

Processo: 1041507

Natureza: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Procedência: Serviço Municipal de Saneamento Básico de Unaí – SAAE, por meio de seu Diretor-Geral, Geraldo Antônio de Oliveira

Exercícios: 2014/2016

Responsáveis: Rodrigo Borges Kazmirczak, Maurício Miguel da Mota e NG Engenharia e Construções Ltda.

Procuradores: Mário Pedroso, OAB/GO 10.220; Henrique Rocha Neto, OAB/GO 17.139; Frederico Camargo de Passos Vieira Albernaz Rocha, OAB/GO 55.777; Leandro Aspin Mansor Passos, OAB/MG 147.493; Osmar Barbosa da Silva, OAB/MG 103.024; Orlando Domingos Rodrigues, OAB/MG 98.069; Danilo Antônio Lucas Alvim, OAB/MG 125.398; Ana Clara Ferreira Maciel Lopes, OAB/MG 156.949; Victor Silva Martins, OAB/MG 165.736

MPTC: Cristina Andrade Melo

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI

SEGUNDA CÂMARA – 20/10/2022

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIUNDA DE REPRESENTAÇÃO. SERVIÇO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO. CONTRATO PARA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. RECURSOS MUNICIPAIS. PRELIMINARES PROCESSUAIS. EXTINÇÃO E SOBRESTAMENTO DO PROCESSO POR EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL FUNDADA NO MESMO FATOS. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS. NÃO ACOLHIMENTO. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO EM MOMENTO PRÉVIO AO OFERECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO. PERÍODO DE APURAÇÃO DOS FATOS E IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO. ETAPA ANÁLOGA À FASE INTERNA DA TCE. NATUREZA INVESTIGATÓRIA. AFASTAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PARECERISTA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O PARECER JURÍDICO E O ATO APONTADO COMO IRREGULAR. AVALIAÇÃO DO CONTEÚDO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO PARA EFEITO DE RESPONSABILIZAÇÃO NO EXAME MERITÓRIO. REJEIÇÃO. MÉRITO. REALIZAÇÃO DE DESPESAS DE COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. TRANSFERÊNCIA INDIRETA DE RECURSOS. VEDAÇÃO. REAJUSTE DOS VALORES CONTRATADOS EM PRAZO INFERIOR A UM ANO. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NOS ARTS. 2º E 3º DA LEI 10.192/2001. NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES DE REVISÃO CONTRATUAL ESTABELECIDAS NO ART. 65, II, “D”, DA LEI 8.666/1993. SOBREPÊÇO. DANO AO ERÁRIO. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Em vista da independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, e da competência constitucionalmente reservada a cada órgão, não há que se falar em extinção ou sobrestamento do feito neste Tribunal de Contas quando existente ação judicial fundada no mesmo fato sem coisa julgada material sobre o mesmo objeto.
2. A etapa de coleta de documentos e informações que se desenvolve internamente na administração, com vistas a instruir representação, tem natureza investigatória semelhante à

fase interna da tomada de contas especial, não havendo que se falar em violação ao contraditório e à ampla defesa no caso de os responsáveis terem sido devidamente citados para apresentação de defesa após a distribuição do feito no Tribunal de Contas.

3. Embora pareceristas não sejam gestores, podem concorrer para a realização de atos de gestão irregulares, quando seus pareceres tenham fundamentado ou, de alguma forma, avalizado a prática desses atos, podendo ser convocados a participar de processo perante os Tribunais de Contas a fim de esclarecer as manifestações expostas na peça. Todavia, sua responsabilização pela irregularidade e eventual dano ao erário depende do conteúdo e das circunstâncias do caso concreto e, portanto, da análise do mérito.
4. A entidade da administração indireta, ao realizar despesas, deve observar os limites de suas competências materiais, de forma a evitar a transferência indireta de recursos financeiros específicos a outro órgão ou entidade administrativa.
5. Os valores decorrentes de reajuste de preço que não observa as cláusulas contratuais, nos termos do art. 40, XI, da Lei 8.666/1993, assim como as disposições dos arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001, acarreta sobrepreço na contratação, e devem ser restituídos ao erário.
6. A infração grave à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial enseja o julgamento pela irregularidade das contas, nos termos do art. 48, III, “c”, combinado com o art. 51, ambos da Lei Orgânica, bem como a devolução do prejuízo constatado ao erário, sendo o valor devidamente atualizado e acrescido de juros legais.
7. O parecerista jurídico que não discorre sobre a impossibilidade de reajustamento de preço por desrespeito a disposições estabelecidas no contrato e nos arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001 incorre em erro grosseiro, que pode resultar em sua responsabilização, com base na previsão do art. 28 da LINDB.
8. A ocorrência de ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial pode ensejar a aplicação de multa ao responsável, independentemente do ressarcimento, com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica do Tribunal.
9. O engenheiro civil deve estar atento ao custo da obra para dar suporte à assessoria jurídica e ao ordenador de despesa quanto à precificação dos itens da planilha. Sobretudo é fundamental que, ele como técnico, conhecedor do mercado, faça essa análise técnica. Não basta, portanto, a realização de análises estruturais referentes ao quantitativo dos serviços a serem prestados. É necessário que o profissional possua noções de mercado – e possuem – de modo a orientar o gestor quanto à adequação dos valores praticados no mercado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) rejeitar, nos termos da proposta de voto do Relator, Conselheiro Substituto Telmo Passareli, as preliminares processuais de:
 - a) sobrestamento e extinção do feito por litispendência;
 - b) violação do contraditório e da ampla defesa;

- c) ilegitimidade passiva do Sr. Maurício Miguel da Mota e do Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak;
- II) julgar irregulares, no mérito, nos termos da proposta de voto do Relator, Conselheiro Substituto Telmo Passareli, as contas de NG Engenharia e Construções Ltda. e do Sr. Maurício Miguel da Mota, Assessor Jurídico do SAAE, tendo em vista o reajustamento do preço unitário de um dos itens do contrato sem respaldo legal, com fundamento no art. 48, III, “c”, combinado com o art. 51, ambos da Lei Orgânica;
- III) determinar, nos termos da proposta de voto do Relator, Conselheiro Substituto Telmo Passareli, que a NG Engenharia e Construções Ltda. promova o ressarcimento aos cofres municipais do valor histórico de R\$ 101.765,84 (cento e um mil setecentos e sessenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), a ser devidamente atualizado em conformidade com o art. 25 da Instrução Normativa 03/2013;
- IV) aplicar, nos termos da proposta de voto do Relator, Conselheiro Substituto Telmo Passareli, multa ao Sr. Maurício Miguel da Mota, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fulcro no art. 85, II, da Lei Orgânica, nos termos da fundamentação desta decisão;
- V) aplicar, nos termos do voto-vista do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, pela irregularidade referente ao aumento do custo unitário de itens da planilha orçamentária, com base no disposto no art. 85, inciso II, da Lei Orgânica;
- VI) recomendar aos atuais gestores do Serviço Municipal de Saneamento Básico de Unaí – SAAE, incluindo o Assessor Jurídico e o Chefe do Departamento Técnico Operacional, que envidem esforços para a coordenação das ações, recursos e projetos com o município em prol da consecução dos objetivos da autarquia e que observem as determinações impostas pela legislação referente às competências materiais do SAAE e seus conceitos correlatos, visando à correta aplicação do dinheiro público, evitando-se a transferência indireta dos recursos da entidade e, conseqüentemente, dano ao erário, sob pena de responsabilidade solidária;
- VII) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila. Acolhida, em parte, no mérito, a proposta de voto do Relator.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 20 de outubro de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

TELMO PASSARELI
Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 31/3/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação, convertida em tomada de contas especial, formulada pelo Sr. Geraldo Antônio de Oliveira, Diretor-Geral do Serviço Municipal de Saneamento Básico de Unaí – SAAE, noticiando supostas irregularidades na execução do Contrato 24/2014, decorrente da Concorrência 02/2014 – Processo Licitatório 28/2014, que objetivou a realização de serviços de obra de drenagem pluvial da Grota do Taquaril, em Unaí/MG (p. 42/59 – peça 44), de competência da Segunda Câmara.

O Sr. Geraldo Antônio de Oliveira encaminhou a este Tribunal os pareceres de f. 02/62 da peça 81 e a documentação de f. 63/158 da peça 81, que apontaram falhas na execução das obras, dentre elas o superfaturamento de alguns itens e a irregularidade no reajuste realizado por meio de aditivo, resultando no pagamento indevido à NG Engenharia e Construções Ltda., empresa vencedora do certame, no valor de R\$ 409.435,34.

Nas peças 44 a 77 foram acostados os documentos referentes à Concorrência 02/2014 – Processo Licitatório 28/2014.

Em 14/05/2018, preenchidos os requisitos dos arts. 310 e 311, do Regimento Interno, a documentação foi recebida como representação, autuada e distribuída à relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio (f. 164/165 da peça 81).

Às f. 168/178 da peça 81, a unidade técnica se manifestou pela procedência da representação no que se refere i) às irregularidades no reajustamento do preço de um dos serviços executados; ii) à má qualidade na execução dos serviços da obra contratada e iii) à discrepância entre as quantidades medidas e pagas e as efetivamente executadas e pela procedência parcial no tocante à irregularidade no 5º Termo Aditivo, que alterou o prazo de vigência e o valor contratual, apurando dano ao erário na importância total de R\$ 652.078,66.

Desse modo, propôs a conversão do processo em tomada de contas especial e a citação dos Srs. Rodrigo Borges Kazmirczak, Chefe do Departamento Técnico Operacional, engenheiro civil e fiscal do contrato, e Mauricio Miguel da Mota, Assessor Jurídico do SAAE, apontados como responsáveis, para que apresentassem defesa ou recolhessem a quantia devida pelo seu valor atualizado.

O Ministério Público de Contas, em manifestação preliminar, opinou pela citação dos responsáveis apontados pelo órgão técnico, bem como da NG Engenharia e Construções Ltda. (f. 180/181 da peça 81).

À f. 182/182v da peça 81, o relator à época determinou a conversão dos autos em tomada de contas especial e, em seguida, a citação dos responsáveis sobreditos.

Devidamente citados (f. 184/187 e 210/213 da peça 81), o Sr. Maurício Miguel da Mota e a NG Engenharia e Construções Ltda. apresentaram defesa nas peças 78 a 80. O Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, apesar de ter constituído procurador no feito, não apresentou defesa no prazo regimental.

Em 15/12/2020, os autos foram redistribuídos à minha relatoria.

No exame da peça 83, em 10/03/2021, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, no que se refere à irregularidade no reajustamento do preço de um dos serviços executados, se manifestou pela não demonstração da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por falta de comprovação de que os custos eram superiores aos valores propostos, o que trouxe ao erário prejuízo de R\$ 101.765,84.

Quanto às irregularidades relativas à má qualidade na execução dos serviços da obra contratada e à discrepância entre as quantidades medidas, pagas e as efetivamente executadas, concluiu pela necessidade de realização de perícia técnica por meio de inspeção às obras de drenagem pluvial da grota do Taquaril.

Assim, afirmou que há questões que não podem ser apropriadas apenas pelo relatório enviado pela administração do SAAE e que após o exame verifica-se a possibilidade de um dano que vem a superar o valor de R\$ 633.105,73, razão pela qual entendeu pela necessidade da realização de perícia na obra, com o objetivo de apurar se há quantitativo excessivo de serviços, pagos e não executados, que podem ter ocasionado superfaturamento com prejuízo à Administração Pública.

O Ministério Público de Contas, em 10/05/2021, no parecer da peça 86, corroborou o exame técnico, entendendo pela necessidade de inspeção *in loco* com o objetivo de instruir de maneira adequada o presente feito quanto às irregularidades referentes à má qualidade na execução dos serviços da obra contratada e à discrepância entre as quantidades medidas, pagas e as efetivamente executadas, tendo em vista que nas tomadas de contas especiais instauradas de ofício compete ao próprio Tribunal de Contas realizar todas as diligências instrutórias necessárias para apuração dos fatos, quantificação do dano e identificação de seu responsável, com fulcro no art. 47, da Lei Orgânica. Desse modo, requereu que seja dado prosseguimento ao feito com a realização da inspeção.

Em 25/05/2021, encaminhei os autos à Presidência deste Tribunal para que fosse avaliada a possibilidade de promoção da ação de fiscalização, sugerida pelo órgão técnico e corroborada pelo *Parquet* de Contas, mediante a realização de inspeção extraordinária ou da inclusão do Município de Unaí no plano anual de auditorias e inspeções do Tribunal, sob pena da demora ensejar a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória (peça 89).

Remetidos os autos à Superintendência de Controle Externo (peça 90), esta propôs a avaliação da possibilidade de realização da fiscalização no momento de planejamento das ações de 2022, quando será analisado o conjunto de fiscalizações que ficaram represadas em 2021, devido à Covid-19, ou que serão mapeadas a partir das matrizes de riscos e relatórios de informações estratégicas gerados pelo Suricato para subsidiar o planejamento do Plano Anual de Fiscalizações de 2022 (peça 91).

Em seguida, na sessão do dia 12/08/2021 da Segunda Câmara (peça 95), este colegiado, com base nos art. 161 e 162 do Regimento Interno e diante da proximidade da ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, determinou a formação de processo apartado em relação às irregularidades que dizem respeito à má qualidade na execução dos serviços da obra contratada e à discrepância entre as quantidades medidas, pagas e as efetivamente executadas, uma vez que necessitam da realização de inspeção *in loco* para complementação da instrução processual, posterior citação e deliberação.

Desse modo, diante do desmembramento do feito, determinou-se que nestes autos poderá ser efetuada a análise do mérito quanto às irregularidades relativas ao reajustamento do preço de um dos serviços executados e ao aumento de valor do contrato pelo 5º Termo Aditivo que se encontram em etapa processual mais avançada, prescindindo da realização da ação de controle referenciada para sua apreciação.

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer conclusivo, este opinou i) pela irregularidade das contas, com fulcro no art. 48, III, “c” e “d”, da Lei Orgânica; ii) pela aplicação de multa ao Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak e ao Sr. Maurício Miguel da Mota, com fulcro no art. 85, I, combinado com o art. 86, ambos da Lei Orgânica e iii) pela determinação de restituição do dano ao erário, solidariamente, entre o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, o Sr. Maurício Miguel da Mota e a empresa NG Engenharia e Construção Ltda., no montante de R\$ 101.765,84, a ser devidamente corrigido (peça 97).

Às peças 99, 100 e 102, foi apresentada intempestivamente defesa pelos Srs. Rodrigo Borges Kazmirczak e Maurício Miguel da Mota.

É o relatório.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Passo a palavra, pelos 15 minutos regimentais, ao doutor Orlando Domingos Rodrigues, OAB 98.069, que representa Maurício Miguel da Mota e Rodrigo Borges.

ADVOGADO ORLANDO DOMINGOS RODRIGUES:

Obrigado, Excelência.

Excelentíssimo senhor Conselheiro Presidente da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Wanderley Ávila – que me faz lembrar meus tempos de Pirapora, quando Vossa Excelência foi Presidente, naquela cidade, e lá eu trabalhava a serviço da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais e tive oportunidade, algumas vezes, de estar com Vossa Excelência –, Excelentíssimo Relator, Telmo Passareli, em nome de quem eu cumprimento todos os demais Conselheiros, Excelentíssima doutora Sara, representante do Ministério Público, peço, inicialmente, que meu prazo seja concedido em dobro, prolongar um pouco, por razão de haver dois representados. Se Vossa Excelência me conceder... Mas me comprometo a usar o menor tempo possível, sendo bastante sucinto.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Pois não.

ADVOGADO ORLANDO DOMINGOS RODRIGUES:

Então vamos começar.

Consta do relatório apresentado sobre as defesas que, devidamente citados, o Sr. Maurício Miguel da Mota e a NG – Engenharia e Construções Ltda. apresentaram defesa. O senhor Rodrigo Borges Kazmirczak, apesar de ter constituído procurador no feito, não apresentou defesa no prazo regimental.

Ao final do relatório, ele fez constar: “Às peças 99, 100 e 112 foi apresentada intempestivamente defesa pelos Srs. Rodrigo Borges Kazmirczak e Maurício Miguel da Mota.”

Excelências, embora o ilustre Relator tenha constado no seu relatório a falta de apresentação de ampla defesa, conforme eu li agora, do Sr. Rodrigo, entendemos que não ser a realidade, uma vez que ela foi encaminhada no dia 7 de outubro de 2020 e protocolizada juntamente com a do Sr. Maurício, antes do desmembramento do processo e dentro do prazo legal, fato esse

comprovado com informação do próprio Tribunal. Eu tenho aqui em mãos, Excelências, um *e-mail* do servidor deste Tribunal Reginaldo de Pádua Ribeiro, Coordenador da Coordenadoria de Protocolo e Triagem. Nesse *e-mail*, ele passa a seguinte informação – esse *e-mail* é do dia 9 de outubro de 2020 –: Boa tarde, documentos referentes ao Processo 1041507, protocolizado sob os nºs 6585111/2020, Maurício Miguel da Mota; 6585301/2020, Rodrigo Borges Kazmirczak. Então, Excelências, como se pode inferir, houve o protocolo, sim, da defesa do senhor Rodrigo Kazmirczak nessa data.

Inclusive o outro processo, que era junto com esse e foi desmembrado, foi para apurar questões relativas a possíveis questões de irregularidades na execução das obras, que será objeto de perícia, ainda nesse ano de 2022, com a própria proposição do Relator.

Com relação à questão da tempestividade, com a devida vênia que merece tanto, novamente, ao ilustre Relator, as defesas foram apresentadas dentro do período legal, uma vez que, nessa época, nós estávamos na pandemia do Covid-19, e o Tribunal esteve com as atividades suspensas, em atendimento a várias Portarias, em especial à nº 46/PRES/2020, cópia que encaminhei aos Conselheiros, juntamente com os memoriais, para que ficasse de mais fácil compreensão.

Essa Portaria trata da seguinte forma:

Dispõe sobre medidas temporárias de prevenção ao contágio da Covid-19, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. O art. 1º, Excelências, tem a seguinte redação:

(...)

Art. 1º. Os prazos processuais dos processos físicos no Tribunal ficam suspensos por tempo indeterminado.

Então, Excelências, em decorrência dessa Portaria, o prazo, à época, estava suspenso e venceria ainda no dia 14. E nós fizemos o protocolo no dia 7 de outubro.

A defesa não foi objeto do parecer do ilustre Relator, pelo entendimento da intempestividade e da não apresentação da defesa do representado Rodrigo. No entanto, carecem de ser apreciadas, tanto por terem sido apresentadas e por serem tempestivas, como por conter elementos capazes de elidir a representação, em especial, as preliminares arguidas de ilegitimidade passiva e litispendência.

A necessidade do parecer com a contemplação da defesa, protocolizada tempestivamente, se faz em razão do contraditório e da ampla defesa e, não o fazendo, está incorrendo este Tribunal, que desafia a Constituição Federal, inciso LV, do art. 5º, inclusive em prejuízo ao julgamento por parte de Vossas Excelências, Conselheiros, que não tiveram acesso integral aos autos, mas que julgarão baseados apenas no relatório que não enfrentou as defesas, em especial, com relação ao mérito.

Há que se observar, Excelências, que o parecerista não pode ser responsabilizado pelo simples fato de seu ofício, por ser meramente opinativo, cabendo a decisão, nesses casos, pelo acatamento ou não, pela Comissão de Licitação, que faz o aditivo, e pelo ordenador de despesa que assina o aditivo.

Inclusive esse entendimento por mim esposado, de não responsabilização do parecerista, Excelências, é sustentado pela OAB federal, como amplamente divulgado pela mídia, de que os pareceristas não poderão ser responsabilizados, mediante pedido ao STF que sumule a questão, isentando os pareceristas em casos semelhantes. Várias decisões judiciais, como do Tribunal de Contas da União e dos Estados, têm entendido dessa forma, acrescentando que a responsabilidade só pode ocorrer nos casos de má-fé, dolo ou erro grosseiro.

O STF, no julgamento do Mandado de Segurança 24631, em 9/8/2007, enfatizou que:

Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

O TCU, no Acórdão 462/2003, assim tratou a responsabilização do parecerista, reconhecendo que, em caso de grave dano ao erário, cujo principal fundamento foi o parecer jurídico, muitas vezes sem consonância com os autos. Não houve, Excelências, prejuízo aos cofres públicos – como será demonstrado –, bem como dolo ou má-fé ou erro grosseiro.

Com relação ao aditivo, inicialmente, precisa-se observar o pedido formulado pela NG Engenharia, que contempla dois tipos de acréscimos e reajustes de valores. O primeiro, em razão da alteração do projeto aprovado pela Comissão de Licitação; e contratado esse no valor de R\$ 213.776,10; e outro, em razão da tabela do DNIT, referente a reaterro, no valor de R\$ 10,86.

Permitam-me, Excelências, vou ler agora o requerimento da NG Engenharia, empresa que executou a obra:

Durante a execução dos serviços, verificou-se a necessidade de implementar obras que vão melhorar o projeto, garantir uma maior durabilidade do serviço e dar mais segurança aos usuários locais.

Foi identificado, na locação da rede, que o projeto orçado encontrava-se defasado com a situação local, visto que o croqui de ruas não condizia com a realidade, ou seja, as ruas estavam em outro traçado. Desta forma, foi redesenhada uma nova rede, posicionando a mesma sobre a vala já existente da grota, a fim de minimizar os prejuízos à contratante.

Em adição a esse fato, verificou-se que no orçamento estava prevista uma movimentação de terra cujo valor predominante provinha de corte, sendo que já existe uma vala na maior parte da rede projetada. Para que seja possível sua execução, foi adicionada a movimentação de terra visando fornecer matéria-prima para reaterro a vala existente.

Portanto, vimos através desta solicitar a aprovação para execução de tais serviços, a fim de acrescentar melhorias nos projetos pré-aprovados. Por isso, solicitamos o aditamento contratual no valor de R\$ 213.776,10 para a execução de serviços adicionais.

Esse pedido, Excelências, é com relação à alteração do projeto que constava no contrato original.

Segundo pedido formulado pela NG Engenharia:

Aproveitamos, também, para solicitar o reajustamento do 1.3, haja vista que o mesmo encontra-se inexecutável, por se tratar de item referente a escavação, reaterro e compactação em obras simplificadas como de redes de esgotamento sanitário domiciliar. Para isso, estamos disponibilizando referência atualizada do DNIT para item em questão, o qual solicitamos o seu reajustamento para o valor de R\$ 10,86.

Esse documento, Excelências, encontra-se às fls. 80 dos autos.

Cumpra observar, inicialmente, que o parecer apresentado pelo representado Dr. Mauricio Miguel da Mota cuida tão somente do aumento quantitativo decorrente da alteração do projeto efetuado a pedido da Prefeitura Municipal de Unaí, não o fazendo com relação a esse segundo pedido, que é da adequação à tabela do DNIT. O aditivo também só contemplou o acréscimo com relação à alteração do projeto, em estrita observância ao parecer que aquiesceu por seu acatamento, na forma do inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666.

Peço permissão, mais uma vez, para ler o aditivo, Excelência, que tem a seguinte redação:

1º ADITIVO AO CONTRATO DA EXECUÇÃO DE OBRA Nº 24/2014.

CLÁUSULA PRIMEIRA

1.1. Fica a cláusula Terceira – Do valor e condições de pagamento, Aditivado em R\$ 213.776,10 (duzentos e treze mil, setecentos e setenta e seis reais e dez centavos), nos termos do art. 65, § 1º da Lei Federal nº 8.666 e alterações posteriores.

Como se observa, Excelência, tanto o parecer quanto o aditivo só contemplaram tão-somente os aumentos quantitativos havidos.

Assim, não havendo reajuste em razão da tabela do DNIT – que entende a defesa também ser legal –, entendemos também ser legal, caso do objeto do parecer do aditivo. Este, bem como a alteração do projeto, assim como o parecer, preenche as condições da legalidade, uma vez que a alteração se deu por aumento quantitativo – quadro constante do processo –, inclusive com fato material probatório aviado pela defesa.

Mas eu gostaria também, Excelência, de fazer uma apreciação – embora não tenha sido objeto do parecer e do aditivo – sobre a questão da tabela do DNIT. Há que se observar que, como consta da defesa não apreciada pelo Relator, houve dois casos que justificaram o pedido do aditivo.

Vejam bem, Excelências, são apenas pedidos da empresa NG. O primeiro deles, referente ao sagrado direito do equilíbrio econômico, não se trata de reajuste, mas, na realidade, de uma correção dos valores a fim de não trazer prejuízo a ambas as partes, no caso, a empresa que estava executando as obras, que, porém, repito, não foi objeto do aditivo e sequer do parecer questionado. A sua justificativa se escora na tabela do DNIT que, claramente, tornou inexecutável a obra sem que houvesse o equilíbrio econômico restabelecido, mas, repita-se, não foi objeto do parecer nem do aditivo.

Excelências, ressalte-se que não era previsível o aumento à época da celebração do contrato, e a tabela do DNIT tinha prova cabal de que havia necessidade do equilíbrio econômico, a fim de não trazer prejuízo à contratada, uma vez que o órgão DNIT cuida dessas questões de forma mais aprofundada e trata parâmetros dentro do limite de exequibilidade de execução de obras e serviços.

Importante também destacar, Excelências, que no parecer oferecido pelo representado, o Dr. Maurício Miguel da Mota, em momento algum, se manifestou quanto ao pretendido com relação à tabela do DNIT, mas tão somente às alterações do projeto que importaram aumentos quantitativos cujo novo projeto foi solicitado pela Prefeitura Municipal de Unaí, que alterou substancialmente a obra contratada à época.

Não menos importante também, Excelências, uma vez que está sendo responsabilizado, nesse caso, se mencionar o parecer técnico do Sr. Rodrigo Kazmirczak, que também não teve como objeto em seu parecer o aumento do valor do contrato de acordo com a tabela do DNIT, mas sim com relação tão somente ao aumento quantitativo decorrente da alteração do projeto. A pretensão fundamentada na alteração do projeto, como já relatado, foi em razão da modificação (INAUDÍVEL) constante do procedimento licitatório após a sua aprovação e celebração do contrato, o que modificou substancialmente o serviço a ser executado, em especial com relação à movimentação de terra por causa das modificações na vala, amparando a alteração do contrato, na forma prevista nas alíneas “a e b”, inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666, que assim expressa:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados [vejam bem que não existe, Excelências, limitação de prazo], com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; (esse foi o caso específico, Excelências)
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; [o aumento concedido, Excelências, exatamente dentro do previsto na lei.]

Tem-se, portanto, apenas um motivo que autorizou a alteração do contrato de aditivo, que é o acréscimo quantitativo da obra, não se esquecendo que esse motivo está parado juridicamente, pelos motivos por mim já citados, constantes da chamada Lei das Licitações.

Embora não tenha sido objeto do aditivo assim como do parecer, entende a defesa que o ajuste pretendido pela NG Engenharia do valor da tabela do DNIT é plenamente legítimo em razão de atender ao reequilíbrio econômico na execução do contrato, direito sagrado dos contratantes, cuja tabela foi estabelecida após a celebração do contrato, que comprovou. Como já falei anteriormente, o conhecimento do DNIT com relação a essas matérias é profundo e, se não houvesse a adequação desse valor, não haveria um equilíbrio do contrato. Mesmo que tivesse sido aprovado e aditivada essa pretensão, seria justificada com os interesses públicos, pois, se assim não ocorresse, a obra ficaria parada e viria um período chuvoso, que em Unai existem chuvas fortes e intensas e, com certeza, se perderia o que teria sido executado.

Se se esperasse, Excelências, o período de chuvas, certamente se perderia toda aquela obra já executada. O contrato foi celebrado em 14 de outubro de 2014, com possibilidade do aditivo (INAUDÍVEL) de equilíbrio econômico em 03 de outubro do ano seguinte. Se fosse o aditivo celebrado em 9 de julho de 2015, com equilíbrio econômico, ocorreria a paralisação da obra e incorreria na perda do serviço realizado pelas chuvas que começam a cair no meio de outubro. Esse motivo em especial, Excelências, é talvez o mais importante (INAUDÍVEL) a ilegalidade, tanto do parecer quanto do aditivo, se tivesse ocorrido na forma do pedido formulado pela NG Engenharia, haja vista que demandaria prejuízo para a obra contratada assim como para os moradores vizinhos.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Dr. Orlando, desculpe interrompê-lo, mas já completamos os quinze minutos e gostaria de alertar Vossa Excelência que caminhasse para o fechamento.

ADVOGADO ORLANDO DOMINGOS RODRIGUES:

Sim, Excelência. Permita-me terminar.

Como já relatei, Excelências, que o aditivo contratual não foi celebrado com relação a esse aumento pretendido, da tabela do DNIT, bem como não foi objeto também do parecer do Dr. Maurício, que era assessor jurídico, à época, do SAAE.

Há que se observar, também, que não houve qualquer erro grosseiro marcado por puramente ignorância, uma vez que o fato (INAUDÍVEL) estava dentro das condições legais previstas para que fosse concedido. Primeiro, a questão mais importante, talvez, que foi objeto do aditivo, que foram os aumentos quantitativos – esse plenamente justificado pelos artigos da Lei nº 8666, como eu falei –, e a questão da tabela do DNIT, que importaria no realinhamento desse preço em razão de o valor já ser inexequível.

Finalizando, a pedido do ilustre Presidente, esses fatos trazidos a lume, mas não analisados no relatório, são extremamente importantes na decisão de Vossas Excelências, uma vez que deles tomarão conhecimento ao menos de parte da defesa apresentada tempestivamente.

Faço os seguintes pedidos. Como não foi objeto do relatório da defesa apresentada, pede-se, inicialmente, que a presente assentada seja suspensa até análise da defesa por ser intempestivo, como alegado, e comprovado para uma melhor apreciação do seu conteúdo, ou a redesignação da audiência para, em um momento posterior, um novo relatório vir a julgamento, se assim entenderem. Caso assim não entendam, que seja reconhecido o parecer como uma mera opinião e que a decisão de acatá-lo ou não é do ordenador de despesa que autorizou o aditivo.

Que seja objeto de análise desta Câmara em face de decisão quanto ao não acatamento da pretensão de aumento com base na tabela do DNIT, mas tão somente o do aumento quantitativo pretendido pela empresa de engenharia, autorizado pela Lei nº 8666 e ao objeto do parecer e também do aditivo.

Que sejam observadas as condições especificadas na defesa, qual seja o equilíbrio econômico do contrato não aditivado, porque não foi objeto do parecer, e a mudança quantitativa do contrato.

Que Deus ilumine Vossas Excelências nas decisões que proferirem de forma a aplicar a justiça ao caso. Pede deferimento.

Agradeço a atenção de todos, Excelências.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Passo a palavra ao Conselheiro Substituto Telmo Passareli.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1. Preliminar processual – sobrestamento e extinção do feito por litispendência

A NG Engenharia e Construção Ltda., em sua defesa (peça 80), requereu o sobrestamento do presente feito, nos termos do art. 171 do Regimento Interno, uma vez que a decisão de mérito dependeria da verificação e da constatação de fatos que são objeto da ação judicial 5001230-16.2019.8.13.0704, que tramita perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Unai.

Alega que o aludido processo judicial possui identidade das partes litigantes, bem como objeto e causa de pedir idênticas ao do presente processo, portanto, estaria clara a ocorrência de litispendência e conexão entre os dois processos, de modo que a decisão de mérito destes autos só poderá ser prolatada após a devida verificação dos fatos controvertidos na ação judicial.

Em sentido semelhante, o Sr. Maurício Miguel da Mota, em sua manifestação defensiva (peça 78), requereu a extinção do feito junto a este Tribunal, em razão de se discutir matéria semelhante àquela da ação judicial 5001230-16.2019.8.13.0704, sob pena de acontecer condenação e responsabilização em duplicidade – embora a ação judicial só tenha no polo passivo a NG Engenharia e Construção Ltda. Subsidiariamente, pelos mesmos fundamentos, requer a suspensão do processo até o julgamento da ação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Em consulta ao andamento processual no *site* do PJe, verifiquei que a sobredita ação judicial se encontra na fase de instrução⁽¹⁾. Sendo assim, de acordo com entendimento pacífico deste

⁽¹⁾ Disponível

em:

<https://pje-consulta-publica.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=7ceec80c835b58d>

Tribunal, inexistente impedimento no exame da matéria quando não há coisa julgada material com idêntica condenação de ressarcimento do dano ao erário.

Para elucidar esse ponto, transcrevo trecho do voto proferido pelo conselheiro Sebastião Helvecio na Tomada de Contas Especial 703257, apreciada na sessão do dia 17/09/2019 da Primeira Câmara:

[...] as competências do Poder Judiciário e deste Tribunal não são excludentes, sendo operadas de forma totalmente independentes. O Tribunal de Contas, com sua estrutura multidisciplinar e competência prevista na Constituição Federal, analisa a matéria não somente sob os aspectos legais e formais, mas também quanto à eficiência, economicidade, oportunidade, legitimidade, razoabilidade e efetividade de aplicação dos recursos públicos disponibilizados.

Logo, levando-se em conta que não houve coisa julgada material com relação a eventual dano ao erário, somando-se à independência das instâncias, bem como a competência constitucionalmente reservada a cada órgão, concluo que não há óbice à análise da matéria tratada nestes autos por esta Casa, razão pela qual afasto a preliminar suscitada.

Assim, em vista da independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, e da competência constitucionalmente reservada a cada órgão, não há que se falar em sobrestamento ou extinção do feito.

Nesse sentido, são os seguintes julgados deste Tribunal de Contas:

DENÚNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO DOS AUTOS. PREJUDICIAL DE MÉRITO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOBRE EVENTUAL SANÇÃO PECUNIÁRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS DE DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ARQUIVAMENTO.1. A existência de ação judicial em face do responsável não impede o exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas, por possuírem vertentes e objetivos opostos, mais, tendo em vista o princípio da independência das instâncias que permite aos órgãos de controle externo apreciar a boa e regular gestão dos recursos públicos, mesmo nos casos em que as irregularidades também estejam sendo apuradas em outras instâncias administrativas ou judiciais. [...] [Denúncia 862119. Rel. Cons. Sebastião Helvecio. Sessão do dia 16/06/2020. Disponibilizada no DOC do dia 18/08/2020.]

PRESTAÇÃO DE CONTAS. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA MUNICIPAL. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. PRELIMINARES. PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. COMPROVAÇÃO DA CITAÇÃO. REJEIÇÃO. EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS. REJEIÇÃO. PREJUDICIAIS DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DOS PROCESSOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO. [...] 2. A existência de ação judicial, por si só, não constitui óbice ao exercício da competência constitucional atribuída às Cortes de Contas, em vista da independência entre as instâncias penal, civil e administrativa. [...] Pctas Adm. Ind. Mun. Inst. Prev. Serv. 873581. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão do dia 13/05/2021. Disponibilizada no DOC do dia 22/06/2021.]

Esta Casa, no exercício de suas competências constitucionais, possui independência para a apreciação do mérito das matérias que lhes sejam submetidas, sendo certo que eventual risco de *bis in idem* deve ser mitigado apenas na fase de execução das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Judiciário, buscando-se evitar, dessa forma, eventual enriquecimento ilícito do erário. Ademais, obrigação de ressarcir se extingue com o pagamento (um único e mesmo pagamento), independentemente de constar em diversos títulos, como em uma sentença judicial civil, penal, ou um acórdão do Tribunal de Contas.

Pelos fundamentos expostos, concluo pelo afastamento da preliminar de sobrestamento e extinção do processo diante da existência de ação judicial com o mesmo objeto.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SEGUNDA CÂMARA – 23/6/2022

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Tomada de Contas Especial (TCE) originada da conversão de representação formulada pelo Senhor Geraldo Antônio de Oliveira, então diretor-geral do Serviço Municipal de Saneamento Básico (SAAE) de Unai, noticiando supostas irregularidades na execução do Contrato nº 24/2014, decorrente da Concorrência nº 02/2014 – Processo Licitatório nº 28/2014, que objetivou a realização de serviços de obra de drenagem pluvial da Grota do Taquaril, naquela municipalidade.

Na sessão da Segunda Câmara ocorrida no dia 31/03/22, após a realização de sustentação oral pelo procurador dos Senhores Rodrigo Borges Kazmirczak e Mauricio Miguel da Mota, o relator, conselheiro substituto Telmo Passareli, apresentou sua proposta de voto, rejeitando a preliminar de sobrestamento e extinção do feito por litispendência.

Na sequência, pedi vista do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

QUESTÃO DE ORDEM

Em sua sustentação oral, o Senhor Orlando Domingos Rodrigues alegou que, embora o relator tenha consignado em seu relatório que o referido responsável “não apresentou defesa no prazo

regimental”, esta não seria a realidade, uma vez que o documento fora, sim, protocolizado dentro do prazo legal.

Asseverou, ainda, que, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, as alegações defensivas, por serem tempestivas, deveriam ser contempladas pelo relator por conterem elementos capazes de elidir os fatos colocados em xeque. Além do mais, caso não fossem apreciadas, poderiam prejudicar o julgamento por parte dos demais conselheiros desta Câmara que não tiveram acesso integral aos autos.

Compulsando os autos, verifica-se que o ofício citatório do Senhor Rodrigo Borges Kazmirczak foi expedido em 26/06/20 (fl. 184 da peça nº 81), tendo a juntada do Aviso de Recebimento (AR) respectivo ocorrido em 30/07/20 (fl. 210 da peça nº 81). Ressalte-se que, nessa época, encontrava-se em vigor o texto original da Portaria nº 46/PRES./2020, de 15/07/20, a qual suspendera, em seu art. 1º, os prazos processuais dos processos físicos do Tribunal por tempo indeterminado.

Posteriormente, o texto do referido art. 1º foi modificado pelo art. 16 da Portaria nº 57/PRES./2020, de 03/09/20, o qual determinou a retomada dos prazos processuais a partir do dia 14/09/20.

Nesse contexto, considerando que o protocolo da defesa encaminhada pelo Senhor Rodrigo Borges Kazmirczak foi realizado em 09/10/20, como se vê à peça nº 34, constata-se que, de fato, esta foi apresentada tempestivamente, sendo, portanto, procedente a alegação do procurador.

Diante disso, em questão de ordem, reconheço a tempestividade da defesa, a qual, em atendimento aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, deve ser considerada pelo relator, quando da análise do mérito do processo.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, em questão de ordem, voto pelo reconhecimento da tempestividade da defesa do Senhor Rodrigo Borges Kazmirczak, devendo o seu conteúdo ser considerado pelo relator quando da análise do mérito do processo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Conselheiro Telmo, gostaria de se manifestar?

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

Eu gostaria de pedir o retorno dos autos ao gabinete.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Pois não.

SOLICITAMOS À SECRETARIA QUE FAÇA CHEGAR AO GABINETE DO CONSELHEIRO TELMO ESTE PROCESSO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

RETORNO DOS AUTOS

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SEGUNDA CÂMARA – 7/7/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação, convertida em tomada de contas especial, formulada pelo Sr. Geraldo Antônio de Oliveira, Diretor-Geral do Serviço Municipal de Saneamento Básico de Unaí – SAAE, noticiando supostas irregularidades na execução do Contrato 24/2014, decorrente da Concorrência 02/2014 – Processo Licitatório 28/2014, que objetivou a realização de serviços de obra de drenagem pluvial da Grota do Taquaril, em Unaí/MG (p. 42/59 – peça 44), de competência da Segunda Câmara.

O Sr. Geraldo Antônio de Oliveira encaminhou a este Tribunal os pareceres de f. 02/62 da peça 81 e a documentação de f. 63/158 da peça 81, que apontaram falhas na execução das obras, dentre elas o superfaturamento de alguns itens e a irregularidade no reajuste realizado por meio de aditivo, resultando no pagamento indevido à NG Engenharia e Construções Ltda., empresa vencedora do certame, no valor de R\$ 409.435,34.

Nas peças 44 a 77 foram acostados os documentos referentes à Concorrência 02/2014 – Processo Licitatório 28/2014.

Em 14/05/2018, preenchidos os requisitos dos arts. 310 e 311, do Regimento Interno, a documentação foi recebida como representação, autuada e distribuída à relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio (f. 164/165 da peça 81).

Às f. 168/178 da peça 81, a unidade técnica se manifestou pela procedência da representação no que se refere i) às irregularidades no reajustamento do preço de um dos serviços executados; ii) à má qualidade na execução dos serviços da obra contratada e iii) à discrepância entre as quantidades medidas e pagas e as efetivamente executadas e pela procedência parcial no tocante à irregularidade no 5º Termo Aditivo, que alterou o prazo de vigência e o valor contratual, apurando dano ao erário na importância total de R\$ 652.078,66.

Desse modo, propôs a conversão do processo em tomada de contas especial e a citação dos Srs. Rodrigo Borges Kazmirczak, Chefe do Departamento Técnico Operacional, engenheiro civil e fiscal do contrato, e Mauricio Miguel da Mota, Assessor Jurídico do SAAE, apontados como responsáveis, para que apresentassem defesa ou recolhessem a quantia devida pelo seu valor atualizado.

O Ministério Público de Contas, em manifestação preliminar, opinou pela citação dos responsáveis apontados pelo órgão técnico, bem como da NG Engenharia e Construções Ltda. (f. 180/181 da peça 81).

À f. 182/182v da peça 81, o relator à época determinou a conversão dos autos em tomada de contas especial e, em seguida, a citação dos responsáveis sobredits.

Devidamente citados (f. 184/187 e 210/213 da peça 81), o Sr. Maurício Miguel da Mota e a NG Engenharia e Construções Ltda. apresentaram defesa nas peças 25 a 33 e 78 a 80.

O Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, por sua vez, se manifestou às peças 35 a 41.

Em 15/12/2020, os autos foram redistribuídos à minha relatoria.

No exame da peça 83, em 10/03/2021, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, no que se refere à irregularidade no reajustamento do preço de um dos serviços executados, se manifestou pela não demonstração da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por falta de comprovação de que os custos eram superiores aos valores propostos, o que trouxe ao erário prejuízo de R\$ 101.765,84.

Quanto às irregularidades relativas à má qualidade na execução dos serviços da obra contratada e à discrepância entre as quantidades medidas, pagas e as efetivamente executadas, concluiu pela necessidade de realização de perícia técnica por meio de inspeção às obras de drenagem pluvial da grota do Taquaril.

Assim, afirmou que há questões que não podem ser apropriadas apenas pelo relatório enviado pela administração do SAAE e que após o exame verifica-se a possibilidade de um dano que vem a superar o valor de R\$ 633.105,73, razão pela qual entendeu pela necessidade da realização de perícia na obra, com o objetivo de apurar se há quantitativo excessivo de serviços, pagos e não executados, que podem ter ocasionado superfaturamento com prejuízo à Administração Pública.

O Ministério Público de Contas, em 10/05/2021, no parecer da peça 86, corroborou o exame técnico, entendendo pela necessidade de inspeção *in loco* com o objetivo de instruir de maneira adequada o presente feito quanto às irregularidades referentes à má qualidade na execução dos serviços da obra contratada e à discrepância entre as quantidades medidas, pagas e as efetivamente executadas, tendo em vista que nas tomadas de contas especiais instauradas de ofício compete ao próprio Tribunal de Contas realizar todas as diligências instrutórias necessárias para apuração dos fatos, quantificação do dano e identificação de seu responsável, com fulcro no art. 47, da Lei Orgânica. Desse modo, requereu que seja dado prosseguimento ao feito com a realização da inspeção.

Em 25/05/2021, encaminhei os autos à Presidência deste Tribunal para que fosse avaliada a possibilidade de promoção da ação de fiscalização, sugerida pelo órgão técnico e corroborada pelo *Parquet* de Contas, mediante a realização de inspeção extraordinária ou da inclusão do Município de Unaí no plano anual de auditorias e inspeções do Tribunal, sob pena da demora ensejar a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória (peça 89).

Remetidos os autos à Superintendência de Controle Externo (peça 90), esta propôs a avaliação da possibilidade de realização da fiscalização no momento de planejamento das ações de 2022, quando será analisado o conjunto de fiscalizações que ficaram represadas em 2021, devido à Covid-19, ou que serão mapeadas a partir das matrizes de riscos e relatórios de informações estratégicas gerados pelo Suricato para subsidiar o planejamento do Plano Anual de Fiscalizações de 2022 (peça 91).

Em seguida, na sessão do dia 12/08/2021 da Segunda Câmara (peça 95), este colegiado, com base nos art. 161 e 162 do Regimento Interno e diante da proximidade da ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, determinou a formação de processo apartado em relação às irregularidades que dizem respeito à má qualidade na execução dos serviços da obra contratada e à discrepância entre as quantidades medidas, pagas e as efetivamente executadas, uma vez que necessitam da realização de inspeção *in loco* para complementação da instrução processual, posterior citação e deliberação.

Desse modo, diante do desmembramento do feito, determinou-se que nestes autos poderá ser efetuada a análise do mérito quanto às irregularidades relativas ao reajustamento do preço de um dos serviços executados e ao aumento de valor do contrato pelo 5º Termo Aditivo que se encontram em etapa processual mais avançada, prescindindo da realização da ação de controle referenciada para sua apreciação.

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer conclusivo, este opinou i) pela irregularidade das contas, com fulcro no art. 48, III, “c” e “d”, da Lei Orgânica; ii) pela aplicação de multa ao Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak e ao Sr. Maurício Miguel da Mota, com fulcro no art. 85, I, combinado com o art. 86, ambos da Lei Orgânica e iii) pela determinação de restituição do dano ao erário, solidariamente, entre o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, o Sr. Maurício Miguel da Mota e a empresa NG Engenharia e Construção Ltda., no montante de R\$ 101.765,84, a ser devidamente corrigido (peça 97).

Às peças 99, 100 e 102, foram apresentados memoriais pelos Srs. Rodrigo Borges Kazmirczak e Maurício Miguel da Mota.

Na sessão da Segunda Câmara do dia 23/06/2022, após a apresentação de voto vista pelo Conselheiro Cláudio Terrão e a verificação de erro material no relatório da proposta de voto, solicitei o retorno dos autos ao meu gabinete.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Questão de Ordem

Na sessão da Segunda Câmara do dia 31/03/2022, após a sustentação oral do Sr. Orlando Domingos Rodrigues e a leitura da preliminar processual de sobrestamento e extinção do feito por litispendência, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão pediu vista dos autos (peça 110).

No retorno de vista, ocorrido na sessão da Segunda Câmara do dia 23/06/2022, o Conselheiro Cláudio Terrão suscitou questão de ordem nos seguintes termos (peça 114):

Compulsando os autos, verifica-se que o ofício citatório do Senhor Rodrigo Borges Kazmirczak foi expedido em 26/06/20 (fl. 184 da peça nº 81), tendo a juntada do Aviso de Recebimento (AR) respectivo ocorrido em 30/07/20 (fl. 210 da peça nº 81). Ressalte-se que, nessa época, encontrava-se em vigor o texto original da Portaria nº 46/PRES./2020, de 15/07/20, a qual suspendera, em seu art. 1º, os prazos processuais dos processos físicos do Tribunal por tempo indeterminado.

Posteriormente, o texto do referido art. 1º foi modificado pelo art. 16 da Portaria nº 57/PRES./2020, de 03/09/20, o qual determinou a retomada dos prazos processuais a partir do dia 14/09/20.

Nesse contexto, considerando que o protocolo da defesa encaminhada pelo Senhor Rodrigo Borges Kazmirczak foi realizado em 09/10/20, como se vê à peça nº 34, constata-se que, de fato, esta foi apresentada tempestivamente, sendo, portanto, procedente a alegação do procurador.

Diante disso, em questão de ordem, reconheço a tempestividade da defesa, a qual, em atendimento aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, deve ser considerada pelo relator, quando da análise do mérito do processo.

Em seguida, solicitei o retorno dos autos ao meu gabinete para a correção de erro material no relatório da proposta de voto, sendo esse erro o que ensejou a presente questão de ordem.

No voto vista, o Conselheiro Cláudio Terrão se posicionou pela tempestividade da defesa apresentada à peça 34 e pela necessidade de sua apreciação por este relator. Todavia, cumpre esclarecer que o relatório da proposta de voto, equivocadamente, não mencionou a referida peça e noticiou que o senhor Rodrigo Borges Kazmirczak não havia apresentado defesa no prazo regimental.

Na realidade, a defesa apresentada nas peças 34 a 41 foi considerada tanto por este relator, quanto pelo Órgão Técnico e pelo Ministério Público de Contas, os quais fizeram menção a ela expressamente nas peças 83 e 97, respectivamente.

Em verdade, a “defesa” que, no relatório da proposta de voto, foi reputada intempestiva é a documentação apresentada nas peças 99, 100 e 102, em dezembro de 2021, e não aquela disponível na peça 34, indicada pelo Conselheiro Cláudio Terrão.

Nesse ponto, cumpre frisar que os responsáveis ao longo de todo o processo tiveram preservados o direito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive as alegações apresentadas nas peças 99, 100 e 102 foram consideradas, como memoriais, por este relator, e juntadas aos autos em virtude do princípio da verdade material.

Nesse contexto, restando esclarecido o equívoco causado pelo erro constate do relatório da proposta de voto, agora corrigido, entendo que os autos se encontram maduros para julgamento, tendo, assim, sido atendida a solicitação do ilustre advogado quando da sua sustentação oral.

Mas considero necessário indagar, senhor Presidente, ao Conselheiro Cláudio Terrão, que fez a questão de ordem, se também a considera cumprida para que possa ser retomado o julgamento.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Perfeitamente cumprida. De fato, foi uma questão rotular. Como ele levantou isso em sustentação oral e foi afastada a tempestividade, poderia causar algum tipo de prejuízo, mas, com esse esclarecimento de que todos os elementos estão sendo observados para fins de análise do processo, eu entendo que está perfeitamente caracterizada aí a concretização do devido processo legal material.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

Eu agradeço e, já tendo sido apresentado o relatório retificado, retomo a apresentação das preliminares.

II.2 – Preliminar processual – sobrestamento e extinção do feito por litispendência

A NG Engenharia e Construção Ltda., em sua defesa (peça 80), requereu o sobrestamento do presente feito, nos termos do art. 171 do Regimento Interno, uma vez que a decisão de mérito dependeria da verificação e da constatação de fatos que são objeto da ação judicial 5001230-16.2019.8.13.0704, que tramita perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Unai.

Alega que o aludido processo judicial possui identidade das partes litigantes, bem como objeto e causa de pedir idênticas ao do presente processo, portanto, estaria clara a ocorrência de litispendência e conexão entre os dois processos, de modo que a decisão de mérito destes autos só poderá ser prolatada após a devida verificação dos fatos controvertidos na ação judicial.

Em sentido semelhante, o Sr. Maurício Miguel da Mota e o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, em suas manifestações defensivas (peças 25, 35 e 78), requerem a extinção do feito junto a este Tribunal, em razão de se discutir matéria semelhante àquela da ação judicial 5001230-16.2019.8.13.0704, sob risco de acontecer condenação e responsabilização em duplicidade – embora a ação judicial só tenha no polo passivo a NG Engenharia e Construção Ltda. Subsidiariamente, pelos mesmos fundamentos, requerem a suspensão do processo até o julgamento da ação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Em consulta ao andamento processual no *site* do PJe, verifiquei que a sobredita ação judicial se encontra na fase de instrução (em anexo)⁽²⁾. Sendo assim, de acordo com entendimento pacífico deste Tribunal, inexistente impedimento no exame da matéria quando não há coisa julgada material com idêntica condenação de ressarcimento do dano ao erário.

Para elucidar esse ponto, transcrevo trecho do voto proferido pelo conselheiro Sebastião Helvecio na Tomada de Contas Especial 703257, apreciada na sessão do dia 17/09/2019 da Primeira Câmara:

[...] as competências do Poder Judiciário e deste Tribunal não são excludentes, sendo operadas de forma totalmente independentes. O Tribunal de Contas, com sua estrutura multidisciplinar e competência prevista na Constituição Federal, analisa a matéria não somente sob os aspectos legais e formais, mas também quanto à eficiência, economicidade, oportunidade, legitimidade, razoabilidade e efetividade de aplicação dos recursos públicos disponibilizados.

Logo, levando-se em conta que não houve coisa julgada material com relação a eventual dano ao erário, somando-se à independência das instâncias, bem como a competência constitucionalmente reservada a cada órgão, concluo que não há óbice à análise da matéria tratada nestes autos por esta Casa, razão pela qual afasto a preliminar suscitada.

Assim, em vista da independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, e da competência constitucionalmente reservada a cada órgão, não há que se falar em sobrestamento ou extinção do feito.

Nesse sentido, são os seguintes julgados deste Tribunal de Contas:

DENÚNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO DOS AUTOS. PREJUDICIAL DE MÉRITO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOBRE EVENTUAL SANÇÃO PECUNIÁRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS DE DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ARQUIVAMENTO. 1. A existência de ação judicial em face do responsável não impede o exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas, por possuírem vertentes e objetivos opostos, mais, tendo em vista o princípio da independência das instâncias que permite aos órgãos de controle externo apreciar a boa e regular gestão dos recursos públicos, mesmo nos casos em que as irregularidades também estejam sendo apuradas em outras instâncias administrativas ou judiciais. [...] [Denúncia 862119. Rel. Cons. Sebastião Helvecio. Sessão do dia 16/06/2020. Disponibilizada no DOC do dia 18/08/2020.]

PRESTAÇÃO DE CONTAS. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA MUNICIPAL. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. PRELIMINARES. PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. COMPROVAÇÃO DA CITAÇÃO. REJEIÇÃO. EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS. REJEIÇÃO. PREJUDICIAIS DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DOS PROCESSOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO. [...] 2. A existência de ação judicial, por si só, não constitui óbice ao exercício da competência constitucional atribuída às Cortes de Contas, em vista da independência entre as instâncias penal, civil e administrativa. [...] Pctas Adm. Ind. Mun.

(2) Disponível

em:

<https://pje-consulta-publica.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=d6a5f79fae2f54f1b24498d650073b42ffbb882f1ccf14d1> Acesso em: 22/06/2022.

Inst. Prev. Serv. 873581. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão do dia 13/05/2021.
Disponibilizada no DOC do dia 22/06/2021.]

Esta Casa, no exercício de suas competências constitucionais, possui independência para a apreciação do mérito das matérias que lhes sejam submetidas, sendo certo que eventual risco de *bis in idem* deve ser mitigado apenas na fase de execução das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Judiciário, buscando-se evitar, dessa forma, eventual enriquecimento ilícito do erário. Ademais, obrigação de ressarcir se extingue com o pagamento (um único e mesmo pagamento), independentemente de constar em diversos títulos, como em uma sentença judicial civil, penal, ou um acórdão do Tribunal de Contas.

Pelos fundamentos expostos, concluo pelo afastamento da preliminar de sobrestamento e extinção do processo diante da existência de ação judicial com o mesmo objeto.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também de acordo.

FICA APROVADO.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

II.3 – Preliminar processual – violação ao contraditório e à ampla defesa

O Sr. Maurício Miguel da Mota, em sua defesa (peças 25 e 78), se manifestou pela extinção do feito em virtude da falta de contraditório e da ampla defesa na fiscalização que deu origem à representação, posteriormente convertida em TCE, neste Tribunal.

Em síntese, alega que a origem da representação ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais foi uma análise procedida por uma comissão nomeada para tal fim pela direção do SAAE e que jamais foi chamado para participar ou tomar conhecimento do procedimento, que se desenvolveu à sua revelia.

Afirma que somente ficou ciente da situação quando foi intimado por este Tribunal, que teria, portanto, corretamente observado o contraditório e a ampla defesa.

No mesmo sentido, o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak se manifestou em sua defesa (peça 35).

No caso concreto, verifica-se que o processo se iniciou nesta Casa como representação (f. 164/165 da peça 81), sendo, posteriormente, convertido por este Tribunal em tomada de contas especial (f. 182/182v da peça 81), momento em que foi oportunizado, àqueles indicados como responsáveis pelo dano apurado, o exercício do contraditório e da ampla defesa nos termos do art. 249 do Regimento Interno⁽³⁾.

⁽³⁾ Resolução Interna 12/2008 TCEMG, Art. 275. Ao apreciar processo decorrente de fiscalização de atos, contratos, convênios, acordos, ajustes e instrumentos congêneres, o Relator ou o Tribunal, observadas as

Ressalto, então, que, efetuada a citação, foi franqueado aos responsáveis amplo e irrestrito acesso a toda documentação que serviu como base à instauração do processo, assegurando, assim, a observância do devido processo legal.

Esclareço que as informações, documentos e dados apresentados pelo SAAE são parte de procedimento administrativo desenvolvido pela entidade para posterior oferecimento de representação neste Tribunal. O referido procedimento possui natureza semelhante à fase interna da tomada de contas especial. Nessa etapa, internamente, a Administração busca apurar os fatos, quantificar o dano e identificar os responsáveis por irregularidades que possam ter ensejado prejuízo aos cofres públicos, para posterior encaminhamento ao Tribunal de Contas para citação e julgamento. Trata-se de momento preliminar à formação da relação processual, no qual se busca a coleta de provas, inexistindo, nesta etapa, atribuição de culpa, a demandar o exercício do direito de defesa.

Acerca da desnecessidade do exercício do devido processo legal em procedimentos investigativos, como é o caso da fase interna da tomada de contas especial, cito o seguinte enunciado do sistema “Jurisprudência Seleccionada” do Tribunal de Contas da União, bem como julgados deste Tribunal de Contas:

Não há prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa em razão da ausência de oportunidade de defesa na fase interna de tomada de contas especial, pois nessa etapa, em que se coletam evidências para fins de apuração dos fatos e das responsabilidades, não há uma relação processual constituída. A garantia ao direito de defesa ocorre na fase externa, com o chamamento do responsável aos autos, a partir da sua citação válida. (Acórdão 9091/2021 – Primeira Câmara. Relator Conselheiro Bruno Dantas. Sessão de 06/07/2021)

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRELIMINAR PROCESSUAL DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. PRELIMINAR PROCESSUAL DE PREJUÍZO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO NA FASE INTERNA. AFASTADA. PREJUDICIAIS DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. RECONHECIMENTO. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TEMA 899 DO STF. ARQUIVAMENTO. [...] 2. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a tomada de contas especial, em sua fase interna, possui natureza eminentemente investigativa, sendo instaurada pelo órgão repassador com vistas à apuração dos fatos tidos como irregulares, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, inexistindo nessa fase, a rigor, o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que não há pretensão punitiva contra responsáveis ou terceiros que tenham de algum modo participado ou se beneficiado das irregularidades apuradas. [...] [Tomada de Contas Especial 912228. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Sessão do dia 08/07/2021. Disponibilizada no DOC do dia 04/08/2021.]

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E NULIDADE DE CITAÇÃO. AFASTADA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOBRE EVENTUAL SANÇÃO PECUNIÁRIA. IMPROPRIEDADES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. CONTAS JULGADAS REGULARES COM RESSALVAS. QUITAÇÃO AO RESPONSÁVEL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Não há prejuízo ao contraditório e à ampla defesa a ausência de chamamento do responsável na fase interna da tomada de contas especial, uma vez que nessa etapa não há litígio ou acusação, mas somente verificação dos fatos e identificação de autoria, sendo que o momento próprio para a defesa é a fase externa, que ocorre no âmbito deste Tribunal de

Contas. [...]. [Tomada de Contas Especial 898688. Rel. Cons. Sebastião Helvecio. Sessão do dia 06/10/2020. Disponibilizada no DOC do dia 04/02/2021.]

Dessa forma, não há que se falar em contraditório em fase meramente investigatória, motivo pelo qual é de se concluir pela rejeição da preliminar de violação ao contraditório e à ampla defesa.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, nesse caso vou pedir vênias para ler um voto à parte.

A tomada de contas especial em exame originou-se de representação formulada pelo diretor-geral do Serviço Municipal de Saneamento Básico de Unaí, a qual foi precedida de processo administrativo instaurado no âmbito da referida autarquia, sem que os responsáveis fossem ouvidos. Em razão disso, o Senhor Maurício Miguel da Mota arguiu a preliminar de violação ao contraditório e ampla defesa.

O relator, em sua proposta, rejeita a preliminar, por entender que o procedimento administrativo que precedeu a representação possui natureza semelhante à fase interna de tomada de contas especial, e que, por isso, não haveria necessidade de contraditório, por ser uma fase meramente investigatória.

De fato, a ausência de contraditório no referido procedimento administrativo não macula, no caso concreto, este feito, mas, com a devida vênias, não pelas razões expostas pelo relator. Conforme me manifestei no Processo nº 987.581, entendo que a ausência de contraditório na fase interna da Tomada de Contas Especial *stricto sensu* consiste em inobservância do devido processo legal e dá causa à nulidade absoluta do procedimento prévio encaminhado a este Tribunal. Até porque, se assim for feito, ela estará concretizando também o princípio da efetividade da jurisdição do controle.

Com efeito, as Tomadas de Contas Especial possuem procedimento específico, composto, como nós sabemos, de duas fases, uma interna e outra externa, no âmbito das quais, a meu ver, é indispensável a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, embora a amplíssima doutrina e os posicionamentos até então da jurisprudência dos Tribunais de Contas, entendo de forma diferente. Por enquanto, é um posicionamento isolado meu.

Muito bem, neste caso, no entanto – e aqui eu quero chamar a atenção –, consoante já salientado, a Tomada de Contas Especial decorreu da conversão de uma representação, cuja autuação prescinde de qualquer procedimento preliminar realizado pelo representante, não havendo, assim, que se cogitar da existência de nulidade decorrente da ausência de contraditório nesta situação.

Portanto, especificamente neste caso, eu acolho a proposta de voto do Relator quanto à rejeição da preliminar, entretanto por esses motivos. Para Representação basta que se juntem os elementos necessários e encaminhem para o Tribunal de Contas, não havendo sequer necessidade de avaliar se houve indício de dano, composição de responsabilidade, etc.

Então, peço vênias ao Relator para, nesses fundamentos, acompanhá-lo.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Acompanho o Relator, senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também acompanho o Relator.

FICA ACOLHIDA.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

II.4 – Preliminar processual – ilegitimidade passiva

Em sua manifestação defensiva (peças 25 e 78), o Sr. Maurício Miguel da Mota requereu que fosse acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, porquanto como parecerista elaborou parecer obrigatório e meramente opinativo na licitação, não podendo ser responsabilizado por ato de improbidade diante da ausência de prova do elemento subjetivo – dolo ou má fé – na emissão do parecer, bem como a inexistência de erro grosseiro.

Por sua vez, o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak também se manifestou por sua exclusão do polo passivo, tendo em vista que não compete ao profissional da engenharia opinar sobre reajuste de valor, uma vez que não se trata de questão da área de engenharia (peça 35).

A respeito da legitimidade passiva *ad causam* neste Tribunal, ressalto parte do acórdão da Representação 958252, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, julgada pela Segunda Câmara em 30/07/2020:

Em tema de ilegitimidade passiva *ad causam*, tenho adotado o posicionamento de que o que se constata, em sede de preliminar, é a existência dos pressupostos que legitimam a presença dos responsáveis no polo passivo da demanda, devendo a análise sobre a responsabilidade pelos apontamentos ser realizada, nos termos do parecer ministerial conclusivo, quando do exame de mérito do processo.

O reconhecimento da legitimidade de um agente para figurar no polo passivo do processo gera somente uma presunção relativa de responsabilidade, a qual poderá ser elidida se os elementos de prova trazidos aos autos atestarem que, apesar de ter participado de algum modo dos atos impugnados, o agente não concorreu, ainda que de forma culposa, para a formação das irregularidades. Em outra hipótese, a presunção poderá se confirmar, caso seja aferido algum elemento caracterizador da responsabilidade do agente.

Nesse cenário, tendo o Senhor Douglas Nascimento Rodrigues atuado no procedimento de pregão em questão como advogado parecerista (fls. 87/88 e 306/313), faz-se presente a conexão fática entre sua conduta e os fatos impugnados, o que configura a pertinência subjetiva da ação.

Em outras palavras, em face da participação do defendente nos atos impugnados pela representação, considero que o referido responsável deve ser mantido no polo passivo da demanda, pois a discussão atinente à responsabilidade do agente no caso concreto consiste em matéria de mérito, a ser analisada mais adiante.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo assessor jurídico à época

Especificamente, em relação à sujeição do parecerista jurídico à jurisdição do Tribunal, destaco trecho da proposta de voto proferida pelo Conselheiro Substituto Adonias Monteiro no julgamento da Tomada de Contas Especial 969121 na sessão do dia 10/06/2021:

Cumprе observar que o advogado ou assessor jurídico não pratica diretamente o ato inquinado de vício e sua participação se restringe à emissão de opinião. Daí surge a dúvida sobre a possibilidade de o parecerista responder quando sua peça fundamenta ato ilegal. Vale lembrar que a inclusão do parecerista como parte do processo não se confunde com sua responsabilização, uma vez que sua convocação para integrar o processo diz respeito à

formação do feito, que pode ou não culminar com sua responsabilização, a depender da análise dos elementos dos autos.

Nesse sentido, sobre o primeiro ponto, importante registrar que, embora não exerça função administrativa, consistente no ordenamento, utilização, gerenciamento, arrecadação, guarda ou administração de bens, dinheiros ou valores públicos, o advogado ou assessor jurídico não está, necessariamente, excluído da lista de agentes sujeitos à jurisdição dos órgãos de controle externo. Não sendo o autor imediato do ato questionado, a responsabilização do parecerista decorre da existência do nexo de causalidade entre o parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso com a prática do ato irregular.

Dessa forma, concluiu-se que, embora pareceristas não sejam gestores, podem concorrer para a realização de atos de gestão irregulares, quando seus pareceres tenham fundamentado ou, de alguma forma, avalizado a prática desses atos. E, no que se refere a questões essencialmente jurídicas, o parecer acolhido pelo gestor pode ser considerado como causa concorrente para a decisão, mesmo quando meramente opinativo, pois a finalidade do parecer é justamente respaldar o gestor na tomada de decisões.

No atinente a questões estritamente jurídicas, pareceristas jurídicos podem, em tese, responder pelos atos para cuja prática tenham dado respaldo ao se manifestar favoravelmente, até porque seria incoerente responsabilizar o gestor, leigo em matéria jurídica, e deixar de responsabilizar o profissional especializado que, mediante dolo ou erro grosseiro, o orientou ao cometimento do ato irregular.

Destarte, o agente assume responsabilidade pela emissão do parecer, podendo ser convocado a participar de processo perante os Tribunais de Contas a fim de esclarecer as manifestações expostas na peça.

Contudo, a responsabilização do emitente pela irregularidade e eventual dano ao erário depende do conteúdo e das circunstâncias do caso concreto e, portanto, da análise do mérito. Tal entendimento foi adotado no recente julgado deste Tribunal de Contas:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO. SANEAMENTO URBANO. LIMPEZA DE VIAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PROCURADOR JURÍDICO. NÃO ACOLHIMENTO. IRREGULARIDADES. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O VALOR GLOBAL DA PROPOSTA COM OS CUSTOS UNITÁRIOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS PREÇOS UNITÁRIOS DOS SERVIÇOS CONSTANTES DA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA DA LICITANTE. COMPOSIÇÕES DOS PREÇOS UNITÁRIOS. INVALIDADE DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA E DE CERTIDÕES DE ACERVO TÉCNICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO PERANTE O CONSELHO DE CLASSE. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. CONTRATAÇÃO DE OBJETO EM DUPLICIDADE. AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.1. A responsabilização do parecerista de órgão público depende da análise da natureza jurídica do parecer, da análise da peça e dos elementos que a motivaram, se ele está alicerçado em lições de doutrina ou de jurisprudência e se defende tese aceitável, baseada em interpretação razoável de lei, o que só pode ser elucidado ao se empreender o exame do mérito.[...] [Denúncia 1058947. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 17/11/2020. Disponibilizada no DOC do dia 12/01/2021.]

No caso em tela, o Sr. Maurício Miguel da Mota, Assessor Jurídico do SAAE, atuou como parecerista quando da elaboração do 1º e do 5º termos aditivos ao contrato (p. 94/100 da peça 63 e p. 65/71 da peça 77), que resultaram nas irregularidades analisadas nestes autos – transferência indireta de recursos do órgão e reajuste ilegal de um dos itens do contrato.

Ademais, participou da própria formação dos termos, uma vez que foi signatário destes também, ainda que vistor (p. 102 da peça 63 e p. 76 da peça 77).

O Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, no que lhe diz respeito, propôs a celebração do 5º termo aditivo ao instrumento contratual (p. 03/64 da peça 77), bem como apresentou parecer em relação ao 1º termo aditivo (p. 90/93 – peça 63), que como mencionado, resultaram nos apontamentos examinados nos presentes autos.

Por conseguinte, corroborando o entendimento acima exposto, comprovado o nexos entre a atuação do defendente e a irregularidade em apuração no presente feito e sendo necessário o exame do mérito para a determinação de sua responsabilização, rejeito a preliminar processual de ilegitimidade passiva suscitada pelo Sr. Maurício Miguel da Mota e pelo Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também pela mesma forma.

FICA ACOLHIDA.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

II.5 – Mérito

Em 23/07/2014, foi elaborado pelo Serviço Municipal de Saneamento Básico de Unai – SAAE o edital da Concorrência 02/2014 – Processo Licitatório 28/2014, que objetivou “a contratação de empresa especializada na área de engenharia com fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos para a execução dos serviços/obras de drenagem pluvial da Grota do Taquaril, Município de Unai-MG” (p. 42/59 – peça 44).

Em 23/09/2014, a empresa NG Engenharia e Construções Ltda. foi declarada a vencedora do certame, uma vez que apresentou a proposta com o menor preço global, qual seja, R\$ 3.069.686,20 (p. 262 – peça 48), sendo o procedimento licitatório adjudicado e homologado em 03/10/2014 (p. 272 – peça 48).

O contrato foi assinado em 14/10/2014 (p. 04/14 – peça 52) e a ordem de serviço de p. 15 da peça 52 determinou o início das obras para 21/10/2014.

Posteriormente, foram celebrados aditamentos contratuais, havendo apontamentos de irregularidades no 1º e 5º termos aditivos – formalizados em 09/07/2015 (p. 102 – peça 63) e em 15/12/2016 (p. 76 – peça 77), respectivamente –, que serão examinados a seguir.

A representação foi autuada e distribuída em 14/05/2018 (f. 164/165 da peça 81) e sua conversão em tomada de contas especial ocorreu em 24/06/2020 (f. 182/182v da peça 81).

a) Irregularidades no 5º Termo Aditivo

Em 13/12/2016, às p. 03/64 da peça 77, o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, fiscal do contrato, propôs a celebração de aditivo ao instrumento contratual no montante de R\$ 148.307,77, objetivando a realização de obras de recomposição de pavimento, construção de meio-fio e sarjetas nas Ruas Tinguizeiros e Jabuticabas e obras de recuperação de pavimento na Rua Quintino F. da Silva, danificados pelo grande volume de água decorrente da ausência da captação nas mencionadas ruas.

Esclareceu que a execução da drenagem pluvial na Grota do Taquaril seria uma obra realizada em duas etapas, a primeira composta por obras de drenagem pluvial em si, com execução de galerias, ramais e bocas de lobo, de responsabilidade do SAAE, e a segunda referente à execução de pavimentação asfáltica com meio-fio e sarjeta, sob responsabilidade da Prefeitura Municipal de Unai – efetuada por meio de outro processo licitatório.

Afirmou, portanto, que uma obra automaticamente depende da outra para que seja obtida a funcionalidade do objeto inicial, qual seja, a drenagem pluvial da Grota do Taquaril, porquanto, sem a execução do pavimento com sistema de drenagem superficial (meio-fio e sarjeta), as galerias, ramais e bocas de lobo não conseguiriam exercer a sua função de direcionar as águas pluviais aos mananciais hidrográficos existentes.

Informou que no projeto inicial apresentado pela Prefeitura Municipal de Unai, relativo às obras de pavimentação e urbanização da área compreendida pela drenagem, as Ruas Tinguizeiros e Jabuticabas eram contempladas, sendo estas as ruas que recebem boa parte das águas pluviais dos Bairros Serenata e Primavera. Todavia, sem aviso ou comunicação formal, a prefeitura teria modificado o projeto de pavimentação retirando as sobreditas ruas.

Devido a tal alteração, afirmou que as obras se encontravam seriamente comprometidas, uma vez que, com a ausência de meios-fios e sarjetas, aliada ao grande volume de água que escoava por essas ruas, a água pluvial não estava sendo captada pelas bocas de lobo construídas, de modo que danificava tanto as bocas de lobo quanto a base do pavimento executado acima de onde era a Grota do Taquaril.

Desse modo, entendeu que as obras de recomposição de pavimentação das ruas deveriam ser realizadas pelo próprio SAAE.

O parecer da assessoria jurídica, produzido pelo Sr. Maurício Miguel da Mota (p. 65/71 – peça 77) verificou que, com base na Justificativa Técnica elaborada pelo Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak e acompanhada de relatório fotográfico, planilha orçamentária, memória de cálculo e croqui dos serviços complementares, a obra no local se encontrava seriamente comprometida em razão do grande volume de água que escorre pelas ruas e que os serviços seriam necessários e urgentes para a conclusão e o funcionamento eficaz da drenagem pluvial da Grota do Taquaril, não tendo sido contemplados na planilha orçamentária.

Desse modo, argumentou que seria dever da Administração Pública zelar pelo interesse coletivo, pela correta utilização do investimento do dinheiro público e adotar todas as medidas necessárias e indispensáveis para que as obras executadas atinjam a sua plena finalidade.

Assim, ao observar que o aditivo estaria contemplado pela previsão do art. 65, II, “d” e § 2º, da Lei 8.666/1993 – configuraria hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro com aumento de somente 4,8313% do valor original pactuado – opinou pela celebração do termo aditivo.

O 5º termo aditivo ao contrato foi celebrado em 15/12/2016 (p. 76 – peça 77).

Em 17/01/2017, o Sr. Geraldo Antônio de Oliveira, Diretor-Geral do SAAE, encaminhou, ao prefeito municipal da nova gestão, ofício esclarecendo a situação do contrato.

No documento, relatou que, apesar de a obra estar totalmente concluída e todos os valores inerentes às obrigações estabelecidas terem sido repassados à contratada – sem nenhum termo que comprovasse o recebimento definitivo da obra, conforme legislação pertinente –, ainda no final do ano de 2016, com a chegada do período chuvoso a obra apresentou inúmeros problemas estruturais, decorrentes do excesso de água pluvial, tais como: afundamento, rachaduras e remoção do pavimento asfáltico, inundações de residências adjacentes e destruição dos meios-fios. Informou que tais irregularidades, verificadas no final de 2016, resultaram na solicitação, pelo Departamento Técnico-Operacional da Autarquia, do mencionado aditivo. Sobre tal questão, assim se manifestou (f. 125/128 – peça 81):

Na justificativa do pedido, assim como nas planilhas, o Diretor do Departamento Técnico-Operacional, o Engenheiro Rodrigo Borges Kazmirczak, fundamentou que os problemas teriam decorrido por mudança no projeto inicial da Prefeitura, durante a execução da obra, sem prévio conhecimento do Saae, assim como os valores a serem aditivados seriam para “recomposição de asfalto, meios-fios” e construção de sarjetas, o que se torna totalmente inviável por não se enquadrar nas atividades do Saae. Ressalte-se que o pedido foi acatado pelo ex-diretor geral, senhor Petrônio Cordeiro Valadares, assinado por ele e pela contratada, com parecer favorável do assessor jurídico e publicação no órgão oficial do Estado.

Deixamos de acatar o cumprimento do referido aditivo contratual pelas razões já expostas e também por não termos certeza e convicção de que os problemas serão resolvidos com as ações propostas sem a verificação técnica das causas que levaram a obra a não atingir os objetivos propostos.

No entanto a solução do problema cabe a nós da nova gestão, do Saae ou da Prefeitura. Para isto há necessidade de, além de se verificar as causas, determinar o órgão responsável (prefeitura/Saae) ou às duas empresas contratadas que adotem as medidas necessárias para fazer com que a obra cumpra sua função para a qual foi projetada e executada. [...]

Como medida inicial propomos a designação de uma comissão conjunta de servidores devidamente qualificados da Prefeitura e do Saae, composta por no mínimo quatro membros, com a missão de apresentar um laudo Técnico/Contábil, que possa subsidiar decisões posteriores. [...] (grifo nosso)

Como visto, ao final do documento, propôs a designação de uma comissão conjunta de servidores devidamente qualificados da Prefeitura e do SAAE, para apresentar laudo técnico-contábil, que poderia subsidiar decisões posteriores quanto ao contrato. Assim, por meio da Portaria 3.434, de 25/01/2017 (f. 107/108 – peça 81), foi criada Comissão de Avaliação Geral da obra Grota do Taquaril que elaborou, em 14/05/2017, parecer técnico que apresentou a seguinte conclusão no que se refere ao 5º Termo Aditivo do contrato (f. 21/24 – peça 81):

O Serviço Municipal de Saneamento Básico – SAAE é uma autarquia municipal decorrente de descentralização administrativa cujo objetivo é a prestação de serviços públicos específicos e de melhor qualidade na área saneamento básico, sendo financiada exclusivamente pela contraprestação dos serviços ofertados à coletividade. Portanto, na sua essência, tem como característica a especialização, ou seja, em tese, só pode desempenhar e financiar atividades para a qual foi instituída.

Assim, a proposta de aditivo (pavimentação asfáltica, sarjetas e meios-fios) de execução por intermédio do SAAE não guarda nexos com sua atividade fim, ou seja, saneamento básico, que recebe o seguinte conceito pela Lei 11.445/2007, artigo 3º, inciso I:

‘Conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável (alínea ‘a’), esgotamento sanitário (alínea ‘b’), limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos (alínea ‘c’) e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (alíneas ‘d’)’ (grifo no original).

Nesse mesmo dispositivo, dentro do gênero saneamento, encontra-se o seguinte conceito para drenagem e manejo das águas pluviais urbanas:

‘Conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento da vazões cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.’ [...]

Portanto, não há relação entre as atividades do SAAE (saneamento básico), em especial as do subsistema de Drenagem, com pavimentação asfáltica, sarjetas e meio-fios, que são as especificações que estão embasando a justificativa do 5º Aditivo. Logo, a proposta não prospera mesmo sob o fundamento do interesse público e da manutenção daquilo que já foi realizado na obra.

Além do mais, parece haver ingerência no primado da proporcionalidade, ou seja, há desproporcionalidade entre os meios e os fins, pois para atingir o fim desejado (interesse público) não se pode usar qualquer meio, os fins não justificam os meios [...] mesmo que o interesse público fosse atendido com a execução da obra pelo SAAE, o meio usado não é o mais correto por causa de ausência dessas atribuições na competência do SAAE.

De maneira semelhante, percebe-se a ausência de vínculo entre a origem dos recursos do SAAE (tarifas cobradas pela prestação de serviços de fornecimento de água e esgoto) e a sua aplicação (recomposição de pavimento, construção de meio-fio e sarjetas), o que, em tese, pode levar a interpretação de transferência indireta (transvertida de certa descrição) de recursos financeiros específicos do SAAE para a prefeitura. [...]

Desta forma, distancia-se os recursos do SAAE das despesas que não tem relação direta com o fim pelo qual a autarquia foi criada. Além disso, é possível indagar no sentido de que a alteração contratual proposta por meio do aditivo não deriva de constatação técnica de inadequação do contrato em relação às questões qualitativas e quantitativas do projeto original, na verdade o que se pretende, ainda que de forma bem sutil, é uma espécie de acréscimo de outro projeto ou objeto ao já existente, pegando uma singela carona no que já está em andamento, o que modifica a essência do objeto original do contrato.

Ante o exposto, pode se dizer que a drenagem pluvial e a recomposição de pavimento, construção de meio-fio e sarjetas não são distantes ou excludentes entre si, porem são perceptivelmente distintos e, por isso, resta-nos recomendar que a execução da recomposição de pavimento, construção de meio-fio e sarjetas siga o seu caminho natural, ou seja, por intermédio da prefeitura.

A unidade técnica, no exame inicial (f. 177/178 – peça 81), entendeu pela procedência parcial da irregularidade, uma vez que os serviços objeto do aditivo não foram executados e a prefeitura iniciou novo procedimento visando à recomposição asfáltica. Assim, opinou somente pela recomendação de que seja verificada a legislação competente na elaboração dos Termos Aditivos de forma a não incorrer nas irregularidades apontadas novamente.

As defesas não apresentaram maiores explicações quanto à irregularidade.

Em sede de reexame (peça 83), o órgão técnico não se manifestou quanto à irregularidade. O Ministério Público, por sua vez, também não discorreu sobre a questão em suas manifestações (f. 180/181 da peça 81, peça 86 e peça 97).

Diante do exposto, corroboro a análise apresentada pela Comissão de Avaliação Geral da obra Grota do Taquaril e pelo órgão técnico, de modo que seja recomendado a atual gestão do Serviço Municipal de Saneamento Básico de Unaí – SAAE, incluindo o Assessor Jurídico e o Chefe do Departamento Técnico Operacional, que envidem esforços para a coordenação das ações, recursos e projetos com o município em prol da consecução dos objetivos da autarquia e que observem as determinações impostas pela legislação referente às competências materiais do SAAE e seus conceitos correlatos, visando à correta aplicação do dinheiro público, e

evitando a transferência indireta dos recursos da entidade e, conseqüentemente, dano ao erário, sob pena de responsabilidade solidária.

b) Irregularidade no reajustamento do preço de um dos serviços executados (1º termo aditivo ao contrato)

Em 17/06/2015, a NG Engenharia e Construções Ltda. encaminhou ao SAAE documentação solicitando: (i) aditamento contratual no valor de R\$ 213.776,10 para a execução de serviços adicionais, diante da defasagem do projeto orçado com a situação local, “visto que o croqui de ruas não condizia com a realidade”, tendo sido “redesenhado uma nova rede, posicionando a mesma sobre a vala já existente da grota” e (ii) o reajustamento do item 1.3 de R\$ 7,42 para a importância de R\$ 10,86, “haja visto que o mesmo encontra-se inexecuível, por se tratar de item referente a escavação, re-aterro e compactação em obras simplificadas como de redes de esgotamento sanitário domiciliar”. (p. 02 – peça 63).

Como referência para o reajustamento, disponibilizaram tabela SICRO 2 do DNIT de março de 2015 (p. 03 – peça 63).

Após manifestações do Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, engenheiro civil, Chefe do Departamento Técnico Operacional, designado como fiscal do contrato (p. 90/93 – peça 63) e do Sr. Maurício Miguel da Mota, Assessor Jurídico, o Diretor-Geral do SAAE autorizou a celebração do 1º termo aditivo ao contrato (p. 101 – peça 63) que foi formalizado em 09/07/2015 (p. 102 – peça 63).

b.1) Apuração do dano ao erário

Conforme mencionado no tópico anterior, em 17/01/2017, após o início da nova gestão municipal, o Sr. Geraldo Antônio de Oliveira, então Diretor-Geral do SAAE, encaminhou ao novo prefeito ofício esclarecendo a situação do Contrato 24/2014 e relatando irregularidades (f. 125/128 – peça 81). Diante das inconsistências, propôs a designação de uma comissão conjunta de servidores devidamente qualificados da Prefeitura e do SAAE, para apresentar laudo técnico-contábil, que poderia subsidiar decisões posteriores quanto ao contrato.

Criada a comissão, no tocante ao reajustamento pleiteado pela construtora, foi solicitado à assessoria jurídica do SAAE a elaboração de parecer sobre a sua legalidade, tendo esta concluído, a princípio, pela irregularidade da alteração se comprovada a ocorrência das situações informadas pelo engenheiro Júlio da Costa Oliveira (f. 52/57 – peça 81):

Corroboração do fato, mostra que a empresa vencedora do certame concedeu um desconto, não praticado em mercado de 27% (vinte e sete por cento), alterando o valor do custo inicial licitado de R\$ 10,18 (dez reais e oitenta e seis centavos), para R\$ 7,43 (sete reais e quarente e três centavos).

Considerando que após o reajustamento/aditivo o item passou a custar R\$ 10,86 (Dez reais e oitenta e seis centavos), houve um acréscimo de 31% (trinta e um por cento) em relação ao valor inicial do contrato.

Todavia, o assessor jurídico do SAAE esclareceu que não tinha conhecimentos suficientes para analisar definitivamente a questão, motivo pelo qual requereu ao Diretor-Geral do SAAE um estudo, realizado por profissionais capacitados do órgão, acerca da interpretação das planilhas. Assim, foi elaborado parecer pelo Instituto Brasileiro de Administração Municipal com a seguinte análise (f. 58/62 – peça 81):

No caso em apreço, ao que tudo indica, transcorreram 11 meses de execução contratual, nos termos das condições previstas na proposta e no contrato. No ponto, fundamental que se distinga a revisão do reajuste contratual. Existem dois mecanismos comumente

observados para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro (ou equação financeira do contrato), o reajuste e a revisão contratual.

O reajuste contratual é cláusula obrigatória do contrato (art. 40, XI da Lei nº 8.666/1993/0. O contrato deve ser expresso quanto ao índice a ser utilizado e a data do reajuste. [...]

O reajuste não tem por base a teoria da imprevisão, tampouco o fato da administração, trata-se de critério ordinário (quando sofrem variação os custos da produção dos bens ou da prestação dos serviços) e explícito para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos superiores a um ano.

Na omissão do contrato sobre o critério de reajuste, entende este Instituto que o reajuste é devido após o período de um ano contado da data da proposta, uma vez previsto no edital e no contrato, do contrário, deverá ser entendido que o contrato é irreajustável.

Este entendimento consubstancia-se no fato de que além de a Administração encontrar-se vinculada aos preceitos orçamentários, presume-se que a inflação do período foi computada no valor do contrato. O mesmo raciocínio deve ser aplicado quando da celebração de termos aditivos que prorroguem o prazo contratual sem que tenha havido pedido de reajuste por parte do contratado, conforme jurisprudência do TCU, ressaltando que o instituto chamado de repactuação trata-se de uma espécie de reajustamento. [...]

Já a revisão ou denominada recomposição dos preços (art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993) tem como fundamento a Teoria da imprevisão, e ocorre quando o equilíbrio econômico-financeiro é rompido por um fato superveniente à celebração do contrato, de natureza imprevisível ou previsível mas de consequências incalculáveis. [...] Ocorre mediante termo de aditamento de contrato, na exata proporção do desequilíbrio comprovado documentalmente pela contratada e também tem como limite a recomposição do equilíbrio pactuado.

A revisão visa garantir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, álea extracontratual. Consoante preconiza o art. 37, XXI, da CRFB e o art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993 [...]

No caso vertente, não dispomos de pormenores da situação fática enfrentada. No entanto, de acordo com as informações que dispomos na Consulta e pelo prazo transcorrido (inferior a um ano), não se cogita como visto de reajuste, podendo, contudo, ser hipótese de revisão (art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993) se comprovado no plano fático pelo contratado a ocorrência de álea extracontratual.

Ante o exposto, feita as considerações acima e respondendo objetivamente o questionamento suscitado, o reajuste somente é devido após o período de um ano contado da data da proposta, uma vez previsto no edital e no contrato.

Diante das análises apresentadas, a Comissão de Avaliação Geral concluiu pela ilegalidade do aditivo (f. 06/26 – peça 81).

A unidade técnica, no exame inicial (f. 173v/177 – peça 81), se manifestou:

Dispõe o contrato 24/2014, firmado entre a SAAE e a NG Engenharia e Construções Ltda.:

‘CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – DOS PREÇOS

13.1. Os preços são fixos e irreajustáveis

13.1.1. Caso o contrato esteja em vigor depois de transcorrido um ano da data limite para apresentação das propostas, será admitido o reajuste do preço, desde que solicitado pela contratada, aplicando-se o índice INCC – Índice Nacional do Custo de Construção.’

Ainda, o §1º do art. 2º da Lei Federal nº 10.192/2001 dispõe que: “É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano”, além disso o seu art. 3º, caput e §1º assim estabelecem:

‘Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

§1º A periodicidade anual dos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.’[...]

No parecer da assessoria jurídica da SAAE [...] justifica tal alteração com base na alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 [...]

Contudo, não foi demonstrada a álea econômica extraordinária ou extracontratual, do contrário, foi alegado pela empresa apenas a modificação do preço normal do mercado, uma vez que esta solicita o novo preço unitário com base na data de 03/2015 da composição de preços do DNIT.

Em excerto do Acórdão TCU 3.495/2012-Plenário, o relator, Ministro Aroldo Cedraz, dispõe que: “a álea econômica extraordinária, que serve como fundamento ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, há que ser entendida como um risco imprevisível, extemporâneo e de excessiva onerosidade e que, sendo insuportável, não se pode exigir que a parte prejudicada arque com suas consequências por um dado período de tempo, sob pena de se concluir que esse fato não decorreu de uma situação de álea econômica extraordinária’ (Acórdão 1.563/2004 - TCU - Plenário)” e “pela variação normal dos preços na economia, a qual se insere na chamada álea ordinária ou empresarial, consistente no ‘risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado’ (Maria Helena Diniz. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998)”

A partir disso, é possível verificar que houve, em verdade, um pedido de reajuste e não recomposição do desequilíbrio econômico-financeiro. Dessa forma, conforme determina a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tal reajuste deveria ter sido realizado somente a partir de 28/10/2015, um ano após a data limite de apresentação das propostas, o que tornaria nulo o reajuste proposto pela empresa e aceito pela administração.

Ademais, é importante ressaltar que mesmo sendo válido, seria esperado da empresa aplicar o mesmo desconto praticado na proposta vencedora, ou seja, os 27,11% (vinte e sete vírgula onze por cento), e não o custo integral obtido pela referência atualizada do DNIT. Significa dizer, mesmo que correto o reajuste, este deveria ter sido de R\$7,92 (sete reais e noventa e dois centavos), valor obtido a partir do mesmo desconto dado pelo item na proposta inicial. Além disso, o contrato é cristalino ao determinar na cláusula décima terceira: ‘Caso o contrato esteja em vigor depois de transcorrido um ano da data limite para apresentação das propostas, será admitido o reajuste do preço, desde que solicitado pela contratada, aplicando-se o índice INCC - Índice Nacional do Custo de Construção’. Assim sendo, caso estivesse regular, ainda assim deveria ter sido utilizado o índice INCC e não o valor da data-base atualizada da composição do serviço. (grifos no original)

Com isso, a unidade técnica concluiu pela ocorrência de “superfaturamento” no valor de R\$ 101.765,84 – a memória do cálculo se encontra nas f. 175/176v da peça 81.

O Sr. Mauricio Miguel da Mota apresentou defesa (peças 25 e 78) alegando que não se tratou de reajuste de preços, mas sim de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da alteração do valor pelo DNIT que resultou em inexecuibilidade, diante do descompasso entre o valor contratado e o percebido quando da execução. Assim, mediante a verificação de que o valor era inexecuível foi necessário o reequilíbrio no curso da execução da obra, uma vez que o prazo fixado no contrato para acréscimos de valores não se aplica para esta situação.

Ressalta que, mesmo se admitindo eventualmente que o caso foi de aumento de valores e não reequilíbrio econômico, ainda há que se considerar que a pesquisa de preços referencial

efetuada para o procedimento de licitação aconteceu no início do ano de 2014, bem antes da execução da obra, o que tornou os itens objeto da majoração inexequíveis, conforme tabela de preços SICRO 2, atualizada à época do aditivo (março/2015), do DNIT.

Por fim, salientou que não existiria ilegalidade no parecer fornecido, porquanto não houve aumento de valor, mas sim reequilíbrio econômico-financeiro em razão de inexequibilidade e não houve culpa, má fé ou erro grosseiro.

O Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, em sua peça defensiva (peça 35), apresentou fundamentação semelhante àquela da defesa do Sr. Mauricio Miguel da Mota acima mencionada.

Por fim, a NG Engenharia e Construções Ltda. não apresentou maiores esclarecimentos quanto à questão em sua defesa (peça 80).

Em sede de reexame, o órgão técnico manteve a irregularidade e o prejuízo apurado, em razão da ausência de comprovação pela contratada de que os custos eram superiores aos valores propostos, o que justificaria a necessidade de reequilíbrio financeiro (peça 83):

Em relação aos preços, praticados, observou-se que a empresa procurou apresentar em vários itens valores que se encontravam muito abaixo dos preços de referência do SAAE e do DNIT. No entanto não se observou entre a documentação apresentada as composições de custos unitários.

A questão ligada ao reequilíbrio econômico-financeiro gira, essencialmente, em torno de custos unitários. Entende-se que a concessão de reequilíbrio deve ser lastreada na apresentação dos custos unitários, conjuntamente com os insumos que compõem cada item de serviço.

O Ministério Público, por sua vez, na manifestação conclusiva (peça 97), corroborou a análise apresentada pela unidade técnica, acrescentando que cabe ao contratado demonstrar a superveniência dos eventos que autorizam a revisão (ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou aumento de tributação e encargos), os efeitos gerados e a repercussão sobre a execução do objeto, bem como o desequilíbrio na relação encargo/remuneração. À administração contratante compete averiguá-los integralmente e atestá-los, analisado o vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado.

No caso em exame, observou que o contratado justificou a inexequibilidade do preço dos serviços apenas considerando a tabela SICRO 2 do DNIT, sendo que a contratação de valor abaixo do preço de mercado não dá causa imediata à medida de reequilíbrio econômico financeiro, visto que o licitante, quando da formulação de sua proposta, estima seus ganhos e perdas suportáveis como estratégia financeira para vencer a disputa e em conformidade com as condições estabelecidas na licitação para a execução do objeto. Assim, comprovada a exequibilidade da proposta, ou seja, demonstrado pelo licitante que o seu valor é capaz de suportar os custos do contrato, a proposta, aceita pela comissão de licitação ou pregoeiro, integra a cláusula econômico-financeira do ajuste.

Portanto, concluiu que, uma vez que a concessão do reequilíbrio não foi lastreada em documentos que demonstrassem a alteração dos custos unitários dos serviços que pudessem ensejar a revisão dos preços, a alteração nas condições contratuais ocasionou prejuízo ao erário.

Assim, opinou pela irregularidade das contas, com fulcro no art. 48, III, “c” e “d”, da Lei Orgânica e pela ocorrência de dano ao erário no montante histórico de R\$ 101.765,84.

Posteriormente, o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak e o Sr. Mauricio Miguel da Mota apresentaram memoriais (peça 102), nos quais somente reforçaram os argumentos inicialmente

apresentados nas peças 25, 35 e 78. Alegam que não houve dolo ou erro grosseiro na conduta dos responsáveis, tendo em vista que a tabela SICRO 2 do DNIT seria suficiente para lastrear a revisão contratual, porquanto leva em consideração diferentes fatores, tais como:

distância dos centros de produção, disponibilidade dos insumos, variação regional e temporal dos valores, mão de obra, preço de materiais, custos com alimentação, transporte, Equipamento de Proteção Individual – EPI, ferramentas, exames médicos, seguros de vida, curso de capacitação, tempos produtivos, improdutivos e ociosos, perda de materiais, custo de aquisição do equipamentos, vida útil em anos (tempo de amortização), seguros e impostos, horas trabalhadas por ano, depreciação, custos de manutenção, custos de materiais na operação, custo de mão de obra na operação, custos com administração central, custo financeiro, seguro, garantias, margem de Incerteza, tributos Municipais, Tributos Estaduais, Tributos Federais (PIS e Cofins), Margem de Contribuição, e fatores econômicos diversos.

Acrescentaram ainda que:

ante a inexequibilidade e o reequilíbrio econômico necessários não se pode ‘esperar’ o decorrer do prazo fixado no contrato para acréscimos de valores. Se assim o fosse a obra teria que ter ficado parada até o decorrer do prazo, para então se prosseguir na sua execução, o que traria prejuízos à comunidade local, que corriam sérios riscos no período chuvoso.

Diante de todo o exposto, me alinho aos fundamentos apresentados pela Comissão de Avaliação Geral, pelo Ministério Público de Contas e, especialmente, pela unidade técnica, porquanto o aumento do custo unitário dos subitens 1.3, 2.3 e 3.3 da planilha orçamentária (escavação mecânica, reaterro e compactação de vala com material de 1ª categoria) não se encontra respaldado pelas normas legais referentes ao reajuste ou revisão contratual.

Como explanado, não foi demonstrada a ocorrência das hipóteses estabelecidas no art. 65, II, “d”, da Lei de Licitações⁽⁴⁾, que autorizam o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O pedido do aumento foi firmado somente em sua suposta inexequibilidade em comparação ao preço de mercado fornecido pela tabela SICRO 2 do DNIT à época.

Sobre a questão, acrescento à fundamentação o entendimento do Tribunal de Contas da União de que o reequilíbrio econômico-financeiro não pode ser pautado apenas na inexequibilidade de preço unitário durante a execução do contrato, tendo em vista a variação do preço de mercado:

A constatação de inexequibilidade de preço unitário durante a execução do contrato não é motivo, por si só, para ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, uma vez que não se insere na álea econômica extraordinária e extracontratual exigida pelo art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. A oferta de preço inexequível na licitação deve onerar exclusivamente o contratado, mesmo diante de aditivo contratual, em face do que prescreve o art. 65, § 1º, da mencionada lei. (Acórdão 2901/2020 – Plenário. Relator Conselheiro Benjamin Zymler. Sessão de 28/10/2020)

A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das

⁽⁴⁾ Lei 8.666/1993, Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. Diferença entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado. (Acórdão 1884/2017 – Plenário. Relator Conselheiro Augusto Nardes. Sessão de 30/08/2017)

Argumento de que o mercado pratica, na atualidade, preços superiores àqueles inicialmente contratados, não basta para justificar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. (Acórdão 624/2007 – Plenário. Relator Conselheiro Benjamin Zymler. Sessão de 18/04/2007)

Ademais, mesmo que se considerasse a alteração do valor unitário dos subitens como reajuste contratual, observa-se que não foram respeitados o prazo (28/08/2015, um ano após a data limite para apresentação das propostas, 28/08/2014, p. 42 – peça 44) e o índice (INCC – Índice Nacional do Custo de Construção) definidos na cláusula décima terceira do contrato, conforme exposto no exame do órgão técnico (f. 173v/177 – peça 81), nem as previsões legais sobre o tema, dispostas no art. 40, XI, da Lei 8.666/1993⁽⁵⁾ e nos arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001⁽⁶⁾.

Isso posto, ressalto que a unidade técnica utilizou para aferição do prejuízo causado aos cofres da entidade a seguinte metodologia: apurou o custo total executado e pago do serviço com o valor dos subitens 1.3, 2.3 e 3.3 indevidamente reajustados e, da quantia obtida, subtraiu o custo total executado do serviço considerando o valor da proposta e o reajuste por meio do INCC – conforme estabelecido contratualmente. Apesar de a metodologia de cálculo adotada pelo órgão técnico estar correta, houve um equívoco na data apontada como base para o correto reajuste dos referidos itens, bem como no índice utilizado para o reajustamento.

O exame técnico considerou a data de 28/10/2015 para o cálculo do reajuste, todavia, a data correta é 28/08/2015 (data limite para apresentação das propostas).

Quanto ao índice utilizado, entendo inaplicável o INCC para o reajuste do custo unitário dos subitens referente à escavação mecânica, reaterro e compactação de vala com material de 1ª categoria para fins de cálculo do dano ao erário, uma vez que se trata de um índice geral do custo da construção e, no caso, apenas o valor referente a tal serviço foi reajustado.

⁽⁵⁾ Lei 8.666/1993, Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

⁽⁶⁾ Lei 10.192/2001, Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual. [...]

Lei 10.192/2001, Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

Assim, compreendo como mais adequado que, para o cálculo do reajuste, seja considerado o valor referente ao serviço de escavação mecânica, reaterro e compactação de vala com material de 1ª categoria constante da tabela SICRO 2 do DNIT – utilizada para a elaboração da planilha orçamentária pelo SAAE (p. 04/05 – peça 44).

Analisando as informações disponíveis no *site* do Governo Federal, especificamente na página do DNIT⁽⁷⁾, observo que o valor relativo ao serviço presente na tabela do mês de julho/2015 – tabela ainda vigente para o mês de agosto no qual o reajuste deveria ter sido efetuado – é de R\$ 10,61 (documento anexo). Ressalto ainda que, sobre a importância obtida após a aplicação do mencionado índice, deve ser aplicado o desconto constante da proposta apresentada pela contratada na licitação, de 27,11% do valor unitário, e, posteriormente, pactuado entre a contratada e o contratante, o que totaliza R\$ 7,73.

Ademais, em sua apuração foi considerada como executada a parcela referente a 106,64 m³ integrante do subitem 1.3. Não obstante, inexistem nos autos, principalmente nas medições acostadas (p. 108/113 – peça 63; p. 03/08; 81/86; 149/154; 204/209 – peça 65; p. 03/07; 56/60; 105/109 – peça 70 e p. 04/09; 88/94 – peça 75), indicação de que tal parte do item tenha sido de fato realizada pela construtora. Assim, deixo de considerar a metragem no cálculo do dano ao erário, tendo em vista que eventual irregularidade relativa ao pagamento por serviços não executados será apreciada nos autos do processo 1107669.

Dessa forma, deixo de adotar a memória de cálculo produzida pela unidade técnica e passo à quantificação do valor identificado como prejuízo aos cofres públicos, utilizando como base a seguinte metodologia: custo total executado do serviço com o valor indevidamente reajustado, menos o custo total executado do serviço com o valor reajustado com referência na tabela SICRO 2 do DNIT de julho de 2015 e no desconto ofertado.

Analisando as medições acostadas aos autos (p. 108/113 – peça 63; p. 03/08; 81/86; 149/154; 204/209 – peça 65; p. 03/07; 56/60; 105/109 – peça 70 e p. 04/09; 88/94 – peça 75) verifico que até 28/08/2015 (data em que seria permitida a concessão de reajuste contratual), os subitens 1.3, 2.3 e 3.3 foram executados nos seguintes montantes:

Subitem 1.3 - 15.082,40 m³ (p. 110 da peça 63)

Subitem 2.3 – 0 m³

Subitem 3.3 – 481,29 m³ (p. 6 da peça 65)

Utilizando a metodologia referenciada, temos o seguinte montante de sobrepreço:

Subitem 1.3 (escavação mecânica, reaterro e compactação de vala com material de 1ª categoria)

1 - Custo c/ Valor Reajustado = 15.082,40 m³ * R\$ 10,86/m³ = R\$ 163.794,86

2 - Custo c/ Valor Original = 15.082,40 m³ * R\$ 7,42/m³ = R\$ 111.911,41

(A) Sobrepreço = (1) - (2) = R\$ 163.794,86 - R\$ 111.911,41 = R\$ 51.883,45

Subitem 3.3 (escavação mecânica, reaterro e compactação de vala com material de 1ª categoria)

1 - Custo c/ Valor Reajustado = 481,29 m³ * R\$ 10,86/m³ = R\$ 5.226,81

2 - Custo c/ Valor Original = 481,29 m³ * R\$ 7,42/m³ = R\$ 3.571,17

(7) Planilha Sicro 2 com desoneração – julho de 2015 Disponível em: <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/sicro2/sudeste/minas-gerais/2015/julho/minas-gerais-julho-2015> Acesso em: 09/03/2022.

$$(B) \text{ Sobrepreço} = (1) - (2) = R\$ 5.226,81 - R\$ 3.571,17 = R\$ 1.655,64$$

A partir de 28/08/2015 até 28/08/2016, o valor dos itens deve ser corrigido com base na tabela SICRO 2 do DNIT de julho de 2015, aplicando-se o desconto de 27,11% ofertado pela construtora. Assim, o dano ainda será calculado da mesma forma, conquanto o valor unitário passe de R\$ 7,42 para R\$ 7,73.

Após 28/08/2015, os itens foram executados nos seguintes montantes:

Subitem 1.3 - 1.019,93 m³ (p. 106 da peça 70)

Subitem 2.3 – 6.703,17 m³ (p. 83 da peça 65 e p. 57 e 106 da peça 70)

Subitem 3.3 – 8.907,04 m³ (p. 152 da peça 65 e p. 58 da peça 70)

Subitem 1.3 (escavação mecânica, reaterro e compactação de vala com material de 1ª categoria)

1 - Custo c/ Valor Reajustado = 1.019,93 m³ * R\$ 10,86/m³ = R\$ 11.076,44

2 - Custo c/ Valor Devido = 1.019,93 m³ * R\$ 7,73/m³ = R\$ 7.884,06

$$(C) \text{ Sobrepreço} = (1) - (2) = R\$ 11.076,44 - R\$ 7.884,06 = R\$ 3.192,38$$

Subitem 2.3 (escavação mecânica, reaterro e compactação de vala com material de 1ª categoria)

1 - Custo c/ Valor Reajustado = 6.703,17 m³ * R\$ 10,86/m³ = R\$ 72.796,43

2 - Custo c/ Valor Devido = 6.703,17 m³ * R\$ 7,73/m³ = R\$ 51.815,50

$$(D) \text{ Sobrepreço} = (1) - (2) = R\$ 72.796,43 - R\$ 51.815,50 = R\$ 20.980,93$$

Subitem 3.3 (escavação mecânica, reaterro e compactação de vala com material de 1ª categoria)

1 - Custo c/ Valor Reajustado = 8.907,04 m³ * R\$ 10,86/m³ = R\$ 96.730,45

2 - Custo c/ Valor Devido = 8.907,04 m³ * R\$ 7,73/m³ = R\$ 68.851,42

$$(E) \text{ Sobrepreço} = (1) - (2) = R\$ 96.730,45 - R\$ 68.851,42 = R\$ 27.879,03$$

O sobrepreço total pode ser encontrado com a soma de todos os outros:

$$\text{Sobrepreço total} = (A) + (B) + (C) + (D) + (E) = R\$ 51.883,45 + R\$ 1.655,64 + R\$ 3.192,38 + R\$ 20.980,93 + R\$ 27.879,03 = R\$ 105.591,43$$

Com estas considerações, diante da alteração do preço unitário do item sem respaldo legal, entendo pela ocorrência de dano ao erário no montante histórico de R\$ 105.591,43. Não obstante, para fins de restituição ao erário e com o intuito de evitar eventuais questionamentos de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa pelas partes, considero como prejuízo somente a importância de R\$ 101.765,84, inicialmente apontada como dano ao erário e que foi objeto de contraditório no feito.

b.2) Fixação das responsabilidades pelo prejuízo apurado

A unidade técnica apontou como responsáveis pelo dano apurado o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, Chefe do Departamento Técnico Operacional, engenheiro civil e fiscal do contrato, por corroborar o pedido de reajustamento do serviço sem atentar para a legalidade deste e sem observar o estipulado em contrato, e o Sr. Mauricio Miguel da Mota, Assessor Jurídico do SAAE, por atestar, em parecer técnico jurídico, pela legalidade do reajustamento de preço do serviço em questão antes de decorrido o devido prazo legal.

Por fim, concluiu pela aplicação de multa com base no art. 86, da Lei Orgânica.

O Ministério Público, por sua vez, afirmou que a conduta do Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak e do Sr. Maurício Miguel da Mota foram praticadas por erro grosseiro, tendo em vista que a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro não observou todos os requisitos autorizadores da revisão contratual – especialmente quanto à demonstração dos fatos que ensejaram a revisão e a apresentação da composição dos custos unitários para justificar a inexecutabilidade dos anteriormente apresentados por ocasião da proposta –, em desacordo com o art. 65, II, “d”, da Lei 8666/1993, e jurisprudência dos Tribunais de Contas.

Assim, opinou i) pela aplicação de multa ao Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak e ao Sr. Maurício Miguel da Mota, com fulcro no art. 85, I, combinado com o art. 86, ambos da Lei Orgânica e ii) pela determinação de restituição do dano ao erário, solidariamente, entre o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, o Sr. Maurício Miguel da Mota e a empresa NG Engenharia e Construção Ltda., no montante de R\$ 101.765,84, a ser devidamente corrigido.

O Sr. Mauricio Miguel da Mota apresentou defesa (peças 25 e 78) alegando que o parecer jurídico não vincula a administração, sendo, em regra, meramente opinativo. Assim, seu autor só pode ser responsabilizado em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro, o que não ocorreu no caso concreto.

No que lhe concerne, o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, em sua peça defensiva (peça 35), alega que não é sua atribuição, como engenheiro civil, fazer justificativa abordando questões relativas ao reajuste de preço, uma vez que não possui conhecimento técnico para tal. Portanto, salienta que a justificativa técnica por ele apresentada não menciona estar correta a pretensão da construtora, porquanto somente se manifestou a respeito das alterações qualitativas e quantitativas decorrentes da alteração do projeto, itens de sua competência.

Sustenta que a justificativa técnica de engenharia “não vincula o administrador quanto à obrigatoriedade de firmar ou não o aditivo, somente expressa o seu entendimento sobre a necessidade ou não de proceder a aditivação”. Dessa forma, conclui que cabe ao administrador, em especial ao Ordenador de Despesas, verificar se existem recursos e condições técnicas e jurídicas para que seja aditivado o pretendido, estando este sujeito à responsabilização por eventual irregularidade.

Como já mencionado, a NG Engenharia e Construção Ltda. não apresentou maiores esclarecimentos quanto à questão em sua defesa (peça 80).

Inicialmente, cabe analisar a conduta dos responsáveis quando da aprovação do aditivo.

O Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, engenheiro civil, Chefe do Departamento Técnico Operacional e designado como fiscal do contrato (p. 31 – peça 52), apresentou a seguinte justificativa técnica para o aditivo (p. 90/93 – peça 63):

Durante a execução da obra se fez necessário a implantação de serviços de melhoria ao projeto inicial, para garantir maior durabilidade dos serviços e mais segurança aos usuários locais.

Com as alterações do projeto foram necessárias mudanças na execução da obra, isso acabou originando modificações na planilha orçamentária da obra. Toda essa mudança foi documentada e todas as alterações que se fizeram necessárias foram atualizadas e cadastradas no cadastro técnico do SAAE assim como será apresentado o projeto “as built” da obra.

Outros serviços apresentados em projeto e em planilha orçamentária não se condizem com o que realmente deverá ser executado em “loco”. Desta forma ocorreram acréscimos e decréscimos de serviços, dos quais segue abaixo esclarecimentos dos itens acrescidos e

itens decrescidos, assim como os itens que foram adicionados ao projeto e a planilha orçamentária.

Itens: [...]

1.3. – Escavação mecânica reat. e comp. vale mat. 1ª cat. – Nesse item ocorreram duas alterações, uma foi o decréscimo dos serviços levantados, sendo que de fato serão executados 2.196,202m² a menos, segundo foi a solicitação da empresa do reajuste do valor do preço unitário do item, que de acordo com o levantamento de custos da empresa o preço do item se tornou inexecuível, desta forma foi apresentado um reajuste de preços, de acordo com tabela de preços do SICRO 2 do DNIT – Região Sudoeste – Minas Gerais – Março 2015 [...]

2.3. – Escavação mecânica reat. e comp. vale mat. 1ª cat. – Nesse item ocorreram duas alterações, uma foi o decréscimo dos serviços levantados, sendo que de fato serão executados 12.296,499m² a menos, o segundo foi a solicitação da empresa do reajuste do valor do preço unitário do item, que de acordo com o levantamento de custos da empresa o preço do item se tornou inexecuível, desta forma foi apresentado um reajuste de preços, de acordo com tabela de preços do SICRO 2 do DNIT – Região Sudoeste – Minas Gerais – Março 2015 [...]

3.3. – Escavação mecânica reat. e comp. vale mat. 1ª cat. – Nesse item ocorreram duas alterações, uma foi o decréscimo dos serviços levantados, sendo que de fato serão executados 12.296,499m² a menos, o segundo foi a solicitação da empresa do reajuste do valor do preço unitário do item, que de acordo com o levantamento de custos da empresa o preço do item se tornou inexecuível, desta forma foi apresentado um reajuste de preços, de acordo com tabela de preços do SICRO 2 do DNIT – Região Sudoeste – Minas Gerais – Março 2015 [...]

O Sr. Maurício Miguel da Mota, assessor jurídico, opinou pela autorização da celebração do termo aditivo, com base na análise favorável ao documento promovida pelo Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, acima transcrita, na manutenção do equilíbrio econômico–financeiro do contrato e no fato de que o acréscimo representava somente 6,88% do valor do contrato, estando em consonância com a previsão do art. 65, II, “d” e § 2º, da Lei 8.666/1993 (p. 94/100 – peça 63).

A decisão proferida pelo Diretor-Geral do SAAE, autorizando a celebração do 1º termo aditivo, usou como fundamento ambos os pareceres elaborados (p. 101 – peça 63).

Cumprе ressaltar novamente que a solicitação de aditivo contratual feita pela NG Engenharia e Construções Ltda. abordava dois pontos: i) aditamento contratual no valor de R\$ 213.776,10 para a execução de serviços adicionais e ii) reajustamento do item 1.3 de R\$ 7,42 para a importância de R\$ 10,86, “haja visto que o mesmo encontra-se inexecuível, por se tratar de item referente a escavação, re-aterro e compactação em obras simplificadas como de redes de esgotamento sanitário domiciliar”. (p. 02 – peça 63).

O aditamento contratual decorrente de mudanças na execução dos serviços, com acréscimos e decréscimos nas quantidades, na importância de R\$ 213.766,10, não foi apontado em si como irregular nestes autos. Contudo, a planilha apresentada pela construtora ao pleitear tal aditamento contratual, já considerava, para os itens 1.3, 2.3 e 3.3, o novo valor solicitado de R\$ 10,86 (p. 04/07 – peça 63), o qual foi identificado como ilegal no presente caso.

Quanto ao Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, fiscal da obra, entendo que não seja o caso de responsabilização pelo dano apurado. Examinando os autos, verifico que por mais que seu parecer, acima transcrito, tenha sido usado como motivação para a decisão que autorizou a celebração do aditivo, esse teve como foco o exame da parte de engenharia do aditamento contratual – realização de acréscimos e decréscimos das quantidades a serem executadas diante da necessidade de alteração do projeto original ao ser verificada a defasagem entre este e as

condições fáticas do local da obra. No que concerne ao pedido de reajustamento pela construtora, o engenheiro apenas informou sobre sua ocorrência, não havendo feito qualquer juízo sobre a solicitação.

Compreendo que a análise de mencionado ponto não é de sua atribuição, não sendo razoável exigir que o fiscal da obra e engenheiro civil avaliasse a legalidade do reajustamento de preço unitário de um dos itens do contrato, visto que para tal é exigida expertise jurídica. Como pode ser observado no tópico acima, no qual foi apurado o dano ao erário, não se trata somente da verificação das cláusulas contratuais de reajustamento, é preciso conhecimento para diferenciar as hipóteses de reajuste e revisão contratual e todos os detalhes já mencionados.

Dessa forma, acolho as razões de defesa e concluo não ser exigível que o fiscal da obra realizasse análise pormenorizada e técnica da solicitação de reajustamento feita pela contratada, motivo pelo qual afasto sua responsabilidade pela irregularidade e, conseqüentemente, pelo prejuízo identificado.

Já no que se refere ao Sr. Maurício Miguel da Mota, Assessor Jurídico do SAAE, saliento, em primeiro plano, que o exame da responsabilização dos pareceristas jurídicos em procedimentos licitatórios e ajustes deles decorrentes perpassa pela garantia da inviolabilidade dos atos profissionais praticados por advogados, a teor do disposto no art. 133 da Constituição da República:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

O Estatuto da Advocacia, Lei 8.906/1994, também prevê, no § 3º de seu art. 2º que:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

[...]

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

A matéria já foi objeto de manifestação deste Tribunal em diversos julgados, entre os quais destaco recente acórdão da Primeira Câmara, de relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. PRELIMINAR. PARECERISTAS. MEMBROS DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MÉRITO. FASE DE LANCES. FALHA DE CONEXÃO. ÔNUS DA LICITANTE. RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE E PREJUÍZOS À ADMINISTRAÇÃO NÃO DEMONSTRADOS. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS DIREITOS DE PETIÇÃO, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL NÃO CONFIGURADOS. IMPROCEDÊNCIA. NÃO PARCELAMENTO DO OBJETO. JUSTIFICATIVA TÉCNICA. RECOMENDAÇÃO. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHAS DE QUANTITATIVOS E DE PREÇOS UNITÁRIOS. IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÕES. Em se tratando de parecer meramente opinativo, o advogado parecerista somente pode ser responsabilizado se comprovado dolo, culpa, erro inescusável ou má-fé. (Denúncia 977657. Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho. Sessão do dia 15/12/2019. Disponibilizada no DOC do dia 27/01/2020)

A proposta de voto do relator é particularmente esclarecedora sobre a questão:

Pareceres consistem em opiniões técnicas. Por via de regra, quando a legislação prevê apenas a necessidade de exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, a sua manifestação não vincula o ato administrativo a ser praticado. Assim, caberá ao

administrador decidir sobre a legalidade ou conveniência e oportunidade de determinada medida, adotando ou não as razões do parecer técnico-jurídico. Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

‘Parecer é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência. Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979:575), o parecer pode ser facultativo, obrigatório e vinculante. O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não acolher deverá motivar a sua decisão. O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão’. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. 40d. São Paulo, Atlas, 2003. P. 222/223).

Os pareceres jurídicos demandam trabalho de interpretação de leis, variável, a depender, dentre outros, do método de exegese a ser utilizado pelo intérprete. É possível, portanto, que a interpretação do parecerista não coincida com aquela defendida pelos órgãos de controle externo, pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público.

À Administração Pública, salvo disposição legal específica, cabe a aplicação do normativo pertinente, exercendo o poder de decisão, na esfera administrativa, quanto à legalidade de determinada medida, podendo divergir do parecer jurídico proferido, desde que o faça motivadamente.

Quanto ao tema, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

‘Refletindo um juízo de valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.’ (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 25ª Ed., 2012, p. 137)

Na hipótese em comento, considerando não haver, no Decreto Municipal n.º 12.436/06, no qual é regulamentado o pregão no âmbito do Município de Belo Horizonte, na Lei do Pregão ou na Lei de Licitações e Contratos, previsão expressa de parecer favorável como requisito para o ato administrativo, tem-se que as manifestações da assessoria jurídica não possuem caráter vinculante, cabendo ao agente que praticou o ato administrativo, em princípio, a responsabilização por eventuais irregularidades na licitação.

É certo que inexiste imunidade absoluta do advogado público com relação a orientações jurídicas que instruem processos administrativos. Contudo, o advogado parecerista somente pode ser responsabilizado se comprovado dolo, culpa, erro inescusável ou má-fé.

Não tendo sido demonstrado dolo ou má-fé, como na situação em apreço, deve-se averiguar se o parecer está legalmente embasado, alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência e se defende tese aceitável, com base em interpretação razoável da lei. Presentes tais condições, não há como responsabilizar o advogado, pois ausentes também culpa ou erro inescusável.

Apesar de discordar do desfecho do mencionado julgado, que acolheu preliminar de ilegitimidade passiva, valem-me os seus fundamentos para a solução do presente feito.

Os incisos do *caput* do art. 38 da Lei de Licitações trazem a relação de documentos que devem ser juntados aos autos do procedimento, entre os quais “pareceres técnicos e jurídicos” (inciso VI).

Já o parágrafo único do referido dispositivo determina que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes sejam previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da administração, sendo a previsão aplicada no caso de aditivos contratuais, consoante jurisprudência do TCU⁽⁸⁾.

Assim, concluiu-se, com base na explicação apresentada no julgado transcrito, que no presente caso o parecer é obrigatório, mas não vinculante, porquanto a autoridade não é obrigada a acatar sua conclusão.

Outro ponto que deve ser observado é o nexa causal entre o parecer emitido com dolo, culpa, erro ou má-fé com a ação que resultou no prejuízo ao erário. Sobre a matéria, acrescento o entendimento do Tribunal de Contas da União:

O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos [...] Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexa de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário. Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública. (Acórdão 462/2003 – Plenário. Relator Conselheiro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 07/05/2003)

Dito isso, ressalto novamente que a decisão proferida pelo Diretor-Geral do SAAE, autorizando a celebração do 1º termo aditivo, usou como fundamento o parecer jurídico (p. 101 – peça 63). Porém, nem a decisão, tampouco o parecer, abordaram especificamente a solicitação do aumento do preço unitário dos subitens 1.3, 2.3 e 3.3, embutido no aditivo.

O parecer foi omissivo na análise do pedido formulado pela contratada, assim como na verificação das cláusulas contratuais, especialmente daquela relativa ao reajustamento do valor unitário do serviço de escavação mecânica, reaterro e compactação de vala com material de 1ª categoria. Ainda que o parecerista não se julgasse capaz de opinar sobre o tema, também foi falho em não exigir exame de outro profissional capacitado. No exercício da função técnico-jurídica espera-se que toda a legislação correlata seja analisada.

Assim, como resultado da omissão, houve a aprovação do aditamento contratual no valor de R\$ 213.766,10, com a utilização da nova importância para o item, tal como solicitado e na forma

⁽⁸⁾ O art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, segundo o qual as minutas de editais e contratos devem ser examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração, também se aplica aos termos aditivos, pois são ajustes aos contratos. (Acórdão 1057/2021 – Plenário. Relator Conselheiro Augusto Sherman. Sessão de 05/05/2021)

As minutas de editais de licitação, de instrumentos contratuais e de seus aditivos devem ser submetidas ao prévio exame e aprovação da assessoria jurídica, cujo parecer deverá ser assinado e anexado ao processo licitatório correspondente. (Acórdão 478/2011 – Primeira Câmara. Relator Conselheiro Ubiratan Aguiar. Sessão de 01/02/2011)

apresentada pela contratada, com aquiescência do parecerista, por omissão no dever de analisar, e o Diretor-Geral, de forma indireta.

Nota-se ainda que, a partir da aprovação do aditivo, a importância referente ao item passou a ser aquela solicitada pela NG Engenharia e Construções Ltda., de R\$ 10,86, consoante medições presentes nas peças 63, 65, 70 e 75.

Dessa forma, tendo em vista que, como já demonstrado, o pedido de alteração do preço unitário não se encaixa nas hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro, verifica-se que o parecerista não alertou sobre a impossibilidade de conceder à contratada o reajuste de preço solicitado, o que se caracteriza como erro grosseiro. Nesse sentido, cito o seguinte enunciado do sistema “Jurisprudência Seleccionada” do Tribunal de Contas da União, formado em caso semelhante ao dos presentes autos:

A emissão de parecer jurídico sem abordar a inviabilidade de conceder a empresa contratada pela Administração reajuste de preço por desconformidade com o art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001 caracteriza erro grosseiro e acarreta a aplicação de multa ao seu autor. (Acórdão 10830/2020 – Primeira Câmara. Relator Conselheiro Vital do Rêgo. Sessão de 29/09/2020)

Demonstrada a ocorrência de erro grosseiro por parte do parecerista, este deve ser responsabilizado, com base no art. 28 da LINDB⁽⁹⁾.

Nesse sentido, nos termos do precedente do Tribunal de Contas da União retro transcrito, compreendo que deva ser aplicada multa ao Sr. Maurício Miguel da Mota, em razão da constatada omissão no parecer jurídico por ele exarado.

Observa-se que o Sr. Maurício Miguel da Mota assinou o termo aditivo na condição de assessor jurídico (p. 102 – peça 63), não havendo atuado como representante da contratante, papel desempenhado pelo Sr. Petrônio Cordeiro Valadares, Diretor-Geral do SAAE à época, sendo este o signatário do termo.

Com estas considerações, compreendo que a responsabilidade pelo prejuízo deve ser imputada a NG Engenharia e Construções Ltda., uma vez que recebeu de forma irregular o montante acima apurado, consoante documentação – notas fiscais, notas de liquidação e medições – acostada nas peças 63, 65, 70 e 75.

A empresa, ao requerer o reajuste nos termos aventados, não respeitou as previsões legais sobre o tema, os critérios de sua proposta na licitação, nem mesmo as cláusulas contratuais, violando a boa-fé objetiva e seus deveres anexos.

Assim, concluo pela irregularidade das contas de NG Engenharia e Construções Ltda. e do Sr. Maurício Miguel da Mota, Assessor Jurídico do SAAE, com base no art. 48, III, “c”, combinado com o art. 51, ambos da Lei Orgânica e pela ocorrência de dano ao erário no valor histórico de R\$ 101.765,84 a ser restituído pela construtora.

A conduta do Sr. Maurício Miguel da Mota enseja a aplicação de multa no valor de R\$ 5.000,00, com fulcro no disposto no art. 85, II da Lei Orgânica do Tribunal, diante da ocorrência de ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

(9) LINDB, Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, proponho que não seja acolhida a questão de ordem suscitada pelo Conselheiro Cláudio Terrão.

Proponho ainda a rejeição das **preliminares processuais** de i) sobrestamento e extinção do feito por litispendência; ii) violação do contraditório e da ampla defesa e iii) ilegitimidade passiva do Sr. Mauricio Miguel da Mota e do Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak.

No mérito, tendo em vista o reajustamento do preço unitário de um dos itens do contrato sem respaldo legal, proponho que as contas da NG Engenharia e Construções Ltda. e do Sr. Maurício Miguel da Mota, Assessor Jurídico do SAAE, sejam julgadas irregulares, com fundamento no art. 48, III, “c”, combinado com o art. 51, ambos da Lei Orgânica, determinando-se à NG Engenharia e Construções Ltda. que promova o ressarcimento do dano ao erário municipal no valor histórico de R\$ 101.765,84, a ser devidamente atualizado em conformidade com o art. 25 da Instrução Normativa 03/2013.

Com fulcro no art. 85, II, da Lei Orgânica, proponho ainda a aplicação ao Sr. Maurício Miguel da Mota de multa no valor de R\$ 5.000,00, nos termos da fundamentação.

Por fim, proponho que se expeça recomendação aos atuais gestores Serviço Municipal de Saneamento Básico de Unaí – SAAE, incluindo o Assessor Jurídico e o Chefe do Departamento Técnico Operacional, para que envidem esforços para a coordenação das ações, recursos e projetos com o município em prol da consecução dos objetivos da autarquia e que observem as determinações impostas pela legislação referente às competências do SAAE e seus conceitos correlatos, visando à correta aplicação do dinheiro público, evitando-se a transferência indireta dos recursos da entidade e, conseqüentemente, dano ao erário, sob pena de responsabilidade solidária.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, mais uma vez, vou trazer um voto um pouco diferente.

O Relator, no capítulo referente à irregularidade no aumento do custo unitário de três subitens da planilha orçamentária, manifestou-se pela procedência do apontamento, em razão de não estarem presentes no caso concreto as hipóteses legais que autorizariam a repactuação do valor do contrato.

Em razão da irregularidade verificada, apontou ter ocorrido dano ao erário no valor de R\$101.765,84, sendo que, em seu entendimento, o ressarcimento deverá ser realizado pela empresa que executou a obra, NG Engenharia e Construções Ltda, devendo ser responsabilizado, com a aplicação de sanção pecuniária, o Senhor Maurício Miguel da Mota, assessor jurídico que emitiu parecer pela legalidade do aditamento contratual. Por outro lado, o relator deixou de propor responsabilização ao Senhor Rodrigo Borges Kazmircza, engenheiro civil e fiscal da obra, que também emitiu parecer favorável ao aditamento.

Estou de acordo com o relator quanto à configuração da irregularidade, uma vez que o pedido de reajustamento do preço em um dos itens da planilha orçamentária não poderia ter sido deferido pela administração, uma vez que a empresa estava vinculada a sua proposta originária e apresentada no procedimento licitatório, não havendo motivos legais ou fáticos que autorizassem, naquele momento, o aumento do valor.

Importa ressaltar que a empresa contratada solicitou o aumento do valor estipulado para a execução do serviço de escavação mecânica e, simultaneamente, o decréscimo do quantitativo

previsto para aquele item, o que resultou na diminuição do valor total pago pelo serviço. É aquela velha história: materialmente não há necessidade de se cavar mais, então se reduz o volume da cavação necessária. Por outro lado, se aumenta o preço do valor do serviço.

Tal fato, no meu modo de ver, não denota a inocorrência de dano ao erário. Vale destacar que deve ser considerado um ponto relevante: o valor pago por metro cúbico pelo serviço de escavação passou de R\$7,42 para R\$10,86, de modo que a empresa recebeu 46% a mais do que constava em sua proposta originária, sem qualquer razão fática ou legal para tanto e reduzindo-se o valor do serviço a ser executado. Fatos dessa natureza caracterizam – na minha compreensão – ilegalidade da conduta, porque se consubstancia naquilo que se tem rotulado de jogo de planilha.

Doutro lado, quanto à responsabilização proposta pelo relator, possuo, com a devida vênia, entendimento divergente. A Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas apontaram o engenheiro civil e o assessor jurídico como responsáveis pela irregularidade ora em comento, uma vez que ambos exararam pareceres pela legalidade do aditamento do contrato, cada qual na sua esfera de responsabilidade técnica e cada qual omitindo-se em parcela daquilo que deveriam se manifestar.

O relator, entretanto, entendeu que o parecer apresentado pelo engenheiro analisou tão somente a necessidade de realização da alteração quantitativa dos serviços a serem executados, diante da necessidade de alteração do projeto original. Não foi feito qualquer juízo técnico sobre o pedido de reajustamento do preço dos itens. Em seu entendimento, não seria atribuição do agente – o engenheiro – avaliar a legalidade do aumento do preço unitário dos subitens.

Eu não compartilho desse entendimento. Para mim, o engenheiro civil deve estar atento ao custo da obra para dar suporte à assessoria jurídica e ao ordenador de despesa quanto à precificação dos itens da planilha. Sobretudo é fundamental que, ele como técnico, conhecedor do mercado, faça essa análise técnica. Não basta, portanto, a realização de análises estruturais referentes ao quantitativo dos serviços a serem prestados. É necessário que o profissional possua noções de mercado – e possuem – de modo a orientar o gestor quanto à adequação dos valores praticados no mercado.

Então, desse modo, uma vez que o pedido de aditamento foi submetido à análise do engenheiro civil, fiscal da obra, e que tal requerimento possui apenas dois tópicos, sendo um deles o aumento do valor dos itens da planilha orçamentária, entendo que o profissional, ao deixar de se manifestar sobre este ponto específico, incorreu em erro grosseiro por omissão, atraindo para si a responsabilidade pela irregularidade constatada. Vale salientar que, ao se omitir tecnicamente sobre a legitimidade do pedido de readequação, o engenheiro contribuiu para a formação da irregularidade, uma vez que seu parecer fundamentou o deferimento do pedido de readequação de preços pelo ordenador de despesa, que muitas vezes não tem – e obviamente não tem necessidade de ter – esse conhecimento técnico necessário.

Então, por essa razão, eu acolho de forma mitigada a proposta de voto do relator e voto também para responsabilizar o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak pela irregularidade referente ao aumento do custo unitário de itens da planilha orçamentária, com aplicação de multa, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), com base no disposto no art. 85, inciso 2º, da Lei Orgânica. Parece-me que, aqui, ao menos a meu juízo, ficou caracterizado o jogo de planilhas.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:
VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA CRISTINA ANDRADE MELO).

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SEGUNDA CÂMARA – 20/10/2022

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de representação convertida em tomada de contas especial, formulada pelo Sr. Geraldo Antônio de Oliveira, diretor-geral do Serviço Municipal de Saneamento Básico de Unai – SAAE, em que foram apontadas possíveis irregularidades no âmbito da execução do Contrato n. 24/2014, Concorrência n. 2/2014 – Processo Licitatório n. 28/2014, celebrado com a empresa NG Engenharia e Construções Ltda.

Os autos foram levados à sessão da Segunda Câmara do dia 7/7/2022, na qual o relator, conselheiro substituto Telmo Passareli, em sua proposta de voto, rejeitou as preliminares processuais de i) sobrestamento e extinção do feito por litispendência; ii) violação do contraditório e da ampla defesa; e iii) ilegitimidade passiva do Sr. Mauricio Miguel da Mota e do Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak. No mérito, manifestou-se pela irregularidade das contas de responsabilidade do Sr. Maurício Miguel da Mota, assessor jurídico do SAAE, e da empresa NG Engenharia e Construções Ltda., e pela determinação de que esta efetue o ressarcimento do dano ao erário municipal no valor de R\$ 101.765,84 (cento e um mil setecentos e sessenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos). Ainda, propôs a aplicação de multa ao Sr. Maurício Miguel da Mota no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Na oportunidade, o conselheiro Cláudio Couto Terrão divergiu parcialmente do relator para responsabilizar, também, o Sr. Rodrigo Borges Kazmirczak, engenheiro civil, chefe do Departamento Técnico Operacional e fiscal do contrato, pela irregularidade referente ao aumento do custo unitário de itens da planilha orçamentária, e votou pela aplicação de multa ao responsável no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Em seguida, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Após análise dos autos, peço vênias ao relator, para acompanhar o voto divergente do conselheiro Cláudio Couto Terrão.

III – CONCLUSÃO

No mérito, com a devida vênias ao relator, acompanho a divergência aberta pelo conselheiro Cláudio Couto Terrão e também voto pela responsabilização do Sr. Rodrigo Kazmirczak, chefe

do Departamento Técnico Operacional da SAAE e fiscal do contrato, com a aplicação de multa ao responsável no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Esta Presidência também acompanha o voto-vista do Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

FICA APROVADO O VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG.)

* * * * *

sb/kl/ms

