

TC 018.910/2009-0

Natureza: Pedidos de Reexame

Unidade: Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre no Estado de São Paulo – Dnit/SP

Recorrentes: Ricardo Rossi Madalena (CPF 137.221.248-59) e Rômulo do Carmo Ferreira Neto (CPF 288.906.631-20).

Advogados: Não há.

Sumário: Relatório de Auditoria. Fiscobras 2009. Construção do Contorno e Pátio Ferroviário de Tutóia – Araraquara/SP. Execução em desacordo com o projeto executivo, sem formalização contratual das alterações e sem orçamento definido das modificações. Improcedência das justificativas. Multa. Admissão de substituição de equipe técnica da contratada em desacordo com o edital. Improcedência das justificativas. Multa. Pedidos de Reexame. Conhecimento. Negativa de provimento. Ciência aos interessados.

Trata-se de Pedidos de Reexame interpostos pelos Senhores Ricardo Rossi Madalena (peça 28) e Rômulo do Carmo Ferreira Neto (peça 30) em face do Acórdão 2.091/2011 - Plenário (peça 3, p. 24-36), que, além de expedir determinações ao Dnit, aplicou-lhes multa com base no artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

HISTÓRICO

2. A Secex/SP realizou auditoria de conformidade, entre agosto e setembro de 2009, na Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre no Estado de São Paulo (Dnit/SP), para verificar empreendimentos de infraestrutura ferroviária executados em 2009, em especial a obra “Construção do Contorno e Pátio Ferroviário de Tutóia - Araraquara/SP”, custeada com recursos do PAC. Esta objetivava desviar a malha ferroviária que cruzava a área central de Araraquara/SP para uma região de ocupação predominantemente agrícola (peça 3, p. 24).

3. Constatadas algumas ocorrências, os Senhores **Luiz Antônio Pagot**, diretor-geral do Dnit, e **Rômulo do Carmo Ferreira Neto**, diretor de Infraestrutura Ferroviária do Dnit, foram chamados em audiência para apresentar razões de justificativa acerca dos seguintes fatos (peça 1, p. 32-36, e peça 3, p. 25):

- a) execução de obra com traçado geométrico alterado em relação ao projeto executivo original integrante do edital de Concorrência 33/2007, sem qualquer formalização de aditivo contratual, contrariando o artigo 37 da Constituição Federal (princípios da legalidade e publicidade), artigo 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 e o item 27.11 do mencionado edital;
- b) ausência de quantificação do impacto financeiro das alterações no traçado geométrico do Contorno Ferroviário de Araraquara, não obstante a continuidade da execução da obra com as alterações referidas e
- c) utilização de critérios subjetivos para avaliação e pontuação do quesito da proposta técnica denominado ‘avaliação conceitual da proponente’, no edital da Concorrência nº 68/2007, tendo em vista que a Comissão de Licitação norteou-se somente pela redação dos itens examinados, a fim de

atribuir a gradação ‘Adequado/Excelente’, ‘Bom’, ‘Regular’, ‘Insuficiente’ e ‘Errôneo ou não abordado’.

4. O Senhor **Ricardo Rossi Madalena**, superintendente regional do Dnit/SP, por sua vez, foi chamado em audiência para responder pela (peça 1, p. 38):

a) substituição da equipe indicada na proposta técnica para comprovar a capacitação técnico-operacional, sem aferir pontuação ao currículo dos substitutos, impossibilitando comprovar que a experiência destes é equivalente ou superior à dos profissionais substituídos, além do fato de que a equipe original sequer iniciou a execução dos serviços, contrariando o item 29.9 do edital de Concorrência nº 161/2008 c/c os arts. 30, §10, 41, caput, e 55, XIII, da Lei 8.666/1993.

5. Analisadas as defesas, foi rejeitada a argumentação do **Senhor Rômulo do Carmo Ferreira Neto** quanto à **execução da obra com divergência em relação ao projeto executivo, sem aditivos e sem definição dos custos das alterações**, e a do **Senhor Ricardo Rossi Madalena** no que tange à **substituição de profissionais na Concorrência 161/2008**. As alegações do Senhor Luiz Antonio Pagot foram acatadas, assim como a parte da defesa do Senhor Rômulo referente à subjetividade do critério de aferição da avaliação de licitantes na Concorrência 68/2007 (peça 3, p. 33).

6. O Senhor Ricardo Rossi Madalena, de acordo com o voto condutor do acórdão recorrido, alegou que o tempo transcorrido entre a elaboração da proposta técnica da contratada e o início dos serviços fez com que os profissionais da equipe original assumissem outros compromissos, mas que seus substitutos detinham experiência e qualificação compatíveis com as dos substituídos, além de terem atendido ao edital (peça 3, p. 33).

7. O Ministro-Relator, não se adentrando na análise da competência dos profissionais substitutos, como fizera a Secex/SP, destacou que os argumentos expostos não afastaram a irregularidade, qual seja a **não aferição dos currículos nos termos previstos no edital**. A falha é ainda mais grave, pois a licitação era do tipo “técnica e preço”, com peso elevado para a técnica, e a contratada não apresentou o menor preço. Foi determinante, portanto, a sua proposta técnica, que incluía a qualificação de sua equipe (peça 3, p. 33).

8. Já o Senhor Rômulo do Carmo Ferreira Neto alegou que: a Diretoria de Infraestrutura Ferroviária ficou sem titular entre setembro e dezembro de 2007, o que atrasou a revisão dos projetos e as assinaturas dos contratos; as alterações no projeto executivo decorreram do transcurso de longo tempo desde a sua conclusão e de imprevistos detectados no local; aprovou as alterações, balizado em parecer técnico e que a paralisação das obras até análise e aprovação do orçamento referente às alterações acarretaria prejuízo, tendo em vista o custo de desmobilização e nova mobilização e o atraso no cronograma da obra, que fazia parte do PAC (peça 3, p. 34).

9. Quanto ao tempo sem titular na diretoria, o Ministro-Relator entendeu que não justificava a falta de formalização das alterações contratuais até a realização da auditoria, em agosto de 2009. Destacou, ainda, que **não estava contestando a necessidade de alteração do projeto executivo e o embasamento técnico para as modificações, mas o prosseguimento das obras sem formalização contratual das modificações e sem avaliação de seu impacto financeiro**, o que contrariou os princípios da legalidade, da publicidade e o parágrafo único, do artigo 61, da Lei 8.666/1993 (peça 3, p. 34).

10. Ressaltou, outrossim, que a importância da obra, o fato de estar no PAC e a possibilidade de atrasos no cronograma não afastam a referida irregularidade, ainda mais porque já existiam significativos retardamentos. Eis que a equipe de fiscalização havia registrado que apenas 14,3% da obra havia sido executada, enquanto que o previsto era de 68,9% (peça 3, p. 34).

11. Por fim, o Ministro-Relator entendeu que o impacto temporal não poderia justificar a falta de orçamento das alterações, pois é dever do gestor elaborar com rapidez referidas estimativas de preços, de modo a evitar efeitos negativos na condução da obra (peça 3, p. 34).

12. Assim, votou para que fossem aplicadas multas aos Senhores Rômulo do Carmo Ferreira Neto e Ricardo Rossi Madalena, com base no artigo 58, inciso II, da Lei Orgânica/TCU, encaminhamento adotado pelo Colegiado quando da prolação do Acórdão 2091/2011 - Plenário (peça 3, p. 35).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

13. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 33 a 35), ratificado à peça 37, pelo Ministro-Relator Raimundo Carreiro, que concluiu pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.3, do Acórdão 2.091/2011 – Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

14. Ressalte-se que, em 13/9/2011, o Dnit/SP protocolou, no Tribunal, o Ofício 1466/2011 (peça 29, p. 1-4), em resposta ao Ofício 1999/2011 – TCU/SECEX-SP (peça 3, p. 37), por meio do qual a entidade foi notificada acerca das seguintes determinações exaradas no Acórdão 2.091/2011 – Plenário:

[...] determinar a esse Dnit/SP que:

a) Não apostile reajuste de preços com base em previsão de variação futura de índice de preços, a exemplo da primeira apostila ao contrato 08.1.0.00.0011.2009 – concorrência 161/2008; e

b) Regularize o contrato com a empresa Prodec Consultoria para Decisões S/C Ltda., ante a substituição de profissionais em desacordo com o item 29.9 do edital da concorrência 161/2008 e com os arts. 30, § 10, 41, caput, e 55, XIII, da Lei 8.666/1993.

15. A entidade aduz que a escolha do índice de preços não é de sua competência, pois seria pré-estabelecido no Sistema de Acompanhamento de Contratos – SIAC. Dessa forma, a determinação deveria ter sido feita ao seu responsável na sede do Dnit em Brasília. Acrescenta, ainda, que a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do TCU (Sefti/TCU) realizou auditoria no referido sistema e, por isso, os ajustes requisitados poderiam já estar sendo monitorados pelo Tribunal.

16. Argumenta, ainda, que:

[...] independentemente do índice que foi utilizado quando da lavratura do instrumento jurídico, aquilo que é efetivamente medido e pago durante a execução do contrato, é reajustado de acordo com o índice oficial vigente no período a que se referir a execução do serviço.

17. Em relação à alínea “b”, informou as medidas que a entidade tomou visando ao seu cumprimento e solicitou que o Tribunal esclareça como deve proceder para regularizar o contrato em questão, tendo em vista as dificuldades relatadas pela empresa contratada.

18. A Secretaria de Recursos propôs que os autos fossem encaminhados ao Relator *a quo*, considerando a possibilidade de a peça do Dnit/SP ser recebida como embargos de declaração (peça 29, p. 15-17), o que foi rechaçado no despacho do Ministro Aroldo Cedraz, à peça 29, p. 19.

19. Este entendeu que a manifestação do Dnit/SP deveria ser enquadrada como pedido de reexame e determinou que os autos fossem encaminhados à Secretaria das Sessões para sorteio de relator, a quem caberia o exame da admissibilidade da referida peça.

20. Destaque-se que nada foi dito em relação à admissibilidade desse ofício do Dnit/SP pelo Ministro-Relator Raimundo Carreiro, quando admitiu os recursos dos Senhores Ricardo Rossi Madalena e Rômulo do Carmo Ferreira Neto (peça 37).

21. Neste momento, data vênua os entendimentos defendidos anteriormente, percebe-se que a referida manifestação do Dnit/SP não tem natureza de recurso. Não há qualquer pedido ou manifestação clara no sentido de que o Acórdão 2.091/2011 - Plenário deva ser reformado ou cassado, tendo o Dnit/SP apenas suscitado dúvidas, trazido informações quanto às medidas adotadas e relatado algumas dificuldades encontradas para o cumprimento da decisão.

22. Trata-se, assim, de elemento a ser apreciado quando do **monitoramento** das referidas determinações (artigo 243, do Regimento Interno/TCU), assim como o Ofício 1.131/2012-SR/SP (peça 42), protocolado no Tribunal em 30/8/2012, onde também são retratados os esforços para o cumprimento da alínea “b” acima transcrita.

23. Vale ressaltar que o Tribunal não responde a consultas em relação a casos concretos (artigo 265, do Regimento Interno/TCU). Entretanto, nos últimos anos se buscou uma maior aproximação entre as unidades técnicas e os órgãos e entidades controlados, como um canal informal, o que, em tese, pode ajudar a sanar eventuais dúvidas dos gestores.

EXAME TÉCNICO

Pedido de Reexame de Ricardo Rossi Madalena (peça 28)

Argumentos:

24. Aduz que a equipe técnica apresentada na proposta técnica da empresa Prodec Consultoria para Decisão S/C Ltda. participou do início da vigência do contrato, conforme declarações e ARTs, o que evidenciaria que sua substituição não foi premeditada. Menciona, ademais, que o mercado de infraestrutura estava bastante aquecido à época, o que trouxe dificuldades para a contratada substituir a equipe com profissionais adequadamente qualificados (peça 28, p. 3-4).

25. Acrescenta que a demora para a assinatura do instrumento contratual, de acordo com a contratada, foi um dos motivos para a substituição realizada. Acrescenta que a referida mora decorreu, em parte, da atuação do próprio TCU que suspendeu cautelarmente a Concorrência 161/2008 em 26/8/2008, só revogando a cautelar em 17/11/2008 (peça 28, p. 5).

26. Alega que aceitou os argumentos da contratada buscando resguardar o interesse da Administração Pública, pois caso a empresa decidisse não assinar o contrato, seria necessária a realização de novo certame e a obra seria paralisada, o que certamente causaria prejuízo ao erário e danos ao meio ambiente. Acredita ter agido, portanto, com base nos princípios da eficiência e da razoabilidade (peça 28, p. 5-6).

27. Assim, destaca que com a decisão adotada não houve prejuízo e que a equipe que foi disponibilizada cumpriu adequadamente o contrato (peça 28, p. 6).

28. Por isso, solicita que o TCU reveja a importância conferida ao lapso temporal entre a proposta e a assinatura do contrato. Menciona, inclusive, que quando do Acórdão 1101/2010 – Plenário teriam sido acolhidos argumentos semelhantes e transcreve parte da decisão (peça 28, p. 6-8).

29. Quanto à comparação entre os profissionais substitutos e os substituídos, para fins de verificar se possuíam a mesma qualificação, aduz que o cotejo é inviável, pois não seria possível prever acontecimentos futuros que ensejam a substituição da equipe. Alega, ainda, que o profissional substituto necessariamente terá menos tempo na empresa do que o substituído, o que afastaria a análise feita no item 2.4.21.7 do Relatório do acórdão recorrido (peças 3, p. 31 e peça 28, p. 8).

30. Argumenta, então, que no lugar de puni-lo, o Tribunal deveria adotar medida de maior alcance, qual seja a revisão do tipo de licitação “melhor preço”, pois não há previsão adequada de como o gestor deve agir frente às incertezas do futuro, relacionadas à busca, pelos funcionários, de melhores condições salariais e de adequações, por parte das empresas, de seus quadros próprios (peça 28, p. 9).

31. Contesta, ademais, o item 2.4.21.2, do relatório (peça 3, p. 31), alegando que a comprovação da experiência requerida do coordenador substituto encontrava-se na folha 13, do Atestado 004/2009. Comprovaria também a experiência necessária, o Atestado 018/2002 (peça 25, p. 9-46, e peça 28, p. 9-10).

32. Pede, então, que seja afastada a multa que lhe foi aplicada em conformidade com o entendimento adotado no Acórdão 1.101/2010 – Plenário (peça 28, p. 10).
33. Nesta etapa recursal, o recorrente acostou aos autos os documentos à peça 28, p.11-49.
- Análise
34. O Senhor Ricardo Rossi Madalena, superintendente regional do Dnit/SP à época, foi condenado pelo Tribunal pela (peça 3, p. 33):
- [...] substituição de profissionais da equipe da empresa vencedora na concorrência 161/2008, relativa à contratação de serviços de gestão ambiental para implantação de obras, sem observância do critério estipulado no edital.
35. O Relator *a quo*, na fundamentação do acórdão recorrido, decidiu não adentrar na análise da experiência dos profissionais substitutos, como havia feito a Secex/SP, tendo destacado que a irregularidade diz respeito à **não aferição dos currículos nos termos previstos no edital** (peça 3, p. 33).
36. Em seu recurso, o Senhor Ricardo não contesta essa irregularidade, mas tenta justificá-la com o fato de ter havido demora para a assinatura do contrato, de o mercado estar aquecido à época, de que procurou resguardar os interesses da Administração e de o contrato ter sido cumprido adequadamente.
37. Observa-se que nenhuma dessas justificativas está diretamente relacionada à irregularidade. Eis que não impediam que fosse aferida a capacidade técnica e a experiência dos substitutos no momento em que a alteração da equipe foi solicitada.
38. Sabe-se que o edital é a lei da licitação, obrigando a própria Administração, que a ele se vincula, conforme o artigo 41, *caput*, da Lei 8.666/1993. Esta, aliás, dispõe que o certame deve ser processado e julgado conforme diversos princípios, dentre os quais o da **Vinculação ao Instrumento Convocatório** (artigo 3º, *caput*), além de vincular o próprio contrato ao edital do certame, nos termos de seu artigo 55, inciso XI.
39. No caso concreto, havia a seguinte cláusula editalícia (peça 10, p. 1):
- 29.9 – Possíveis alterações na composição ou quantidade da equipe alocada para execução dos serviços **serão possíveis mediante prévia solicitação pela contratada e aprovação formal da Diretoria setorial competente**, ou ainda, quando solicitado pela própria Diretoria em função de ineficiência ou necessidade da execução dos trabalhos. **Somente será possível a substituição de integrantes da equipe técnica por outros que, na forma deste Edital, tenham o seu currículo analisado e alcancem pontuação igual ou superior aos substituídos.**
40. Ou seja, o instrumento convocatório deixou claro que a substituição da equipe era possível desde que aprovada previamente pela Diretoria setorial competente, após a verificação de que os currículos dos substitutos alcançavam pontuação igual ou superior aos dos substituídos.
41. Além disso, sabe-se que a Lei de Licitações estabelece como dois de seus grandes objetivos a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (artigo 3º, *caput*). Assim, mesmo que não houvesse tal previsão no edital, não poderia ocorrer a substituição dessas equipes sem qualquer critério.
42. Em acréscimo, esse diploma legal conta com dispositivos específicos sobre a questão - os artigos 30, §10, e 55, XIII - que obrigam que o contratado mantenha todas as condições de qualificação exigidas na licitação, permitindo a substituição de profissionais indicados no certame por substitutos com experiência equivalente ou superior, somente depois de autorizado pela Administração.
43. A solicitação para a alteração da equipe foi feita por meio do Ofício GC-237-005/09, datado de 28/4/2009 (peça 15, p. 31). No Dnit, a análise se limitou à comparação das atividades relacionadas como experiência dos profissionais (substituídos e substitutos), sem qualquer cálculo de

pontuações ou conferência mais apurada das ações apresentadas para esse fim (peça 15, p. 37-41). Esse exame, claramente superficial e incompleto, foi aprovado pelo Senhor Ricardo Rossi Madalena, na qualidade de superintendente regional do Dnit/SP (peça 15, p. 42).

44. Consta-se, dessa forma, que o item 29.9 do edital não foi cumprido, já que exigia que: 1) **a pontuação dos currículos** dos substitutos fosse analisada pela Administração e 2) tais currículos deveriam atingir pontuação equivalente ou superior à dos substituídos. A própria Lei 8.666/1993 (nos artigos já mencionados) exigia uma análise mais detida da qualificação dos substitutos, o que não ocorreu.

45. Essa demonstração - frise-se - era um ônus da Administração do Dnit. Inclusive, nem mesmo nesta etapa recursal o responsável tentou suprir a ausência dessa análise, tendo se limitado a impugnar o exame meramente exemplificativo de pontuação de lavra da Unidade Técnica (peça 1, p. 29-30) e que o Relator *a quo* deixou claro que não seria o fundamento da condenação.

46. O recorrente alega que o cotejo dos currículos dos profissionais era inviável. Todavia, não apontou onde estaria essa dificuldade intransponível. Ademais, o próprio recorrente assinou o contrato, obrigando o Dnit a cumprir os seus termos (peça 11, p. 7).

47. Vale destacar que o instrumento contratual foi assinado em 18/3/2009 (peça 11, p. 7) e a substituição foi solicitada já em 28/4/2009, ou seja, um pouco mais de 1 mês depois da assinatura. Isto, mesmo havendo a possibilidade de a empresa licitante desistir da proposta oferecida, em função do lapso temporal até a assinatura da avença, conforme o artigo 64, §3º, da Lei 8.666/1993.

48. Ressalte-se, que não se quer afirmar que não havia dificuldades, à época, por parte da empresa, para encontrar profissionais equivalentes no mercado. Não se desconhece, ademais, que em situações excepcionalíssimas, desde que devidamente demonstrado e motivado pelo gestor, outro princípio pode prevalecer quando em confronto com o da Legalidade, sempre tendo em vista o interesse público, o que poderia permitir, em tese, a substituição da equipe por profissionais menos capacitados caso a situação exigisse.

49. No caso concreto, entretanto, deixou-se de proceder à própria análise requerida pelo edital e pela lei antes de ser autorizada a substituição da equipe, o que é ainda mais grave por se tratar de licitação do tipo “técnica e preço”. Ou seja, não houve nem o confronto das pontuações dos substitutos com a dos substituídos.

50. Em relação ao Acórdão 1101/2010 – Plenário, é importante ressaltar que apesar de o Ministro-Relator ter acolhido a tese de que as condições do mercado à época dificultavam a contratação, pela empresa, dos profissionais adequadamente qualificados, não afastou a irregularidade. Assim, apenas entendeu desnecessária a aplicação de multa aos responsáveis, naquele caso concreto, pois os valores pagos a maior já haviam sido restituídos e a Administração já havia aplicado multa à contratada pelo descumprimento da cláusula contratual relacionada. Além disso, votou para que fosse determinado à Empresa Pública que esta fiscalizasse rigorosamente as exigências para a substituição das equipes das empresas contratadas (Voto condutor do Acórdão 1101/2010 - Plenário, itens 51 e 52).

51. Assim, nada obsta que os gestores envolvidos no caso ora em análise sejam multados, tendo em vista que estão ausentes as peculiaridades constatadas no acórdão referido pelo recorrente. Assim, não se vislumbra qualquer afronta ao princípio da isonomia.

52. Quanto ao pedido de esclarecimento a respeito de que conduta o gestor deve adotar frente a uma licitação do tipo técnica e preço, vale ressaltar que os legitimados a formular consultas ao Tribunal estão listados nos incisos do artigo 264, do Regimento Interno/TCU. Além disso, a consulta deve conter a indicação precisa do seu objeto e não pode versar apenas sobre caso concreto (artigo 264, §1º, e 265, do Regimento Interno/TCU). Não estão preenchidos, portanto, os requisitos de admissibilidade relativos a esse tipo de processo da Corte de Contas.

53. Não obstante, vale ressaltar que as informações constantes dos autos não demonstraram que as incertezas do mercado tornam inviáveis as alterações das equipes apresentadas quando da licitação. Justamente por haver a possibilidade de uma empresa não mais contar com certo trabalhador, existem normas legais que disciplinam como deve ocorrer a substituição.

54. Dessa forma, será proposto o não provimento deste recurso.

Pedido de Reexame de Rômulo do Carmo Ferreira Neto (peça 30)

Argumentos:

55. Após descrever um breve histórico dos autos, alega que as irregularidades pelas quais foi condenado são de ordem formal e não causaram prejuízo ao erário (peça 30, p. 2-3).

56. Ademais, argumenta que o Dnit tem problemas para a elaboração e aprovação de seus projetos executivos, o que faz com que muitos deles só sejam executados após vários anos de sua elaboração. Sua equipe é reduzida. Isso torna difícil sua aplicação em campo (peça 30, p. 4-5).

57. Informa, então, que os imprevistos encontrados, *in loco*, foram o motivo da alteração do projeto executivo em questão. A realidade do local estaria substancialmente modificada, o que teria sido, inclusive, reconhecido pela equipe de auditoria do Tribunal (peça 30, p. 4).

58. Nesse contexto, na qualidade de diretor de infraestrutura ferroviária, tinha o dever de agir, tendo optado por alterar o traçado, embasado tecnicamente por equipe capacitada, experiente e conhecedora da realidade local (peça 30, p. 4).

59. Demonstra, então, que a aplicação do projeto original seria inviável, em decorrência do aumento no custo da obra, que seria ocasionado pela remoção não prevista do lixo. Assegura, assim, que a sua decisão de alterar o traçado foi a mais coerente e econômica, pois houve uma economia de cerca de R\$ 10.059.699,00 e uma redução de 1,5 km no perímetro originalmente projetado (peça 30, p. 4-5).

60. Assegura, ainda, que não deixou de regularizar a questão do termo aditivo, como teria registrado a equipe de auditoria no item 2.1.8.1, do relatório (peça 1, p. 23), tendo sido publicado no Diário Oficial da União de 8/12/2009. A mora teria sido causada por outras diretorias, como a Procuradoria Federal Especializada, a Diretoria Executiva, a Diretoria Colegiada e a Diretoria de Administração e Finanças (peça 30, p. 5).

61. Além disso, ressalta que a obra fazia parte do PAC e que os imprevistos retratados já haviam provocado atraso no cronograma das obras, o que colocava em risco o prazo de sua entrega (peça 30, p. 5).

62. Destaca, ademais, que determinou à Coordenação de Acompanhamento e Controle que realizasse uma análise dos preços novos e se estes estavam em condições de serem aprovados, conforme a Nota Técnica 20-2009/CAC/CGOFER/DIF, de 13/10/2009 (peça 30, p. 5).

63. Todavia, não houve a aprovação do orçamento da obra em função de os preços novos não estarem previstos no SICRO 2. Estes estariam em análise pela Coordenação de Custos e Orçamentos e a sua definição não alteraria substancialmente o orçamento da obra (peça 30, p. 6).

64. Por fim, alega que a paralisação da obra acarretaria grande prejuízo (peça 30, p. 6).

65. Requer, ao final, o afastamento da multa que lhe foi aplicada, pois agiu adequadamente evitando dano ao erário e sem má-fé (peça 30, p. 6).

Análise

66. O Senhor Rômulo do Carmo Ferreira Neto teve suas razões de justificativas rejeitadas em relação à execução da obra com divergência em relação ao projeto executivo, sem aditivos contratuais e sem definição dos custos das alterações (peça 3, p. 33).

67. Na fundamentação do acórdão recorrido, o Ministro-Relator destacou que (peça 3, p. 34):
14. A irregularidade que se imputou ao diretor de Infraestrutura Ferroviária, lembro mais uma vez, foi o prosseguimento das obras sem formalização contratual das modificações e sem avaliação do impacto financeiro destas últimas, procedimento em desacordo com os princípios da legalidade e da publicidade e com o parágrafo único do art. 61 da Lei 8.666/1993.
68. Resta claro, portanto, que o Tribunal não contestou a necessidade de alteração do projeto executivo, mas a falta de formalização dessa alteração por meio de aditivo e de realização do cálculo de seu impacto financeiro (orçamento).
69. Assim, os argumentos no sentido de que o Dnit enfrentava dificuldades para a aprovação de seus projetos executivos e de que a realidade do lugar não permitia a utilização do projeto original, tendo sido necessário, portanto, alterá-lo, não tem o condão de afastar a irregularidade.
70. Compulsando os autos, verifica-se que o recorrente, na qualidade de diretor de infraestrutura ferroviária, aprovou a revisão do projeto, por meio do Parecer Técnico 013/2008/DIF/DNIT, datado de **24/11/2008**. Neste documento, foi ressaltado que o orçamento referente às alterações encontrava-se em análise tendo em vista que serviços novos não constavam do Sicro2 (peça 14, p. 44). A solicitação da alteração por parte da contratada foi datada de 30/7/2008 (peça 12, p. 8-9).
71. Ressalte-se que, em agosto de 2009, período de execução da auditoria, ainda não havia sido publicado o aditivo e realizados os cálculos do impacto financeiro das alterações efetuadas no projeto.
72. O recorrente assegura que o aditivo foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) de **8/12/2009**. Constata-se que realmente houve a publicação do Extrato de Termo Aditivo n. 1/2009, referente à alteração de valor do Contrato DIF-08/08-00, firmado com a empresa Cetenco Engenharia S.A., no DOU publicado na referida data (Seção 3, p. 168).
73. Todavia, a referida publicação não atendeu ao disposto no artigo 61, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, abaixo transcrito, nem ao princípio da publicidade (artigo 37, *caput*, da CF/1988):
- Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.
- Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
74. Acrescente-se que a Lei de Licitações exige a assinatura de instrumento de contrato para avenças com valores previstos para as modalidades da concorrência e da tomada de preços (artigo 62, *caput*) e que a hipótese dos autos não se subsume àquelas previstas no artigo 65, §8º, do mesmo diploma legal, quando é dispensada a celebração de aditivo.
75. Assim, considerando que o extrato de termo aditivo foi publicado mais de 1 ano após a aprovação da revisão do projeto, o recorrente não logrou a afastar essa irregularidade, qual seja a falta de formalização das alterações contratuais.
76. Vale destacar, quanto à ausência de avaliação financeira dessas alterações, que nesta etapa recursal o Senhor Rômulo do Carmo Ferreira Neto se limitou a alegar no vamente que não foi realizada em decorrência da inexistência de preços no Sicro2. Ou seja, as alterações do projeto foram realizadas em 24/11/2008, o extrato do aditivo foi publicado mais de 1 ano depois dessas alterações sem que tenha havido avaliação adequada de seu impacto financeiro.



77. Alega que a irregularidade foi causada por outras áreas da entidade, mas não trouxe elementos comprobatórios de que teria agido de forma diligente e que o aditivo e a análise dos custos não foram elaborados (e publicados) por circunstâncias alheias a sua vontade.

78. Quanto ao argumento de que a obra não poderia ser paralisada, por fazer parte do PAC, deve-se destacar, como exposto na fundamentação do acórdão recorrido, que o gestor deve elaborar tempestivamente as estimativas de preço, não podendo estas estimativas ser motivo para paralisação de uma obra.

79. Por fim, considerando o porte das obras em questão, essas irregularidades não podem ser consideradas falhas meramente formais. A atividade administrativa deve ser transparente e obedecer aos ditames legais (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), o que, como visto, não ocorreu.

80. Ante o exposto, será proposto o não provimento deste recurso.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

81. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

- a) conhecer dos Pedidos de Reexame interpostos por Ricardo Rossi Madalena e Rômulo do Carmo Ferreira Neto, com base no artigo 48, da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se inalterado o Acórdão 2.091/2011 - Plenário;
- b) remeter cópias das peças 29 e 42 à Unidade Técnica Instrutiva para fins de monitoramento das determinações constantes do acórdão recorrido;
- c) dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, 4ª Diretoria, em 30/1/2013.

(assinado eletronicamente)

Adriano J. F. Rodriguez
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 6486-6