

VOTO

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto, conjuntamente, pelas empresas --- Ltda., --- Ltda., --- S/A e ---, --- (peça 269), contra o Acórdão 1.481/2021- Plenário.

2. O presente feito trata, originalmente, de tomada de contas especial instaurada em cumprimento ao subitem 9.1 do Acórdão 302/2013-Plenário, em razão da evidenciação de superfaturamento no Contrato 18/2009, celebrado entre a extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) e o Consórcio Draga Brasil, formado pelas empresas ora recorrentes, cujo objeto era a execução de obras de dragagem no Porto de Santos/SP.

3. Na fase preliminar do processo, foi promovida a citação de diversos agentes públicos que elaboraram e/ou aprovaram o orçamento base da licitação que deu ensejo à presente contratação, bem como das sociedades empresárias ora recorrentes, tendo em vista o “[...] *superfaturamento nos serviços de dragagem de manutenção realizados no âmbito do Contrato 18/2009 decorrente Concorrência Internacional 04/2008 realizada pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR)*”.

4. A origem do suposto débito, conforme a instrução preliminar que subsidiou o chamamento dos responsáveis, foi a existência de falhas metodológicas no orçamento estimativo elaborado no âmbito da SEP/PR, pela inclusão de “[...] *‘Margem de incerteza’ de 4,5% no BDI e de 5% de ‘Despesas Eventuais’ na composição de preços unitários e pela majoração do preço do m³ de material dragado pela multiplicação de um fator de 1,1059 ao preço real obtido no orçamento, condições que resultaram na ocorrência de superfaturamento nos serviços de dragagem de aprofundamento previstos no Contrato 18/2009 decorrente dessa licitação, com infração ao disposto nos arts. 6º, inciso IX, alínea “f”, e 7º, § 2º, inciso II da Lei 8.666/1993 e ao princípio da economicidade*”.

5. As referidas falhas ensejaram uma superestimativa no valor de referência utilizado na Concorrência Internacional 04/2008 e resultaram na celebração de contrato com sobrepreço, correspondente à diferença entre o valor da proposta apresentada pelas empresas e o orçamento estimativo ajustado, expurgado das inconsistências mencionadas no item anterior.

6. Diante das respostas apresentadas, o TCU decidiu, por meio do Acórdão 1.481/2021- Plenário, julgar regulares com ressalva as contas dos agentes públicos arrolados e julgar irregulares as contas das empresas ora recorrentes, condenando-as ao pagamento do débito especificado e das multas individuais de R\$ 300.000,00, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992.

7. Irresignadas com a referida deliberação, as sociedades empresárias ingressaram com embargos de declaração os quais foram conhecidos e rejeitados, nos termos do Acórdão 1.927/2021Plenário.

8. Ainda insatisfeitas, as empresas interpuseram o presente recurso de reconsideração, no qual alegaram, em apertada síntese:

a) a presente TCE deve se restringir à análise da adequação do preço contratado ao de referência, não podendo contemplar questões pertinentes à execução da avença, tais como os valores efetivamente por elas despendidos, o prazo em que os serviços foram executados, dentre outros;

b) não foram objeto de análise ou de produção probatória, neste feito, as despesas de execução incorridas e as interferências imprevisíveis que ocorreram no decorrer da execução contratual e ocasionaram grave perda de produtividade, além de impactos à equação econômicofinanceira da avença; esses fatores deveriam ser considerados em conjunto e são marcados por grande complexidade técnica, como evidencia o laudo pericial de que trata a peça 270; tais aspectos são prejudiciais a esta TCE e estão **sub judice** na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF, no processo 0005248-39.2015.4.01.3400;

- c) é impossível estimar, por meios confiáveis, a existência, o grau e a extensão do suposto dano provocado aos cofres públicos, em face da ausência de parâmetros técnico-jurídicos na fixação do preço de referência e da inconsistência de seu cálculo, porque a contabilização do débito não se fundamentou no valor de mercado dos serviços contratados;
- d) como o orçamento-base é duvidoso, não se pode absolver gestores públicos e condenar as recorrentes, tomando-se como verdade referencial impreciso, definido de maneira discricionária e sem fundamentação técnica suficiente;
- e) a aplicação do fator multiplicador já foi aceita pelo TCU, ao apreciar as obras de dragagem no Porto de Itaguaí/RJ, por meio do Acórdão 1.733/2014-Plenário; o emprego desse fator foi justificado pela realidade fática *“que, à época, apontava ser improvável a atração de empresas que tivessem dragas com capacidade superior a 10.000 m³, viabilizando-se economicamente a contratação de draga adicional com capacidade para 2.000 m³”*;
- f) o fator multiplicador foi utilizado para compensar o aumento de custos com a capacidade superior de dragagem, decorrente da necessidade de redução de prazo; *“são irrelevantes o prazo contratado e o prazo efetivo do contrato, não se devendo adentrar em (i) considerações subjetivas sobre a adequação da decisão do gestor quanto ao prazo contratado; (ii) matéria fática relacionada à execução contratual, marcada por incontáveis eventos não considerados no momento da contratação”*;
- g) a verificação de eventual sobrepreço deve considerar o valor de mercado adequado para a contratação, o que não corresponde ao preço de referência ajustado; nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal apregoa que *“a verificação de sobrepreço deve observar a compatibilidade entre o preço contratado e os preços praticados no mercado, e não necessariamente o valor indicado como referência na fase de planejamento da contratação”*;
- h) a duplicidade de rubricas relacionadas ao risco jamais se consumou nesse contrato, pois o orçamento das defendentes cotou em uma única alínea de seu BDI as “Despesas Eventuais”, no total de 4% do valor da avença; a diferença entre o preço de referência ajustado e o ofertado é de 1,1%, muito inferior à verificada no Acórdão 1.733/2014-Plenário, que totalizou 11,28% e foi aceito pelo Tribunal; a aludida deliberação também reconheceu a razoabilidade do fator multiplicador, ao considerar despiendo o exato detalhamento da draga que seria utilizada na contratação de dragagem por resultado;
- e
- i) é necessário esclarecer a motivação para o não tratamento isonômico e proporcional das empresas em relação aos gestores públicos; mostra-se imperioso conferir às recorrentes os mesmos atenuantes a eles atribuídos: (i) ineditismo da contratação e (ii) falta de referencial metodológico e paradigma oficial de preços.
9. A Serur analisou a matéria e rechaçou todos os argumentos trazidos pelos recorrentes. Assim, propôs que o recurso de reconsideração fosse conhecido e, no mérito, desprovido.
10. O MPTCU divergiu parcialmente da unidade técnica, ao pontuar que o erro cometido no orçamento-base (inclusão de “despesas eventuais” de 5%) não foi replicado na proposta que norteou a remuneração da empresa. Dessa forma, concluiu ser necessário recalcular o débito imputado, o qual deveria contemplar apenas a indevida aplicação do “fator multiplicativo”, mas não a suposta duplicidade de rubricas no orçamento, pois tal vício comprovadamente não constou da proposta.
11. Ademais, o **Parquet** propôs que fosse afastada a multa imposta às empresas contratadas, tendo em vista os mesmos fatores objetivos usados para não imputar sanção aos agentes públicos, a saber, a complexidade na determinação do preço e o ineditismo do objeto, após o transcurso de mais de 20 anos sem a realização de grandes obras de dragagem.

12. Feito esse necessário resumo, passo a decidir.
13. Inicialmente, cabe ressaltar que o presente processo possui importante singularidade, pois a análise da economicidade do Contrato 18/2009 se baseou no exame da adequação técnica do orçamento estimativo da Concorrência Internacional 04/2008, de suas premissas e bases metodológicas, não da comparação do seu valor com o obtido a partir de custos extraídos de uma tabela de referência ou de contratações similares, realizadas anteriormente pela administração pública.
14. Essa metodologia foi adotada porque não havia, à época, um sistema paradigma oficial de preços para serviços de dragagem, a exemplo do Sicro e do Sinapi, bem como porque inexistiam outros contratos que pudessem servir de paradigma, tendo em vista o transcurso de mais de 20 anos sem realização de grandes obras de dragagem, desde a extinção da Empresa de Portos do Brasil S/A (Portobras) e da Companhia Brasileira de Dragagem (CBD), na década de 1990, fato reconhecido na própria decisão recorrida.
15. Este é o principal motivo pelo qual não foi seguida a jurisprudência desta Casa, no sentido de que *“a simples divergência entre os valores orçados e os valores adjudicados não serve para evidenciar a ocorrência de sobrepreço, sendo necessário, para tanto, que a constatação esteja baseada em informações sobre os preços de mercado vigentes à época da licitação”*, consubstanciada nos Acórdãos 5.101/2014-1ª Câmara, 1.549/2017-Plenário e 1.494/2020-Plenário, dentre outros.
16. Diante da ausência de bases comparativas usuais para aferir a economicidade dos serviços contemplados no Contrato 18/2009, tais como as preconizadas no roteiro de auditoria de obras públicas do Tribunal e em sua jurisprudência, optou-se por avaliar a consistência técnica do orçamento estimativo da Concorrência Internacional 04/2008, sob o pressuposto que este seria um razoável critério de partida para se extrair o preço justo de mercado dos serviços de dragagem, considerando as circunstâncias próprias do Porto de Santos.
17. Entendo que a metodologia usada pela unidade técnica se mostra aceitável, diante das circunstâncias peculiares do objeto e do contexto vivenciado na época da licitação.
18. Quanto ao pressuposto adotado pela equipe de fiscalização, rememoro que, diante da desatualização dos equipamentos e tecnologias, além da defasagem de mão de obra especializada, a SEP/PR teve de recorrer ao conhecimento técnico acumulado de antigos servidores da CBD e da Portobras, lotados no Centro de Excelência de Engenharia em Transportes (Centran) e no Instituto Nacional de Pesquisa Hidroviária (INPH), para elaboração de projetos e orçamentos.
19. Além disso, a SEP/PR desenvolveu um roteiro para elaboração dos projetos de dragagem nas licitações do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária (PND I), o qual abrangia a realização de estudos sobre ondas, marés, levantamentos batimétricos, ventos e dimensionamento dos canais de navegação, com a elaboração, ao final, do orçamento estimativo. O projeto básico foi feito pelas autoridades portuárias com o apoio do INPH, que também foi o responsável pela elaboração do projeto geométrico.
20. Isso implica dizer que o orçamento elaborado pelos técnicos que apoiaram a SEP/PR, conforme os parâmetros próprios do local da obra, pode ser considerado um parâmetro razoável do preço de mercado dos serviços de dragagem do Porto de Santos, ressalvadas apenas as eventuais inconsistências encontradas que não tenham sido justificadas, que são as que se discutem nos presentes autos
21. Com isso, rejeito a razão recursal manejada na letra “g” do item 8 **supra**.

22. Não obstante, é preciso certa cautela para o apontamento de eventual superfaturamento. A meu juízo, a peculiaridade aludida no item 13 **retro**, relativa ao critério usado para avaliação da economicidade do contrato em exame, exige um elevado padrão de prova da inconsistência técnica do orçamento paradigma. Dito de outra forma, é preciso que a análise se desenvolva a partir de bases conservadoras, de sorte que o débito eventualmente apurado seguramente não exceda o real valor devido, a partir de critérios racionais de orçamentação extraídos da boa técnica de engenharia de custos.
23. Feitas essas considerações, passo a analisar a justificativa do preço paradigma adotado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).

Custo Mensal da Draga de Projeto		
	Centran	Unidade Técnica
1- Custo Mensal de Operação		
1.1 - Mão de obra (salários com encargos)	R\$ 517.726,01	R\$ 517.726,01
1.2 Combustível	R\$ 2.581.925,77	R\$ 2.107.022,25
1.3 - Lubrificantes	R\$ 387.288,87	R\$ 316.053,34
1.3 - Manutenção	R\$ 1.290.962,89	R\$ 1.053.511,12
1.5 Viaturas e embarcações de apoio	R\$ 49.800,00	R\$ 49.800,00
Total	R\$ 4.827.703,53	R\$ 4.044.112,72
2 - Custo Mensal do Casco		
2.1 - Grande Reparos	R\$ 1.062.500,00	R\$ 1.282.727,27
2.2 - Seguro	R\$ 850.000,00	R\$ 1.026.181,82
2.3 - Assistência Técnica	R\$ 212.500,00	R\$ 256.545,45
2.4 - Juros	R\$ 318.750,00	R\$ 384.818,18
2.5 - Depreciação	R\$ 637.500,00	R\$ 769.636,36
2.6 - Grandes Equipamentos sem contrato	R\$ 318.750,00	R\$ 384.818,18
Total	R\$ 3.400.000,00	R\$ 4.104.727,27
Custo Mensal de Operação e do Casco	R\$ 8.227.703,53	R\$ 8.148.839,99
3.0 - Despesas Eventuais 5% da soma 1 e 2	R\$ 411.385,18	

3.0 - Impostos		R\$ 270.482,55
Sub-total do Custo Mensal	R\$ 8.639.088,71	R\$ 8.419.322,54

24. Conforme exposto na instrução que subsidiou o Acórdão 1.481/2021-Plenário, transcrita parcialmente no relatório condutor da decisão, o valor de referência de R\$ 9,21/m³ considerou “a taxa de conversão do euro na data da licitação e a incidência de encargos tributários para importação da draga, bem como a exclusão do item “Despesas Eventuais” de 5% e do fator majorador de 1,1059 do preço estimado no projeto básico da licitação (R\$ 9,45/m³)”.
25. Não obstante, ao analisar a planilha Excel que subsidiou o cálculo da unidade técnica, solicitada pelo gabinete junto à unidade técnica, verifiquei que, ao final, o auditor encarregado de instruir o feito usou a mesma base metodológica do preço estimativo elaborado pelo Centran, inclusive a mesma produtividade adotada pelos projetistas, a saber, 1.184.281,17 m³/mês, necessária para dragar a quantidade total de 13.619.233,40 m³, no prazo reduzido de 11,5 meses.
26. Essa conclusão pode ser extraída pela comparação entre a composição de referência da SeinfraPortoFerrovia e a elaborada pelos projetistas, que serviu de base para a licitação:

4.0 - BDI de 29,54% (com taxa de margem de incerteza)	R\$ 2.552.368,31	R\$ 2.487.439,67
Preço total mensal (Custo + BDI)	R\$ 11.191.457,01	R\$ 10.900.000,00
Produtividade mensal da draga (m ³) (calculada pelo Centran)	1.184.281,17	1.184.281,17
Preço Unitário do serviço de dragagem	R\$ 9,45	R\$ 9,21
Preço total mensal (Custo + BDI)/Produtividade mensal da draga (m ³)		

27. Compulsando as colunas das composições, observo que a unidade técnica fez as correções necessárias nos insumos considerados pelo Centran, para calcular o custo mensal da draga, tendo excluído a parcela referente às despesas eventuais de 5% (item 3.0) e mantido a produtividade mensal de 1.184.281,17 m³.
28. Isso implica dizer que, na prática, o preço paradigma da SeinfraPortoFerrovia, em sua racionalidade matemática, acabou incorporando o fator majorador de 1,1059 do preço estimado no projeto básico da licitação, apesar das críticas suscitadas quanto à falta de racionalidade técnica dessa opção. Essa aparente inconsistência foi confirmada em reunião técnica realizada entre a minha equipe de assessoria e o auditor que instruiu a matéria na unidade técnica.
29. Dessa forma, a única falha metodológica no orçamento estimativo elaborado no âmbito da SEP/PR, dentre as submetidas ao contraditório dos responsáveis, que, de fato, refletiu-se no cálculo do sobrepreço, foi a inclusão da “margem de incerteza” de 4,5% no BDI e do item “despesas eventuais” de 5% na composição de preços unitários.
30. Quanto a isso, observo que o custeio dos riscos envolvidos na execução do projeto já estava incluso em outros itens orçamentários, de modo que inexistia justificativa para adoção do artifício, como bem apontou a Serur, ao transcrever excerto do relatório de auditoria que deu origem à presente tomada de contas especial (peça 5 do TC 007.337/2010-8, p. 31-32). Segue o trecho mencionado:

“Em relação aos riscos de quebra advindos de objetos submersos não previsíveis, cumpre destacar que no cálculo do custo de afretamento da draga já é computado um percentual de 10% do custo de aquisição do equipamento novo para "Grandes reparos". No cálculo do custo de operação da draga também já é computado um percentual mensal de 50% do custo total de combustível utilizado por mês pela draga, sendo de R\$ 1.290.962,89 por mês para a dragagem do Porto de Santos, somente para manutenção da draga.

[...] Foram constatados sobrepreços advindos de dois problemas no orçamento base que subsidiou a licitação: (i) primeiro foi devido à duplicidade de um item considerado na composição de custo, chamado de "Despesas eventuais", sendo que já é incluso no BDI

4,5% de "Margem de risco"; (ii) o segundo foi decorrente de erro na utilização de um artifício matemático fictício, que não corresponde à realidade física, onerando o preço do material dragado em 10%, por considerar no cálculo a utilização de uma draga paradigma com uma produtividade tal que lhe proporcionaria uma capacidade de executar a obra em um prazo total de 12,72 meses e, em contraponto à este prazo calculado, atribuir um prazo definido de execução da obra em 11,5 meses.

Em relação à duplicidade de itens constantes na planilha orçamentária de composição de custos elaborada pela SEP/PR, consta a inclusão do item "Despesas Eventuais" de 5% sobre a soma do custo mensal de operação da draga com o custo mensal do casco. Incide-se sobre isso o percentual de 29,54% relativo ao BDI, transformando os 5% iniciais em 6,48% sobre o preço de operação da draga (custo de operação incidido o BDI) e sobre o preço de afretamento da draga (custo do casco incidido BDI).

No entanto, na própria composição do BDI apresentado pela SEP/PR existe o item "Taxa de Margem de Incerteza", correspondente a 4,5%. Verifica-se aí a duplicidade de custos no orçamento, já que a margem de incerteza é justamente para a cobertura de algo eventual, imprevisível, ou seja, ambos os elementos tratam do mesmo propósito.

Ademais, se verifica que no próprio cálculo do custo de afretamento mensal da draga já é incluído um valor correspondente ao seguro anual dos equipamentos, minimizando sobremaneira os riscos de prejuízos advindos de uma eventual perda total da draga. Restam, portanto, os riscos associados intrinsecamente à operação, os quais seriam completamente cobertos pelo percentual de 4,5% (Taxa de margem de incerteza) incluso no BDI. (grifos acrescidos)

31. Sendo assim, não há, de fato, justificativa razoável para a previsão de uma taxa de risco total de 9,26% – considerando a expressão monetária das despesas eventuais (R\$ 411.385,18) e da margem de incerteza do BDI (R\$ 388.758,99) –, a incidir sobre o custo direto da obra, por mais que a execução de serviços de dragagem tenha suas especificidades e a realidade fática da época envolvesse certa inexperiência da SEP/PR na consecução de objetos similares, em períodos mais recentes, como já afirmado.
32. Desse modo, compreendo que o cálculo do superfaturamento realizado pela unidade técnica, ao excluir as despesas eventuais de 5%, como rubrica do custo direto, é um valor conservador do preço de mercado dos serviços de dragagem que seriam realizados no Porto de Santos. Assim, ele constitui um paradigma razoável para aferição da economicidade do preço ofertado pelas empresas --- Ltda., --- Ltda., --- S/A e ---, ---.
33. A propósito do assunto, o fato de o consórcio contratado não ter incluído expressamente em sua proposta o item “despesas eventuais” como custo direto dos serviços, não constitui circunstância relevante para a conclusão se houve ou não superfaturamento, pois o que importa, na avaliação da economicidade de determinado preço unitário de serviço, é a comparação de seu valor global, não de suas rubricas integrantes.
34. Isso porque a jurisprudência do TCU há bastante tempo se consolidou no sentido de que não se deve apontar sobrepreço a partir da análise isolada de componentes do preço unitário de determinado serviço, pois uma rubrica pode compensar outra, sendo relevante apenas cotejar o preço final do item, correspondente à soma de seus custos unitários e da parcela de BDI.
35. A título de exemplo, invoco os seguintes precedentes extraídos do repositório da jurisprudência selecionada do Tribunal:

‘A análise isolada de apenas um dos componentes do preço, custo direto ou BDI, não é suficiente para caracterizar o sobrepreço ou o superfaturamento, pois um BDI elevado pode

ser compensado por um custo direto subestimado, de modo que o preço do serviço contratado esteja compatível com os parâmetros de mercado.”

(Acórdão 648/2016-Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler)

“A análise isolada de apenas um dos componentes do preço, custo direto ou BDI, não é suficiente para caracterizar sobrepreço ou superfaturamento, pois BDI elevado pode ser compensado por custo direto subestimado, de modo que o preço do serviço contratado esteja compatível com os parâmetros de mercado. A análise deve ser feita por meio da comparação do preço contratado com o preço de referência, sendo este último composto pelo custo de referência e pelo percentual de BDI de referência.”

(Acórdão 1.511/2018-Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo)

36. Dessa forma, cabe rejeitar a razão recursal suscitada na letra “h” do item 8 **supra**, bem como a proposta do MPTCU de recalculer o débito, pois esta medida levaria a uma análise de economicidade incompatível com a metodologia aceita pela jurisprudência do TCU.
37. Sendo assim, considerando que o preço ofertado pelos recorrentes, R\$ 9,32, superou o preço de referência encontrado pela unidade técnica a partir de bases razoáveis, R\$ 9,21, entendo configurada a existência de superfaturamento no Contrato 18/2009.
38. Diante das ponderações expostas nos itens 28 a 30 **supra**, demonstrando a adoção da mesma base metodológica dos projetistas, incluindo a produtividade decorrente do fator majorador, e a inconsistência técnica da previsão de “despesas eventuais” no custo direto do preço de referência da SEP/PR, compreendo que a quantia apurada nos presentes autos é um valor adequado do dano causado ao Erário, sendo cabível a rejeição dos argumentos trazidos nas letras “c”, “e” e “f” do item 8 **retro**.
39. Sobre a assertiva de que a presente TCE deve se restringir à análise da adequação do preço contratado ao de referência, não podendo contemplar questões pertinentes à execução da avença (letra “a” do item 8), a alegação é contraditória com outro argumento das empresas, de que não foram objeto de análise as despesas de execução incorridas e as interferências imprevisíveis que ocorreram no decorrer da execução contratual (letra “b” do mesmo item).
40. Quanto a estas, ainda que tais circunstâncias tenham ocasionado a perda de produtividade e impactado a equação econômico-financeira da avença, o que se afirma apenas por hipótese, a verificação desses aspectos ultrapassa o objeto deste processo e não afeta a conclusão obtida após o regular desenvolvimento deste, no sentido de que houve sobrepreço, na origem, por ocasião da assinatura do Contrato 18/2009.
41. Eventual existência de desequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratado, identificado durante a execução do ajuste, deve, de fato, ser objeto de prova e ser buscado na esfera competente, **in casu**, o Poder Judiciário, de sorte que a conclusão deste não afeta o deslinde deste feito, seja pela diversidade dos objetos, seja pelo princípio da independência das instâncias.
42. Logo, deve ser rechaçado o argumento das recorrentes de que tais questões são prejudiciais à presente tomada de contas especial, sendo adequada a rejeição das razões trazidas nas letras “a” e “b” do item 8 **supra**.
43. Quanto ao argumento de que o orçamento-base é duvidoso e, por essa razão, não se poderia absolver gestores públicos e condenar as recorrentes, tomando-se como verdade referencial impreciso, definido de maneira discricionária e sem fundamentação técnica suficiente, trago as seguintes considerações.
44. Inicialmente, é preciso pontuar que orçamento estimativo da licitação não pode ser qualificado como duvidoso, uma vez que, afora as inconsistências levantadas pela unidade técnica, algumas delas

beneficiando o contratado, as suas premissas e bases metodológicas foram, regra geral, reputadas como tecnicamente adequadas pela unidade técnica, o que motivou, inclusive, a sua aceitação como ponto de partida para a verificação do preço justo de mercado da obra.

45. Não se pode olvidar, ainda, que a estimativa do preço do certame foi realizada por equipe do Centran e do INPH, a qual continha antigos servidores da CBD e da Portobras, tendo se baseado, ainda, em estudos sobre ondas, marés, levantamentos batimétricos, ventos e dimensionamento dos canais de navegação do Porto de Santos.

46. Sobre o afastamento da responsabilidade dos agentes públicos da SEP/PR, registro que a matéria não foi devolvida à discussão nessa etapa recursal, não cabendo a este Relator avaliar a justeza ou não do Acórdão 1.481/2021- Plenário quanto a esse ponto.

47. Não obstante, registro que não é obrigatório dar aos responsáveis, agentes públicos e pessoas privadas contratadas, o mesmo tratamento jurídico em face de danos causados aos cofres públicos, até porque não há, no âmbito do processo do TCU, a necessidade de se constituir litisconsórcio passivo unitário.

48. Sendo assim, é preciso analisar a responsabilização das empresas, à luz das circunstâncias objetivas e subjetivas que lhe são próprias, independentemente do desfecho do processo em relação aos demais responsáveis.

49. No caso, observo que as empresas ofertaram preço abaixo do orçamento de referência, mas acima do valor justo de mercado, apurado posteriormente pelo TCU, a partir da eliminação de parte das inconsistências verificadas no orçamento estimativo elaborado no âmbito da SEP/PR. Assim, é preciso apurar a culpabilidade das recorrentes, diante do aludido contexto fático.

50. Quanto a isso, dirirjo da assertiva do MPTCU de que “*a percepção de valores indevidamente desembolsados pelo erário, ainda que ausente a culpa ou dolo do beneficiário, enseja o dever de restituição da quantia recebida injustamente*”. Isso porque a responsabilidade dos particulares perante o TCU também é de natureza subjetiva, sendo impositivo avaliar, nesses casos, a ocorrência da chamada culpa contra a legalidade.

51. Essa posição já foi avalizada por este Tribunal, tendo sido externada no voto condutor do Acórdão 1.254/2020-Plenário:

“41. Apesar de o agente privado contratado pela Administração não ter a incumbência direta de gerir os recursos públicos, ele participa do ato jurídico de formação da vontade contratual, especificamente com relação à definição do preço final do ajuste. Nessa perspectiva, é legítima a inclusão da [...] como responsável solidária neste processo, na medida em que concorreu para a prática do dano apurado, ao deixar de ofertar preços compatíveis com os de mercado.

[...]

43. Dessa forma, o particular responde plenamente por essa manifestação voluntária tendente ao aperfeiçoamento do vínculo contratual, podendo a sua proposta ser desclassificada por sobrepreço ou por inexecuibilidade. Mais ainda, firmada a avença, a vontade do contratado se integra à da Administração, motivo pelo qual ele também responde por eventual superfaturamento.

[...]

52. Nesse ponto, registro que a responsabilidade do terceiro, nos termos do §2º do art. 16 da Lei 8.443/1992, decorre da chamada culpa contra a legalidade. Considerando que o art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 se destina não apenas à Administração, mas também aos particulares que atuam em colaboração com o Estado, quando das contratações públicas, compreendo que o agente privado

incorre em culpa presumida ao deixar de seguir a regra posta e ofertar preços acima dos parâmetros de mercado.” (grifos acrescidos)

52. Considerando que a culpa corresponde a um comportamento contrário a um dever de cuidado objetivo, é preciso perquirir qual a conduta exigida das empresas, no contexto em análise. Considerando que os serviços de dragagem não constavam de nenhuma tabela oficial de referência, nem havia outros contratos públicos que pudessem servir como paradigma, em face do transcurso de mais de 20 anos sem a realização de obras do tipo, circunstância reconhecida pela decisão recorrida, as únicas balizas às quais estavam sujeitos os licitantes era o próprio orçamento do certame e à boa técnica de orçamentação.

53. No caso, não havia como os licitantes recorrerem a uma fonte segura para identificar eventual erro no orçamento estimativo da SEP/PR, de sorte a permitir o ajuste de seus preços ou a decisão pela não participação no certame, por eventual incapacidade operacional de praticar os preços máximos aceitos pelos paradigmas estabelecidos pela ordem normativa.

54. Dito de outra forma, não tinha como os interessados compararem as suas estruturas próprias de custos com uma tabela oficial de referência ou com outros contratos públicos de dragagem, circunstância que poderia motivar a decisão pessoal de não participarem da licitação, caso identificasse o risco de serem posteriormente condenados por sobrepreço pelos órgão de controle.

55. A propósito, ressalto que os serviços de dragagem foram incluídos na terceira versão do Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO), lançada em 2017, de modo que a situação verificada nos presentes autos não será admitida nos casos futuros, de eventual sobrepreço relativamente às novas bases de referência. Ademais, observo que não há outros casos em andamento nesta Corte de Contas, ainda pendentes de julgamento, envolvendo a execução de serviços de dragagem, no mesmo contexto do verificado neste processo. Isso implica o caráter isolado e peculiar do critério de responsabilização adotado nesta oportunidade.

56. Quanto à boa técnica de orçamentação, não houve propriamente a inclusão do item “despesas eventuais” na composição da proposta vencedora, o que implica dizer que o sobrepreço, ao final, decorreu da sobrevalorização dos outros custos diretos, os quais, conforme visto, não constavam de nenhum sistema de referência à época.

57. Por fim, cabe acentuar a baixa materialidade do sobrepreço encontrado, o qual alcançou 0,836% do valor original do contrato. Embora não haja margem de tolerância para a configuração de débito, conforme a jurisprudência do TCU, não se pode olvidar que a avaliação da economicidade do ajuste se baseou em critério não usual, que foi a realização de ajustes no orçamento estimativo da entidade contratante. Em minha opinião, tal fato também afeta o juízo de culpabilidade do consórcio contratado, cujo proposta não destoou significativamente do parâmetro justo de mercado encontrado pelo TCU, à época desconhecido dos interessados.

58. Diante desse contexto, compreendo os recorrentes não agiram com culpa contra a legalidade, ao ofertarem proposta de preços com valor acima do apurado pelo Tribunal, após ajustes no orçamento estimativo do certame, sendo cabível a exclusão de sua responsabilidade financeira, devido à ausência dos pressupostos subjetivos exigidos para tanto.

59. Como argumentos adicionais, a fim de escrutinar o entorno do objeto do presente processo, observo que não há indícios de direcionamento nem de restrição à competitividade no procedimento em exame, o que é evidenciado pelo fato de a SEP/PR ter aberto uma licitação internacional e o certame ter contado com a participação de quatro propostas, todas acima do valor apresentado pelas recorrentes. Da mesma forma, não há notícia de conluio entre as concorrentes, tampouco a juntada de elementos dando conta da ocorrência de ilícitos na execução na Concorrência Internacional 04/2008, no contexto das investigações ocorridas no âmbito da Operação Lava Jato.

60. Dessa forma, entendo que o recurso de reconsideração das empresas --- Ltda., --- Ltda., --- S/A e ---, --- (peça 269) deve ser provido, para o fim de tornar insubsistentes o débito e a multa que lhe foram impostos.

61. Diante de todo o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2023.

BENJAMIN ZYMLER
Relator