a preços iniciais (PI), considerando o desconto inicial de 21,97% e a dedução do valor ainda não pago referente a canteiro de obras, e de R\$ 10.343.168,04, com a inclusão dos reajustes previstos na cláusula quarta, parágrafo terceiro, do Contrato PD/2-035/00-00 (PI+R), conforme planilha de cálculo analítico (peça 40, p. 2-3).

119. Quanto à alegação de que os serviços já executados deveriam ser remunerados, sob o risco de gerar enriquecimento sem causa ao erário, entende-se que a atuação do Tribunal de Contas da União não retira a remuneração dos serviços efetivamente medidos, e, sim, busca reestabelecer para a Administração a vantagem obtida na licitação.

120. A defendente também sustenta que estaria em mora somente após a ciência da citação em relação ao débito, pois o TCU não teria apontado essa irregularidade em auditorias anteriores. Mas, essa argumentação não deve ser acatada, pois o cálculo dos juros está de acordo com o disposto no art. 8º, inciso I, da Instrução Normativa-TCU 56, de 5 dezembro de 2007, e também com o disposto no item 8.2 da Decisão 1.122/2000-TCU-Plenário e com o art. 59 da Lei nº 8.383/1991, norma vigente e aplicável aos débitos em mora para com a Fazenda Nacional.

121. 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 da alteração da relação de equilíbrio econômico-financeiro em desfavor para a Administração.

122. Por fim, a contratada afirma que, para aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, deveria ser demonstrada a sua culpabilidade, no entanto, segundo entendimento pacífico do TCU, os licitantes, ao aceitarem as condições do certame, sujeitam-se às regras do direito administrativo, e a culpabilidade do agente privado, em solidariedade com o agente público, é presumida, conforme exposto pelo Exmo. Ministro Relator Benjamin Zymlerem seu voto que fundamenta o Acórdão 2.006/2006-TCU-Plenário, e não restou demonstrada, a partir dos autos, a boa fé da empresa contratada.

(...) A apuração da responsabilidade dos agentes privados relacionados demanda abordagem ligeiramente distinta. Decorre ela do que prescreve o comando contido na alínea “b” do 2º do art. 16 da Lei nº 8.443/1992. Tal comando estipula que o TCU ao julgar irregulares as contas de agentes públicos, fixará a responsabilidade solidária desses agentes e

“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.”

Os licitantes que contratam com a Administração passam a se submeter a princípios e regras do direito administrativo, onde se opera a supremacia do interesse público em relação ao interesse privado. Nesse sentido, o pagamento de serviços obras ou produtos por preços superiores aos de mercado instaura a presunção de culpa contra esses agentes privados. Tal presunção poderia ser afastada por meio da demonstração, por exemplo, de caso fortuito ou de força maior. Em regra, porém, a verificação de superfaturamento configura a participação da empresa na consumação do prejuízo apurado.

Destaco, a propósito, que a jurisprudência recente do TCU é farta em casos onde se condiciona a continuidade da execução de contratos à adequação dos preços acordados a valores aceitáveis. Veja-se, a propósito, que, caso não reputasse válida a instauração da presunção de culpa, em face desses excessos de preços, a reparação de prejuízos para os quais tenham concorrido agentes privados teria efetividade extremamente reduzida. Especialmente porque a lógica fundamental inerente à atividade empresarial é da maximização dos lucros. (...)

123. *Ante os motivos expostos, entende-se que devem ser rejeitadas parcialmente as alegações de defesa apresentadas pela empresa Egesa Engenharia S.A., mantendo-se a remuneração referente ao canteiro de obras e, apesar de não solicitado pela defendente, corrigindo-se o percentual de desconto inicialmente contratado para 21,97% em relação ao valor de referência com base no Sicro2, região Norte, agosto/2000.*

III.2) CONTRATAÇÃO E ATESTE DE ITENS DE SERVIÇOS EM DUPLICIDADE

124. *Essa irregularidade constitui na assinatura do Contrato PD/2-035/00-00 e na atestação de medições contendo item de serviço "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" na planilha orçamentária, quando esse serviço já era remunerado pelo percentual de BDI, configurando pagamento de serviço em duplicidade, contrariando o disposto nos artigos. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964; e artigos 3º e 7º, § 4º, da Lei nº 8.666/1993.*

125. *Em razão da convergência das argumentações apresentadas pelos responsáveis acerca desta irregularidade, a análise será feita em conjunto, após os resumos das alegações.*

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO SR. MANOEL NAZARETH SANT ANNA RIBEIRO (PEÇA 6, P. 5-8)

126. *Sobre a previsão e pagamento do item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro na planilha orçamentária, quando já fazia parte da taxa de BDI utilizada à época do contrato, caracterizando pagamento em duplicidade de serviços, o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro alega que o edital teria previsto a necessidade de atribuição de preço específico e direto para esse item nas obras de arte especiais. Ademais, que o BDI teria sido estimado para remunerar apenas o canteiro principal e mobilização dos serviços rodoviários, não incluindo os canteiros para construção das pontes. Assim, segundo o defendente, não haveria duplicidade de serviços, inclusive, na proposta da contratada (peça 6, p. 7-8)*

127. *Alega ainda que teria constituído a comissão de licitação para elaboração do edital e que esse edital teria sido analisado pela Procuradoria Regional do Dnit. Em razão disso, caberia a ele apenas a chancela do aspecto formal da licitação (peça 6, p. 5-6). Ademais, teria recebido o Contrato PD/2-035/00-00 já aprovado pelas áreas técnicas do órgão, e que não poderia ser responsabilizado (peça 6, p. 9).*

128. *Acrescenta ainda que teria agido no estrito cumprimento do seu dever, que o projeto teria sido analisado e aprovado por engenheiros especializados do DNER, e cita como precedente o Acórdão 290/2005-TCU-Plenário, que afasta a responsabilização em razão de a conduta do responsável estar "sob o manto da aparência do direito" (peça 6, p. 8).*

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO SRS. JOAO BOSCO LOBO (PEÇA 4, P. 21; PEÇA 5, P. 1-6), RAIMUNDO BRITO FACANHA (PEÇA 4, P. 14-20) E RENATO NUNES GOUVEIA (PEÇA 7, P. 11-17)

129. *As alegações de defesa dos Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha e Renato Nunes Gouveia apresentam o mesmo conteúdo, portanto serão resumidos os principais pontos alegados.*

130. *Afirmam que o projeto básico teria sido aprovado pelo Engenheiro Chefe do 2º DRF/DNER, e reconhecem a existência do item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" para as obras de arte especiais, no orçamento base do Edital 176/00-02, lote 3.*

131. *Adiante, destacam que haveria necessidade de construção de canteiros próximos a cada obra de arte especial para a execução da respectiva obra, cuja duração variaria de cinco a seis meses.*

132. *Alegam ainda que a empresa projetista responsável por elaborar o projeto executivo para as pontes teria justificado esse serviço sob o pretexto de que o item seria mantido para garantir coerência entre a planilha orçamentária do projeto executivo e a planilha de licitação, a qual se baseou em um projeto básico.*

133. *Além do mais, afirmam que estariam adstritos aos preços e condições de pagamentos pactuados, e que, se não houvesse os itens de "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" no orçamento das obras de arte especiais, os custos relativos a esses itens teriam sido diluídos, pelas licitantes, nos preços unitários referentes aos próprios serviços das obras de arte especiais, e não alterariam o preço global da obra.*

134. *Por fim, concluem que teriam atestado as medições contendo o item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" porque teriam acreditado na regularidade e legalidade do contrato, já que teria sido objeto de outras fiscalizações por parte do TCU, e que seria "impossível" presumir que esse item seria anulado na planilha de medição.*

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DA EMPRESA EGESA ENGENHARIA S.A. (PEÇA 33, P. 49-51)

135. *A empresa Egesa Engenharia S.A. alega que não teria ocorrido o suposto pagamento em duplicidade nos itens de "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro", pois teria obedecido à previsão do edital e teria estabelecido no BDI a taxa de 4,65% para remuneração de "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" dos serviços de pavimentação rodoviária. Esses serviços de mobilização e canteiro referentes às pontes teriam ficado em itens específicos da planilha orçamentária.*

136. *Desta forma, sustenta que teria estabelecido um valor absoluto para os serviços de mobilização e canteiros, considerando no BDI apenas a taxa relativa aos serviços rodoviários (4,65%), no valor de R\$ 2.388.717,76, ficando à parte o valor de R\$ 11.644,00, correspondente a cada obra de arte especial.*

137. *E conclui que o valor da obra não se alteraria se os serviços de "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" das pontes estivessem computados também no BDI.*

Da análise

138. *Em relação à alegação do Sr. Manoel Nazareth, quanto ao fato de que haveria pareceres técnicos e jurídicos respaldando os preços contratados, esses pareceres não foram acostados aos autos para serem analisados. De todo modo, ressalte-se que, mesmo que esses pareceres fossem 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).*

(...)

139. Quanto à alegação de que o agente responsável teria constituído a comissão de licitação para elaboração do edital e que lhe caberia apenas a chancela formal da licitação não deve ser acolhida, pois o ato de homologação da licitação é o ato em que o gestor ratifica o procedimento licitatório, portanto, compete ao responsável pela homologação verificar a legalidade dos atos praticado no certame, não se tratando apenas de ato formal ou vinculado (Acórdãos 1.533/2006 e 681/2005, ambos do Plenário do TCU).

140. E, não logra êxito a exclusão de sua responsabilidade pela irregularidade sob a afirmação de que teria recebido o Contrato PD/2-035/00-00 já aprovado pelas áreas técnicas, uma vez que ele o próprio foi o responsável pela aprovação do projeto básico (peça 1, p. 27), pela assinatura do Contrato PD/2-035/00-00 (peça 25, p. 34-38) e pela formalização do 6º termo aditivo (peça 28, p. 32-34).

141. Especificamente quanto à irregularidade de duplicidade de pagamento do canteiro de obras, todos os defendentes alegam, em síntese, que os itens de canteiro de obras previstos na planilha orçamentária do projeto básico e na planilha do contrato seriam necessários, e que a parcela da taxa do BDI correspondente ao canteiro seria referente apenas aos serviços de pavimentação. No entanto, essa alegação não afasta a irregularidade, pois foi utilizada a mesma taxa de BDI de referência do Sicro1 tanto para os serviços de pavimentação quanto para os serviços das obras de arte especiais.

142. Sendo assim, o item de "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" para as obras de arte especiais não poderia estar previsto no BDI e também na planilha orçamentária do Edital 176/00-02, como custo direto.

143. Não obstante a previsão do item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" no BDI e no custo direto das obras de arte especiais do orçamento base do Edital 176/00-02, diante do desconto observado no contrato inicial de 21,97%, em relação aos preços de referência (Sicro2, agosto/2000), verifica-se que o superfaturamento questionado no valor de R\$ 37.950,12 (ref.: ago/2000) foi absorvido por esse desconto, conforme memória à peça 44.

144. Assim, mesmo com a confirmação da ocorrência do item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" em duplicidade, diante da não confirmação do débito nesta instrução, pondera-se por afastar a responsabilização dos Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha e Renato Nunes Gouveia pelo débito inicialmente apontado.

145. Cabe ressaltar que a irregularidade formal referente à deficiência de projeto, que abrangeu a falha da previsão em duplicidade do item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" em questão, foi julgada pelo TCU, conforme item 9.1 do Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário, no âmbito do TC 006.415/2008-8, em fase de análise de recurso.

146. Em face dessa análise, para esse caso concreto, entende-se oportuno afastar a responsabilização dos Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha e Renato Nunes Gouveia e da empresa Egesa Engenharia S.A. em relação ao dano inicialmente levantado devido ao item de "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" ter sido contratado em duplicidade.

III.3) DO ACRÉSCIMO CONTRATUAL SUPERIOR AO LIMITE PERMITIDO NO ART. 65, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 8.666/93

147. Para atender ao disposto no subitem 9.5 do Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário, "(...) verificação dos reflexos e da gravidade das irregularidades de que tratam os subitens 9.1.3 e 9.1.4 do referido decisum [Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário], para efeito de eventual aplicação de multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (...)", verificou-se a relação entre as alterações contratuais com valores acima do permitido no art. 65, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/1993 e o

desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração, já abordado no item III.1 deste trabalho.

Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário

(...)

9.1.3. acréscimos aos valores dos contratos mencionados no item 9.1 acima, em patamares superiores ao limite permitido no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, decorrentes de alterações provocadas pelo projeto básico deficiente, tendo em vista que os valores dos itens e quantitativos acrescidos a esses contratos totalizaram percentual muito acima dos 25% estabelecidos na referida norma, em relação aos valores dos itens e quantitativos originais, após as supressões;

9.1.4 desequilíbrio da equação econômico-financeira dos Contratos PD/2-009/01, PD/2-035/00 e PD/2-033/00, causado pelos aditivos decorrentes das revisões de projeto, em favor das empresas contratadas e em desfavor do erário, uma vez que as licitações foram vencidas com propostas que continham descontos maiores em relação ao Sicro do que aqueles verificados após as modificações.

148. Ressalte-se que o subitem 9.1.4 do Acórdão 2.439/2008 refere-se à irregularidade analisada no item "III.1 - do desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração", desta instrução.

149. Em relação às alterações contratuais acima do permitido no art. 65, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/1993, o Contrato PD/2-035/00-00 foi inicialmente firmado pelo valor de R\$ 53.758.992,15 (peça 25, p. 34-38), em 1/12/2000. Em 31/7/2002 foi lavrado o 6º termo aditivo que alterou o seu valor para R\$ 58.943.889,31 (peça 28, p. 32-34), com reflexo financeiro de 9,64%, de acordo com esse termo aditivo.

150. Contudo, observando-se os quantitativos dos serviços alterados por meio do 6º termo aditivo, percebe-se que o contrato sofreu aumento de quantitativos ou inclusão de itens novos no valor de R\$ 36.585.549,97 (peça 37, p. 1-2), e redução de R\$ 31.400.652,62 (peça 38, p. 1-2), valores que representam 68,05% e 59,95% do valor inicial do contrato, respectivamente.

151. Constata-se ainda que os itens que sofreram significativos aumentos nos quantitativos que apresentavam preços superiores aos preços unitários do orçamento base do Edital 176/00-02, lote 3 - Contrato PD/2-035/00-00 (peça 37, p. 1-2).

152. Essa constatação foi ressaltada no voto do Exmo. Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, condutor do Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário, julgado que apreciou, dentre outras irregularidades, as deficiências de projeto observadas nessas obras:

Os danos decorrentes de tais falhas ficaram evidentes no Relatório de Auditoria elaborado pela unidade técnica, conforme trecho abaixo transcrito, no qual foram apontadas alterações substanciais nos projetos licitados, que, praticamente, descaracterizaram os objetos contratados:

'A fragilidade do projeto licitado pode ser demonstrada ainda com maior clareza analisando-se as diversas e profundas alterações implementadas por meio das Revisões de Projeto em fase de obra, ou mesmo com a elaboração do Projeto Executivo. Conforme pode-se observar dos quadros B-1, B-2, B-3 e B-4, os serviços previstos no projeto básico sofreram tantas alterações que permitem a conclusão de que a obra que está sendo executada é totalmente diversa daquela licitada, acarretando inúmeros prejuízos ao poder público.'

Por ocasião da prolação do Acórdão nº 2439/2008-Plenário, o então relator destes autos, Ministro Ubiratan Aguiar, ao se manifestar a respeito da irregularidade, ressaltou que as deficiências dos projetos básicos teriam dado margem a que as licitantes supervalorizassem os itens cujos quantitativos estavam subestimados e subvalorizassem aqueles cujas quantidades estavam superestimadas, com posterior aplicação do 'nefasto jogo de planilha', com o acréscimo e supressão de serviços aos contratos ou aditivos tendentes a reequilibrar financeiramente as avenças.

153. *Frise-se também que o valor líquido aditivado ao contrato foi de R\$ 5.184.897,16 (9,64% do valor contratado), enquanto os serviços de terraplenagem sofreram aumento líquido de R\$ 7.828.182,88, dos quais R\$ 14.002.052,10 foi de acréscimo nos itens de maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do Edital 176/00-02, lote 3, e R\$ 6.173.869,22 foi de redução nos serviços de menor sobrepreço ou com desconto em relação a esse edital (peça 41, p. 1). A diferença entre o valor acrescido ao contratado e o valor líquido dos serviços de terraplenagem corresponde a reduções empreendidas em serviços de drenagem, conforme detalhe à peça 41, p. 2.*

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

155. *Resume-se, assim, que esse grau de alteração do contrato, aliado à falta de critério de aceitabilidade de preços unitários na licitação, contribuiu significativamente para a ocorrência do "jogo de planilhas" com consequente alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração.*

156. *Há reiteradas decisões do TCU no sentido de que o limite para alteração contratual previsto no artigo 65, §§ 1º e 2º, 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 dentro dos limites legais.*

157. *A partir desse entendimento, as alterações ocorridas no Contrato PD/2-035/00-00 transgrediram o disposto no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666, de 1993, por apresentar acréscimos e reduções superiores ao limite constante desses dispositivos legais.*

158. *No entanto, considerando o item 9.2 do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, com redação alterada pelo Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário, conforme transcrição a seguir, e considerando que a gestão do contrato ocorreu entre os anos de 2000 e 2002, as alterações acima dos limites permitidos sob a ótica deste Tribunal, por si só, não deve ser considerado na avaliação dos reflexos e da gravidade das irregularidades para fins de aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8443/1992.*

9.2. *determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União, passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal;*

IV) DA CONCLUSÃO

159. *As alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e pela empresa Egesa Engenharia S.A. não foram suficientes para desconstituir a irregularidade do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-035/00-00 em desvantagem à Administração, bem como suas responsabilidades pelos atos correspondentes.*

160. *A legalidade da celebração do contrato alegada não foi confirmada, se consideradas as irregularidades de restrição ao caráter competitivo e de deficiência de projeto apontadas pelo TCU – Acórdão 2.373/2010-Plenário.*

161. *A prescrição da ação punitiva, alegada à luz da Lei 9.873/1999, não se mostrou apropriada, pois se refere ao exercício do poder de polícia da Administração sobre seus administrados, e não se aplica à atividade constitucional de controle exercida pelo TCU, entendimento esposado no Acórdão 1.241/2010-TCU-Plenário.*

162. *O suposto cerceamento do direito de defesa não restou demonstrado, pois a irregularidade questionada se encontra discriminada nos autos (peça 1, p. 43; e peça 2, p. 27-28), e é corroborada com planilhas de cálculo que demonstram a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira do contrato (peça 30, p. 13-14), não havendo dívida quanto ao ato impugnado.*

163. *A pretendida intempestividade da instauração da TCE com base no art. 1º, §1º, da IN/TCU 13/96, não se aplica ao caso em apreço, pois esse dispositivo legal estabelece prazo para a Administração instaurar a TCE, não para o TCU.*

164. *A alegação de que teria ocorrido decadência administrativa com base no art. 54 da Lei 9.784/1999 não se aplica aos processos de competência do Tribunal de Contas da União, conforme consta do voto que fundamenta o Acórdão 78/2005-TCU-Plenário.*

165. *As alegações de que houve exames anteriores por parte do TCU nestas obras, de que não teria ocorrido fato novo que justificasse a reapreciação do contrato e de que teriam ocorrido preclusão e coisa julgada administrativa não aproveitam aos defendentes, pois reconhece que a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-035/00-00 em desvantagem para a Administração não foi objeto em outras auditorias do TCU.*

166. *A arguição de suposta interpretação equivocada por parte do TCU em relação ao art. 106, §6º, da LDO2009, não procede, pois o dispositivo da lei diz textualmente que o desconto oferecido em relação à referência não pode ser reduzido em decorrência de aditivos.*

167. *A alegação de que estaria em mora somente após a ciência da citação em relação ao débito em razão de o TCU não teria apontado essa irregularidade nas auditorias anteriores não deve ser acatada, pois o cálculo dos juros está de acordo com o disposto no art. 8º, inciso I, da Instrução Normativa-TCU 56, de 5 dezembro de 2007, e também com o disposto no item 8.2 da Decisão 1.122/2000-TCU-Plenário e com o art. 59 da Lei nº 8.383/1991, norma vigente e aplicável aos débitos em mora para com a Fazenda Nacional.*

168. *A pretensão do Sr. Manoel Nazareth de afastar a responsabilidade por considerar que os aditamentos contratuais teriam sido fundamentados em relatórios técnicos assinados por outros agentes, não prospera, haja vista que o defendente é engenheiro civil graduado (peça 36, p. 1-2), e que a manutenção do desconto inicialmente obtido pela Administração nos aditamentos contratuais está ao alcance dos conhecimentos e possibilidades esperados de um gestor médio, com as qualificações técnicas dele, conforme bem demonstra a análise de recurso apresentado por ele no âmbito do TC 006.415/2008-8 (peça 35, p. 5-6).*

169. *Da mesma forma, a alegação do Sr. Manoel Nazareth de que não teriam sido ouvidos outros funcionários do Dnit não merece ser acolhida ante ao fato de que sua responsabilização pelo débito no Contrato PD/2-035/00-00 decorre de ato próprio de assinatura do termo aditivo (peça 28, p. 32-34) que gerou o desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, bem como o próprio defendente também aprovou o projeto básico deficiente (peça 1, p. 27) e assinou o contrato (peça 25, p. 34-38).*

170. *A alegação de que a alteração do projeto básico não configuraria deficiência do projeto também não prospera, pois essa alteração não afrontaria o espírito da Lei de Licitações se atendesse aos limites legais e mantivesse a vantagem econômica obtida na licitação. Contudo,*

observa-se que, no caso em análise, houve aumento de 68% (peça 37, p. 1-2) no valor contrato e concomitante redução de 60% (peça 38, p. 1-2), após o 6º termo aditivo.

171. A afirmação de que não haveria desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração não pode ser acatada, pois, com base na mesma curva "ABC" utilizada na análise da Secob2 e nos preços unitários de referência do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, observa-se que, de um desconto de 0,97%, o contrato passa a apresentar o sobrepreço de 52,86% em relação aos preços desse edital (peça 39, p. 1-2), o que ratifica o cálculo desta secretaria especializada e demonstra a inequívoca alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração.

172. A afirmação de que o cálculo do débito realizado por esta Unidade Técnica teria se baseado em critérios abstratos não procede, pois, para quantificação do débito (peça 1, p. 48), foi utilizado o Método do Desconto descrito no voto que fundamenta o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário

173. Por fim, a inadequação da referência utilizada na análise baseada no Sicro2 não foi confirmada, haja vista que, mesmo adotando como referência os preços unitários do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, a desequilíbrio financeiro persistiu, ratificando a análise com base no Sicro2, região Norte, agosto/2000, calculado por esta Unidade Técnica.

174. Reconhece-se a pertinência da alegação da contratada de que a remuneração do canteiro de obras deveria ser mantida, assim, pondera-se pela dedução do valor ainda não pago da remuneração referente à instalação, mobilização e manutenção do canteiro de obras no cálculo do débito.

175. Em que pese não ter sido solicitado pelos defendentes, pondera-se pela alteração do desconto inicial de 28,2% para 21,97%, em relação ao Sicro2, agosto/2000, haja vista que o percentual de 28,2% é referente à divisão do valor do desconto (R\$ 11.975.473,29) pelo valor do contrato analisado (R\$ 42.541.604,00), faixa "A" da curva "ABC", quando esse desconto (R\$ 11.975.473,29) deve ser relacionado com o total da referência Sicro (R\$ 54.517.077,29), o que representa 21,97%. Mas esse ajuste não altera a conclusão de que houve desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração.

176. Ainda sobre essa questão, segue-se o parecer desta Unidade Técnica (peça 1, p. 42-52) que concluiu pela impossibilidade de se estabelecer nexo de causalidade entre a aprovação do projeto executivo e a alteração da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-035/00-00, situação que afasta a responsabilização do Sr. Miguel Dário Ardisson e da empresa Maia Melo Engenharia Ltda. pelo desequilíbrio econômico-financeiro apontado, em desvantagem para a Administração.

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

177. Responsáveis: Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87), Engenheiro Coordenador da 2º Unit/Dnit; e empresa Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01), empresa contratada, nos termos do art. 16, §2º, "b" da Lei 8.443/1992; pela formalização do 6º termo aditivo que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração.

178. Considerando que o débito referente à alteração da relação econômico-financeira do contrato foi calculado com base no método do desconto descrito no Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário e nos quantitativos efetivamente medidos até a 25ª medição, e que o desconto apresentado em relação à referência (Sicro2, Região Norte, agosto/2000) é de 21,97%, altera-se o valor do débito inicialmente apurado de R\$ 11.476.038,32, a preços iniciais (peça 1, p. 46-48), para R\$ 9.221.266,61, a preços iniciais (PI), já com a dedução do valor ainda não pago da remuneração

referente à instalação, mobilização e manutenção do canteiro de obras de R\$ 1.226.218,53 (peça 40, p. 1-3) obras no cálculo do débito.

Total do Contrato PD/2-035/00-00, após aditivo	[1]	58.943.889,29
Total dos serviços executados (acumulado até a 25ª medição)	[2]	28.685.777,27
% executado e pago	[3]=[2]/[1]	48,7%
Total do canteiro (fl. 49 do anexo 3)	[4]	2.388.717,76
Valor do canteiro já pago (acumulado até a 25ª medição)	[5]=[4]x[3]	1.162.499,22
Valor do canteiro não pago	[6]=[4]-[5]	1.226.218,53
Valor do débito (PI)	[7]	10.447.485,14
Valor do débito (PI), deduzido da parcela não paga do canteiro	[8]=[7]-[6]	9.221.266,61

179. O valor do débito a preços iniciais (PI) foi apropriado a partir das datas dos pagamentos das últimas medições, até atingir o valor apurado, com fulcro no art. 210, §1º, inciso I e II do RI/TCU, para que represente mais adequadamente o valor real do débito (peça 40, p. 2-3).

Data Pagamento	Valor do Débito (PI)	Valor do Débito (PI+R)*
25/3/2002	294.108,10	320.021,36
6/5/2002	864.616,07	942.092,37
12/6/2002	82.247,14	90.344,31
2/12/2002	1.974,70	2.172,56
2/12/2002	2.018,10	2.220,31
2/12/2002	1.890,82	2.080,27
12/9/2002	2.047.890,80	2.224.828,51
7/10/2002	1.840.119,94	1.999.106,25
13/12/2002	1.561.328,76	1.702.358,03
6/6/2003	626.997,84	764.924,75
6/6/2003	81.859,85	81.859,85
11/7/2003	591.040,74	725.332,59
18/6/2004	208.619,10	253.003,36
18/6/2004	968.457,30	1.173.525,71
28/6/2004	48.097,35	58.297,81
Total	9.221.266,61	10.342.168,04

*Valor do Débito (PI+R) - valor a preços inicial acrescido dos reajustes previstos na cláusula quarta, parágrafo terceiro, do Contrato PD/2-035/00-00.

Da atualização do débito

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

Débito lançado R\$ 10.342.168,04 (peça 42, p. 1)

Data Pagamento	Valor do Débito Reajustado (PI+R)*
25/3/2002	320.021,36
6/5/2002	942.092,37
12/6/2002	90.344,31
2/12/2002	2.172,56
2/12/2002	2.220,31
2/12/2002	2.080,27
12/9/2002	2.224.828,51
7/10/2002	1.999.106,25
13/12/2002	1.702.358,03
6/6/2003	764.924,75
6/6/2003	81.859,85
11/7/2003	725.332,59
18/6/2004	253.003,36
18/6/2004	1.173.525,71
28/6/2004	58.297,81

*Valor do Débito Reajustado (PI+R) - Valores a preços iniciais (PI) acrescidos do percentual de reajustes previstos na cláusula quarta, parágrafo terceiro, do Contrato PD/2-035/00-00 referente a cada data de pagamento (R). O cálculo do débito reajustado se encontra à peça 40, p. 2-3.

Débito total apurado a partir dos valores acima lançados, mais atualização monetária e juros de mora até 11/6/2012: **R\$ 38.332.745,28 (trinta e oito milhões trezentos e trinta e dois mil setecentos e quarenta e cinco reais e vinte e oito centavos)**. (peça 43, p. 1-5).

181. Em relação à duplicidade de pagamento observada no item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro", nos custos direto e indireto do orçamento base da licitação - Edital 176/00-02 -, a proposta da contratada apresentou desconto global de 21,97% em relação aos preços de referência (Sicro2, agosto/2000). Em razão disso, entende-se que o superfaturamento inicialmente apontado (R\$ 37.950,12, ref.: agosto/2000) foi absorvido pelo valor do desconto apresentado pela contratada, à época da licitação.

182. Considerando a não configuração do débito, nesta instrução, para esse caso concreto, mostra-se oportuno afastar a responsabilização dos Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha e Renato Nunes Gouveia e da empresa Egesa Engenharia S.A., na condição de na condição de membros da comissão de medição e de contratada, em relação ao dano inicialmente levantado devido ao item de "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" ter sido contratado em duplicidade.

183. Cabe ressaltar que a irregularidade formal referente à deficiência de projeto, que abrangeu a falha da previsão em duplicidade do item "mobilização, desmobilização e instalação do

canteiro" em questão, foi julgada pelo TCU, conforme item 9.1 do Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário, no âmbito do TC 006.415/2008-8, em fase de análise de recurso.

184. *Quanto ao fato de que o Contrato PD/2-035/00-00 sofreu adição de quantitativos ou de novos itens de serviços que totalizaram R\$ 36.585.549,97 (68,05% do valor inicial contratado) e redução de quantitativos no valor de R\$ 31.400.652,62 (59,95% do valor inicial contratado), contrariando o disposto no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93, conforme entendimento dos Acórdãos 591/2011, 2.738/2010, 1.981/2009, todos do Plenário do TCU, dentre outros, considerando o item 9.2 do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, com a redação alterada pelo Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário, entende-se que essa infração não deve ser considerada na avaliação dos reflexos e da gravidade das irregularidades para fins de aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8443/1992.*

185. *Quanto à boa-fé, ante essa alteração contratual ocorrida com o 6º 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 6º termo aditivo (peça 28, p. 32-34), cuidasse para que fosse preservada a vantagem originalmente obtida na licitação, em vez de permitir a alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração.*

186. *Ademais, pode se observar que, nos serviços de "escavação, carga e transporte em material de 1ª categoria", por exemplo, foram aumentados, em até 1400%, os quantitativos dos serviços que apresentavam maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do orçamento base do Edital 176/00-02, Lote 3, e reduzidas as quantidades dos itens com desconto em relação a esse orçamento do edital (peça 41, p. 1). Também é importante perceber que os serviços com maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do orçamento licitado são os de menores distâncias de transporte, até mil metros, e os itens com maior desconto que, em tese, seriam mais caros por possuírem maiores distâncias de transporte, estão com preços unitários menores que os primeiros.*

187. *Nesse caso, ante a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira do Contrato PD/2-035/00-00 em desvantagem para a Administração, aliada à ausência de critérios de aceitabilidade de preços unitários no edital, além da aprovação de projeto básico deficiente e restrições à competitividade julgadas no âmbito do TC 006.415/2008-8, não se constatou nos autos elementos suficientes para a caracterização da boa-fé, permitindo ao Tribunal, desde já, apreciar o mérito das contas, conforme o art. 202, § 6º, do Regimento Interno do TCU.*

V) PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

188. *Ante todo o exposto, propõe-se que os autos sejam submetidos ao Ministério Público junto ao TCU para emissão de parecer, com o posterior encaminhamento ao Gabinete do Exmo. Senhor Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, com as seguintes propostas:*

I - afastar a responsabilização do Sr. Sr. Miguel Dário Ardissonne Nunes (CPF 178.613.227-34) e da empresa Maia Melo Engenharia Ltda. (CNPJ 08.156.424/0001-51), responsáveis pela aprovação e elaboração do projeto executivo, respectivamente, por não haver como estabelecer nexo de causalidade entre a elaboração e aprovação do projeto executivo e a alteração da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-035/00-00 em desvantagem para a Administração;

II - rejeitar parcialmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87) e pela empresa Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01) por não terem afastado a irregularidade de alteração substancial da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-035/00-00, haja vista que o contrato apresentava desconto de 21,97% em relação à referência Sicro2, região Norte, agosto/2000, e passou a

apresentar sobrepreço de 8,55% frente a essa referência, após o 6º termo aditivo, em afronta ao princípio da economicidade;

III - afastar a responsabilização dos Srs. João Bosco Lobo (CPF 005.984.702-63), Raimundo Brito Façanha (CPF 019.270.352-87), Renato Nunes Gouveia (CPF 002.659.502-87) e da empresa Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01) em relação à irregularidade de pagamento em duplicidade do item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro", previsto nos custos direto e indireto do orçamento base da licitação - Edital 176/00-02 -, uma vez que o superfaturamento inicialmente apontado de R\$ 37.950,12 (ref.: agosto/2000) foi absorvido pelo desconto apresentado pela contratada, à época da licitação;

IV - corrigir o valor do débito referente à alteração da relação econômico-financeira, com fundamento no art. 210, §1º, inciso I e II do RI/TCU e no princípio da verdade material, de R\$ 11.476.038,32 (agosto/2000), a preços iniciais (PI), para R\$ 9.221.266,61, também a preços iniciais (PI), considerando a redução de R\$ 1.226.218,53, referente ao item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" e o percentual de 21,97% referente ao desconto inicialmente contratado;

V - 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 nº 8.443/92, irregulares as presentes contas e condenar o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87), solidariamente com a empresa Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01), ao pagamento do débito de R\$ 10.342.168,04 (PI+R - preços iniciais acrescidos do percentual de reajustes previstos na cláusula quarta, parágrafo terceiro, do Contrato PD/2-035/00-00), 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 Infraestrutura de Transportes (Dnit);

Data Pagamento	Valor do Débito Reajustado (PI+R)
25/3/2002	320.021,36
6/5/2002	942.092,37
12/6/2002	90.344,31
2/12/2002	2.172,56
2/12/2002	2.220,31
2/12/2002	2.080,27
12/9/2002	2.224.828,51
7/10/2002	1.999.106,25
13/12/2002	1.702.358,03
6/6/2003	764.924,75
6/6/2003	81.859,85
11/7/2003	725.332,59
18/6/2004	253.003,36

<i>Data Pagamento</i>	<i>Valor do Débito Reajustado (PI+R)</i>
18/6/2004	1.173.525,71
28/6/2004	58.297,81

Débito total apurado a partir dos valores acima lançados, mais atualização monetária e juros de mora até 11/6/2012: R\$ 38.332.745,28 (trinta e oito milhões trezentos e trinta e dois mil setecentos e quarenta e cinco reais e vinte e oito centavos).

VI - aplicar, individualmente, ao Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87) e à empresa Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01) a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443, de 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;

VII - autorizar, desde logo, com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei n.º 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam atendidas as notificações;

VIII - 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 n.º 8.443/92."

Anuindo, no essencial, à proposta de mérito da Secob2, o representante do Ministério Público manifestou-se nos termos a seguir transcritos, *in verbis*:

"Trata-se de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurada por determinação do item 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, para apuração de valores considerados indevidos e efetivamente pagos no âmbito do Contrato PD/2-035/00-00, cujo objeto era a execução das obras de construção da BR-230/PA, no trecho entre Marabá e Altamira, no Estado do Pará.

2. Concordo com a proposta de encaminhamento da 2ª Secretaria de Fiscalização de Obras (Secob-2), à peça 45. Proponho, contudo, apenas os ajustes que detalho a seguir.

3. Com relação ao Sr. Miguel Dário Ardissonne Nunes e à sociedade empresarial Maia Melo Engenharia Ltda., sugiro alterar a expressão "afastar a responsabilização", conforme sugerido pela Secob-2 no item 188, subitem I, da proposta de encaminhamento, para "excluir da relação processual", usualmente empregada neste Tribunal.

4. No item 188, subitem III, da proposta de encaminhamento, a Secob-2 propõe "afastar a responsabilização" dos Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha, Renato Nunes Gouveia e da sociedade empresarial Egesa Engenharia S.A., envolvidos na citação decorrente da irregularidade caracterizada pelo pagamento em duplicidade do item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro".

5. Nesse caso, como houve apresentação de alegações de defesa nos autos por esses responsáveis, sugiro que suas defesas sejam acolhidas quanto a essa ocorrência. Na verdade, suas defesas podem ser acolhidas não pelas argumentações por eles apresentadas ao TCU, mas pelas seguintes razões expostas pela Secob-2 no item 181 de sua instrução à peça 45, que destacam o afastamento do débito inicialmente questionado, decorrente do pagamento em duplicidade do item a seguir negrito:

181. Em relação à duplicidade de pagamento observada no item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro", nos custos direto e indireto do orçamento base da licitação - Edital 176/00-02 -, a proposta da contratada apresentou desconto global de 21,97% em relação aos preços de referência (Sicro2,

agosto/2000). Em razão disso, entende-se que o superfaturamento inicialmente apontado (R\$ 37.950,12, ref.: agosto/2000) foi absorvido pelo valor do desconto apresentado pela contratada, à época da licitação.

6. Ainda com relação ao item 188, subitem III, da proposta de encaminhamento, por analogia ao tratamento concedido à sociedade empresarial Egesa Engenharia S.A., sugiro que seja incluída proposta de acolhimento das alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro quanto à irregularidade negritada na transcrição supra. Destaco que essa inclusão não interfere na condenação desse gestor pelo débito apurado nos autos, detalhado no quadro apresentado no subitem V do item 188 da instrução da Secob-2.

7. Em consequência do acolhimento das defesas apresentadas pelos Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha e Renato Nunes Gouveia, cujo papel na execução da obra sob exame restringiu-se à condição de membros da Comissão de Medição dos serviços de construção e pavimentação da rodovia BR-230 - Transamazônica, trecho divisa TO/PA – divisa PA/AM, subtrecho Itupiranga - Altamira, segmento Km 252,0 – Km 357,0, sugiro que suas contas sejam julgadas regulares, dando-lhes quitação plena.

8. Quanto ao subitem V do item 188 da instrução da Secob-2, sugiro que seja feita correção no sentido de que sejam julgadas irregulares apenas as contas do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, visto que a unidade técnica usou a expressão genérica “julgar (...) irregulares as presentes contas”. A partir desse ajuste, restará claro que apenas as contas desse gestor serão julgadas irregulares (e não a de todos os responsáveis arrolados nos autos), sem prejuízo da condenação em débito desse gestor, em solidariedade com a sociedade empresarial Egesa Engenharia S.A.

9. Com relação à condenação em débito, sugiro dois ajustes no subitem V do item 188 da instrução da Secob-2:

a) retirar o trecho “ao pagamento do débito de R\$ 10.342.168,04 (PI+R - preços iniciais acrescidos do percentual de reajustes previstos na cláusula quarta, parágrafo terceiro, do Contrato PD/2-035/00-00)”, mantendo-se, apenas, a discriminação de parcelas apresentada no quadro do referido subitem, tendo em vista que referidas parcelas têm distintas datas de ocorrência, as quais sofrerão diferentes atualizações;

b) retirar o seguinte parágrafo: “Débito total apurado a partir dos valores acima lançados, mais atualização monetária e juros de mora até 11/6/2012: **R\$ 38.332.745,28 (trinta e oito milhões trezentos e trinta e dois mil setecentos e quarenta e cinco reais e vinte e oito centavos).**” (grifo do original).

10. A correção apontada pela Secob-2 no item IV do subitem 188 da proposta de encaminhamento é despicienda para fins de inclusão na parte dispositiva do futuro acórdão que vier a julgar esta TCE, visto que é suficiente a manutenção do quadro com as parcelas de débito, conforme apresentado no subitem V do item 188 da proposta, para compreensão do quantum a ser restituído ao erário. Assim, proponho a exclusão do referido item IV.

11. Por fim, este membro do Ministério Público de Contas sugere que seja promovido ajuste no subitem VIII do item 188 da instrução da Secob-2 (com a consequente criação de item adicional no futuro acórdão), no sentido de que sejam separadas as providências a seguir descritas:

a) remessa de cópia do acórdão que vier a ser proferido pelo TCU à Procuradoria da República no Estado do Pará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, para ajuizamento das ações cabíveis;

b) encaminhamento de cópia da deliberação que vier a ser proferida na TCE aos responsáveis, ao DNIT e ao Ministério dos Transportes.”