



TC 001.961/2009-3

Tipo: Tomada de Contas Especial

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

Responsáveis: Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87); Joao Bosco Lobo (CPF 005.984.702-63); Raimundo Brito Façanha (CPF 019.270.352-87); Renato Nunes Gouveia (CPF 002.659.502-87); e Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda. (CNPJ 17.216.052/0001-00).

Proposta: mérito.

INTRODUÇÃO

Trata-se de Tomada de Contas Especial (TCE) originária do processo TC 006.415/2008-8, relativo ao Levantamento de Auditoria realizado nas obras de construção da BR-230/PA, no trecho entre Marabá e Altamira, no estado do Pará, nos termos do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, relacionada ao Contrato PD/2-033/00-00.

HISTÓRICO DAS AÇÕES E DELIBERAÇÕES PROFERIDAS

2. No âmbito do Fiscobras 2008, TC 006.415/2008-8, foram identificadas as seguintes irregularidades nas obras em tela: 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). Essa deliberação foi recorrida pelas partes, e o pedido de reexame teve seu provimento negado (Acórdão 828/2013-TCU-Plenário). 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 a apurar os valores considerados indevidos e efetivamente pagos, no âmbito do Contrato PD/2-033/00-00 (peça 1, p. 2-3).

5. Em abril/2009, por meio do Ofício 697/2009/DIR (peça 1, p. 10-40), 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 neste processo, conforme Ofício 47/2009-TCU/SECOB, de março de 2009 (peça 1, p. 8).

6. Em março de 2010, conforme parecer desta Unidade Técnica, 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/2-033/00-00, 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 das empresas Maia Melo Engenharia Ltda. e Seplane Serviços de Engenharia e Planejamento do Nordeste (peça 2, p.7).

7. Nesse mesmo parecer, foram calculados os débitos de R\$ 8.618.452,26 (ref.: agosto/2000), relativo à alteração substancial da relação econômico-financeira por meio de aditivos contratuais, o que ocasionou desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de "jogo de planilha", e de R\$ 362.185,20 (ref.: agosto/2000), relativo ao superfaturamento em razão de serviços em duplicidade (peça 2, p. 10).

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 Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda., 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/2-033/00-00 com itens em duplicidade (peça 20, p. 29-34) e pela formalização do 5º (peça 23, p. 13-14) e do 9º (peça 25, p. 6-7) termos aditivos que resultaram no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração; 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. 45), 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 2, p. 76; e peça 3, p. 1
Joao Bosco Lobo	peça 2, p. 55 e 80; e peça 3, p. 12
Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro	peça 2, p. 51; e peça 3, p. 2 e 13
Raimundo Brito Façanha	peça 2, p. 68 e 84; e peça 3, p. 11
Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda.	peça 2, p. 78; e peça 2, p. 79

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

Nome	Alegações de defesa
Renato Nunes Gouveia	peça 3, p. 28-33
Joao Bosco Lobo	peça 3, p. 14-20
Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro	peça 32, p. 3-47
Raimundo Brito Façanha	peça 3, p. 21-27 e 39-43; e peça 4, p. 1-19
Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda.	peça 29, p. 3-37; peça 30, p. 1-44; e peça 31 p. 1-11

11. Tendo em vista o Despacho do Ministro-Relator no TC 001.957/2009-0 (peça 43 do referido processo), referente a processo de tomada de contas especial igualmente constituído em face do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, que determinou que fossem avaliadas as responsabilidades dos demais agentes públicos que participaram da aprovação dos relatórios de revisão em fase de obras, foram solicitadas, por meio do Ofício de Requisição (peça 40), também no presente processo, cópias das atas da Diretoria Executiva do Dnit, além dos pareceres que fundamentaram suas decisões.

12. Sendo assim, antes da análise das alegações de defesa dos responsáveis já citados, fez-se a análise das responsabilidades para verificar a necessidade de novas citações neste processo.

13. Conforme apresentado no item "da responsabilização em relação ao desequilíbrio econômico-financeiro" desta instrução, no caso concreto ora inquinado, entendeu-se que o responsável direto pelo desequilíbrio econômico-financeiro seria o mesmo já citado no âmbito desta TCE, procedendo-se em seguida à análise das alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, em solidariedade com a empresa contratada.

14. Por meio do item 9.5 do Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário (TC 006.415/2008-8, originário esta TCE), foi determinado que fossem considerados 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 para efeito de eventual aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992 aos responsáveis envolvidos nas irregularidades aqui tratadas.

9.5. determinar à Secob-2 que junte cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, aos processos de tomadas de contas especiais constituídos por determinação do Acórdão nº 2439/2008-Plenário, com vistas à verificação dos reflexos e da gravidade das irregularidades de que tratam os subitens 9.1.3 e 9.1.4 do referido decisum, para efeito de eventual aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992 aos agentes públicos e empresas envolvidas;

EXAME TÉCNICO

DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM DESFAVOR DA ADMINISTRAÇÃO, POR MEIO DE ADITIVOS CONTRATUAIS, COM DÉBITO NO VALOR DE R\$ 8.618.452,26 (REF.: AGOSTO/2000)

15. A irregularidade refere-se à alteração substancial da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-033/00-00, conforme excerto do Relatório de Auditoria a seguir (peça 8, 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-02-033/00-00 (lote 4) Preços inicialmente contratados: desconto de -13,0% (R\$ 8.163.159,66 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 62.597.514,93; Valor contratado = R\$ 54.016.449,27. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 80% do valor total do contrato).

Preços após alterações: sobrepreço de 12,7% (R\$ 7.298.735,05 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 57.341.328,77; Valor contratado = R\$ 64.640.063,82. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 80% do valor total do contrato).

O procedimento descrito acima, conhecido por jogo de preços ou de planilha é danoso ao Erário, uma vez que o desequilíbrio econômico-financeiro verificado ocorre em desfavor da Administração. Portanto, faz-se necessária a atuação imediata deste Tribunal no sentido de estancar os prejuízos dele advindos. A jurisprudência desta Casa é farta na recriminação desta prática, podendo-se citar como exemplo a Decisão nº 1090/2001, e os Acórdãos nº 1245/2004, 997/2004, 177/2005 e 468/2006, todos do Plenário.

Assim, após determinar a anulação do procedimento licitatório que originou os contratos em comento, pelos indícios já expostos, este Tribunal deve instaurar Tomada de Contas Especial para apurar os valores pagos a maior em cada contrato em relação aos preços do Sicro, com vistas ao ressarcimento ao erário.

(...)

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO SR. MANOEL NAZARETH SANT ANNA RIBEIRO (PEÇA 32, P. 3-47)

16. Preliminarmente, é importante destacar que as alegações do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro acerca da irregularidade de pagamento em duplicidade são analisadas no título "da contratação e ateste de itens de serviços em duplicidade" desta instrução.

17. 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/2-0033/00-00, portanto não haveria "(...) razão de fato ou de direito que sustente a determinada devolução." (peça 32, p. 7).

18. 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 de a citação ter ocorrido em 2010 (peça 32, p. 7-9), citando precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que, segundo o entendimento dele, tratariam dessa prescrição.

19. 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 32, p. 10-11).

20. 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 32, p. 11), por isso este processo deveria ser arquivado.

21. Sustenta que o Contrato PD/2-033/00-00 teria sido firmado em consonância com as normas vigentes e com base em pareceres técnicos e jurídicos, e que a irregularidade não teria sido apontada em outras auditorias por parte do TCU, nas obras em questão, processos TC 006.359/2002-8, TC 008.719/2003-1, TC 006.687/2004-5, TC 007.191/2005-3, TC 008.385/2006-0, TC 007.615/2009-1; e TC 001.961/2009-3, o que traria insegurança jurídica ao responsável (peça 32, p. 11-12).

22. Afirma que, de acordo com o Voto condutor do Acórdão 385/2004-TCU-Plenário (TC 006.359/2002-8), não haveria irregularidade no contrato ora questionado (peça 32, p. 12):

14. Cumpre advertir que neste processo não foram levantadas suspeitas quanto a inconsistências de preços, tendo a unidade técnica se limitado a falar em prováveis prejuízos causados pela falta de conclusão da obra e pelos transtornos no seu andamento. Mas, de outra parte, não há um posicionamento firme sobre a inexistência de superfaturamentos nos itens contratados.

15. Preocupa-me o fato de ver aparecer, de costume, por trás de projetos malfeitos, a oportunidade para ganhos indevidos nos acréscimos de quantitativos de serviços que, desde o início, alguns poucos sabem ser indispensáveis para a realização da obra.
23. Alega ainda que o contrato teria sido analisado pelos departamentos técnicos e jurídicos do Dnit e que apenas teria autorizado a obra com base em parecer técnico e jurídico, e por isso não caberia sua responsabilização (peça 32, p. 13-15).
24. 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 32, p. 15-19).
25. 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 teria sido de responsabilidade da equipe técnica da autarquia (peça 32, p. 20).
26. Acrescenta 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 32, p. 25-26).
27. 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.
28. 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 32, p. 28-29).
29. 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 32, p. 29-30), carecendo os autos de provas para os débitos apontados.
30. 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 32, p. 30-40).
31. 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 32, p. 40-44).
32. Conclui que, em face das alegações, teria demonstrado a sua boa-fé na gestão do Contrato PD/2-033/00-00, e que não seria exigível conduta diversa desse manifestante.

Da análise

33. 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 da licitação e de deficiência de projeto que contrariariam 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.

34. 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 referem-se ao exercício do poder de polícia da Administração sobre seus administrados, e não se aplicam 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 55, 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 Prieto (Direito Administrativo[...]), destaca que 'o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. A administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia, ...que é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público'.

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

35. 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 2, p. 6 e p. 34), e é corroborada com planilhas de cálculo que demonstram a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira do contrato (peça 26, p. 9-12), não havendo dúvida quanto ao ato impugnado, conforme excertos abaixo.

Contrato: PD-02-033/00-00 (lote 4) Preços inicialmente contratados: desconto de -13,0% (R\$ 8.163.159,66 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 62.597.514,93; Valor contratado = R\$ 54.016.449,27. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 80% do valor total do contrato).

Preços após alterações: sobrepreço de 12,7% (R\$ 7.298.735,05 a P.I. ago/2000) em relação ao Sicro adaptado. (Sicro adaptado = R\$ 57.341.328,77; Valor contratado = R\$ 64.640.063,82. OBS: valores referentes aos itens analisados, que representaram cerca de 80% do valor total do contrato). (...) (peça 2, p. 6)

(...) Ato impugnado: aprovação de alterações contratuais que desequilibraram, de forma desfavorável ao erário, a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida no Contrato n° PD/2-033/00-00 [...], 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. 34)

36. 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 é atualmente regulado pela IN-TCU 71/2012 e 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.

37. Para a alegação de que o Contrato PD/2-033/00-00 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 (Acórdão 2.373/2010-TCU-Plenário), e que não constam decisões anteriores do TCU acerca da alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração nesse contrato.

38. Em relação à afirmação de que não haveria irregularidade nesse contrato, com base em excerto extraído do Voto que fundamenta o Acórdão 385/2004-TCU-Plenário, o manifestante não extrai a análise completa, onde o Ministro-Relator ressalta o risco de ganhos indevidos em decorrência de projetos deficientes e chama a atenção para a necessidade de se verificar a conformidade dos preços contratuais, conforme transcrição a seguir, portanto, não foi afastada a ocorrência de sobrepreço ou superfaturamento.

14. Cumpre advertir que neste processo não foram levantadas suspeitas quanto a inconsistências de preços, tendo a unidade técnica se limitado a falar em prováveis prejuízos causados pela falta de conclusão da obra e pelos transtornos no seu andamento. Mas, de outra parte, não há um posicionamento firme sobre a inexistência de superfaturamentos nos itens contratados.

15. Preocupa-me o fato de ver aparecer, de costume, por trás de projetos malfeitos, a oportunidade para ganhos indevidos nos acréscimos de quantitativos de serviços que, desde o início, alguns poucos sabem ser indispensáveis para a realização da obra.

16. Na presente situação, não é demais lembrar que a própria Setran/PA, segundo o seu ex-secretário, estava certa da necessidade de revisão do projeto no decorrer dos serviços. Coincidência ou não, justamente o item de serviço que teve o custo final mais acrescido (em 164,67%), a terraplenagem, continha na proposta vencedora da licitação preços acima do orçamento, enquanto o item mais reduzido (em 54,37%) continha preços abaixo do orçamento. No valor global, a proposta ficou ligeiramente inferior ao orçamento, mas não há notícia do emprego de critérios de aceitabilidade de preços unitários.

17. Apenas por precaução, penso que, em complemento ao bom trabalho de auditoria feito até aqui, deva-se investigar, com uma inspeção, a conformidade dos preços praticados no contrato, para, conforme o caso, instaurar-se a devida tomada de contas especial ou, do contrário, encerrar-se o assunto. (...) [grifos acrescidos]

39. 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 as alterações contratuais ora examinadas em muito superam o parâmetro técnico ou o razoável, e que o defendente é engenheiro civil graduado (peça 56), e que a manutenção do desconto inicialmente obtido pela Administração nos aditamentos contratuais estava 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 55, p. 5-7), não podendo se socorrer do precedente citado às páginas 14 e 15, ambas da peça 32.

Registre-se que consta no currículo do recorrente que ele é engenheiro civil, formado pela Universidade Federal do Pará, com vasta experiência na gestão da coisa pública, inclusive na área de transportes, tendo exercido a direção da Secretaria de Transportes do Estado do Pará, de 1989 a 1990, e a chefia do Gabinete Civil do Governo do Estado do Pará, em 1991 a 1994, bem como exercido mandatos na Comissão de Transportes da Câmara dos Deputados, como titular, entre 1979 a 1994 (http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/parlamentaresconstituintes/constituicao20anos_bioconstituintes?pk=103792). (...) (peça 35, p. 5-6)

40. Em relação à alegação de que a alteração do projeto básico não configuraria deficiência do projeto, de fato, 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 55% (peça 57) no valor contrato e concomitante redução de 36% (peça 58), após o 9º 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 13,0% em relação ao Sicro2, Região Norte, data-base de agosto/2000, parte "A" da curva "ABC", e passou a apresentar sobrepreço de 12,7% em relação a essa mesma referência, após esse aditivo contratual (peça 26, p. 9-12), 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.

41. A alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira do Contrato PD/2-033/00-00 deve-se ao fato de que, além de não haver previsão de critérios de aceitabilidade de preços unitários no Edital 176/00-02, houve aumento de quantitativos principalmente em itens que apresentavam sobrepreços em relação aos preços unitários desse edital (peça 57, p. 1-2) e redução de quantitativos nos itens com desconto em relação aos preços unitários também desse edital (peça 58, p. 1-2).

42. 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.

43. Também não aproveita ao defendente a alegação de que os cálculos realizados por esta Unidade Técnica não teriam observado a região, a especificidade e a urgência da obra, pois, nos cálculos, foram adotados os preços referenciais do Sicro2, da região Norte, com a mesma data-base do contrato em questão. Portanto, foram adotados os preços dos serviços constantes do sistema oficial do Dnit, destinado às obras rodoviárias, referente à mesma região da obra ora inquinada.

44. Ademais, 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 16, p. 3-41), 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 19, p. 8-49; e peça 20, p. 1-28) e que serviu de base para o cálculo de reajustes nas medições (peça 1, p. 12), haja vista que se adotou a tabela do Sicro com data mais próxima à data-base do contrato.

45. O cálculo com base no Sicro2, Região Norte, agosto/2000 teve como fim estabelecer um parâmetro de referência para se avaliar a variação do ponto de equilíbrio econômico-financeiro do Contrato PD/2-033/00-00 após o 9º aditamento contratual, haja vista que não houve no edital previsão de critérios de aceitabilidade de preços unitários, conforme descrito abaixo.

46. A partir dessa tabela referencial de preços, 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. Logo, 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.

47. Assim, estabeleceu-se o valor paradigma a partir das composições de preços unitários do Sicro2, Região Norte, data base de agosto/2000, e comparou-se esse valor paradigma com os valores do contrato, antes e após o 9º termo aditivo, demonstrando-se que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato foi alterado de forma significativamente desvantajosa para a Administração.

48. Após reconhecimento de razão em parte das alegações de defesa da empresa contratada, nesta instrução, verificou-se que o desconto inicial seria de 11,4%, em vez dos 13,0% calculado no Relatório de Auditoria (peça 8, p. 55), e que o sobrepreço após o 9º termo aditivo seria de 5,7%, e não 12,7%, representando uma variação de 17,1% entre a situação de equilíbrio inicialmente contratada e a situação após esse aditamento (peça 59, p. 1-5).

49. Com o intuito de demonstrar a correção da análise feita por esta Unidade Técnica, ao serem utilizados como ponto de equilíbrio econômico-financeiro os preços unitários do Edital 176/00-02, lote 4, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, e a mesma curva "ABC" de serviços, concluiu-se também pela ocorrência de desequilíbrio contratual após o seu 9º termo aditivo. Observa-se que o contrato apresentava desconto de 2,1% em relação ao orçamento do edital, e passou a apresentar o sobrepreço de 39,2%, após o 9º aditivo, o que representa uma variação de 41,3% entre a situação de equilíbrio inicialmente contratada e a situação após o 9º aditamento, superior ao obtido na análise da auditoria (17,1%) (peça 59, p. 1-5).

50. Assim, o desequilíbrio econômico-financeiro calculado tendo como referência os preços unitários do Edital 237/01-02, lote 4, 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 é verdade, não alteraria a situação fática de que houve a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, configurando o "jogo de planilhas".

		Contrato x Sicro2 - Ago/00	Contrato x Edital - Dez/99
Descontos inicialmente apresentados em relação às referências Sicro-Ago/00 e Edital-Dez/99			
Valor inicial do Contrato PD/2-033/00-00	[1]	R\$54.016.449,28	R\$54.016.449,28
Valor de referência calculado	[2.a]	R\$61.495.104,41	R\$55.642.496,61
Instalação de canteiro já incluso no BDI de referência	[2.b]	R\$417.906,00	R\$427.377,00
Valor de referência calculado (líquido)	[2]=[2.a]-[2.b]	R\$61.077.198,41	R\$55.215.119,61
Percentual de desconto calculado	D=([1]-[2])/[2]	-11,4%	-2,1%
Sobrepreços apresentados, após o 9º termo aditivo, em relação às referências Sicro-Ago/00 e Edital-Dez/99			
Valor do Contrato PD/2-033/00-00 após o 9º termo aditivo	[3]	R\$64.640.063,75	R\$64.640.063,75
Valor de referência calculado após o 9º termo aditivo	[4]	R\$61.131.339,00	R\$46.405.816,19
Percentual de sobrepreço calculado	S=([3]+[4])/[4]	5,7%	39,20%
Variação na situação de equilíbrio econômico-financeiro	(D+S)	17,1%	41,3%

51. A alegação de que os sistemas referenciais não poderiam corresponder à realidade da obra ou dos serviços também está superada, pois foi utilizado o sistema referencial de preços oficial do Dnit, com preços cotados para a mesma região da obra e data-base do contrato.

52. Em relação à alegação de que teria sido comprovada a ausência de superfaturamento em auditorias anteriores, não há decisão do TCU com esse posicionamento, não havendo razão para afastar a irregularidade ora questionada.

53. Quanto à afirmação de que não teriam sido ouvidos os engenheiros residentes do Dnit, nem os fiscais dessa autarquia, e de que o manifestante não seria ordenador de despesas ou não haveria dolo ou culpa por parte do ora manifestante, cumpre destacar que sua responsabilização pelo débito no Contrato PD/2-033/00-00 decorre de ato próprio de assinatura do 5º (peça 23 p. 13-14) e do 9º (peça 25, p. 6-7) termos aditivos que culminaram no desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, não cabendo acolher essa alegação. Frise-se que o próprio manifestante também aprovou o projeto básico deficiente (peça 19, p. 3) e assinou o contrato (peça 20, p. 29-34).

54. Para a suposta afronta à segurança jurídica e a presunção de legitimidade dos atos praticados em razão do decurso do tempo, que, segundo o ora manifestante, vincularia a Administração às decisões do TCU já proferidas, não se vislumbra qualquer prejuízo ao contraditório em razão do tempo decorrido, visto que os documentos para exame do caso encontram-se nestes autos e devidamente arquivados no Dnit, e não foi identificada decisão do TCU anterior ao TC 006.415/2008-8 acerca da regularidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

55. Com relação à alegação de boa-fé, as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth não logram êxito em elidir essa irregularidade, não sendo possível, a partir destes autos, reconhecer condutas de boa-fé durante a aprovação dos termos aditivos questionados.

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

57. 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.

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

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

60. Portanto, conclui-se pela rejeição das alegações de defesa do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro em razão dos motivos expostos acima.

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DA TORC - TERRAPLENAGEM OBRAS RODOVIÁRIAS E CONSTRUÇÕES LTDA. (PEÇA 29, P. 3-37; PEÇA 30, P. 1-44; E PEÇA 31 P. 1-11)

61. Inicialmente, a empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda., por meio de sua representante, alega que a Secob teria adotado composições de escavação, carga e transporte (ECT) de material de 1ª e 2ª categorias com escavadeiras enquanto a contratada teria utilizado o equipamento motoscraper em razão de características locais das obras. Apresenta fotos

de motoscrapers sendo utilizados em serviços de terraplenagem (peça 29, p. 8-14) e documentos fiscais de transporte (peça 30, p. 7-17) para demonstrar a mobilização desses equipamentos.

62. Sustenta que os preços contratados para esses serviços de ECT com motoscaper estariam compatíveis com os de mercado, pois os custos do Sicro2, Pará, junho/2004, que seria específico para o estado do Pará, retroagidos à data-base do contrato (agosto/2000), seriam compatíveis com os custos desses serviços de ECT constantes do Sicro2, região Norte, outubro/2000, retroagidos para agosto/2000, e com os custos do contrato (peça 29, p. 14-18), e apresenta planilhas de cálculos em que, segundo a contratada, demonstraria que, considerando os preços do Sicro2 de junho/2004 retroagidos para agosto/2000, os preços do contrato estariam de acordo com os valores de mercado (peça 31, p. 9-11).

63. Sustenta ainda que a publicação da atualização e complementação dos manuais de custos rodoviários pelo Dnit em janeiro de 2003 justificaria a utilização das composições do Sicro2 de junho/2004 para os serviços de ECT de material de 1ª categoria com motoscaper (peça 29, p. 15).

64. Em seguida, alega que a diferença entre o valor executado do contrato, até a 26ª medição, e o valor de referência calculado pela contratada, contemplando preços para ECT de material de 1ª categoria com motoscaper com base nos custos das tabelas do Sicro2, Pará, junho/2004, retroagidos para agosto/2000, estaria dentro da variação normal de mercado aceita pelo TCU, segundo a contratada (peça 29, p. 19-20).

65. Aponta que seria necessária a correção dos preços unitários de referência para os seguintes itens: i) preços de aquisição dos materiais betuminosos sem incidência de BDI; ii) preços do transporte dos materiais betuminosos com dupla incidência do BDI; e iii) preço do item DPS-01 com quantitativo a menor para o transporte de areia (peça 31, p. 9).

66. Afirma que, além de serem regulares os valores contratados, as adequações decorrentes do projeto executivo teriam sido necessárias e teriam sido aprovadas pelo Dnit. E que a elaboração desse projeto executivo não estaria a cargo da contratada (peça 29, p. 21).

67. Acrescenta que as adequações do projeto teriam decorrido de ajustes necessários ao projeto básico licitado, e que o método do desconto utilizado para o cálculo do débito não seria a metodologia adequada, pois seria baseada no desconto global entre o preço contratual e o preço de referência calculado pela Secob2, atual Secretaria de Fiscalização de Obras Rodoviárias (SecobRodov), que não representaria o equilíbrio contratual tendo em vista que teria demonstrado a compatibilidade do valor contratado com o valor de mercado (peça 29, p. 21).

68. Alega também que o Dnit não teria pago integralmente o valor referente ao canteiro de obras, pois esse item estaria contemplado pela taxa de BDI (peça 29, p. 26).

69. Em sequência, alega que a execução do contrato seria presumida como regular, pois teria sido acompanhada e fiscalizada pela Autarquia contratante. Ainda, que o TCU teria efetuado auditorias anteriores nesse contrato e não teria apontado essa irregularidade, quando as adequações de projeto já existiam em 2002, e cita trecho do Voto que fundamenta o Acórdão 385/2004-TCU-Plenário para afirmar que os preços do contrato já teriam sido analisados pelo TCU (peça 29, p. 27-28).

70. Segundo a contratada, o fato de o TCU ter fiscalizado o Contrato PD/2-033/00-00 em anos anteriores conferiria presunção de legitimidade ao contrato, conforme o entendimento que, segundo ela, constaria dos Acórdãos 61/2003 e 2483/2008, ambos do Plenário do TCU (peça 29, p. 29-32).

71. A seguir, alega que a proposta da Unidade Técnica do TCU de reestabelecer a relação de equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ofertada pela contratada seria "(...) afastar da

Administração Pública a responsabilidade entregue pelo Ordenamento Jurídico de contratar e gerir os contratos administrativos dentro da legalidade" (peça 29, p. 33).

72. A defendente acrescenta em suas alegações que, "(...) por razões que fog[iriam] do conhecimento dessa empresa (...)", o TCU não teria apontado a suposta irregularidade no início da execução contratual, época em que poderia discordar da repactuação dos valores contratados com o fim de se manter o desconto inicialmente contratado, e não teria de arcar com o ônus das correções monetárias e juros em razão do tempo decorrido entre os pagamentos recebidos e a apuração dos fatos ora questionados (peça 29, p. 33-35).

73. Por fim, suscita a contratada que seria nula a determinação contida no item 9.2.1 do Acórdão 2439/2008-TCU-Plenário, pois essa determinação, segundo ela, teria se originado em processo de auditoria sem que lhe fosse facultada a apresentação de esclarecimentos na fase da auditoria (peça 29, p. 36-37; e peça 30, p. 1-4).

Da análise

74. A empresa manifestante alega que deveriam ser consideradas as composições de escavação, carga e transporte (ECT) com motoscaper em vez de composições com escavadeira em razão de peculiaridades locais da obra. No entanto, em contrariedade a esse argumento, a mesma empresa foi vencedora na licitação para contratação do remanescente das obras referente ao mesmo trecho rodoviário, do km 357,00 (493,60-PNV/09) ao km 507,00 (km 643,60-PNV/09), Edital 0583/09-02 (peça 62), no qual esses serviços de ECT, em material de 1ª e 2ª categorias, contemplam em suas composições de serviços unitários a utilização de escavadeiras hidráulicas (peça 62, p. 76). Em razão dessa concorrência, firmou o Contrato 02 00584/2010 com o Dnit. Os serviços de ECT com escavadeira hidráulica têm preços unitários menores que ECT com carregadeira ou com motoscaper.

75. Da mesma forma, os Editais 0582/09-02 (km 252,0 - km 357,0) e 0581/09-02 (km 147,00 - km 252,00), também referentes a obras remanescentes de trechos da rodovia BR-230/PA, com contratos já firmados, contemplam serviços de ECT de 1ª e 2ª categorias considerando a utilização de escavadeiras hidráulicas.

76. Além de a contratação dos remanescentes dessas obras contemplarem ECT com escavadeira, o que comprova ser possível executar esses serviços com equipamentos que apresentem menor preço unitário, a manifestante não acostou aos autos estudos técnicos e econômicos que demonstrassem previamente, no projeto base da licitação, a necessidade de utilização das composições de serviços mais dispendiosas para a Administração, conforme o entendimento extraído do item 9.6.4 do Acórdão 1.537/2010-TCU-Plenário.

9.6.4. caso seja imprescindível a utilização de moto scrapers nas operações de escavação, carga e transporte, demonstre prévia e objetivamente, por meio de memorial específico, os cálculos e as razões técnicas e fáticas que fundamentem a impossibilidade ou a antieconomicidade da utilização de pás carregadeiras ou escavadeiras hidráulicas;

77. Contudo, considerando que: i) o Contrato PD/2-033/00-00 foi rescindido em 2009 (peça 1, p. 41); ii) o contrato não apresenta medição de serviços desde 2003 (peça 1, p. 12); e iii) foram acostados aos autos fotos da execução de serviços de terraplenagem (peça 29, p. 8-14) e documentos fiscais de transporte (peça 30, p. 7-17) que indicam a efetiva utilização do equipamento motoscaper na execução dos serviços de ECT com DMT de até 1.200m, nesse caso concreto, entende-se razoável adotar como referência as composições de custos unitários que contemplem a utilização de motoscaper para esses serviços de ECT em materiais de 1ª e 2ª categorias com distâncias de transporte de até 1.200m.

78. Quanto à comparação de preços do Sicro2-junho/2004 para os serviços de ECT com motoscaper, retroagidos à data-base do contrato, entende-se que não deve ser acatada, pois não

prospera a alegação da manifestante de que os preços contratados para os serviços de ECT de 1ª e 2ª categorias, com distâncias de transporte até 1.200 metros, estariam de acordo com o mercado, com base nessa comparação proposta.

79. Esse comparativo que a manifestante apresenta (peça 29, p. 15) relaciona apenas custo de referência com custo da proposta contratada e desconsidera a diferença entre as taxas de BDI da proposta contratada (42%) e da tabela de referência do Sicro2 de agosto/2000 (32,55%).

80. Como o BDI é parte importante da composição do preço de referência e do preço contratado, o comparativo deve ser entre os preços de referência e os preços contratados, e não apenas entre os custos unitários. Portanto, comparando-se os preços de referência sugeridos pela contratada (Sicro2 de junho/2004 retroagido para agosto/2000, acrescido do BDI de referência de 32,55%, previsto à época da formalização do contrato) e os preços contratados, observa-se que os preços contratados para os serviços de ECT com distância de transporte até 1.200m, ainda assim, estão acima dos preços de mercado, diferentemente do alegado pela manifestante, conforme demonstra a tabela abaixo (peça 63):

Escavação, carga e transporte com motoscaper	Cód Sicro	Preço Sicro2 ago/2000* (R\$/m³)	Preço Contrato PD/2-033/00-00 (R\$/m³)
esc. carga. 1a cat c/transporte ate 200m	2 S 01 100 02	2,88	3,64
esc. carga. 1a cat c/transporte 201m a 400m	2 S 01 100 03	3,53	4,19
esc. carga. 1a cat c/transporte 401m a 600m	2 S 01 100 04	4,22	4,91
esc. carga. 1a cat c/transporte 601m a 800m	2 S 01 100 05	4,84	5,20
esc. carga. 1a cat c/transporte 801m a 1000m	2 S 01 100 06	5,60	5,98
esc. carga. 1a cat c/transporte 1001m a 1200m	2 S 01 100 07	6,40	6,66
esc.carga mat.2a categoria c/trans. ate 200m	2 S 01 101 02	4,94	5,03
esc.carga mat.2a categoria c/trans. 201m a 400m	2 S 01 101 03	4,95	5,68
esc.carga mat.2a categoria c/trans. 801m a 1000m	2 S 01 101 06	8,36	8,61
esc.carga mat.2a categoria c/trans. 1001m a 1200m	2 S 01 101 07	8,37	9,51

*Preço Sicro2 ago/2000 = custo Sicro2 de junho/2004 retroagido para a data-base do contrato (agosto/2000) com base no índice de terraplenagem da FGV, acrescido do BDI de referência do Sicro2 em agosto/2000 (32,55%).

81. Cabe destacar ainda que, para os serviços de ECT com utilização de carregadeira com distância de transporte acima de 1.200m, fazendo-se o mesmo comparativo anterior, a contratada apresenta preços unitários significativamente inferiores aos das referências, conforme demonstrado na tabela abaixo (peça 63).

Escavação, carga e transporte com carregadeira	Cód Sicro	Preço Sicro2 ago/2000* (R\$/m³)	Preço Contrato PD/2-033/00-00 (R\$/m³)
esc. carga. 1a cat c/transporte 1201m a 1400m	2 S 01 100 15	3,57	1,92
esc. carga. 1a cat c/transporte 1401m a 1600m	2 S 01 100 16	3,68	1,99
esc. carga. 1a cat c/transporte 1601m a 1800m	2 S 01 100 17	3,77	2,06
esc. carga. 1a cat c/transporte 1801m a 2000m	2 S 01 100 18	3,96	2,13
esc. carga. 1a cat c/transporte 2001m a 3000m	2 S 01 100 19	4,45	2,30

*Preço Sicro2 ago/2000 = custo Sicro2 de junho/2004 retroagido para a data-base do contrato (agosto/2000) com base no índice de terraplenagem da FGV, acrescido do BDI de referência do Sicro2 em agosto/2000 (32,55%).

82. Frise-se que esses itens com desconto foram reduzidos em até 100% nos quantitativos, após o 9º termo aditivo que alterou a relação de equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da Administração, conforme resumido na tabela a seguir. Foram aumentados os quantitativos dos serviços de ECT com distância de até 1.200 metros, com preços unitários acima dos preços de referência (peça 63).

Escavação, carga e transporte	% Aditivado	Preço Sicro2 ago/2000* (R\$/m³)	Preço Contrato PD/2-033/00-00 (R\$/m³)
com motoscraeper			
esc. carga. 1a cat c/transporte ate 200m	572%	2,88	3,64
esc. carga. 1a cat c/transporte 201m a 400m	807%	3,53	4,19
esc. carga. 1a cat c/transporte 401m a 600m	450%	4,22	4,91
esc. carga. 1a cat c/transporte 601m a 800m	251%	4,84	5,20
esc. carga. 1a cat c/transporte 801m a 1000m	73%	5,60	5,98
esc. carga. 1a cat c/transporte 1001m a 1200m	137%	6,40	6,66
com carregadeira			
esc. carga. 1a cat c/transporte 1201m a 1400m	-98%	3,57	1,92
esc. carga. 1a cat c/transporte 1401m a 1600m	-99%	3,68	1,99
esc. carga. 1a cat c/transporte 1601m a 1800m	-98%	3,77	2,06
esc. carga. 1a cat c/transporte 1801m a 2000m	-100%	3,96	2,13
esc. carga. 1a cat c/transporte 2001m a 3000m	-100%	4,45	2,30
com motoscraeper			
esc.carga mat.2a categoria c/trans. ate 200m	1461%	4,94	5,03
esc.carga mat.2a categoria c/trans. 201m a 400m	4778%	4,95	5,68
esc.carga mat.2a categoria c/trans. 801m a 1000m	330%	8,36	8,61
esc.carga mat.2a categoria c/trans. 1001m a 1200m	-80%	8,37	9,51

*Preço Sicro2 ago/2000 = custo Sicro2 de junho/2004 retroagido para a data-base do contrato (agosto/2000) com base no índice de terraplenagem da FGV, acrescido do BDI de referência do Sicro2 em agosto/2000 (32,55%).

83. Ademais, os preços calculados pela contratada para os serviços de ECT de materiais de 1ª e 2ª categorias com motorscraper, utilizados nas planilhas (peça 31, p. 9-11) que, segundo ela, demonstrariam que os preços do contrato estariam de acordo com os preços de mercado, não podem ser considerados como preços de referência para análise do Contrato PD/2-33/00-00 devido aos seguintes fatos: i) foi aplicado o BDI de 42% do contratado, quando o BDI de referência do Sicro à época do Contrato é de 32,55%; e ii) a contratada utilizou a data base de junho/2004, retroagida para agosto/2000, apenas para os serviços de ECT de materiais de 1ª e 2ª categorias com motorscraper, enquanto, para os demais serviços, utilizou os preços do Sicro2 de outubro/2000, retroagidos para agosto/2000.

84. Como demonstrado acima, diferentemente da alegação da manifestante, os preços contratados para os serviços de ECT estão acima dos preços de mercado. Assim, entende-se ser mais correta a referência inicialmente adotada pela Secob (preços Sicro2-outubro/2000, retroagidos para agosto/2000 pelos índices de reajustamento de obras rodoviárias da FGV), por refletirem cotações de preços mais próximos à data-base do contrato, agosto/2000, conforme entendimento já fixado nos Acórdãos 1.379/2012, 1.922/2011 e 1.923/2011, todos do Plenário do TCU, apresentado no excerto do Voto que fundamentou o Acórdão 1.379/2012-TCU-Plenário.

Sobre a utilização de referenciais posteriores do Sicro como paradigma, recorro, novamente, ao já manifestado nos votos que acompanham os Acórdãos 1922 e 1923/2011-Plenário, de minha lavra:

6. Nesse tópico, mais uma vez, fixo que a referência comparativa mais adequada para a mesma localidade é o paradigma mais próximo à data base do contrato; o que vale, também, para os custos indiretos.

85. Assim, a irregularidade ora questionada permanece (peça 59, p. 1-5), mesmo considerando como preços de referência para os serviços de ECT de materiais de 1ª e 2ª categorias, nesta instrução, composições de preços que contemplem o equipamento motorscraper, conforme requerido pela contratada, em razão da apresentação de documentação que indicam a efetiva utilização desse equipamento (peça 29, p. 8-14; e peça 30, p. 7-17).

86. Quanto à alegação de que os manuais de custos rodoviários do Dnit foram atualizados em janeiro de 2003, e que isso justificaria a utilização da data-base de junho/2004 para os serviços de ECT com DMT de até 1.200m, entende-se que não deve ser acatada, pois, a referida atualização desses manuais não alterara as composições dos serviços de ECT, como se observa à peça 65, onde as composições de ECT de junho/2004 e de outubro/2000 apresentam os mesmos equipamentos e quantitativos de mão de obra, alterando-se apenas os custos dos insumos e a taxa de BDI.

87. A alegação de que as adequações do projeto básico licitado seriam necessárias não aproveita à contratada, pois, no caso em tela, não se discutem as adequações do projeto, mas a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira do contrato, que inicialmente apresentava desconto e passa a apresentar sobrepreço após os aditamentos contratuais, em relação à mesma referência.

88. Não é aceitável 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 5º e o 9º termos aditivos ao Contrato PD/2-033/00-00 representaram aumento de 55% (peça 57) no total contratado e concomitante redução de 36% (peça 58), não deixando dúvidas quanto à mudança significativa no objeto apresentado aos demais concorrentes, quando da licitação.

89. Ademais, observa-se que o valor dos serviços contratuais executados até a 26ª medição (peça 59, p. 6-7) é de R\$ 26.459.569,07 (agosto/2000) enquanto o valor de referência para esses serviços executados é de R\$ 22.206.030,47 (agosto/2000), adotando-se como referências as composições de ECT com motorscraper para distâncias de transporte até 1.200m. Dessa forma, diferentemente do alegado pela contratada, o total dos serviços executados até a 26ª medição apresenta sobrepreço em relação aos preços de referência, mesmo sem a aplicação do desconto inicialmente ofertado pela empresa a esse valor referencial, o que aumenta o sobrepreço.

90. Reconhece-se a pertinência da alegação de que seria necessário corrigir as composições de preços para os serviços de concreto betuminoso, inclusive no transporte desses materiais, e de dispositivos de drenagem DPS-01, mantendo-se inalterados os demais preços de referência.

91. Dessa forma, adotam-se, além das composições de ECT com motorscraper para distâncias de transportes até 1.200m (peça 59, p. 8), as seguintes correções nos preços unitários de referência, conforme solicitado pela contratada: i) incidência da taxa de BDI na aquisição dos materiais betuminosos (peça 59, p. 13); ii) exclusão da dupla incidência do BDI no transporte dos materiais betuminosos (peça 59, p. 9-15); e iii) adequação do quantitativo de transporte de areia no item DPS-01 (peça 59, p. 16).

92. Assim, adotando-se essas correções tem-se que o desconto, inicialmente calculado em 13,0% (peça 26, p. 9-12), passa a ser de 11,4% (peça 59, p. 1-2). Também o sobrepreço após o 9º termo aditivo passa de 12,7% para 5,7% (peça 59, p. 3-4).

93. Em razão disso o débito inicialmente apontado, de R\$ 8.618.452,26 (agosto/2000), passa ser de R\$ 6.148.381,19 (agosto/2000), considerando-se os reajustes contratualmente previstos e a dedução da parcela referente ao canteiro de obras não paga (peça 60), conforme detalhamento adiante, nesta instrução.

94. Não se presta a afastar a irregularidade ora arguida a alegação de que as adequações contratuais seriam decorrentes do projeto executivo, que não estaria a cargo dessa contratada, pois, não se questiona a alteração contratual em si, mas a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração, decorrentes da formalização dos termos aditivos, sem a observância da vantagem ofertada por ela para ganhar a licitação.

95. Destarte, não seria aceitável sequer a alegação de que a contratada não poderia prever a necessidade de alterações decorrentes do projeto básico deficiente, pois, pode-se observar que, nos serviços de "escavação, carga e transporte em material de 1ª categoria", por exemplo, foram aumentados em até 807%, os quantitativos dos serviços que apresentavam maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do orçamento base do Edital 176/00-02, Lote 4, e reduzidos os itens com desconto, conforme apresentado em resumo na tabela a seguir (peça 60, p. 1).

96. Também é importante perceber que os serviços com maiores sobrepreços são os de menores distâncias de transporte, até 1000 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	Unid	Preço Unitário R\$/m³	Preço Unit. Edital*	Preço Unit. Edital*	% Aditivado
com motorscraper					
esc. carga. 1a cat c/transporte ate 200m	m³	3,64	1,57	572%	
esc. carga. 1a cat c/transporte 201 m a 400m	m³	4,19	1,85	807%	
esc. carga. 1a cat c/transporte 401 m a 600m	m³	4,91	2,17	450%	
esc. carga. 1a cat c/transporte 601 m a 800m	m³	5,20	2,55	251%	
esc. carga. 1a cat c/transporte 801 m a 1000m	m³	5,98	2,83	73%	
esc. carga. 1a cat c/transporte 1001 m a 1200m	m³	6,66	3,20	137%	
com carregadeira					
esc. carga. 1a cat c/transporte 1201 m a 1400m	m³	1,92	3,57	-98%	
esc. carga. 1a cat c/transporte 1401 m a 1600m	m³	1,99	2,66	-99%	
esc. carga. 1a cat c/transporte 1601 m a 1800m	m³	2,06	2,76	-98%	
esc. carga. 1a cat c/transporte 1801 m a 2000m	m³	2,13	2,85	-100%	
esc. carga. 1a cat c/transporte 2001 m a 3000m	m³	2,30	3,17	-100%	

*1 - orçamento base do Edital 176/00-02 - Lote 4, data-base dez/1999

97. É necessário mencionar ainda que os serviços de terraplenagem apresentaram aumento líquido de R\$ 12.821.793,30 (R\$ 17.071.258,30, em acréscimo, menos R\$ 4.249.465,00, em decréscimo), quando o valor líquido dos aditamentos é de R\$ 13.463.223,73 (peça 61, p. 2), não havendo item de serviço novo nesses serviços de terraplenagem.

98. Esse elevado volume de alteração de quantitativos dos serviços de terraplenagem demonstra que os quantitativos executados não condizem com os licitados, o que contraria os

princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, já que não se pode garantir qual seria a melhor proposta para a Administração em face dos novos quantitativos do contrato.

99. A alegação de que a metodologia adotada por esta Secretaria Especializada para calcular o débito (método do desconto) não seria adequada em razão de os preços do contrato estarem, segundo a contratada, de acordo com os de mercado não merece ser acolhida, pois, conforme foi demonstrado no item 89 desta instrução, o valor dos serviços executados até a 26ª medição apresenta valor total acima do valor de referência, mesmo sem a aplicação do desconto inicialmente ofertado pela contratada (peça 59, p. 6-7).

100. Quanto à metodologia utilizada no cálculo do débito, foi utilizado o Método do Desconto descrito no voto que fundamenta o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário, utilizado pelo TCU para avaliar a variação do ponto de equilíbrio contratual em razão de termos aditivos.

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.

101. Conforme entendimento extraído desse Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário, para a determinação do desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, estabelece-se o ponto de equilíbrio inicial, com o qual se compara o valor total contratado da amostra (faixa "A" da curva "ABC") e o valor total de referência calculado pelo TCU para essa mesma amostra, então obtém-se 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.

102. Assim o desequilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, "jogo de planilhas", decorre de exclusões ou reduções de quantitativos de itens que apresentavam desconto e acréscimos de itens com sobrepreços, todos em relação aos preços unitários de referência.

103. Para demonstrar a correção da análise feita pela SecobRodov, utilizaram-se como referência os preços unitários do Edital 176/00-02, 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 2,1% (peça 59, p. 1-2), inicialmente, e passou a apresentar sobrepreço de 39,2% após o 9º termo aditivo (peça 59, p. 3-4), ratificando de forma até mais grave a ocorrência da alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração.

104. Reconhece-se que, em atenção à verdade material, 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.

105. 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 59, p. 7). 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 45,9% de execução até a 26ª medição, conforme apresentado abaixo.

Descrição	Fórmula	Valor em R\$
Total do Contrato PD/2-033/00-00, após aditivos	[1]	80.980.205,77
Total dos serviços executados (acumulado até a 26ª medição)	[2]	37.130.024,54
% executado e pago	[3]=[2]/[1]	45,9%
Valor inicial do Contrato PD/2-033/00-00	[4.a]	67.516.982,04
Total do canteiro (6% do valor contratado)	[4]=[4.a/1,42] x6%]	2.852.830,23
Valor do canteiro já pago (acumulado até a 26ª medição)	[5]=[4]x[3]	1.308.043,80
Valor do canteiro não pago	[6]=[4]-[5]	1.544.786,42
Valor do débito (PI)	[7]	6.785.026,07
Valor do débito (PI), deduzido da parcela não paga do canteiro	[8]=[7]-[6]	5.240.239,65

106. Portanto, o valor do débito, com a dedução do valor ainda não pago referente ao canteiro de obras, é de R\$ 5.240.239,65, a preços iniciais (PI), e de R\$ 6.148.381,19, com os reajustes previstos na cláusula quarta, parágrafo terceiro, do Contrato PD/2-033/00-00 (PI+R) (peça 20, p. 31), conforme cálculo analítico à peça 60, e resumo a seguir.

Data Pagamento	Valor Pago (PI+R) (R\$)	Valor do Débito (PI) (R\$)	Valor do Débito (PI+R) (R\$)
30/12/2002	1.570,49	425,25	461,99
30/12/2002	1.414,49	383,01	416,10
8/10/2002	4.013.328,40	1.076.453,70	1.180.591,73
23/10/2002	4.012.646,41	1.092.307,82	1.180.391,11
13/12/2002	538.161,81	146.386,51	158.309,84
6/6/2003	64.531,45	17.553,33	18.983,07



Data Pagamento	Valor Pago (PI+R) (R\$)	Valor do Débito (PI) (R\$)	Valor do Débito (PI+R) (R\$)
6/6/2003	500.408,46	136.117,14	147.204,02
6/6/2003	1.767.397,37	474.613,19	519.911,28
6/6/2003	120.667,21	32.403,72	35.496,40
11/7/2003	729.585,04	170.834,54	214.620,38
8/1/2004	1.474.058,77	298.499,73	433.620,53
21/6/2004	472.562,49	111.259,47	139.012,64
21/6/2004	1.000.702,51	235.604,05	294.374,39
21/6/2004	91.541,16	21.552,33	26.928,46
18/6/2004	6.112.360,49	1.425.845,88	1.798.059,25
Total	41.220.230,21	5.240.239,65	6.148.381,19

107. A alegação de que a execução do contrato se presumiria regular em razão de ter sido fiscalizada pelo Dnit também não afasta a irregularidade ora em análise, pois, não se questiona a execução do contrato, mas a alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração.

108. Da mesma forma, a alegação de que teria havido exames anteriores por parte do TCU também não aproveita à manifestante, pois, a matéria ora analisada não foi objeto de análise em processos anteriores, exceto pelo TC 006.415/2008-8, que deu origem à presente tomada de contas especial, não havendo que se falar em preclusão administrativa, conforme ratificado pelo Plenário do TCU por meio do Acórdão 86/2013-TCU-Plenário, no Voto do Exmo. Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, apresentado abaixo.

Pertinente a análise da Secob-2, transcrita no relatório, que conclui pela impossibilidade de provimento aos argumentos do responsável, no sentido de que as irregularidades do contrato não teriam sido suscitadas em auditorias anteriores. O desequilíbrio econômico financeiro do contrato foi tratado pela primeira vez no processo de fiscalização que deu origem a esta tomada de contas especial, razão pela qual não cabe a arguição de coisa julgada administrativa.

109. Ademais, no Voto que fundamenta o Acórdão 385/2004-TCU-Plenário, citado pela contratada em sua defesa (peça 29, p. 27), o Ministro Relator chama a atenção para a necessidade de se verificar a possibilidade de ganhos indevidos, e alerta também para a necessidade de investigar definitivamente a conformidade dos preços. Portanto, não foi analisada a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira do contrato em desvantagem para a Administração, ao contrário, salientou a necessidade de ser verificada essa possibilidade.

14. Cumpre advertir que neste processo não foram levantadas suspeitas quanto a inconsistências de preços, tendo a unidade técnica se limitado a falar em prováveis prejuízos causados pela falta de conclusão da obra e pelos transtornos no seu andamento. Mas, de outra parte, não há um posicionamento firme sobre a inexistência de superfaturamentos nos itens contratados.

15. Preocupa-me o fato de **ver aparecer, de costume, por trás de projetos malfeitos, a oportunidade para ganhos indevidos nos acréscimos de quantitativos de serviços que, desde o início, alguns poucos sabem ser indispensáveis para a realização da obra.**

16. Na presente situação, não é demais lembrar que a própria Setran/PA, segundo o seu ex-secretário, estava certa da necessidade de revisão do projeto no decorrer dos serviços. Coincidência ou não, justamente o item de serviço que teve o custo final mais acrescido (em 164,67%), a terraplenagem, continha na proposta vencedora da licitação preços acima do orçamento, enquanto o item mais reduzido (em 54,37%) continha preços abaixo do orçamento.

No valor global, a proposta ficou ligeiramente inferior ao orçamento, mas não há notícia do emprego de critérios de aceitabilidade de preços unitários.

17. Apenas **por precaução, penso que**, em complemento ao bom trabalho de auditoria feito até aqui, **deva-se investigar, com uma inspeção, a conformidade dos preços praticados no contrato, para, conforme o caso, instaurar-se a devida tomada de contas especial** ou, do contrário, encerrar-se o assunto. Na hipótese de se mostrar imprescindível a instauração da TCE, compreendo que, para manter a coerência com processos similares, a apuração do eventual débito deva ter por base o sistema de balanços dos efeitos financeiros das alterações introduzidas no projeto após a licitação, tal qual descrito no Acórdão 583/2003 - Plenário (TC 007.828/2002-3). [Grifos acrescidos].

110. Não procede também a alegação de que o reestabelecimento do desconto inicialmente ofertado pela empresa contratada implicaria "(...) afastar da Administração Pública a responsabilidade entregue pelo Ordenamento Jurídico de contratar e gerir os contratos administrativos dentro da legalidade" (peça 29, p. 33), pois, conforme já apresentado nesta instrução, precedeu a esse contrato a aprovação de projeto básico deficiente e a restrição à competitividade no processo licitatório, em desacordo com o disposto na Lei de Licitações e Contratos.

111. A alegação de que o Tribunal não teria apontado essa irregularidade no início da execução contratual, facultando a rescisão contratual à contratada, não é suficiente para afastar a responsabilidade da contratada, pois, conforme já apresentado acima, a necessidade de alterações decorrentes do projeto básico deficiente poderia ter sido identificada pela contratada, o que poderia ter sido objeto de questionamento na fase aberta da licitação com o intuito de impugnar o edital, demonstrando a real preocupação da contratada com a gestão dos recursos públicos.

112. No entanto, o que se observa é o contrário: nos serviços de "escavação, carga e transporte em material de 1ª categoria", por exemplo, foram aumentados, em até 807%, os quantitativos dos serviços que apresentavam maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do orçamento base do Edital 176/00-02, Lote 4, e reduzidos os itens com desconto, conforme apresentado à peça 61, p. 1. Também é importante perceber que os serviços com maiores sobrepreços são os de menores distâncias de transporte, até 1000 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.

113. A alegação de que seria nula a determinação contida no item 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, para instauração da presente de TCE, em razão de a contratada não ter sido ouvida no âmbito do processo de auditoria (TC 006.415/2008-8) também não procede, pois, a instauração de processo de tomada de contas especial não implica julgamento de mérito, conforme consta do Acórdão 1.641/2006-TCU-Plenário, "(...) a conversão deste processo em Tomada de Contas Especial constitui decisão preliminar, não importando, portanto, em julgamento de mérito da matéria, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal em sede do MS 24.782 MC/DF", sendo facultada à contratada, no âmbito deste processo, o contraditório e a ampla defesa por meio da citação válida (peça 2, p. 42-45).

114. Nesse mesmo sentido é o Acórdão 1.518/2008-TCU-1ª Câmara, onde consta, no Relatório que o fundamenta, que a instauração da TCE constitui-se na oportunidade de defesa, conforme excerto abaixo.

(...) a instauração da TCE é que se constitui na oportunidade do exercício de defesa (...), é justamente com a sua instauração que se garante ao responsável a obrigatória possibilidade de manifestação relativamente aos valores geridos e atos administrativos impugnados. (...) Exigência legal insculpida na Lei Federal nº 8.443/92, art. 8º, constitui exigência inarredável

dos controles externo e interno, à qual estes não se podem furtar, sob pena de responsabilidade solidária.

115. Como se observa, a citação é o momento oportuno para que a defendente apresente as alegações e provas que julgar necessárias.

116. Nesses termos, conclui-se pela rejeição parcial das alegações de defesa da empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda, alterando-se o débito para R\$ 6.148.381,19 (ref.: agosto/2000).

DA RESPONSABILIZAÇÃO EM RELAÇÃO AO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

117. Quanto à responsabilização, destaca-se o seguinte:

a) há um Despacho do Ministro-Relator (peça 72 do TC 001.957/2009-0), que trata de igual irregularidade em outro seguimento da BR-230/PA, no qual foi afastada a responsabilidade do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro sob o seguinte argumento:

Desacolho, também, a tese de que a assinatura do instrumento de contrato e do 3º termo aditivo permitiria responsabilizar o coordenador da “2ª Unit – Pará/Amapá” pelo débito, porque agiu, naquelas ocasiões, como mandatário da Diretoria do DNIT, que incumbe os gestores locais de formalizar os atos de contratação por ela aprovados.

b) há o Acórdão 86/2013-TCU-Plenário (TC 001.958/2009-8), sob a mesma relatoria, também referente a igual irregularidade, em um terceiro seguimento da BR-230/PA, que condenou o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro ao pagamento do débito decorrente de “jogo de planilha”, solidariamente à contratada. Nesse acórdão o Ministro-Relator rejeitou integralmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel, conforme excerto de seu Voto abaixo.

Diferentemente do que alega o responsável, é irregular a alteração do projeto básico da obra em limites superiores ao estabelecido na Lei nº 8.666/1993 e em detrimento da vantagem econômica obtida no certame licitatório. Com a alteração realizada por meio do 6º termo aditivo ao contrato PD/2-035/00-00, utilizando-se os parâmetros do Sicro2, verifica-se que houve perda do desconto inicial de 21,97% e o contrato passou a representar um sobrepreço de 8,55%.

O fato de terem sido mantidos os preços dos itens inicialmente contratados não afasta o desequilíbrio econômico financeiro, fruto do conhecido e nefasto “jogo de planilha”, representado pelo aumento dos quantitativos dos itens com sobrepreço e pela redução dos itens com desconto.

Assim, não havendo como reconhecer a boa-fé do Sr. Manoel Ribeiro, rejeito suas alegações de defesa e julgo irregulares suas contas.

118. Importa ressaltar que, em ambos os processos citados acima, o Ministério Público junto ao TCU apresentou pareceres favoráveis à proposta de mérito desta Unidade Técnica, de julgar irregulares as contas do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e condená-lo à recomposição do prejuízo ao erário (peça 39 do TC 001.957/2009-0; e peça 52 do TC 001.958/2009-8).

119. Diante disso, entende-se ser mais acertada a decisão constante do Acórdão 86/2013-TCU-Plenário, e que a formalização do 5º (peça 23, p. 13-14) e do 9º (peça 25, p. 6-7) termos aditivos pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro seria suficiente para sua responsabilização mesmo que ele não houvesse sido o responsável pela aprovação do projeto deficiente e pela formalização do Contrato PD/2-033/00-00, conforme bem exposto pelo Exmo. Ministro Relator no seu Relatório que fundamentou o Acórdão 438/2008-TCU-Plenário, conforme excerto a seguir. O nexos causal entre a formalização dos termos aditivos e o dano é ainda mais evidente no presente caso, em que o Sr. Manoel Nazareth, diante do conhecimento de todo o processo de gestão desse contrato, desde a aprovação do projeto básico até as formalizações dos termos aditivos ao contrato,

tinha o poder-dever, como um gestor diligente, de aplicar aos termos aditivos o desconto inicialmente apresentado pela contratada na licitação.

13.4. Quanto à responsabilização do agente, este procedeu à formalização do termo aditivo em apreço, comprometendo-se a cumprir as cláusulas acordadas, as quais violam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato original. Logo, não pode eximir-se de responsabilidade, mesmo que o ajuste inicial não seja de sua lavra. Outrossim, ainda que outras instâncias da administração do Dnit tenham se posicionado a favor das modificações contratuais, o responsável poderia ter dissentido deste entendimento, recusando-se a assinar o aditamento, o que não ocorreu.

120. Portanto, no presente caso, o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, bem como o gestor de média diligência, com a formação técnica de engenheiro civil, e dentro das condições que o cercavam, teria condições de, ante a necessidade de formalizar termos aditivos contratuais para adequação do projeto básico, se recusar às formalizações do 5º e do 9º termos aditivos ao Contrato PD/2-033/00-00 sem a manutenção do desconto inicialmente ofertado pela contratada, principalmente nesse caso concreto com de alterações que superam o parâmetro técnico ou o razoável, apresentando aumento de quantitativos ou inclusão de itens no valor de R\$ 37.362.047,11 (peça 57), e redução de R\$ 24.593.182,73 (peça 58), valores que representam 55% e 36% do valor inicial do contrato, respectivamente.

121. Ainda assim, compulsando os presentes autos, verificou-se que os pareceres que recomendaram a aprovação das revisões de projeto em fase de obras e a aprovação da Diretoria Executiva do Dnit para a realização do 5º e do 9º termos aditivos, ora inquinados, tiveram a finalidade de adequação dos serviços contratados ao projeto executivo aprovado (peça 1, p. 42).

122. Considerando que o projeto básico, aprovado pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (peça 1, p. 46), apresentava inconsistências graves de quantitativos e que não seria possível levar a termo o contrato caso não se adequassem os quantitativos à real necessidade da obra, entende-se que não seria esperada conduta diversa, senão a aprovação da adequação do projeto básico ao executivo.

123. Destarte, nesse caso concreto, o prejuízo ao erário não decorreu da adequação do projeto básico ao projeto executivo, mas, da formalização do 5º e do 9º termos aditivos contratuais sem a devida manutenção do desconto inicialmente ofertado pela contratada, quando da licitação.

124. Isso pode ser observado ao se verificar que a quase a totalidade dos serviços que compõem a parte "A" da Curva "ABC" após o 9º termo aditamento contratual são referentes a itens de serviços que já compunham a planilha orçamentária inicialmente contratada, restando, de relevante, apenas os quatro itens de serviços novos listados no quadro abaixo. Conforme se observa, os serviços novos, que compõem a curva ABC após o 9º termo aditivo, contribuem para reduzir o débito em razão dos seus descontos em relação à referência.

Nome	Unid	Quantidade Após Aditivo	Preço Contratado R\$	Preço Referência R\$	Diferença R\$
dreno long.prof DPS01 c/tub.kononet	m	126.200,00	20,98	28,90	(999.504,00)
hidrossemeadura	m2	877.015,00	0,96	0,70	225.803,22
revest.veg.c/semead.grama em lanco	m2	574.440,00	0,82	0,70	67.478,27
revest.veg.c/gramas em mudas	m2	295.845,00	1,36	3,67	(683.691,14)

125. Em razão dessa análise, entende-se ser pertinente manter as citações inicialmente realizadas, passando-se a seguir à análise das alegações de defesa apresentadas.

DA CONTRATAÇÃO E ATESTE DE ITENS DE SERVIÇOS EM DUPLICIDADE

126. Esta irregularidade constitui-se na assinatura do Contrato PD/2-033/00-00 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 4.320/1964; e artigos 3º e 7º, § 4º, da Lei 8.666/1993.

127. 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 32, P. 20-25)

128. 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.

129. O manifestante sustenta ainda que teria constituído a comissão de licitação para elaboração do edital e que esse edital teria sido analisado pela Procuradoria Regional do Dnit. Assim, os atos praticados pelo manifestante em relação a este contrato estariam "vinculados às aprovações anteriores", então não lhe seria possível a discricionariedade, cabendo-lhe apenas a "chancela" do aspecto formal da licitação. Ademais, teria recebido o Contrato PD/2-033/00-00 já aprovado pelas áreas técnicas do órgão, e que não poderia ser responsabilizado.

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO SRS. JOAO BOSCO LOBO (PEÇA 3, P. 14-20), RAIMUNDO BRITO FACANHA (peça 3, p. 21-27 e 39-43; e peça 4, p. 1-19) E RENATO NUNES GOUVEIA (peça 3, p. 28-33)

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

131. 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.

132. 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.

133. 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 seria baseada em um projeto básico.

134. 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.

135. 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 TORC - TERRAPLENAGEM OBRAS RODOVIÁRIAS E CONSTRUÇÕES LTDA. (PEÇA 29, P. 21-26)

136. A contratada alega acerca da duplicidade de pagamentos em relação ao item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro", em síntese, que teria seguido as premissas indicadas no Edital 176/00-02 no qual constava esse item de serviço para cada obra de arte especial, e que, em razão da extensão da obra de 158 km, esse item seria necessário.

Da análise

137. 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).

138. 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).

139. E, não logra êxito na exclusão de sua responsabilidade pela irregularidade sob a afirmação de que teria recebido o Contrato PD/2-033/00-00 já aprovado pelas áreas técnicas, uma vez que ele foi o responsável pela aprovação do projeto básico (peça 19, p. 3) e pela assinatura do Contrato PD/2-033/00-00 (peça 20, p. 29-34).

140. 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 tanto para os serviços de pavimentação quanto para os serviços das obras de arte especiais.

141. 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.

142. 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, lote 4, diante do desconto observado no contrato inicial de 11,40% (peça 59, p. 1-2), em relação aos preços de referência (Sicro2, agosto/2000), verifica-se que o superfaturamento questionado no valor de R\$ 362.185,20 (ref.: ago/2000) foi absorvido por esse desconto, conforme memória à peça 66.

143. Assim, mesmo com a ocorrência do item "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" em duplicidade no orçamento licitado, 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.

144. Em relação ao Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, 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.

145. Em face dessa análise, para esse caso concreto, entende-se oportuno excluir desta relação processual os Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha e Renato Nunes Gouveia em relação ao dano inicialmente levantado devido ao item de "mobilização, desmobilização e instalação do canteiro" ter sido contratado em duplicidade.

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

146. 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.

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.

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

148. Em relação às alterações contratuais acima do permitido no art. 65, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/1993, destaca-se que, em 1/12/2000, o Contrato PD/2-033/00-00 foi firmado pelo valor de

R\$ 67.516.982,04 (peça 20, p. 29-34). Foram lavrados o 5º e o 9º termos aditivos, em 26/8/2002 (peça 23, p. 13-14) e em 3/1/2003 (peça 25, p. 6-7), respectivamente, que alteraram o seu valor para R\$ 80.980.205,77, com reflexo financeiro de 19,94%.

149. Contudo, observando-se os quantitativos dos serviços objetos de alteração por meio desses termos aditivos, percebe-se que o contrato sofreu aumento de quantitativos ou inclusão de itens no valor de R\$ 37.362.047,11 (peça 57), e redução de R\$ 24.593.182,73 (peça 58), valores que representam 55% e 36% do valor inicial do contrato, respectivamente.

150. Contata-se ainda que os itens que sofreram significativos aumentos nos quantitativos apresentavam preços superiores aos preços unitários do orçamento base do Edital 176/00-02, lote 4 (peça 57).

151. 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. (grifo acrescido)

152. Frise-se também que o valor líquido aditivado ao contrato foi de R\$ 13.463.223,73 (19,94% do valor contratado), enquanto os serviços de terraplenagem sofreram aumento líquido de R\$ 12.821.793,30, dos quais R\$ 17.071.258,30 foram de acréscimo nos itens de maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do Edital 176/00-02, lote 4, e R\$ 4.429.465,00 foram de redução nos serviços de menor sobrepreço ou com desconto em relação a esse edital (peça 61, p. 2).

153. Portanto, o prejuízo decorrente da alteração da equação de equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração ocorreu, principalmente, porque houve aumentos nos quantitativos dos serviços que apresentaram sobrepreço em relação aos preços unitários de referência. Situação agravada com a diminuição ou exclusão dos serviços que apresentavam desconto ou menor sobrepreço frente à mesma referência.

154. 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 conseqüente alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração.

155. Há reiteradas decisões do TCU no sentido de que o limite para alteração contratual previsto no artigo 65, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 deve ser analisado separadamente para os acréscimos e as supressões, ou seja, o limite individual de 25% deve ser aplicado aos acréscimos e às supressões, individualmente, mesmo quando a alteração contratual tenha ocorrido em um único termo aditivo (Acórdãos 591/2011, 2.738/2010, 1.981/2009, todos do Plenário do TCU), sob o risco, em caso contrário, de ser possível macular o espírito da Lei de Licitações e Contratos com a alteração significativa do objeto licitado, ainda que nos limites legais.

156. A partir desse entendimento, as alterações ocorridas no Contrato PD/2-033/00-00 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.

157. 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 2003, as alterações acima dos limites permitidos sob a ótica deste Tribunal, por si só, não devem ser consideradas 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;

DA CONCLUSÃO

158. Em que pese haver o Despacho do Ministro-Relator (peça 72 do TC 001.957/2009-0) afastando a responsabilização do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro em relação ao dano decorrente da alteração do equilíbrio econômico-financeiro no Contrato PD/2-009/01-00, há o Acórdão 86/2013-TCU-Plenário (TC 001.958/2009-8), sob a mesma relatoria, também referente a igual irregularidade, em outro seguimento da BR-230/PA, que condenou o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro ao pagamento do débito decorrente de "jogo de planilha", solidariamente à contratada.

159. Consoante ao Acórdão 86/2013-TCU-Plenário, entende-se que a formalização do 5º (peça 23, p. 13-14) e do 9º (peça 25, p. 6-7) termos aditivos pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro seria suficiente para sua responsabilização mesmo que ele não fosse o responsável pela aprovação do projeto deficiente e pela formalização do Contrato PD/2-033/00-00, conforme bem exposto pelo Exmo. Ministro-Relator no seu Relatório que fundamentou o Acórdão 438/2008-TCU-Plenário.

160. O nexo causal entre a formalização dos termos aditivos e o dano é ainda mais evidente no presente caso, em que o Sr. Manoel Nazareth, diante do conhecimento de todo o processo de gestão desse contrato, desde a aprovação do projeto básico até as formalizações dos termos aditivos ao contrato, tinha o poder-dever, como um gestor diligente, de aplicar aos termos aditivos o desconto inicialmente apresentado pela contratada na licitação.

161. Assim, após as análises, as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e pela empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda. não foram suficientes para desconstituir a irregularidade do desequilíbrio econômico-financeiro do

Contrato PD/2-033/00-00 em desvantagem para a Administração, bem como suas responsabilidades pelos atos correspondentes.

162. 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.

163. 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.

2. O suposto cerceamento do direito de defesa não restou demonstrado, pois a irregularidade questionada se encontra discriminada nos autos (peça 2, p. 6 e p. 34), e é corroborada com planilhas de cálculo que demonstram a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeiro do contrato (peça 26, p. 9-12), não havendo dúvida quanto ao ato impugnado.

164. 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.

165. Não há decisões do TCU anteriores ao TC 006.415/2008-8, que deu origem à presente TCE, acerca da alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração em relação ao Contrato PD/2-033/00-00, e no Voto que fundamenta o Acórdão 385/2004-TCU-Plenário, o Exmo. Ministro-Relator ressalta o risco de ganhos indevidos em decorrência de projetos deficientes e chama a atenção para a necessidade de se verificar a conformidade dos preços contratuais.

166. 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 56), 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 55, p. 5-6).

167. 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 55% (peça 57) no valor contrato e concomitante redução de 36% (peça 58), após o 9º termo aditivo.

168. 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 SecobRodov e nos preços unitários de referência do Edital 176/00-02, lote 4, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, observa-se que, de um desconto de 2,1%, o contrato passa a apresentar o sobrepreço de 39,2% em relação aos preços desse edital (peça 59, p. 1-5), o que ratifica o cálculo desta secretaria especializada e demonstra a inequívoca alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração.

169. 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 4, 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.

170. 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 59, p. 1-7; e peça 60), foi utilizado o Método do Desconto descrito no Voto que fundamenta o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário.

171. A alegação de que seria nula a determinação contida no item 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário não prospera, pois, conforme Acórdãos 1.641/2006-TCU-Plenário e 1.518/2008-TCU-1ª Câmara, no âmbito do processo de tomada de contas especial se constitui a oportunidade do contraditório e da ampla defesa.

172. Por fim, não procede também a alegação de que deveria ser utilizada a tabela Sicro2 de junho/2004 em relação aos serviços de ECT de materiais de 1ª e 2ª categorias, haja vista que a referência mais adequada a ser utilizada é a mais próxima da data-base do contrato, conforme Acórdãos 1.379/2012, 1.922/2011 e 1.923/2011, todos do plenário do TCU.

173. Reconhece-se, em face da apresentação de documentação que indicaram a real utilização do equipamento, a pertinência de se utilizar ECT com motorscraper para distâncias de transporte até 1.200m na composição do preço de referência. E ainda, que a remuneração do canteiro de obras deveria ser mantida, assim, pondera-se pela utilização de ECT com motorscraper com distância de até 1.200m e pela dedução do valor ainda não pago da remuneração referente à instalação, mobilização e manutenção do canteiro de obras no cálculo do débito.

174. Também, entende-se oportuno corrigir as seguintes inconsistências nos preços de referência: i) incidência da taxa de BDI na aquisição dos materiais betuminosos; ii) exclusão da dupla incidência do BDI no transporte dos materiais betuminosos; e iii) adequação do quantitativo de transporte de areia no item DPS-01.

175. Ainda sobre essa questão, segue-se o parecer desta Unidade Técnica (peça 2, p.7) 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/2-033/00-00, situação que afasta a responsabilização do Sr. Miguel Dário Ardissonne Nunes e das empresas Maia Melo Engenharia Ltda. e Seplane Serviços de Engenharia e Planejamento do Nordeste pelo desequilíbrio econômico-financeiro apontado, em desvantagem para a Administração.

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

176. Responsáveis: Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87), Engenheiro Coordenador da 2º Unit/Dnit, pela formalização do 5º e do 9º termos aditivos que resultaram no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da Administração; e empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda. (CNPJ 17.216.052/0001 00), empresa contratada, nos termos do art. 16, §2º, "b" da Lei 8.443/1992, pelos aditamentos que resultaram no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

177. 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 26ª medição, e que o desconto apresentado em relação à referência (Sicro2, Região Norte, agosto/2000) é de 11,4%, altera-se o valor do débito inicialmente apurado de R\$ 8.618.452,26, a preços iniciais (peça 2, p. 10), para R\$ 5.240.239,65, 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\$ 1.544.786,42 (peça 59, p. 7).

178. O valor do débito a preços iniciais (PI) foi apropriado de forma linear nas datas de pagamento dos boletins de medição a partir da 12ª medição, com datas de pagamento posteriores ao 5º (29/8/2002) e ao 9º termos aditivos que alteraram o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e com base nos valores dos pagamentos identificados (peça 60).

179. 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 11,4% em relação aos preços de referência (Sicro2, agosto/2000). Em razão disso, entende-se que o superfaturamento inicialmente apontado (R\$ 362.185,20, ref.: agosto/2000) foi absorvido pelo valor do desconto apresentado pela contratada, à época da licitação (peça 66).

180. 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 Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda., 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, excluindo-se os Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha e Renato Nunes Gouveia desta relação processual.

181. Em relação ao Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, 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.

182. Quanto ao fato de que o Contrato PD/2-033/00-00 sofreu adição de quantitativos ou de novos itens de serviços que totalizaram R\$ 37.362.047,11 (55% do valor inicial contratado) e redução de quantitativos no valor de R\$ 24.593.182,73 (36% 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 8.443/1992.

183. Quanto à boa-fé, ante essa alteração contratual ocorrida com a formalização do 5º e do 9º termos aditivos, 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 5º e do 9º termos aditivos (peça 23, p. 13-14; e peça 25, p. 6-7, respectivamente), 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, haja vista que, como conhecedor de todo o processo de gestão desse contrato, desde a aprovação do projeto básico até as formalizações dos referidos termos aditivos ao contrato, tinha o poder-dever, como um gestor diligente, de aplicar a esses termos aditivos o desconto inicialmente apresentado pela contratada na licitação.

184. Ademais, pode se observar que, nos serviços de "escavação, carga e transporte em material de 1ª categoria", por exemplo, foram aumentados, em até 807%, os quantitativos dos serviços que apresentavam maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do orçamento base do Edital 176/00-02, Lote 4, e reduzidas as quantidades dos itens com desconto em relação a esse orçamento do edital (peça 61). 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.

185. Nesse caso, ante a alteração da relação de equilíbrio econômico-financeira do Contrato PD/2-033/00-00 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.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

186. 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 - excluir da presente relação processual os Srs. João Bosco Lobo (CPF 005.984.702-63), Raimundo Brito Façanha (CPF 019.270.352-87) e Renato Nunes Gouveia (CPF 002.659.502-87), haja vista que, em razão do desconto global de 11,4% apresentado pela contratada em relação aos preços de referência (Sicro2, agosto/2000), o superfaturamento inicialmente apontado (R\$ 362.185,20, ref.: agosto/2000) foi absorvido pelo valor do desconto apresentado pela contratada à época da licitação;

II - rejeitar parcialmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87) e pela empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda. (CNPJ 17.216.052/0001-00) por não terem afastado a irregularidade de alteração substancial da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-033/00-00, haja vista que o contrato apresentava desconto de 11,4% em relação à referência Sicro2, região Norte, agosto/2000, e passou a apresentar sobrepreço de 5,7% frente a essa referência, após o 9º termo aditivo, em afronta ao princípio da economicidade;

III - julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea "c" e § 2º; 19, caput; e 23, inciso III, todos da Lei 8.443/1992, irregulares estas contas do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87), e condená-lo, solidariamente com a empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda. (CNPJ 17.216.052/0001-00), ao pagamento dos valores abaixo discriminados, a serem atualizados monetariamente e acrescidos dos juros de mora devidos, calculados a partir das datas 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 (PI+R) - (R\$)
30/12/2002	461,99
30/12/2002	416,10
8/10/2002	1.180.591,73
23/10/2002	1.180.391,11
13/12/2002	158.309,84
6/6/2003	18.983,07
6/6/2003	147.204,02
6/6/2003	519.911,28
6/6/2003	35.496,40
11/7/2003	214.620,38



Data Pagamento	Valor do Débito (PI+R) - (R\$)
8/1/2004	433.620,53
21/6/2004	139.012,64
21/6/2004	294.374,39
21/6/2004	26.928,46
18/6/2004	1.798.059,25

IV - aplicar, individualmente, ao Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87) e à empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda. (CNPJ 17.216.052/0001-00) a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU, atualizada monetariamente desde a data do Acórdão que vier a ser prolatado até a data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

V - autorizar, desde logo, com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam atendidas as notificações;

VI - remeter cópia do acórdão que vier a ser proferido, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no estado do Pará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992;

VII - encaminhar cópia do presente acórdão ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, ao Ministério dos Transportes e aos interessados.

Secob-2/2ª DT, 21 de junho de 2013.

(Assinado eletronicamente)

Roseno Gonçalves Lopes

AUFC, Matr. 8571-5