

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA CONSELHEIRA DO TRIBUNAL DE
CONTAS DO DISTRITO FEDERAL (TCDF)**

EXMA. RELATORA ANILCÉIA LUZIA MACHADO

Processo nº 00600-00012703/2021-45-e

Ref. Decisões nº **1.819/2023**; **1064/2024**; e **3992/2024**

CONSÓRCIO NG-ARP-RIOPLATENSE-SFERAS, já devidamente qualificado nos autos em epígrafe, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por intermédio dos advogados bastante procuradores ao final subscritos, apresentar

COMPLEMENTO À MANIFESTAÇÃO/PEDIDO DE REEXAME

em atenção às r. Decisões nº **1819/2023**, **1064/2024** e **3992/2024**, pelas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

1. DO BREVE RELATO DOS FATOS

Trata-se de Auditoria de Conformidade realizada no âmbito do Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal – DER/DF, que tem por objeto o Contrato n. 01/2021-DER/DF, celebrado para a execução do sistema de readequação viária com trincheira no Recanto das Emas/Riacho Fundo II, na Rodovia DF-001 (EPTC), trecho entre a BR-060, acesso I à Samambaia, e a VC331, acesso ao Recanto das Emas.

O Relatório Final de Auditoria (peça 144) foi encaminhado pela DIFO, para apreciação dessa egrégia Corte de Contas, em 22/03/2023.

Por meio da Decisão n.º 4108/2022 (peça 48), o Tribunal autorizou o encaminhamento da versão prévia do Relatório de Auditoria (peça 40) ao DER/DF, bem como ao CONSÓRCIO NG-ARP-RIOPLATENSE-SFERAS, para conhecimento e manifestação em relação aos achados de auditoria, critérios, evidências, causas, efeitos, proposições de correção ou melhorias e benefícios esperados.

Em seguida, diante das considerações apresentadas pelo jurisdicionado, os apontamentos considerados pertinentes pela equipe foram incorporados à versão final do Relatório (peça 144).

Em 08/11/2023, o Tribunal proferiu a Decisão de Mérito n.º 1.819/2023, reproduzida integralmente a seguir, por meio da qual fez uma série de determinações ao DER/DF (grifos adicionados):

DECISÃO N.º 1819/2023

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto da Relatora, decidiu:

I – tomar conhecimento:

- a) do Relatório de Auditoria;
- b) dos documentos acostados na aba “Associados”;
- c) das manifestações do DER/DF (e-DOC 49ACA8F9-e) e do consórcio contratado (e-DOC 7EE18296-e);

II – determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem – DER/DF que:

- a) para o serviço de CAP – código CP0126 (Achado 1):
 - i) retifique os quantitativos medidos do serviço de fornecimento de CAP (código CP0126) de todas as medições, de forma a adotar o teor máximo medido de CAP como o especificado nos traços de CBUQ Faixas B e C (4,9% e 5,3%, respectivamente) para as respectivas camadas, mantido o fator de desconto, e **efetue a glosa referente ao valor pago de forma indevida;**
 - ii) adote medidas para certificar-se de que:
 - 1. as próximas medições do serviço de CAP se limitem ao percentual definido nos projetos de mistura asfáltica das camadas de CBUQ;
 - 2. em futuros contratos, os teores das medições do serviço de CAP se limitem ao percentual definido nos traços apresentados pelas empresas executoras;
 - iii) encaminhe a este Tribunal a documentação comprobatória dos ajustes efetuados;
- b) para o serviço de BGTC – código 4011278, corrigir o comprimento da memória de cálculo apresentada, com base nas estacas indicadas, recalcule o quantitativo a ser medido, mantido o fator

de desconto, e **efetue a glosa da diferença encontrada** (Achado 2);

c) doravante:

i) na execução de contratos de obras públicas, abstenha-se de realizar o atesto, a medição e o pagamento de serviços em que for verificada alteração substancial de projeto sem a devida aprovação e atualização (Achado 2);

ii) a cada alteração substancial de projeto no decorrer da execução de seus contratos, faça constar nos autos do processo administrativo toda a documentação relativa às alterações, principalmente as justificativas técnicas (Achado 2);

iii) abstenha-se de efetuar o atesto, a medição e pagamento de serviços em contratos de obras públicas a partir de boletins de execução, memórias de cálculo e lastro comprobatório imprecisos, sem suficiente e adequado lastro probatório, ou em desacordo com os ditames do edital (Achado 2);

iv) para o serviço de Administração Local (CP9100), para os próximos contratos, com destaque àqueles que sofram alterações em seu valor total ao longo das medições, adote o procedimento de correção que restabeleça a proporção de pagamento de Administração Local com a execução física da obra de forma mais célere (Achado 3);

d) para os serviços de pavimentação (Achado 4), doravante:

i) estabeleça procedimento específico para a análise da adequação dos controles tecnológicos dos serviços de pavimentação (cimento e concreto asfáltico, sub-base e base) para a aceitação, a medição e o pagamento dos serviços, por meio, por exemplo, de checklist, com base nas normas e nas especificações previstas no edital e nos projetos básico e

executivo, quando os referidos serviços fizerem parte das faixas A ou B da curva ABC da planilha orçamentária;

ii) nos termos das normas técnicas que regulam a execução dos serviços e em atenção aos artigos 66, 75 e 76 da Lei n.º 8.666/1993 e artigos 62 e 63 da Lei n.º 4.320/1964:

(1) abstenha-se de receber, medir e pagar os serviços, sem a tempestiva realização do controle tecnológico de todas as camadas estruturais do pavimento flexível, que comprovem o atendimento das especificações definidas no Edital e no projeto básico/executivo;

(2) quando requerido pelas normas e especificações, certifique-se da realização de plano de amostragem para a execução dos ensaios dos serviços de pavimentação, por se tratar de premissa básica para validar quantitativamente os controles tecnológicos;

iii) adote providências para o monitoramento das vias envolvidas no Contrato n.º 1/2021, de modo a verificar de maneira periódica a qualidade do pavimento e a adequação dos serviços executados, acionando, em caso de patologias precoces, a garantia prevista no art. 618 do Código Civil;

e) considere indevidos os reequilíbrios econômico-financeiros concedidos no 2º e 3º termos aditivos para os materiais não betuminosos, **realizando a glosa de R\$ 2.654.031,23** (dois milhões, seiscentos e cinquenta e quatro mil e trinta e um reais e vinte e três centavos), tendo em vista a não demonstração das hipóteses legais para fins de concessão do reequilíbrio econômico-financeiro no contrato e a ausência de impacto do reequilíbrio econômico-financeiro sobre o valor global do contrato (Achado 5);

f) para as futuras concessões de reequilíbrio econômico-financeiro (Achado 5):

i) para a suficiente confirmação, além de outros meios de prova que a contratada e a contratante, por suas expertises, entendam pertinentes, realize análise da variação dos insumos em contraponto com as suas séries históricas. Ainda, demonstre a relação de causa e efeito da variação dos preços, de modo a evidenciar tanto mais a imprevisibilidade;

ii) analise se o impacto no orçamento do contrato configura álea econômica extraordinária e extracontratual (Acórdãos nºs 1.466/2013, 3.024/2013, 1.884/2017, 2.860/2019, 1.905/2020, 4.072/2020 e 2.796/2021, todos do Plenário do TCU, bem como o entendimento do STJ no REsp 1.422.434/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina);

iii) realize estudos no sentido de tornar mais completo e detalhado o procedimento de concessão de reequilíbrio econômico-financeiro (REF), especialmente sobre os seguintes pontos, de modo a evitar procedimentos incorretos ou incompletos em contratações futuras que possam resultar em prejuízos ao erário:

1. a demonstração da configuração da álea extraordinária e extracontratual;
2. a delimitação do período a ser usado no cálculo de REF, com atenção a pontos importantes como a revalidação da proposta, oferta de preços inexequíveis pelo particular, data-base, entre outros;
3. a demonstração das variações dos custos dos insumos e seu respectivo impacto sobre o valor global do contrato, utilizando, por exemplo, séries históricas;
4. a demonstração de que a majoração no preço dos insumos alegada realmente configure álea extraordinária;

5. a demonstração de onerosidade excessiva (impacto) ao contrato como um todo, tendo como referência o lucro referencial constante no BDI do orçamento estimativo;

6. o expurgo das rubricas lucro, administração central, riscos e despesas financeiras sobre o BDI específico a ser aplicado sobre a parcela da suposta variação extraordinária;

7. a inibição de reequilíbrio de materiais não betuminosos de maneira indenizatória, “medição a medição”;

g) abstenha-se de dar prosseguimento à execução contratual de obras públicas até a celebração de termo aditivo que regularize a atualização dos projetos, quando verificadas alterações significativas objetos dos contratos de obras públicas (Achado 6);

h) estabeleça procedimento específico no Manual de Procedimentos do DER/DF para análise e aprovação de projetos básico/executivos em caso de modificações qualitativas ou quantitativas do objeto (Achado 6);

i) estabeleça procedimento de gestão de cumprimento dos cronogramas, de forma efetiva e transparente, que possibilite aos órgãos de controle e à sociedade o acompanhamento da real evolução da obra (Achado 7);

j) em todos os termos aditivos que tenham como objeto a prorrogação do prazo de execução de seus contratos, apresente justificativa válida, incluindo medidas mitigadoras adotadas e cronograma atualizado de acordo com o novo prazo pretendido (Achado 7);

k) revise o reajuste concedido, de forma a corrigir a data-base (marco inicial – i0) do reajustamento do Contrato n.º 01/2021-DER/DF para novembro de 2020 (data da apresentação da

proposta de preços), nos termos do item 8.4 do Edital de Concorrência n.º 004/2020-DER/DF, **com a consequente glosa da diferença** (Achado 8);

l) estabeleça procedimento específico no Manual de Procedimentos do DER/DF para a concessão de reajustamento em seus contratos (Achado 8);

m) inclua, em todos os seus contratos, cláusula de reajustamento, com a definição do marco inicial, periodicidade e os critérios de atualização monetária, em obediência ao art. 40, XI, c/c o art. 55, III, da Lei n.º 8.666/1993 (Achado 8);

n) para o serviço de CBUQ – código 4011466 (Achado 9):

i) celebre termo aditivo para ajustar a CPU do item “Concreto Asfáltico com Asfalto Polímero – Faixa C – Areia e Brita Comerciais – Código: 4011466” de acordo com a relação de materiais prevista no Projetos de Mistura Asfáltica – Faixas B e C apresentado pelo consórcio contratado, **efetuando a respectiva glosa** contratual da diferença das medições já processadas;

ii) doravante, estabeleça procedimento específico para confrontar a composição definida na planilha orçamentária com a relação de materiais do Projeto de Mistura Asfáltica apresentado pela empresa contratada, especialmente quando a mistura asfáltica estiver presente nas faixas A e B da curva ABC da planilha orçamentária;

o) para o serviço de ECT – código 5501879 (Achado 9):

i) celebre termo aditivo visando à substituição do item “Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria – DMT de 800 a 1.000 m – caminho de serviço em leito natural – com carregadeira e caminhão basculante de 14 m³ – código 5501879” para o item “Escavação, carga e transporte de

material de 1ª categoria – DMT de 600 a 800 m – caminho de serviço em leito natural – com escavadeira e caminhão basculante de 14 m³ – código 5502112”, **efetuando a respectiva glosa contratual da diferença** das medições já processadas;

ii) estabeleça, como conteúdo obrigatório a constar em seus Diários de Obras, a relação de equipamentos mobilizados, especialmente no que se refere aos principais serviços da curva ABC;

iii) estabeleça procedimento específico para a verificação da conformidade dos serviços de ECT (especialmente quando estiver presente na curva ABC da planilha orçamentária), utilizando, por exemplo, checklist;

iv) para todo serviço de ECT que seja relevante na curva ABC da planilha orçamentária, exija detalhamento de todas as DMTs utilizadas com o Diagrama de Bruckner;

p) para o serviço de escoramento – código 2106292 (Achado 9):

i) celebre termo aditivo para a inclusão de serviço novo de escoramento, com composição de custo unitário ajustada com a supressão da longarina, com a consequente supressão do serviço anterior e os devidos ajustes nas medições já efetuadas, bem como da **glosa dos valores apurados**;

ii) doravante, nos próximos contratos de obras públicas que contenham a execução do serviço de escoramento de valas, exija do contratado a entrega do projeto de escoramento, nos termos previstos no edital;

q) ajuste a composição de custo unitário do serviço de “Montagem de Armadura Longitudinal de Estacas – 25 mm (código CP9225)”, eliminando os insumos ARAME RECOZIDO 18 BWG (código M0075), AJUDANTE ESPECIALIZADO (código

9

P9802) e ARMADOR (código P9805), mantido o fator de desconto, com a **consequente glosa da diferença** (Achado 10);

r) nos próximos contratos e licitações de obras públicas, para os itens mais relevantes das faixas A e B da curva ABC, adote providências para coibir a previsão de insumos em duplicidade nas composições de custos que porventura sofrerem adaptações (Achado 10);

III – alertar o Departamento de Estradas de Rodagem – DER/DF sobre as fragilidades verificadas no processo de aceitação, medição e pagamento dos serviços de pavimentação sem qualquer ressalva quanto à insuficiência e à inadequação de controles tecnológicos previstos nas normas e nas especificações técnicas do edital e do projeto básico/executivo, de forma a promover medidas para evitar a recorrência das impropriedades apontadas, que representam risco de superfaturamento e de redução de desempenho e da vida útil prevista para o pavimento (Achado 4);

IV – dar ciência do Relatório Final de Auditoria n° 3/2023 - DIFO1, do relatório/voto apresentado pelo Relator e desta decisão ao Departamento de Estradas e Rodagem – DER/DF e ao consórcio interessado.

Irresignado, o DER/DF interpôs Pedido de Reexame em face do referido *decisum*. Com o recebimento do recurso, conferiu-se efeito suspensivo às alíneas “a”, “e” e “k” do item II da Decisão n° 1.819/2023 e, posteriormente, após aditivo ao recurso do DER/DF, também às alíneas “o” e “p”.

O exame de mérito do Recurso passou a ser tratado no Processo TCDF n.º 00600-00009858/2023-66-e. O NUREC realizou a análise de mérito do recurso, consoante registrado na Informação n.º 180/2023-NUREC (peça 12 do Processo TCDF n.º 00600-00009858/2023-66-e).

Por meio da Decisão nº 4.829/2023, o Tribunal julgou parcialmente procedente o Pedido de Reexame interposto pelo DER/DF, nos seguintes termos:

DECISÃO Nº 4829/2023

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu:
[...]

II – **dar provimento parcial ao pedido de reexame** interposto pelo DER/DF para **tornar sem efeito o item II.a da Decisão n.º 1.819/2023**;
III – **negar provimento ao pedido de reexame em relação às alíneas “e” e “k”, do item II** da Decisão n.º 1.819/2023, restabelecendo os seus efeitos, bem como em relação às **alíneas “o” e “p”,** objeto do aditamento a que alude o item I.a retro;

A partir de provocação do Corpo Técnico (peça 181), o Tribunal, por meio da Decisão nº 1.064/2024, de **03/04/2024**, considerou pendentes de atendimento as alíneas “n”, “o” e “q” da Decisão nº 1.819/2023, assim:

DECISÃO Nº 1064/2024

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto da Relatora, decidiu: [...];

II – em relação à Decisão nº 1.819/23, considerar: [...]; b) não cumpridos os itens I.n.i, II.o.i e II.q;

III – em decorrência do item II.b acima, reiterar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal - DER/DF a implementação de medidas destinadas ao atendimento das disposições contidas nos itens II.n.i, II.o.i e II.q. da Decisão n.º 1.819/23, com a apresentação integral da memória de cálculo referente ao ajuste e à efetivação das glosas, se atendo aos termos, quantidades e valores estipulados no

Relatório Final de Auditoria, cujo mérito já foi previamente analisado pelo Plenário desta Corte de Contas;

As alíneas “n” e “o” estão abarcadas pelo Achado 9 do Relatório de Auditoria, enquanto a alínea “q” faz parte do Achado 10. Tais achados estão assim delimitados:

V. POSICIONAMENTO DO CORPO TÉCNICO [...]

Achado 9 – Desequilíbrio na remuneração dos serviços de CBUQ, ECT e Escoramento: foram identificadas inconsistências entre as composições dos serviços contratados e a realidade executiva da obra. Para o serviço de CBUQ, verificou-se que a medição e pagamento foram realizados sem compatibilidade com o traço de mistura apresentado pela empresa. No caso de ECT, contactou-se a modificação na metodologia executiva atinente ao equipamento empregado para a execução do serviço. E houve a inadequação da Composição de Preços Unitários. (CPU) devido à consideração de uma Distância Média de Transporte (DMT) superior à obtida para o caso concreto. No caso do escoramento, a CPU inclui as longarinas, ao passo que os escoramentos executados não apresentam esse componente. Tais divergências somam um pagamento indevido (até a 14ª medição) de R\$ 1.088.251,11 e um dano potencial (até o final do contrato) de R\$ 1.687.377,27.

Achado 10 – Duplicidade de insumos na CPU de Montagem do aço CA-50: constatou-se a duplicidade de insumos de mão de obra na CPU de montagem de armadura (código CP9225), pois a composição auxiliar “Armação em aço CA-50 – fornecimento, preparo e colocação” (código 407819) do SICRO, já remunera todos os serviços necessários à execução da armação da fundação. Conclui-se assim pela ocorrência de pagamento indevido de R\$ 131.124,51, considerando apenas a 14ª medição acumulada.

Em **20/05/2024**, o CONSÓRCIO NG se manifestou espontaneamente nos autos (peça 192), para prestar esclarecimentos e demonstrar a

12

inexistência das irregularidades apontadas e, portanto, a desnecessidade das glosas sugeridas nas alíneas “n”, “o” e “q” da Decisão nº 1.819/2023.

Ocorre que, na Sessão de Julgamento de **10/07/2024**, esse eg. TCDF proferiu a Decisão nº 2441/2024, reiterando as determinações ao DER/DF, **sem antes analisar a petição do CONSÓRCIO**, por meio da qual foram esclarecidas as questões de divergência de preços indicadas nos Itens II.n.i, II.o.i e II.q da Decisão nº 1819/2023.

Nesse sentido, o CONSÓRCIO se manifestou novamente, pedindo que a Decisão nº 2441/2024 fosse anulada ou tornada sem efeitos, até que o Tribunal analise os argumentos apresentados anteriormente (peça 192) e os considere quando da tomada de nova decisão.

Por fim, o Tribunal proferiu a Decisão nº 3992/2024, no sentido de facultar ao CONSÓRCIO que *“complemente o documento constante da Peça nº 201 para que possa ser recebido como recurso aos itens II.n.i, II.o.i e II.q. da Decisão nº 1.819/23”*. Veja-se:

DECISÃO Nº 3992/2024

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto da Relatora, decidiu: I – indeferir o pedido constante do documento de Peça nº 201, de autoria do Consórcio NG-ARP-RIOPLATENSE-SFERAS, ante a inexistência de nulidade; II – facultar ao referido consórcio para que, devolvendo-lhe o prazo recursal, e se assim a parte desejar, complemente o documento constante da Peça nº 201 para que possa ser recebido como recurso aos itens II.n.i, II.o.i e II.q. da Decisão nº 1.819/23; III – autorizar: a) o encaminhamento de cópia do relatório/voto da Relatora e desta decisão ao Consórcio para subsidiar o atendimento do item I; b) o retorno dos autos à Secretaria de Fiscalização Especializada, para os devidos fins.

A ser assim, as considerações do Consórcio serão compiladas a seguir, de modo a facilitar a análise e garantir que sejam **devidamente analisadas antes de nova tomada de decisão** por esse eg. Tribunal.

Nesse sentido, a pretensão do RECORRENTE, neste momento, é assegurar o respeito à ampla defesa e ao contraditório, que não se resumem ao direito de se manifestar no processo, mas, principalmente, de **ver seus argumentos considerados**, o que, até o momento, com todas as vênias, não aconteceu.

O Supremo Tribunal Federal - STF, guardião da Carta Magna, possui jurisprudência consolidada nesse sentido, em voto lapidar da lavra do e. Min. Gilmar Mendes, *in verbis*:

A Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial **ou administrativo**, e aos acusados em geral **o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**. (...) Assinale-se, por outro lado, que há muito a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa **não se resume a um simples direito de manifestação no processo**. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (...). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: **a) direito de informação** (*Recht auf Information*), **que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes**; **b) direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), **que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo**; **c) direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), **que exige do julgador capacidade de apreensão**

e **isenção de ânimo** (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (...).¹

Como reforça o STF, o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Há que se ter a informação devida para que se possa rebatê-la de forma adequada, republicana, democrática e constitucional.

A Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, em artigo, reforça, no mesmo sentido, que:

[...] processo não se faz com emoção de momento, nem com aflição de público, mas com racionalidade, objetividade e segundo normas postas a salvo de urgências despidas de tranquilidade e de humanidade serenada.²

Assim, requer-se o recebimento da presente peça como **Pedido de Reexame** e a deliberação das considerações a seguir, que, espera-se, aclaram quaisquer dúvidas quanto à **regularidade** das ações do CONSÓRCIO no Contrato nº 01/2021-DER/DF, de modo que, ao final, as glosas determinadas nos pagamentos devidos ao RECORRENTE sejam desconstituídas.

Relembra-se, por fim, que alíneas “e”, “k” e “p” da Decisão nº 1.819/2023 estão suspensas por força da Decisão nº 15/2024, proferida no âmbito do Processo nº 9858/2023. Nestes autos, estão em discussão apenas as alíneas “n”, “o” e “q” da citada Decisão.

É o breve relato do necessário.

¹ STF, Plenário, **Relator Ministro Gilmar Mendes**, MS 22.693, **julgado em 17/11/2010**.

² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 136, p. 5-28, out./dez. 1997, p. 28. Disponível também em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/287>.

2. DO MÉRITO

Abaixo as razões de mérito que devem ser novamente sopesadas por essa nobre Corte de Contas, a fim de que se verifique que não há qualquer irregularidade e que não há necessidade de glosa nos pagamentos.

2.1. Da desnecessidade de celebração de aditivo e glosa de diferenças de medições para o serviço CBUQ (Item II.n.i da Decisão nº 1819/2023)

Eis a síntese do que entendeu por bem determinar essa eg. Corte de Contas, ao DER/DF, com quem a RECORRENTE mantém contrato:

II – determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem – DER/DF que: [...]

n) para o serviço de CBUQ – código 4011466 (Achado 9): i) celebre termo aditivo para ajustar a CPU do item “Concreto Asfáltico com Asfalto Polímero – Faixa C – Areia e Brita Comerciais – Código: 4011466” de acordo com a relação de materiais prevista no Projetos de Mistura Asfáltica – Faixas B e C apresentado pelo consórcio contratado, efetuando a respectiva glosa contratual da diferença das medições já processadas;

Na análise que foi feita quanto ao CBUQ, o Corpo Técnico buscou comparar a planilha de preços apresentada pela RECORRENTE na licitação com a Tabela SICRO, que é mera referência na área de obras rodoviárias.

Olvidou-se o Corpo Técnico, no entanto, de considerar **(i)** o que foi fixado pela Administração no Edital do Certame (vinculação ao instrumento convocatório, portanto) e, mais, **(ii)** o preço global também definido pelo DER/DF (manutenção do valor global), dentro do qual a RECORRENTE se manteve desde o início, tendo apresentado as condições mais vantajosas para a Administração.

Na avaliação para proposição do desconto que foi concedido, a RECORRENTE se baseou nas especificações técnicas, condições locais e demais informações que puderam subsidiar o orçamento de custo, e o comparou com os preços do processo licitatório.

O Consórcio NG- RIO PLATENSE- ARP- SFERAS, ao formular a proposta que foi consagrada vencedora, com “K” = 0,8414, ou seja, com desconto de 15,86%, o fez com base nos preços do edital, proposta essa que fica sujeita a se desfigurar se eles forem alterados por auditorias posteriores à sua apresentação. Não se pode alterar – *a posteriori* – aquilo que já havia sido fixado pela Administração no edital do certame.

Aliás, é da legislação em vigor esse entendimento:

LINDB

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

É direito do administrado, *in casu*, do Consórcio RECORRENTE, observar a regra posta **no momento da licitação**, e não aquela fruto de entendimento **posterior** esposado pelo Tribunal de Contas respectivo:

Lei nº 9.784/1999

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**

Como se pode observar, nos processos administrativos – tais e quais aqueles que são instruídos no âmbito do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) – não se pode aplicar retroativamente nova interpretação.

Não se pode, agora, querer revisitar o edital de licitação lançado anos atrás, em outro contexto histórico, com regramentos prévia e pactuadamente definidos, para querer imputar débito que não se sustenta em relação ao RECORRENTE, ainda mais quando se quer alterar parâmetros plenamente constituídos anteriormente.

Aliás, é esse também o entendimento da legislação em vigor:

Art. 24. A **revisão, nas esferas administrativa, controladora** ou judicial, **quanto à validade de ato, contrato**, ajuste, processo ou norma administrativa **cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.**

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Situações já plenamente constituídas, como a obra realizada, com base em orçamento aprovado e validado pelo Poder Público, mediante contrato, não podem, por mais que o TCDF queira alterar o passado, ser reconstituídas com base em novos parâmetros. É **irretroativo** tal entendimento. Se, doravante, quiser esse nobre Corte de Contas fixar novos entendimentos, para novos processos

licitatórios ou para novos contratos, poderá fazê-lo, desde que respeite aquilo que já foi pactuado, contratado e pago. Não há como, agora, e mesmo que o TCDF tivesse razão, querer alterar o que já se consolidou. É de fato consumado que se trata, também.

Se é da legislação em vigor esse comando normativo, não pode a eg. Corte de Contas se desvirtuar da Lei, sob pena de cometimento de ilegalidade, o que não é do feitio de nenhum dos integrantes do eg. Tribunal de Contas do Distrito Federal!

Ainda no que concerne a esse Achado 9, as composições de preços usadas para cálculo do orçamento estimativo do órgão, são utilizadas apenas como **referência** para que a contratante alcance um valor máximo para a contratação da obra objeto da licitação em questão.

As tabelas de custos referenciais, como SICRO e SINAPI, se baseiam em **traços genéricos** de misturas betuminosas, sendo o traço a ser utilizado definido e aprovado **após a contratação do serviço**. E por isso também, os orçamentistas ficam impossibilitados de definirem o custo exatíssimo desse serviço – como pretende, agora, o TCDF fazer, com a obra quase finalizada – pois entende-se que se o orçamentista definisse anteriormente à licitação o traço do CBUQ, restringiria a um único fornecedor de agregados, o que poderia beneficiar determinada empresa, contrariando assim o princípio da isonomia e da competitividade.

Desta forma, os licitantes ficam obrigados a acatar as composições de preços unitários e a planilha orçamentária fornecida no edital, não podendo realizar alterações em tais documentos, sob pena, inclusive, de desclassificação no certame.

Por este motivo, resta aos licitantes levantarem os custos da obra com base nos projetos e especificações fornecidos pelo Poder Público para ofertarem suas propostas, ou seja, seus descontos são calculados com base no valor estampado no edital – **que é vinculante**, registre-se.

Logo, qualquer alteração posterior à assinatura do contrato, nas composições de preços unitários, alteraria o valor previsto no edital e desconfiguraria as propostas apresentadas pelos licitantes, pois certamente os licitantes que apresentaram propostas no certame, incluindo o consórcio vencedor, não ofertariam os mesmos descontos após a realização das alterações propostas no Relatório em questão. **Esse tipo de alteração de entendimento, além de querer reconstruir o passado, gera muita, muita insegurança jurídica aos licitantes, o que se deve, a todo custo, evitar.**

Dados tais argumentos, em especial **(i)** a vinculação ao instrumento convocatório, **(ii)** a observância do valor global da proposta, e **(iii)** a impossibilidade de retroação de novos entendimentos, verifica-se que não há qualquer irregularidade nos preços praticados – e nem na composição dos custos – no contrato firmado com o DER/DF a ponto de justificar qualquer intervenção por parte da Corte de Contas, devendo ser acolhida a argumentação desta RECORRENTE, no ponto, para conseqüente arquivamento dos autos.

2.2. Da desnecessidade de termo aditivo para substituição de itens e de glosa para o serviço de ECT (Item II.o.i da Decisão nº 1819/2023)

O TCDF, nesse ponto, indicou o seguinte:

II – determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem – DER/DF que: [...]

o) para o serviço de ECT – código 5501879 (Achado 9): i) celebre termo aditivo visando à substituição do item “Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria – DMT de 800 a 1.000 m – caminho de serviço em leito natural – com carregadeira e caminhão basculante de 14 m³ – código 5501879” para o item “Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria – DMT de 600 a 800 m – caminho de serviço em leito natural – com escavadeira e caminhão basculante de 14 m³ – código 5502112”, efetuando a respectiva glosa contratual da diferença das medições já processadas;

Sobre esse ponto específico, além de toda a argumentação expendida no item anterior, que se aplica integralmente também a esse Item II.o.i da Decisão nº 1819/2023, o Consórcio RECORRENTE, quando da elaboração de sua proposta, avaliou quais os equipamentos seriam mais adequados para a execução dos serviços em questão e entrega do produto final. Rememore-se, por oportuno, que **a Administração contratou a realização de obra pública, e não a locação de equipamentos específicos.**

Nesse contexto, o detalhamento da forma de execução, **final**, fica a critério da empresa contratada, e não da Administração. Nesse contexto, o TCDF, que desempenha papel fundamental na fiscalização dos gastos públicos, o que é motivo de orgulho para qualquer cidadão, também não pode se descuidar dessa atenção, ou seja, não pode querer, em obra pronta, revisitar itens de composição de custos específicos da planilha – como o tipo de equipamento que foi utilizado pela RECORRENTE – para a entrega da obra em questão (contrato de escopo), no prazo fixado pelo Poder Público, e **dentro do orçamento total estimado.**

Os equipamentos utilizados pela contratada, seja a carregadeira, a escavadeira e/ou a motoniveladora, atendendo aos requisitos de produtividade,

segurança e qualidade necessários para a execução dos serviços, mostram-se igualmente capazes de atender às necessidades da Administração, como de fato foi feito. A necessidade pública a ser contemplada, qual seja, a realização de obra pública no trecho contratado, foi **absolutamente atendida!**

Como se pode observar nos projetos executivos, como também *in loco*, os taludes de corte executados próximos ao viaduto têm inclinação de 1/8, ou seja, praticamente vertical. É fisicamente impossível a realização do acabamento destes taludes fazendo uso, apenas, de trator de esteiras e carregadeira, razão pela qual foi utilizado, em conjunto com os demais, um dos equipamentos **mais adequados para execução tal serviço**, no caso a escavadeira hidráulica. Novamente: finalidade pública atingida, de acordo com aquilo que foi desejado pela Administração ainda quando da realização do certame.

Além disso, houve a execução de escavação próximo à adutora de água existente, onde houve a necessidade de cuidados especiais para evitar o rompimento da adutora, o que causaria prejuízos incomensuráveis à população atendida por ela, à Administração e a este CONSÓRCIO. **Tal situação não foi prevista na planilha orçamentária**, bem como nas composições de custos unitários, ficando às expensas do CONSÓRCIO a execução destes serviços, que procurou atendê-los da melhor maneira possível.

O Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº 2.986/2016, já tem o entendimento que “não haverá prejuízo ao contratante se este especificar solução antieconômica, mas o contratado, em sua proposta, se adotar preço unitário compatível com o método eficiente e usual que irá utilizar na obra”.

Em Pedidos de Reexame interpostos contra o Acórdão nº 2.872/2012, Plenário, que recomendou a paralisação de obras de implantação e

pavimentação, a decisão reexaminada apontou, entre outras irregularidades, o superfaturamento por metodologia executiva, tendo em vista que o orçamento base considerou o uso de trator de esteira e carregadeira em vez de escavadeira, solução mais econômica. A relatora, ao analisar o caso, ponderou que:

“Não se pretende aqui coibir as inovações metodológicas ou de equipamento que podem advir na execução da obra em relação ao projeto básico. Caso se trate, de fato, de inovações que aumentem a produtividade na execução de um serviço, é lícito que o contratado se beneficie dos ganhos auferidos. É razoável, inclusive, supor que ele contará com essa vantagem competitiva quando da elaboração de sua proposta para a licitação”.

Esclareceu ainda que:

“Não se podem confundir metodologias inovadoras com falhas técnicas do projeto ou do orçamento base. Portanto, se o contratado executou o trabalho por sistema mais produtivo não por este ser uma inovação, mas porque o projeto básico previu metodologia antieconômica, trata-se de erro de projeto que deve ser corrigido para a apuração do efetivo custo referencial da obra”.

Em complemento, citou trecho do Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU, que traz a seguinte orientação:

“Não há esse tipo de superfaturamento quando o orçamento do serviço considerou metodologia executiva eficiente e compatível com a boa técnica da engenharia, porém, o construtor, valendo-se de equipamentos mais modernos e produtivos ou de técnicas inovadoras, consegue executar o serviço com maior produtividade e, conseqüentemente, a um menor custo. Trata-se de ganho de eficiência legítimo, cujos benefícios devem ser apropriados exclusivamente pelo contratado”.

Concluiu a relatora que:

“Quando o projeto básico prevê a solução mais eficiente e usual de mercado e o executor realiza o trabalho com técnicas ou equipamentos inovadores, não se configura o superfaturamento por metodologia executiva. Evidentemente, também não haverá prejuízo ao contratante se este especificar solução antieconômica, mas o contratado, em sua proposta, se adotar preço unitário compatível com o método eficiente e usual que irá utilizar na obra”.

Pelo exposto, o Tribunal decidiu conhecer dos recursos e dar-lhes provimento parcial, afastando o superfaturamento por metodologia executiva, conforme voto da relatora (TCU, Acórdão nº 2.986/2016 – Plenário).

No mesmo sentido foi o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão 800/2016 - Plenário:

“A utilização de patrulha mecânica de menor custo do que aquela prevista na composição de preços do contrato não representa superfaturamento se o preço global contratado para os serviços for inferior ao preço referencial de mercado calculado. Sendo tecnicamente admissíveis diversas alternativas de execução dos serviços, é lícito que a empresa contratada opte por aquela que minimiza o seu custo e maximiza o seu lucro.”

O preço global contratado, como dito, **foi absolutamente observado**. O Consórcio RECORRENTE apresentou **a proposta mais vantajosa** para a Administração. **A obra** contratada foi **entregue**. Não há nenhuma irregularidade nisso! Não houve sobrepreço, superfaturamento, conduta maliciosa por parte da RECORRENTE em querer auferir qualquer vantagem sobre o erário. Muito pelo contrário, agiu da melhor forma possível.

Pedidos de Reexame questionaram, por exemplo, deliberação do Tribunal que determinara, em processo de levantamento de auditoria realizado nas

obras de Adequação de Capacidade e Restauração da BR-104/PE, glosa nas medições futuras em razão de pagamentos indevidos. Da quantia de R\$ 3.226.281,87, impugnada na deliberação recorrida, parcela no montante de R\$ 758.211,23 referir-se à utilização de escavadeiras hidráulicas nos serviços de escavação, carga e transporte (ECT), em vez das pás carregadeiras previstas na composição do preço contratual. Em manifestação transcrita no voto do relator, a unidade especializada ressaltou que:

“Em princípio, **o projeto básico não deve especificar os equipamentos a serem usados na prestação de serviços (apenas os que se incorporam à obra), da mesma forma que, em princípio, não deve especificar o método construtivo, sob pena de estar restringindo o caráter competitivo da licitação.** Não obstante, deve prestar informações suficientes que permitam que as empresas o deduzam. No caso, sendo igualmente admissíveis as diversas alternativas de execução dos serviços – seja com trator de esteiras, com motoscrapers ou com escavadeiras – **é lícito que a empresa os execute com uns ou com os outros, de forma a minimizar o seu custo e maximizar o seu lucro.** Assim entendido, a proposta da empresa diz respeito aos preços de cada serviço, não a como cada serviço será efetivamente executado ou mesmo aos custos reais de execução de cada serviço”.

Acolhendo tal análise, o Relator consignou:

“A administração deve sempre buscar a opção mais econômica para execução do serviço ao elaborar seus orçamentos base para as licitações. Da mesma forma, para fins de análise de preços, esta Corte deve sempre considerar em seus orçamentos referenciais o uso da opção mais econômica, sempre que viável tecnicamente. Contudo, **não é razoável exigir que sejam glosados individualmente todos os preços unitários contratados que estejam acima de preços referenciais obtidos a partir do uso de equipamentos mais econômicos sem que se avalie a economicidade como um todo da contratação.** Ressalto que, in

25

casu, a opção pelo uso da escavadeira hidráulica não resulta, aparentemente, em benefício financeiro para o Consórcio ao final da obra, como havia assumido a equipe de auditoria ao analisar os serviços realizados até o momento da visita in loco, uma vez que o novo exame realizado pela Secob Rodovias demonstrou não existir sobrepreço no valor total contratado com base nos quantitativos originais orçados”.

Nesses termos, o Plenário, acompanhando o relator, deu provimento parcial ao recurso interposto para excluir da quantia impugnada o montante de R\$ 758.211,23, referente à utilização de escavadeiras hidráulicas em vez de pás-carregadeiras nos serviços de escavação, carga e transporte. (Acórdão 800/2016 Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro Vital do Rêgo).

Também por estes argumentos, considera-se que não prosperam os argumentos do Relatório de Auditoria de que a solução adotada em projeto foi antieconômica e que o consórcio contratado recebeu um valor maior pelo serviço do que deveria receber, causando hipotéticos danos ao erário, pois, conforme já explanado, caso o preço unitário deste serviço fosse alterado na planilha orçamentária estimativa apresentada no edital, a análise do desconto proposto pelo consórcio vencedor da licitação, bem como das demais empresas participantes do certame, teria sido diferente, e os descontos ofertados teriam sido menores do que os apresentados nas propostas de preços, o que, aí sim, poderia trazer alguma vantagem para a Administração, que obteria preços maiores dos que obteve na contratação em comento. Mais uma vez: não se olvide que a obra foi entregue e dentro do orçamento previsto! Não se pode, nem se deve, agora, querer debater metodologia de execução.

Não há, portanto, qualquer irregularidade nesse aspecto.

Com relação ao DMT, com o devido respeito ao Corpo Técnico dessa eg. Corte de Contas, verifica-se equívoco na análise, pois o material escavado foi transportado da obra para o depósito de materiais no 3º Distrito Rodoviário do DER/DF, **localizado a uma distância média de 7,30 km da obra**, conforme demonstrado nos Mapas dos Percursos e no Quadro de Distribuição de Massa constante do Anexo VI.

O pagamento do transporte foi contemplado nos seguintes itens:

- 5501879 - ESCAVAÇÃO, CARGA E TRANSPORTE DE MATERIAL DE 1ª CATEGORIA - DMT DE 800 A 1.000 M - CAMINHO DE SERVIÇO EM LEITO NATURAL - COM CARREGADEIRA E CAMINHÃO BASCULANTE DE 14 M³. Neste item está sendo remunerado o transporte **até 1,0 km**;
- 5915319 - TRANSPORTE COM CAMINHÃO BASCULANTE DE 14 M³ - RODOVIA EM LEITO NATURAL. Neste item está sendo remunerado o transporte de **mais 0,3 km**; e
- 5915321 - TRANSPORTE COM CAMINHÃO BASCULANTE DE 14 M³ - RODOVIA PAVIMENTADA. Neste item está sendo remunerado o transporte de **4,1 km**.

Somando-se as distâncias que foram remuneradas, chega-se ao total de 5,40 km, cerca de 2km a menos que a distância média percorrida pela RECORRENTE. Portanto, verifica-se que a DMT percorrida na realidade é maior do que o DMT que está sendo remunerado no orçamento, logo não há o que se falar em relação a DMT, inexistindo, também nesse particular, qualquer dano que indique a necessidade de realização de glosas.

Em arremate, *vale destacar que, ainda que se proceda à assinatura de aditivo para substituir o item “Escavação, carga e transporte de material*

de 1ª categoria – DMT de 800 a 1.000 m – caminho de serviço em leito natural – com carregadeira e caminhão basculante de 14 m³ – código 5501879” pelo item “Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria – DMT de 600 a 800 m – caminho de serviço em leito natural – com escavadeira e caminhão basculante de 14 m³ – código 5502112”, conforme determinado por esta corte de contas, ainda assim, nenhuma glosa será devida. Explica-se.

Levando-se em consideração as movimentações de terra realizadas internamente, ou seja, do eixo para depósito provisório e vice-versa, chega-se à conclusão de que esse volume deverá ser estornado do item código 5501879 (DMT 800 a 1000 com carregadeira) e medido no item código 5502112 (DMT 600 a 800 com escavadeira hidráulica), conforme sugerido por essa Corte de Contas. No entanto, o volume escavado, que teve como destino o depósito provisório do 3º Distrito do próprio DER/DF, deverá ser mantido no item código 5501879.

Os volumes de movimentação de terra efetivamente calculados e executados, por sua vez, deverão ser objeto de reformulação do referido orçamento, pelo fato de terem sido realizadas alterações de traçado por conta de interferências detectadas **durante** o processo construtivo e **não previstas** originalmente.

Por conta dessas interferências, houve a necessidade de adequação da execução e, portanto, há a necessidade de adequação do projeto e da planilha orçamentária, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração. A reformulação sugerida pelo DER/DF é a seguinte:

O quantitativo de 299.931,70m³ do serviço de ECT extraído do quadro de distribuição de massa, do projeto AS-BUILT será redistribuído da seguinte forma:

- 63.440,67m³ serão medidos no item 5502112 (ECT 600 a 800m com escavadeira);
- 211.805,35 m³ serão mantidos no item 5501879 (ECT 800 a 1000m com carregadeira)
- 24.685,68m³ serão medidos no item CP9023 (Escavação Vertical)

No quadro abaixo, demonstra-se o impacto financeiro das adequações a serem realizadas:

| SERVIÇOS DE ECT – RESUMO FINANCEIRO | | | | |
|--|--|-----------------------------------|-------------------------|-----------------|
| Nº | TERRAPLENAGEM PARA ACERTOS DE GREIDE COM ATERRO POR COMPENSAÇÃO | VALOR MEDIDO ANTERIORMENTE | VALOR READEQUADO | VARIAÇÃO |
| 5501879 | Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria - DMT de 800 a 1.000 m - caminho de serviço em leito natural - com carregadeira e caminhão basculante de 14 m ³ | R\$ 2.110.607,16 | R\$ 1.588.540,12 | -R\$522.067,04 |
| 5502112 | Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria - DMT de 600 a 800 m - caminho de serviço em leito natural - com escavadeira e caminhão basculante de 14 m. | - | R\$ 326.217,88 | R\$ 326.217,88 |
| CP9023 | Escavação vertical a céu aberto, incluindo carga, descarga e transporte, em solo de 1ª categoria com escavadeira hidráulica (caçamba: 1,2 M ³ / 155 HP), frota de 9 caminhões | R\$ 326.647,13 | R\$ 435.455,37 | R\$ 108.808,24 |

| SERVIÇOS DE ECT – RESUMO FINANCEIRO | | | | |
|--|--|-----------------------------------|-------------------------|----------------------|
| Nº | TERRAPLENAGEM PARA ACERTOS DE GREIDE COM ATERRO POR COMPENSAÇÃO | VALOR MEDIDO ANTERIORMENTE | VALOR READEQUADO | VARIAÇÃO |
| | basculantes de 14 m ³ , DMT de 6 km e velocidade média 22 km/h. | | | |
| 5503041 | Compactação de aterros a 100% do proctor intermediário | R\$ 298.221,77 | R\$ 298.221,77 | - |
| | BOTA-FORA DO EXCEDENTE DA TERRAPLENAGEM EM DEPÓSITO DO DER/DF | | | |
| 5915319 | Transporte com caminhão basculante de 14 m ³ - rodovia em leito natural | R\$ 180.439,87 | R\$ 140.464,22 | R\$ 39.975,65 |
| 5915321 | Transporte com caminhão basculante de 14 m ³ - rodovia pavimentada | R\$ 454.265,29 | R\$ 615.822,63 | R\$ 161.557,34 |
| | TOTAL | R\$ 3.370.181,22 | R\$ 3.404.721,99 | R\$ 34.540,77 |

A ser assim, tem-se que a RECORRENTE é credora do valor de R\$ 34.540,77 (trinta e quatro mil, quinhentos e quarenta reais e setenta e sete centavos) em face do DISTRITO FEDERAL. E não há nenhum débito desta RECORRENTE em relação ao ente federativo.

Todos os projetos, detalhamento de corte e aterro, perfis, seções longitudinais e Notas de Serviço (AS-BUILT) já foram apresentadas ao DER/DF e se encontram em fase de análise e conferência.

Reafirme-se o que já se disse desde o início: não há qualquer débito que seja imputável à RECORRENTE. Ela não causou qualquer dano ao erário. O que há, ao fim e ao cabo, são créditos dela em face do Distrito Federal, e não o contrário.

2.3. Da desnecessidade de ajuste na composição de custo unitário para o serviço de “Montagem de Armadura Longitudinal de Estacas – 25mm” (Item II.q da Decisão nº 1819/2023)

Eis a síntese do que entendeu essa eg. Corte de Contas:

II – determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem – DER/DF que: [...]

q) ajuste a composição de custo unitário do serviço de “Montagem de Armadura Longitudinal de Estacas – 25 mm (código CP9225)”, eliminando os insumos ARAME RECOZIDO 18 BWG (código M0075), AJUDANTE ESPECIALIZADO (código P9802) e ARMADOR (código P9805), mantido o fator de desconto, com a consequente glosa da diferença (Achado 10);

Nesse ponto do Relatório, o Corpo Técnico sugere o ajuste da composição de dado custo unitário dos serviços. Novamente, aqui se aplica toda a argumentação expendida desde o início, nos dois tópicos de mérito anteriores, acrescido de mais um argumento.

À medida que a atividade controladora se imiscui no valor unitário de dado componente do custo, na verdade, quer questionar todo o conjunto da

obra que foi realizada pelo RECORRENTE. Em assim procedendo, questiona os próprios critérios que foram definidos pela Administração quando da concepção e definição do escopo a ser contratado. Essa definição, como dito, fica a cargo da Administração, e não do particular.

Do mesmo modo, as partes específicas que integram cada componente do custo (como o “ARAME RECOZIDO 18 BWG (código M0075)”, o “AJUDANTE ESPECIALIZADO (código P9802)” e o “ARMADOR (código P9805)”) devem ser consideradas no caso concreto, tendo sido ou não utilizadas na prestação dos serviços, como de fato foram. Não há dupla remuneração.

O que o Corpo Técnico procura indicar é eventual duplicidade de pagamento em virtude de composição de custos de itens unitários da planilha. A ser assim, há que se considerar – **em sentido oposto** – serviços diversos que foram executados pelo Consórcio RECORRENTE e que também não foram previstos em muitos itens unitários. Novamente: a ser assim, há que se abrir detalhadamente cada item de despesa que o particular teve e que não foi remunerado pela Administração, gerando, na verdade, crédito em favor do particular, em vez de dano ao erário, como parece querer indicar o Corpo Técnico da Corte, com o devido respeito.

Aqui, uma vez mais, deve-se considerar o valor global da proposta, e o teto remuneratório fixado pela Administração. Se ele foi respeitado – de parte a parte – há que se considerar que eventuais itens, em favor ou desfavor da Administração, compensam-se. Idem em relação ao particular.

Não há, portanto, nenhuma irregularidade conforme quer indicar o Corpo Técnico da nobre Corte de Contas.

Ademais, disso, há que se considerar os argumentos técnico-jurídicos a seguir que levarão, seguramente, ao arquivamento destes autos.

2.4. Do respeito aos parâmetros de preços fixados pela própria Administração – Valor global da proposta – Compensação de valores

A RECORRENTE, desde o início, alude que respeitou os parâmetros de preço fixados pela própria Administração, bem como **observou o valor global da proposta**, que é o que de fato interessa no caso concreto.

Não é possível fazer uma *análise individualizada dos componentes de custo* feito à época, porque a comparação que o Corpo Técnico pretende também não é possível.

Ainda sobre esse ponto específico, o fato de a empresa licitante, vencedora do processo de licitação, ter apresentado o menor preço, já considerados todos os valores necessários para executar a obra contratada, respeitado o teto remuneratório fixado pelo DER/DF, demonstra que não há qualquer irregularidade nos preços e valores contratados e pagos.

Fato é que a proposta da RECORRENTE foi considerada **a mais eficiente** e de **menor valor** no bojo do processo de contratação pertinente, em comparação com outras empresas do mercado, de modo que a obra em questão tem sido executada em atenção ao melhor interesse da Administração e em cumprimento ao contrato celebrado.

A RECORRENTE **apresentou**, no processo seletivo realizado pela Administração, que redundou no Contrato nº 01/2021-DER/DF, **a proposta mais vantajosa para a Administração**, um dos principais nortes previstos na legislação em vigor à época e regente daquela contratação pública:

Lei nº 8.666/1993

Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Além da proposta mais vantajosa, a RECORRENTE, em nenhum momento, ultrapassou **o valor global apresentado na proposta** de preços oferecida à Administração, que é o que de fato importa, também, nas contratações realizadas pelo Poder Público.

O Tribunal de Contas da União, em mais de uma assentada, já estabeleceu que o que interessa à Administração é **o valor global da proposta**, dentro dos parâmetros de mercado, inclusive em decisões recentes, assim:

“9.4. em evolução ao estatuído no item 8.3 da Decisão 907/2001-Plenário, publicada no Diário Oficial da União de 12/11/2001, firmar entendimento de que a reabertura de prazo para apresentação de novas propostas, com fulcro no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93, permite a ampla reformulação das propostas anteriores, observados os ajustes necessários a afastar as causas ensejadoras da desclassificação, **cujo resultado não poderá ultrapassar o valor global máximo da proposta anterior de cada licitante**, com exceção dos casos em que a desclassificação tenha ocorrido por inexequibilidade.” (Acórdão nº 1368/2019 – TCU – Plenário)

“A análise isolada de apenas um dos componentes do preço, custo direto ou BDI, não é suficiente para caracterizar sobrepreço ou

34

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 nº 1511/2018 – TCU – Plenário)

“Ementa: o TCU deu ciência à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, sobre as seguintes impropriedades, identificadas no edital e na condução da Tomada de Preços 2/2015, o que afronta a jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.811/2014, 371/2009 e 187/2014 do Plenário, e 1.401/2014-2ª Câmara), com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes: a) a desclassificação da representante, uma construtora privada, ocorreu indevidamente, uma vez que detinha **a melhor proposta global passível de ajuste com ônus suportado exclusivamente pela empresa**, mediante a diminuição do lucro proposto e **a manutenção do valor global da proposta**; b) o edital padrão que norteou os atos da comissão de licitação restringe indevidamente as ações da comissão de licitação, que se vê impossibilitada de abrir oportunidade para que o licitante detentor da melhor proposta, ajuste as planilhas de preços ofertadas, notadamente em itens isolados e compensáveis, **de maneira a não alterar sua proposta global**” (itens 1.8.1.1 e 1.8.1.2, Acórdão nº 670/2016 – TCU – Plenário).

“Ainda na Tomada de Contas Especial instaurada em decorrência de supostas irregularidades verificadas em contratos de repasse celebrados entre o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, e o Governo do Estado do Maranhão, foram citadas, solidariamente, a gestora responsável e a empresa contratada em razão de indícios de dano ao erário decorrentes de: *“a) aplicação de BDI único de 28% para materiais e serviços, gerando suposto prejuízo nos valores*

de R\$ 1.160.416,55 (Contrato 190/2008) e de R\$ 625.702,40 (Contrato 191/2008); b) inclusão de parcela referente ao IRPJ e à CSLL na composição do BDI dos ajustes, implicando prejuízo de R\$ 93.766,28, no Contrato 190/2008, e de R\$ 33.205,39, no Contrato 191/2008; e c) inclusão de rubrica genérica ('eventuais') na composição do BDI, o que acarretou dano ao erário de R\$ 112.945,74 e de R\$ 39.997,40 nos Contratos 190/2008 e 191/2008, respectivamente". Analisando o mérito, o relator consignou não ser possível "afirmar haver sobrepreço apenas com base no exame isolado do BDI ou de suas rubricas. Ainda que se observe alguma inadequação no valor ou na composição do BDI, tal fato pode ser mitigado por um desconto ofertado nos custos diretos praticados pela empresa, de maneira que o preço do serviço, assim entendido como o valor do seu custo direto mais a incidência da taxa de BDI, esteja compatível com parâmetros de mercado". Lembrou, também, que "o TCU tem considerado que a análise isolada de apenas um dos componentes do preço (custo direto ou BDI) não é suficiente para caracterizar o sobrepreço, pois um BDI contratual elevado pode ser compensado por um custo direto ofertado pela licitante abaixo do paradigma, de forma que o preço do serviço contratado esteja abaixo do preço de mercado". Acrescentou ainda que "durante a fase de licitação, a jurisprudência do TCU entende que a desclassificação de proposta de licitante que contenha taxa de BDI acima de limites considerados adequados só deve ocorrer quando o preço global ofertado também se revelar excessivo, dado que a majoração do BDI pode ser compensada por custos inferiores aos paradigmas (Acórdão 1.804/2012-Plenário)". Com base nessas razões e no que restou apurado nos autos, o relator concluiu no sentido de ser "insubsistente o débito apurado nesta tomada de contas especial, haja vista que a unidade técnica não analisou e cotejou o custo direto dos serviços com valores de referência, limitando-se a apontar supostas inconsistências no percentual e na composição do BDI contratual". Nesses termos, e em face de outros aspectos analisados pelo relator, o Plenário julgou regulares com ressalva as contas dos responsáveis, dando-lhes quitação." (Acórdão nº 648/2016 – TCU – Plenário)

“11. Quanto à alegação de que a proposta possuía vícios insanáveis na planilha de custos, quais sejam, a falta do cálculo da incidência do submódulo 2.2 sobre o submódulo 2.1 e a previsão de fornecimento de vale alimentação para 22 dias mensalmente, ante 26 dias trabalhados, **há de se considerar que a contratação é por menor preço global**, não havendo a possibilidade de pagamentos adicionais em função de alterações nos itens apontados pelo representante.

“12. Assim, promovidos os devidos ajustes na proposta de preços para a adequação de eventuais erros de elaboração, **mantendo-se o valor final ofertado**, não há que se falar em erros insanáveis ou que a proposta é inexecutável. Além disso, eventuais erros ou omissões são de responsabilidade da empresa, devendo ser absorvidos por ela e não repassados à Administração.

“13. Conforme a jurisprudência desta Corte, é indevida a desclassificação antecipada de licitantes por falhas meramente materiais, as quais poderiam ser corrigidas mediante diligência, **sem alteração do valor global da proposta**, conduta que se encontra em desconformidade com o atendimento do interesse público de **obtenção da melhor proposta** e com o princípio do formalismo moderado” (Acórdão nº 2.546/2015 – TCU – Plenário)

“A inexecutabilidade de itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta (art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993), pois **o juízo sobre a inexecutabilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta**”. (Acórdão 637/2017 – Plenário. Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

O Superior Tribunal de Justiça também pensa do mesmo modo:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO DO TIPO MENOR PREÇO - IMPUGNAÇÃO DO EDITAL - DECADÊNCIA -

37

COMPATIBILIDADE COM A EXIGÊNCIA DE PREÇOS UNITÁRIOS E COM O VALOR GLOBAL. [...]

2. A licitação da modalidade menor preço compatibiliza-se com a exigência de preços unitários **em sintonia com o valor global** - arts. 40, 44, 45 e 48 da Lei 8.666/93.

3. Previsão legal de segurança para a Administração quanto à especificação dos **preços unitários, que devem ser exequíveis com os valores de mercado, tendo como limite o valor global.**

4. Recurso improvido. (RMS 15051/RS, Segunda Turma, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, j. em 1º-10-2002, v.u).

Desse modo, considerando que a RECORRENTE é a que apresentou o **menor valor global no certame** e, em decorrência disso, **a proposta mais vantajosa para a Administração – atendendo aos ditames da Lei nº 8.666/1993 que conduziu a licitação e o Contrato nº 01/2021 -DER/DF –**, não há fundamento algum para se querer, agora, imputar qualquer sobrepreço ou dano inexistente ao erário.

Nesse sentido, também por este argumento, verifica-se que não há, qualquer irregularidade a ser considerada nestes autos, devendo o presente processo ser imediatamente arquivado.

2.5. Da inexistência de dano ao erário

Não há, ainda, qualquer dano ao erário no presente caso concreto.

Vale dizer, ainda, que todo o processo administrativo de contratação foi submetido ao crivo da publicidade, impessoalidade, legalidade, moralidade e eficiência, com participação ampla concorrencial em todas as fases pertinentes.

Ora, o art. 66 da Lei de regência da contratação *sub análise*, a Lei nº 8.666/1993, estabelece que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas da Lei.

Desse modo, o critério utilizado pela contratada para apresentar sua proposta ao crivo do contraditório e concorrência (na fase própria do processo licitatório) foi elementar para seu fiel cumprimento e interesse em contratar com a Administração, sob pena de estar assumindo prejuízo enquanto o GDF estaria em posição de enriquecimento sem causa – situação que o ordenamento jurídico pátrio, sabidamente, não admite.

Logo, qualquer modificação posterior em prejuízo desses critérios acarretará quebra da paridade, proporcionalidade e equilíbrio econômico-financeiro, atentaria contra a boa-fé e o princípio da não-surpresa, além de afetar o princípio da concorrência e, por consequência, a higidez da própria licitação.

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos resguarda a manutenção do objeto pactuado, de modo a adaptar o contrato administrativo a qualquer circunstância factual que nele possa interferir. O objetivo da norma constitucional é afastar qualquer variação que intervenha nas condições contidas na proposta. Com efeito, a regra é que, paralelamente ao direito de a Administração exigir a execução do contrato, ao contratado particular seja garantido o direito ao lucro, restringindo a potestade da Administração.

Marçal Justen Filho pontua que:

A tutela constitucional à equação econômico-financeira deriva de outros princípios constitucionais. Entre eles, estão os princípios da isonomia, da tutela e da indisponibilidade dos interesses fundamentais³.

Celso Antônio Bandeira de Mello, manifestando-se sobre equilíbrio econômico-financeiro, esclarece:

Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá⁴.

Nessa linha, a equação financeira deve ser conservada durante toda a execução do contrato, afastando fatores exógenos **ou interpretações** que comprometam a retribuição devida pela Administração ao particular contratado.

Assim sendo, qualquer quebra do equilíbrio contratual deverá ser restabelecida para que não haja prejuízos nem ao particular, quanto menos à Administração Pública, que tem a obrigação de efetuar o pagamento no patamar justo que foi fixado no início do contrato.

Como defende Miguel Reale⁵, o desequilíbrio torna o contrato "destituído de sentido" e "absurdo o vínculo negocial", "esvaziando-o de seu conteúdo econômico".

Não há, portanto, qualquer dano ao erário a indicar atuação repressiva por parte da Corte de Contas Distrital.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 717.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 619

⁵ Apud CARDOSO. Luiz Philipe Tavares de Azevedo. A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro. USP 2010. p. 102.

Além disso, uma vez alterada – como pretendido – a composição de custos da presente contratação, além de se ferir a equação econômico-financeira do contrato, em desfavor da RECORRENTE, implicará enriquecimento sem causa da Administração, o que também é vedado, conforme tratado a seguir!

2.6. Da impossibilidade de enriquecimento sem causa por parte da Administração

À prestação de serviços entregue pelo particular à Administração deve corresponder contrapartida pecuniária em favor dele. Isso para evitar trabalhos de forma graciosa, que não podem, nem devem ocorrer. Uma vez realizado determinado trabalho, a ele deve corresponder a devida remuneração. É assim na esfera trabalhista, na esfera cível e não poderia ser diferente também na esfera administrativa, sob pena de configurar enriquecimento sem causa.

Não é por demais rememorar a reconhecida impossibilidade de enriquecimento sem causa por parte da Administração à custa do particular, posto que tal enriquecimento é, à luz da legislação e do Direito, ilegal, ilegítimo e imoral.

Tal enriquecimento é vedado pelo Código Civil brasileiro, cujo regramento é aplicável à contratação em tela em virtude do que dispõe o art. 54 da Lei nº 8.666/1993.

Dispõe o referido Código que:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. [...]

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

41

O Poder Judiciário é pródigo em decisões vedando o enriquecimento sem causa por parte da Administração, assim:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LOCUPLETAMENTO INDEVIDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O enriquecimento ilícito é vício social no qual incide a Administração Pública nas hipóteses em que, a pretexto de inexistência de continuação de vínculo formal, persiste no recebimento dos serviços, excluindo de pagá-los alegando a própria torpeza.

2. Recurso especial desprovido [...].⁶

LICITAÇÃO. CONTRATO NULO. [...]. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAÇÃO.

1. O ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento sem causa em face de contrato administrativo declarado nulo porque **inconcebível que a Administração incorpore ao seu patrimônio prestação recebida do particular sem observar a contrapartida, qual seja, o pagamento correspondente ao benefício**. Precedente: AgRg no REsp 332956/SP DJ 16.12.2002. [...]

6. Recurso especial desprovido.⁷

DIREITO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. IRREGULARIDADE. EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRAPRESTAÇÃO DEVIDA. FAZENDA PÚBLICA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

I. Aplica-se o prazo prescricional quinquenal disposto no Decreto nº 20.910/32 para as pretensões contra a Fazenda Pública.

⁶ STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Resp 1096917/PE, julgado em 26/05/2009.

⁷ STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Resp 753039/PR, julgado em 21/06/2007.

II. De acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, **EVENTUAL IRREGULARIDADE CONTRATUAL NÃO ISENTA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O CONTRATADO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS, SOB PENA DE INCORRER NO PROIBIDO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E EM OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**, atrelado ao *venire contra factum proprium*, (orientadores também da Administração Pública).⁸

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. [...]. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE INSUMOS ALIMENTÍCIOS. SUPERFATURAMENTO. PRODUTOS JÁ ENTREGUES. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE ARCAR COM O VALOR REFERENTE AOS BENS JÁ FORNECIDOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. [...]

3. No mais, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a nulidade de contrato administrativo não exonera a Administração Pública de **reembolsar o contratado pelo serviço já prestado, por parte da obra já executada ou pelos produtos já entregues**, sem que haja, com isso, violação ao art. 59 da Lei n. 8.666/93 - porque, **do contrário, haveria enriquecimento sem causa**. Precedentes.⁹

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. [...] ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LOCUPLETAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. [...]

4 – **Demonstrada a efetiva realização do objeto contratado – no caso, obras de infraestrutura no Município -, não pode a Administração, ao argumento de eventual irregularidade no**

⁸ TJDFT, 6ª Turma Cível, Rel. Des. José Divino, 20130111469585APO, Julgado em 21/09/2016.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. RE nº 876.140/SE. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 4 de junho de 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 23 de junho de 2009.

estabelecimento do ajuste, furtar-se, na espécie, ao adimplemento de sua obrigação pecuniária com o particular.

5 - As mesmas moralidade e legalidade que devem permear os atos públicos, inclusive as contratações, devem, também, vedar o **enriquecimento ilícito e o locupletamento de qualquer das partes, aí se inserindo a própria Administração Pública.**¹⁰

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é assertivo quanto à impossibilidade de enriquecimento sem causa:

II. - De acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, eventual irregularidade contratual, tal como ocorre com a prorrogação verbal de contrato administrativo, **não isenta a Administração Pública da obrigação de indenizar o contratado pelos serviços efetivamente prestados, sob pena de incorrer no proibido enriquecimento sem causa e em ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, atrelada ao 'venire contra factum proprium', (orientadores também da Administração Pública).**

III - **Empresa pública do Distrito Federal não pode invocar legitimamente o Decreto Distrital 36.182/2014 para justificar falta de pagamento de serviço regularmente contratado e executado.**

IV - O Decreto Distrital 36.182/2014 deve ser interpretado como simples mecanismo interno de ajuste orçamentário da Administração Pública, jamais como fonte de supressão ou alteração de direitos subjetivos dos administrados.

V - Negou-se provimento aos recursos. Unânime.¹¹

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Especial. RE nº 468.189/SP. Relator: Ministro José Delgado, Brasília, DF, 18 de março de 2003. Diário de Justiça. Brasília, DF, 12 de maio de 2003, p. 221.

¹¹ TJDF, 7ª Turma Cível, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, Processo nº 0002781-13.2016.8.07.0018, julgado em 16/10/2019.

3. Nos contratos administrativos, o valor da proposta do licitante vencedor deve ser corrigida monetariamente, para evitar o enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública. A atualização da moeda, de periodicidade anual, incide a partir da data de apresentação da proposta. Inteligência dos arts. 40, XI, da Lei 8.666/93, e 30, § 1º, da Lei 10.192/01.

4. Jurisprudência: “[...] Para a formulação de proposta viável, o licitante capta no mercado os preços dos insumos necessários à realização do objeto licitado. A partir de então, a expressão numérica sugerida pelo licitante começa a ser corroída. Considerando o tempo para os trâmites da licitação e a celebração do contrato, a lei, nos intuitos de manter a viabilidade da proposta e de evitar o enriquecimento ilícito da Administração, determina que a correção monetária do valor proposto incida desde a data da apresentação da proposta. A correção monetária restringe-se à recomposição do valor da moeda ante a inflação, não representando acréscimo. Portanto, o termo inicial do reajuste deve ser na data da apresentação da proposta, ainda que haja uma revalidação posterior.” (trecho do voto da Des. Vera Andrichi, proferido no 20150110246037APO, 6ª Turma Cível, DJE 03/05/2016)

5. Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado.¹²

3. Apurada, em prova pericial produzida nos autos, a culpa da Administração Pública pela demora na conclusão da obra, inclusive com alterações unilaterais no projeto básico e atrasos em pagamentos, sem promover a devida repactuação, embora requerida administrativa-mente, impõe-se o dever de reparar o prejuízo sofrido pela contratada, sob pena de malferir-se o equilíbrio econômico-financeiro, com o conseqüente enriquecimento sem causa.¹³

¹² TJDF, 2ª Turma Cível, Rel. Des. João Egmont, Processo nº 0701168-34.2017.8.07.0000, Julgado em 24/05/2017.

¹³ TJDF, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Alfeu Machado, Processo nº 20120111721116APC, Julgado em 22/03/2017.

Consignou-se o entendimento de diferentes turmas do TJDFT justamente para que se possa visualizar que o entendimento é uníssono dentro da Corte.

O próprio Tribunal de Contas da União rechaça o enriquecimento sem causa por parte da Administração, assim:

21. Todavia, a nosso ver, não se mostra pertinente cobrar a restituição da integralidade dos recursos repassados pelo Governo Federal, uma vez que a rede de drenagem posteriormente executada confere funcionalidade à pavimentação em paralelepípedo implantada originalmente pela empresa [...]. **Tais serviços, uma vez dotados de funcionalidade, devem ser aproveitados no âmbito do ajuste, sob pena de *enriquecimento sem causa da Administração Pública*, ainda que verificadas *impropriedades* nos processos de pagamentos do empreendimento.**¹⁴

34. Assim, **não há como promover a responsabilização pela totalidade do valor repassado para a meta, o que caracterizaria o enriquecimento sem causa da administração.** [...]

36. Nesse viés, cabe observar que, em casos análogos de execução apenas parcial do objeto, **a jurisprudência do TCU é uníssona no sentido de que a devolução integral dos valores federais transferidos só é cabível na hipótese de completa frustração do objetivo colimado pela União com a celebração do ajuste ou em face da imprestabilidade do que foi executado** (acórdãos 1.818/2009- TCU-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Augusto Nardes; 1.891/2015, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer; 7.775/2014, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer; 3.905/2014, de relatoria do Ministro André de Carvalho;

¹⁴ TCU, Primeira Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman, Acórdão nº 3223/2019, Julgado em 16/04/2019.

5.821/2011, de relatoria do Ministro José Jorge; todos do TCU-2ª Câmara).

37. Com base nesse entendimento do Tribunal, percebe-se **que a devolução integral dos valores federais somente seria apropriada na hipótese de desvio de finalidade na aplicação dos recursos**, que caracterizaria a frustração absoluta do objetivo colimado pela União com a celebração do pacto, uma vez que, no caso de inexecução parcial, em que resta configurada a utilização dos valores, ainda que de forma limitada, nos fins previstos, fica claro que o interesse federal, mesmo que não atendido por completo, é parcialmente contemplado.

38. Tendo em vista que o exame das ocorrências que ensejaram a instauração da presente tomada de contas especial evidenciou a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, pela ausência de dano, cabe propor, desde logo, o arquivamento dos autos, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do RI/TCU c/c art. 5º da IN/TCU 71/2012.¹⁵

Mutatis mutandis, é do mesmo tipo de enriquecimento que se trata no presente caso, restando impossibilitado ao TCDF querer que o particular deixe de receber aquilo a que faz jus.

Por tais fundamentos, verifica-se que não há qualquer irregularidade.

2.7. Da boa-fé da Empresa

Além de tudo o que já foi exposto, a RECORRENTE participou **de boa-fé** de todo o certame promovido pela Administração, bem como da plena execução contratual, agindo do mesmo modo ao celebrar o contrato e, ainda no

¹⁵ TCU, Segunda Câmara, Rel. Min. André de Carvalho, Acórdão nº 2293/2019, Julgado em 26/03/2019.

mesmo sentido, na consecução regular dos serviços que prestou ao DER/DF e vem prestando ao Poder Público.

Marçal Justen Filho, na obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (16. ed., p. 976), esclarece sobre a questão que *a boa-fé do terceiro caracteriza-se quando não concorreu, por sua conduta, para a concretização do vício ou quando não teve conhecimento (nem tinha condições de conhecer) sua existência.*

Ademais, os atos administrativos presumem-se legítimos e praticados em conformidade com a lei.

Nesse sentido, a participação de licitantes em certames promovidos pelo Poder Público constitui-se, em tese e a princípio, em ato administrativo legítimo, o que não configura qualquer irregularidade, ainda mais a execução do Contrato nº 01/2021 – DER/DF.

O mesmo autor anteriormente citado ensina, exemplificando, que (Idem, p. 977):

Imagine-se que a Administração instaure licitação sem observância dos pressupostos necessários. Um particular, **confiando na lisura de todo e qualquer ato concreto do Poder Público**, comparece ao certame, obtém vitória e é contratado. **Não se poderia negar a ele o direito à obtenção dos proveitos derivados da contratação, nem mesmo diante do argumento de que a licitação teria apresentado defeitos evidentes.**

Como dito, a RECORRENTE agiu, a todo o tempo, de boa-fé, não devendo responder por quaisquer atos que eventualmente possam ser considerados indevidos pelo TCDF, até porque nunca existiram.

3. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer novamente a Vossa Excelência:

- a) **CONHECER** da presente Manifestação como Pedido de Reexame, atribuindo efeito suspensivo à Decisão nº 1.819/2023, diante dos danos que a manutenção dos efeitos dela podem causar ao CONSÓRCIO ora RECORRENTE; e
- b) **DAR PROVIMENTO** ao presente Pedido de Reexame para:
 - b.1) **CONSIDERAR ESCLARECIDAS** as questões de divergência de preços indicadas nos Itens II.n.i, II.o.i e II.q da Decisão nº 1819/2023, pelas razões que fundamentam este Pedido de Reexame;
 - b.2) **CONSIDERAR INSUBSISTENTES** as alíneas “n”, “o” e “q” do **item II** da Decisão n.º 1.819/2023, e, em seguida, **DETERMINAR** que a Administração se abstenha de promover quaisquer glosas relacionadas a esses Achados e promova a liberação de quaisquer pagamentos a ele relacionados; e, ato contínuo
- c) **DETERMINAR** o arquivamento dos presentes autos;
OU, se assim não entender
- d) **DEFERIR** a realização de sustentação oral no presente caso, para que a signatária possa fazê-la, no momento oportuno e na forma regimental.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 04 de dezembro de 2024.

Karina AS Costa

KARINA AMORIM SAMPAIO COSTA

OAB/DF nº 23.803