

VOTO

Conheço dos embargos de declaração, opostos pela empresa Egesa Engenharia S.A., em face do Acórdão 86/2013, por atender os requisitos atinentes à espécie.

Os presentes autos referem-se à tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão nº 2439/2008- Plenário, exarado nos autos do TC 006.415/2008-8, que tratou do levantamento de auditoria nas obras de construção da BR-230/PA, no trecho entre Marabá e Altamira, no estado do Pará, objeto do Contrato PD/2-035/00-00, integrante da sistemática de fiscalização do Fiscobras do exercício de 2008.

Por meio do acórdão atacado, a embargante foi condenada ao pagamento do débito apurado nos autos, em solidariedade com os gestores do Dnit, bem assim da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

A embargante alega a existência de omissões na decisão do Tribunal, porquanto, em seu entendimento, não teria sido enfrentada a maioria dos argumentos que trouxe à colação na fase de citação.

Registro, inicialmente, o entendimento pacífico no âmbito deste Tribunal, no sentido de que o Relator não está obrigado a rebater cada um dos argumentos expendidos pelas partes, desde que apresente, de forma clara, os fundamentos de sua decisão, sendo-lhe, assim, permitido abster-se de tratar de questões que não interferem no mérito da matéria tratada nos autos.

A título de exemplo, cite-se o Acórdão TCU nº 3.191/2006-2ª Câmara e a Ementa da decisão adotada pelo STJ no RMS 18.763, publicada no DJ de 02/05/2006:

"Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. QUESTÃO IMPLICITAMENTE AFASTADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. A omissão ensejadora dos embargos declaratórios é a lacuna condizente com a conclusão do julgado, não a que se refere aos argumentos das partes que podem ser rejeitados implicitamente. Ademais, o órgão judicial, para expressar sua convicção, não está obrigado a aduzir comentários a respeito de todos os argumentos levantados pelas partes, quando decidir a causa com fundamentos capazes de sustentar sua conclusão. Precedentes.

2. A questão apontada como não debatida no acórdão embargado, consubstanciada na impossibilidade do judiciário revisar ato complexo, foi implicitamente afastada, ao se entender que não se tratava de revisão do ato de aposentação, mas sim de cumprimento de determinação judicial que impôs a pena criminal de perda do cargo.

3. Embargos de declaração rejeitados."

Registro, ainda, que, como reconhece a embargante, os fundamentos da análise realizada pela unidade técnica, transcrita no Relatório condutor do *decisum* embargado, foram expressamente incorporados às minhas razões de decidir.

À vista dessas considerações preliminares, passo a indicar cada uma das várias omissões que a embargante considera ter havido, transcrevendo o respectivo trecho da instrução que a enfrentou.

I - Omissão quanto às alegações de prescrição e decadência:

"86. Quanto à afirmação de que a contratada teria vencido a licitação com a proposta mais vantajosa, não se nega esse fato. Ao contrário, busca-se restabelecer essa vantagem inicialmente obtida, pois, após o 6º termo aditivo, os serviços e os quantitativos licitados foram significativamente alterados. Dessa forma, o que foi efetivamente executado não reflete o que foi

licitado, contrariando os princípios da isonomia, além da perda da vantagem que a Administração obteve. Portanto, essa afirmação não afasta a ocorrência da irregularidade.

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

(...)

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

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

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

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

II - Preclusão e a coisa julgada administrativa, decorrentes da prévia apreciação do contrato PD/2/035/00-00 pelo TCU

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

(...) Preliminarmente, quero deixar assente que comungo do entendimento defendido pelo digno Representante do ‘parquet’ especializado quanto à preliminar suscitada pelo dependente. 2. Não seria demais lembrar, nesta oportunidade, que ganha relevo na doutrina pátria corrente administrativa que sustenta que o Tribunal de Contas da União não exerce jurisdição judicial, mesmo quando no exercício do julgamento das contas. Nesse sentido, mestres como José Cretella Júnior, Celso Antônio Bandeira de Mello e José Afonso da Silva, dentre outros, defendem possuir esta Casa jurisdição meramente técnico-administrativa. 3. E assim sendo, força convir que a denominada ‘coisa julgada administrativa’ não tem o alcance da ‘coisa julgada judicial’. Nesse mister, a ‘coisa julgada administrativa’ limita-se ao caso apreciado e extingue-se com o encerramento deste. Ou seja, apenas não se pode

reabrir processo para julgá-lo de forma diferente, com arrimo nos mesmos fatos já conhecidos. 4. Contudo, pelo 'princípio da verdade material' que deve nortear os processos administrativos, pode a autoridade processante ou julgadora, até o julgamento final, 'conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela.' (Helly Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1989, pag. 584) 5. Observe-se, a propósito, o que diz a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores: 'As decisões em processos administrativos não têm os efeitos de coisa julgada' (STF, em RDA, 1:551) 'As decisões administrativas não constituem coisa julgada' (TFR, em RDA, 15:98) 6. Assim, entendo espancadas as dúvidas quanto à possibilidade de ser a matéria reapreciada pelo Tribunal. (...)

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

III - impossibilidade de alterar parcial e unilateralmente o contrato;

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

94. Quanto à alegação de que o TCU não poderia reduzir a remuneração contratada, e que a Secob2 não teria considerado o valor global do contrato, destaca-se que foram utilizados os serviços constantes da faixa "A" da curva "ABC", ou seja, os serviços mais relevantes cujo valor total representa cerca de 80% do valor global do objeto em análise. Essa metodologia da curva "ABC" se baseia no princípio de Pareto, no qual 20% dos itens representam 80% do custo total da obra, e é consagrada e amplamente utilizada por parte do TCU. Não se pretende reduzir a remuneração contratada, mas apenas restabelecer a vantagem inicialmente obtida pela Administração por meio da licitação, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, portanto, não procede a alegação.

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

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

o Acórdão 1.019/2007-TCU-Plenário (peça 33, p. 21), conforme transcrição a seguir, o que torna improcedente essa alegação.

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

97. Afirma ainda que teriam ocorrido alterações em itens específicos do projeto básico sem alterar o objeto licitado, e os preços unitários aplicados seriam os do contrato, contudo os itens que sofreram aumento em seus quantitativos apresentam sobrepreços em relação aos preços unitários do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, e os que sofreram redução, em sua maioria, apresentam desconto ou menor percentual de sobrepreço em relação a essa mesma referência, conforme resumido na tabela abaixo (peça 37, p. 1-2; e peça 38, p. 1-2). Essa alteração permitiu à contratada obter vantagem econômica indevida, por isso essas alegações também não afastam a irregularidade.

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

<i>Nome</i>	<i>% Aditivado</i>	<i>Sobrepreço/desconto *I</i>
<i>esc.carga 1a cat.c/tran.801 a 1000m</i>	8%	158%
<i>Redução de quantitativo</i>		
<i>saj. triang. conc. (tipo STCc 01).</i>	-100%	9%
<i>dreno prof. lontanid. tipo DPS-07</i>	-100%	-71%
<i>valet.prot. aterro 1a cat./ VPC 03</i>	-100%	-16%
<i>banqueta(meio fio) conc. MFC 01</i>	-100%	-32%
<i>protecao vegetal.</i>	-100%	-28%
<i>descida d'agua aterro DAR 03.</i>	-100%	53%
<i>esc.carg. 2a cat/trans 1001 a 1200m</i>	-100%	154%
<i>corpo b.s.t.c. com d=1,20m.</i>	-100%	-8%
<i>corpo BSTM tunnel liner d=1,60m</i>	-100%	-46%
<i>esc.carg. 2a cat.trans. 801 a 1000m</i>	-100%	161%
<i>corpo BSTM tunnel liner d=1,20m</i>	-100%	-54%
<i>pintura faixa tinta termoplastica</i>	-100%	-60%
<i>boca BSTC c/ D=1,20m.</i>	-100%	14%
<i>sinais de d= 1,00m.</i>	-100%	138%
<i>descida d'agua aterro tipo DAR 02</i>	-100%	67%
<i>corpo BSTM tunnel liner D=2,00m</i>	-100%	-44%
<i>corpo BSTM tunnel liner D=2,60m</i>	-100%	-36%
<i>corpo BSTM tunnel liner D=1,80m</i>	-100%	-46%
<i>corpo de B.S.C.C. de 2,5x2,0m</i>	-100%	80%
<i>boca BSTM c/ D=1,60m.</i>	-100%	-39%
<i>boca BSTM c/ D=1,20m.</i>	-100%	-31%
<i>pórtico</i>	-100%	30%
<i>sinais de 2,0x1,0m.</i>	-100%	97%
<i>corpo de B.S.T.C. con D=0,80m</i>	-100%	16%
<i>boca BSTM c/ D=1,80m.</i>	-100%	-42%
<i>boca BSCC de 2,5x2,0m</i>	-100%	34%
<i>sinais de 1,0x1,0m.</i>	-100%	97%
<i>boca BSTC c/ D=0,80m.</i>	-100%	37%
<i>corpo de B.S.C.C. de 2,5x2,5m</i>	-100%	76%
<i>boca BSCC de 2,5x2,5m.</i>	-100%	30%
<i>sinais de 0,50x0,67m(marco kilomet)</i>	-100%	79%

<i>Nome</i>	<i>% Aditivado</i>	<i>Sobrepço/desconto *1</i>
<i>boca BSTM c/ D=2,60</i>	-100%	-29%
<i>boca BSTM c/ D=2,00m.</i>	-100%	-43%
<i>sinais de 0,60x0,67m.</i>	-100%	114%
<i>conc. betuminoso usinado a quente</i>	-93%	34%
<i>pintura de ligacao.</i>	-90%	39%
<i>imprimacao.</i>	-90%	32%
<i>boca BSCC de 2,0x2,0m</i>	-90%	32%
<i>corpo de B.S.C.C. 2,0x2,0m.</i>	-88%	74%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 2001 a 3000</i>	-78%	-41%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 1601 a 1800</i>	-72%	-38%
<i>dissipadores de energia (DEB 01)</i>	-70%	21%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 1801 a 2000</i>	-63%	-37%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 1401 a 1600</i>	-63%	-36%
<i>esc. carg 1a cat.trans. 1001 a 1200</i>	-61%	152%
<i>compctacao de aterro a 95%PN.</i>	-58%	17%
<i>escav. vala 3a cat. dreno prof.</i>	-56%	36%
<i>defensas metalicas.</i>	-52%	-7%
<i>esc.carg. 1a cat.trans. 1201 a 1400</i>	-49%	-54%
<i>boca BTTC c/ D=1,00m.</i>	-45%	43%
<i>boca saida conc. p/ dreno BSD-01.</i>	-45%	96%
<i>corpo de B.T.T.C. com d=1,00m</i>	-42%	16%
<i>remocao e construcao de cerca</i>	-40%	-14%

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

IV - inexistência de alteração do equilíbrio contratual em decorrências dos aditivos contratuais;

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

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

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

V - Omissão quanto à aplicação do art. 109, § 6º, da LDO/2009;

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

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

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

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

VI - inocorrência do jogo de planilha;

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

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

105. *Adiante, alega que o "jogo de planilha" deveria ser fundamentado em conduta ilícita do agente e que o ônus da prova caberia a quem imputa a irregularidade, porém a alegação, tampouco o trecho extraído do voto que fundamenta o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário (peça*

33, p. 33) citado pela defesa, não aproveitam à defendente, pois também consta desse acórdão que deve ser verificado no caso concreto se a alteração permite a obtenção de proveito ilegítimo, ou seja, redução da vantagem oferecida na licitação, além de ressaltar a previsão constitucional para que seja mantida a situação de equilíbrio inicialmente contratada.

(...)

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

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

A solução jurídica para corrigir as distorções causadas pelo “jogo de planilha” deriva diretamente do texto constitucional, que preconiza, no art. 37, inciso XXI, que devem ser mantidas as condições efetivas da proposta contratada mediante licitação pública. A determinação constitucional visa, antes de tudo, prevenir o enriquecimento ilícito, seja por parte da Administração, seja por parte da empresa contratada, assegurando o equilíbrio econômico-financeiro durante toda a vigência da avença. (Voto do Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário)

(...)

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

VII - inadequação dos critérios utilizados na análise de preços do contrato

A suposta inadequação da análise de preços foi subdividida pela embargante nos seguintes itens: inviabilidade de aplicação de sistemas gerais de preços; inviabilidade de utilização retroativa do Sicro2; necessidade de coerência; compatibilização de todos os preços pelo Sicro 2; confirmação da inadequação do critério adotado: a condução da inexequibilidade; e consideração dos reais custos indiretos e diretos da obra. O tratamento dessas questões se deu nos seguintes termos:

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

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

109. Sendo assim, mesmo que a referência do Sicro2, agosto/2000, não fosse a mais adequada, o que não restou comprovado, não alteraria a situação fática de que houve a alteração

do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração, configurando o "jogo de planilhas".

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

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

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

112. A alegação de que, se fosse utilizar como referência o Sicro2, deveria também corrigir os preços contratados também não pode ser aceita, pois o que se buscou com a referência Sicro2, Região Norte, data base de agosto/2000, foi demonstrar a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desvantagem para a Administração. Irregularidade essa que se mantém, até de forma mais grave, se comparado o contrato com o orçamento base do Edital 176/00-02, lote 3, baseados no Sicro1 de dezembro/1999, como referência (peça 39, p. 1-3).

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

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

115. A empresa alega ainda que: o contrato teria sido interrompido com 48% de execução; a taxa dos custos indiretos seria calculada a partir de um valor fixo; os serviços já prestados deveriam ser remunerados, em atendimento ao art. 59 da Lei de Licitações e Contratos; e não

poderia ser reduzida a remuneração do contrato sem a redução das obrigações assumidas pela contratada. Em relação a essas alegações, a taxa de BDI (benefício e despesas indiretas) é definida pelo TCU como “(...) um percentual aplicado sobre o custo direto para chegar ao preço de venda a ser apresentado ao cliente (...)” (Voto que fundamenta a Decisão 255/1999-TCU-1ª Câmara), e tem por finalidade remunerar o lucro, impostos e demais despesas que não poderiam ser colocadas na planilha orçamentária como custo direto. O lucro e as despesas indiretas que compõem a taxa do BDI são pagos proporcionalmente aos esforços para a execução dos serviços constantes da planilha de custos diretos, o que afasta a alegação de que o BDI não teria sido remunerado, exceto quanto ao item canteiro de obras.

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

117. Na busca da verdade material, reconhece-se que, apesar de compor a taxa de BDI da contratada, o item referente à instalação de canteiro de obras deveria fazer parte da planilha orçamentária como custo direto. Nesse caso, por ser necessário à execução da obra, pressupõe-se que o canteiro tenha sido construído. Então, entende-se que seja razoável manter a remuneração inicialmente contratada para o canteiro de obras (peça 33, p. 51). Assim, para manter o pagamento do canteiro de obras, deduziu-se do total do débito o valor do canteiro de obras não pago em função de o contrato contar com 48% de execução até a 25ª medição, conforme apresentado abaixo.

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

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

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

VIII - equivoco na incidência dos juros de mora

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

121. *Portanto, a taxa de juros de 1% aplicada ao débito apurado pelo TCU está fundamentada em normas vigentes e a mora restou configurada a partir do fato gerador do dano, ou seja, do pagamento dos serviços com sobrepreço decorrente da alteração da relação de equilíbrio econômico-financeiro em desfavor para a Administração.*

IX - Boa-fé da embargante

“89. A contratada alega boa-fé, porém não logrou êxito em comprovar, a partir dos autos, essa atuação, pois, pode se observar que, nos serviços de "escavação, carga e transporte em material de 1ª categoria", por exemplo, foram aumentados, em até 1400%, os quantitativos dos serviços que apresentavam maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do orçamento base do Edital 176/00-02, Lote 3, e reduzidas as quantidades dos itens com desconto em relação a esse orçamento do edital, conforme apresentado na tabela a seguir. Também é importante perceber que os serviços com maiores sobrepreços em relação aos preços unitários do orçamento licitado são os de menores distâncias de transporte, até mil metros, e os itens com maior desconto que, em tese, seriam mais caros por possuírem maiores distâncias de transporte, estão com preços unitários menores que os primeiros, o que demonstra, no mínimo, ciência da precariedade do projeto e das alterações que se fariam necessárias.

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Vê-se, pois, que a minudente instrução que balizou a proposta de acórdão que submeti a este Plenário não negligenciou nenhum dos argumentos apresentados pela embargante.

Tanto é assim que, no voto que conduziu o acórdão embargado, registrei que a Secob-2 logrou afastar cada uma das alegações da embargante, bem assim demonstrar que a alteração do equilíbrio econômico financeiro tratada neste processo representou um aumento desproporcional do retorno financeiro inicialmente esperado pela contratada, o que ensejou a determinação deste Tribunal no sentido do restabelecimento da situação obtida no procedimento licitatório, sob pena de injustificado prejuízo ao Erário.

A leitura atenta do item 91 da instrução, acima transcrito, não deixa qualquer sombra de dúvida acerca da conclusão da instrução e, conseqüentemente, deste Tribunal, de que o objeto da discussão que culminou com o acórdão embargado não foi analisado nos outros processos de fiscalização da obra da BR-230/PA, entre Marabá e Altamira.

Assim, totalmente desarrazoada a tentativa da embargante de demonstrar a existência de contradição entre a decisão embargada e o precedente invocado na instrução (abaixo transcrito), extraído do Acórdão 136/1995-Plenário, cujo teor, ao contrário do alegado, reforça a pertinência da decisão adotada nestes autos:

“Nesse mister, a ‘coisa julgada administrativa’ limita-se ao caso apreciado e extingue-se com o encerramento deste. Ou seja, apenas não se pode reabrir processo para julgá-lo de forma diferente, com arrimo nos mesmos fatos já conhecidos.”

Isto posto, considerando que inexistem as omissões e a contradição atribuídas ao Acórdão 86/2013-Plenário, bem assim que a via dos embargos não se presta a tratar do mero inconformismo do embargante em relação à decisão desta Corte de Contas, rejeito os presentes embargos e Voto por que seja acolhida a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 5 de junho de 2013.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator