

VOTO

Trata-se de tomada de contas especial resultante da conversão de processo de representação (acórdão 5.134/2010 - 2ª Câmara, TC 016.597/2008-2) acerca de irregularidades no procedimento licitatório e na execução das obras da Estação de Tratamento de Água (ETA) Tijucal (concorrência 3/2005; contrato 16/2005), financiadas com recursos dos contratos de repasse 0186.327-52/2005 e 0218.038-44/2007, celebrados entre o município de Cuiabá/MT e o Ministério das Cidades.

2. A SeinfraUrbana, em encaminhamento acolhido na íntegra pelo MPTCU, propôs julgar irregulares as contas dos responsáveis, com imputação de débito no valor histórico de R\$ 3,63 milhões e aplicação de multa, ante a concessão irregular de realinhamento econômico-financeiro por meio do terceiro termo aditivo (3º TA) ao contrato celebrado para execução das obras.

3. Foram responsabilizados pelo débito, em solidariedade com a contratada - Conspavi Construção e Participação Ltda. - os seguintes servidores: (i) diretor de obras da Secretaria Municipal de Infra Estrutura, Orozimbo José Alves Guerra Neto; (ii) engenheiro da mesma secretaria, Gervásio Madal de Assis; (iii) secretário municipal de infraestrutura, Quidauguro Marino Santos da Fonseca; (iv) procurador-geral adjunto e procurador-geral do município, Fernando Augusto Vieira de Figueiredo e José Antônio Rosa, respectivamente.

4. Adicionalmente, a unidade técnica propôs rejeitar as justificativas apresentadas por Andelson Gil do Amaral em relação ao encaminhamento de projeto básico deficiente para a concorrência 3/2005, e, em consequência, aplicar-lhe multa.

5. Sobre os membros da comissão de licitação (Adilson Moreira da Silva, Ryta de Cássia Pereira Duarte, Wânia Cristina Nunes da Conceição e Cécila Marília Pires Nassarden), que haviam sido chamados em audiência pela elaboração do edital com cláusulas restritivas e falta de publicação daquele instrumento convocatório, a proposta foi de rejeitar a defesa apresentada, mas afastar a aplicação de multa em função de atenuantes.

6. Manifesto-me, na essência, de acordo com a análise e a proposta de encaminhamento da SeinfraUrbana e do MPTCU, que incorporo como fundamento de minha deliberação, com ajustes que considero necessários e discuto na sequência.

I

7. A empresa contratada foi citada e, embora tenha solicitado e obtido prorrogação de prazo para enviar a defesa (peça 1, p. 115 e 119), não apresentou justificativas e deve ser considerada revel, de acordo com o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

8. Dos argumentos apresentados pelo titular da Diretoria de Obras da Secretaria de Infraestrutura (Seminfe), Orozimbo José Alves Guerra Neto, e pelo engenheiro Gervásio Madal de Assis, destacam-se as alegações de que: (i) a Seminfe apenas acompanhava e fiscalizava a execução com base em documentos elaborados por técnicos da Companhia de Saneamento da Capital (Sanecap) e não poderia discordar desses profissionais especializados; (ii) fatos supervenientes e imprevisíveis justificariam a necessidade de reajuste; (iii) teria havido alta de preços no mercado; (iv) não haveria como fazer levantamento, já que um dos produtos era fornecido por um único fabricante na América Latina (tubulação); (v) a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro tem previsão constitucional e os documentos juntados aos autos justificariam o realinhamento.

9. São alegações insuficientes para descaracterizar a irregularidade. O contrato previa fórmula padrão de reajuste que foi utilizada, no mesmo aditivo, para reajustamento no valor de R\$ 2,54 milhões, relativo aos serviços da segunda etapa (peça 2 do TC 016.597/2008-2, apenso; p. 167). Já a possibilidade adicional de realinhamento (reequilíbrio econômico-financeiro) está condicionada à comprovada ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato de príncipe.

10. Não foram apresentadas evidências hábeis a justificar o realinhamento. O procedimento de aceitar notas fiscais de fornecedores da contratada desconsiderou os descontos oferecidos no processo licitatório e é insuficiente para caracterizar qualquer das hipóteses legais previstas para reequilíbrio econômico-financeiro, que não visa diretamente à manutenção do lucro da contratada.
11. A recomposição de preços deveria estar fundamentada em comprovação de alterações extraordinárias nos custos dos serviços. Alegações genéricas de aumento de preços e de exclusividade no fornecimento de um material são insuficientes para comprovar desequilíbrio econômico imprevisível.
12. Como agravante, permaneceu sem justificativa a constatação da unidade técnica de que os valores realinhados correspondiam aos valores indicados nas notas fiscais de fornecedores acrescidos de percentuais variáveis de 40% a até 185%, quando o BDI contratual seria de 25% (peça 1 do TC 016.597/2008-2, apenso; p. 67).
13. Os dois responsáveis assinaram parecer técnico que fundamentou o 3º TA e que incorporou o realinhamento de preços (peça 3 do TC 016.597/2008-2, apenso; p. 88 e 93). Constatou desse parecer apenas menção à planilha anexa que justificaria o novo valor do contrato. Não foram apresentadas nem análises ou justificativas para esse acréscimo de valor, nem outros pareceres ou documentos produzidos por técnicos da Companhia de Saneamento acerca da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro.
14. Ademais, ainda que não fossem especialistas em obras de saneamento, os responsáveis eram engenheiros lotados em unidade que cuidava de obras municipais, o que exigia familiaridade com os procedimentos previstos na Lei 8.666/1993, e, em particular, com as exigências para concessão de reequilíbrio econômico-financeiro. Portanto, as alegações de defesa desses responsáveis devem ser rejeitadas.
15. O secretário municipal de infraestrutura, Quidauguro Marino Santos da Fonseca, foi responsabilizado por ter assinado o 3º TA e trouxe a mesma argumentação do diretor de obras e do engenheiro, já analisada. Adicionalmente, alegou que, como secretário, desenvolveria seus trabalhos baseado em documentos trazidos pelos setores competentes, em especial, os profissionais da Sanecap que orientavam a Seminfê.
16. Sobre esse último argumento, observa-se que o 3º TA assinado pelo responsável expressamente destacou não só o reajuste, mas também o realinhamento de preços (cláusulas primeira e terceira; peça 3 do TC 016.597/2008-2, apenso; p. 76).
17. O parecer técnico e o jurídico limitaram-se a fazer referência a planilhas anexas, sem trazer justificativas para fundamentar a necessidade de realinhamento, para o qual a lei exigiria comprovação de fatos imprevisíveis de consequências impeditivas da execução.
18. Não se trata, portanto, de exigir do secretário a análise de documentos e justificativas técnicas complexas, que, no caso, sequer foram apresentados. Desse responsável era exigível ter detectado a falta de fundamento em tais pareceres, razão pela qual sua responsabilidade não pode ser afastada.
19. Por fim, Fernando Augusto Vieira de Figueiredo, procurador-geral adjunto, e José Antônio Rosa, procurador-geral do município, também foram citados solidariamente por terem, respectivamente, elaborado parecer jurídico e subscrito o 3º TA, com anuência ao parecer jurídico.
20. Em resposta, arguíram que: (i) não praticaram ato de gestão; (ii) seriam invioláveis por atos e manifestações no exercício da profissão; (iii) o parecer tem caráter opinativo e deve ser submetido ao procurador-geral; (iv) basearam o parecer na realidade fática atestada por dois engenheiros; (v) não houve erro grave ou falha grosseira; (vi) estaria "fora de sua competência elaboração/interpretação de planilhas de preços, aumentos, reajustes, etc."; (vii) não seria caso de realinhamento cuja observação seria de "fácil entendimento de um homem médio de formação jurídica"; (viii) o 3º TA seria regular, pois documentos anexos comprovam aumento inesperado de preços do aço e do cimento e cenário de forte elevação dos insumos.

21. Essas alegações foram detalhadamente analisadas pela unidade técnica, cuja manifestação integro a minhas razões de decidir. Em especial, foram refutados os argumentos sobre a suposta impossibilidade de responsabilização de pareceristas.

22. A jurisprudência do TCU e do Supremo Tribunal Federal estão consolidadas na linha da responsabilização do parecerista jurídico, solidariamente com os gestores, caso haja parecer que tenha induzido o administrador público à prática de atos com irregularidades causadoras de dano ao erário. Em tal situação, o parecerista é responsabilizado com base no art. 71, inciso II, da Constituição Federal, por ter dado causa ao prejuízo, o que não se confunde com avaliação da atuação como profissional de advocacia.

23. No caso em análise, o parecer jurídico integrou a sequência de procedimentos que levaram à celebração do termo aditivo com realinhamento irregular, o que estabeleceu vínculo causal entre o parecer e o ato danoso. A ausência de fundamentação desse parecer motiva a responsabilização de seu autor, na linha de várias deliberações do TCU (e.g. acórdãos 1.730/2015 - 1ª Câmara e 1.161/2010 - Plenário).

24. O parecer jurídico (peça 29 do TC 016.597/2008-2, apenso; p. 154-159), imediatamente após reproduzir o dispositivo legal e a doutrina sobre a possibilidade em tese de reequilíbrio, concluiu sem considerações sobre a situação concreta em questão:

"Pela exposição acima fica cristalino a legalidade do equilíbrio econômico financeiro requerido, pois conforme previsão expressa da lei e manifestação da doutrina os contratos podem, aliás devem ser submetidos ao reequilíbrio a partir do momento que equação do equilíbrio pende para um dos lados prejudicando assim a conclusão efetiva do avençado."

25. Um aspecto importante destacado pela SeinfraUrbana deve ser mencionado. Diferente do alegado, não se exigiu que, no parecer jurídico, fossem detectados erros na planilha. Mas seria exigível que fosse detectada a ausência de justificativas para assegurar a subsunção do caso concreto às hipóteses legais previstas, especialmente porque a proposta mencionava planilha baseada apenas nas notas fiscais apresentadas, sem qualquer avaliação técnica do impacto e da suficiência dessa documentação para fundamentar a necessidade de reequilíbrio.

26. As notícias de jornal com informações sobre aumentos de custos de insumos são insuficientes para validar o realinhamento. O contrato previa reajuste com base no índice de Reajustamento de Obras de Construção Civil (peça 4 do TC 016.597/2008-2, apenso; p. 122). Dessa forma, os aumentos de insumos mencionados deveriam ter reflexo nesses índices e, em regra, seriam adequadamente compensados por meio de reajuste com base na fórmula contratualmente prevista.

27. Não houve demonstração das circunstâncias excepcionais com efeitos quantificados que teriam extrapolado as condições normais de execução e prejudicado o equilíbrio global do contrato, de modo a justificar a necessidade extraordinária de realinhamento. E as manifestações do setor jurídico endossaram a celebração do 3º TA com esse erro grave, que deu causa ao prejuízo.

28. Dessa forma, devem ser rejeitadas as defesas apresentadas pelo procurador-geral e pelo parecerista, respectivamente, pela subscrição do 3º TA com anuência ao parecer jurídico e pela elaboração desse parecer que deu causa ao realinhamento econômico-financeiro irregular.

II

29. Quanto à primeira audiência, o secretário municipal de Infraestrutura Andelson Gil do Amaral trouxe justificativas por ter encaminhado projeto básico deficiente para a concorrência 3/2005.

30. Em essência, alegou que: (i) a lei permitia a realização do projeto executivo após a licitação; (ii) o projeto básico conteria todos os elementos para caracterizar a obra, conforme exigência legal; (iii) nota técnica da CGU teria superado censura sobre esse ponto, convertido em recomendação; (iv) a CEF e o Ministério das Cidades foram omissos em não apontar a falha à época; (v) o Ministério Público Federal, que inicialmente fez questionamentos relativos à Operação Pacenas da Polícia Federal, com bloqueio dos recursos, posteriormente manifestou-se pela continuidade das obras; e (vi) as obras, concluídas, estariam a beneficiar a população.

31. Essas justificativas foram devidamente refutadas pela unidade técnica. De fato, o projeto básico não continha os elementos necessários, com especificações, quantidades de serviços e de materiais e com custos para execução da obra, como previsto nos arts. 6º, inciso IX, e 7º, inciso I e § 2º, da Lei 8.666/1993.
32. Do projeto básico encaminhado pela prefeitura em resposta a diligência (TC 016.597-2008-2, apenso; peças 24, p. 3, e 27, p. 4-41), consta apenas um projeto em folha única (referente à ETA Tijuca), que, segundo a unidade técnica, não apresentava cotas de dimensionamento dos elementos ou cotas dos níveis do terreno. Na planilha de orçamento, constaram vários itens indevidamente agregados, a exemplo do fornecimento e execução de ETA de concreto armado (inclusive base) no valor de R\$ 15.640.625,00 (peça 1 do TC 016.597-2008-2, apenso; p. 110).
33. A deficiência desse projeto fica ainda mais evidente na comparação com o “Contorno Norte/Sul de Cuiabá”, que constituiu o lote C da mesma concorrência. Desse documento constaram vários projetos e documentos suficientemente detalhados (peça 27 do TC 016.597-2008-2, apenso; p. 50 e 92-136).
34. Nem a recomendação da CGU, nem a suposta falta de questionamento pela CEF e pelo Ministério das Cidades permitem afastar a responsabilidade desse gestor, a quem competia instruir o processo de licitação com os documentos e informações legalmente exigidos.
35. Sobre a autorização para a continuidade da obra, o próprio excerto trazido pelo responsável deixa claro que, após as medidas adotadas pela prefeitura, teria sido verificado apenas o saneamento do sobrepreço, e não os demais apontamentos da CGU, entre os quais havia o questionamento sobre o projeto básico (peça 6, p. 10).
36. Ademais, a deficiência do projeto básico pode prejudicar o próprio processo licitatório e dificultar a verificação da adequação dos preços propostos pelas licitantes. Não é demais destacar que, no caso concreto, efetivamente foi detectado sobrepreço, que, após interferência da CGU, deu origem à celebração de aditivos para adequar os preços do contrato aos de mercado, com redução no valor total de R\$ 1,42 milhão.
37. Assim, essas razões de justificativa devem ser rejeitadas, e ao responsável deve ser aplicada multa com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

III

38. Por fim, Adilson Moreira da Silva, Cécila Marília Pires Nassarden, Ryta de Cássia Pereira e Wânia Cristina Nunes da Conceição, membros da comissão especial de licitação, apresentaram defesa por: (i) terem elaborado edital com cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação (exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia de participação e exigência de capital social integralizado); (ii) não terem publicado resumo do edital da licitação no diário oficial do estado.
39. Quanto às exigências restritivas, os responsáveis justificaram que, considerando o grande vulto da obra, buscaram evitar a participação de empresas aventureiras. Mencionaram que desconheciam a jurisprudência do TCU e que, quando da licitação, as despesas correriam por conta do município. Além disso, o edital teria sido aprovado pelo procurador e pela CEF.
40. Quanto à não publicação do edital, sustentaram que só haveria exigência de publicação do aviso de licitação, e não do resumo do edital. E seria suficiente a publicação do aviso na imprensa oficial do município, de acordo com lei municipal. A exigência de publicação no diário oficial do estado (art. 21, inciso II, da Lei 8.666/93), além de onerosa, seria inconstitucional, por ferir a autonomia municipal. De qualquer modo, na data da publicação e da abertura do certame, a dotação previa apenas recursos próprios, o que afastaria a necessidade de publicação no diário oficial estadual.
41. Concorro com a análise da unidade técnica em relação às exigências restritivas. A jurisprudência do TCU rechaça a possibilidade de exigir cumulativamente capital social mínimo e garantia de participação e de exigir capital social integralizado. No entanto, podem ser considerados os atenuantes mencionados pela SeinfraUrbana (parecer favorável da procuradoria do município e menor

potencial ofensivo) para afastar a multa. Acrescento que a licitação foi realizada em 2005, e a jurisprudência do TCU sobre capital integralizado se consolidou mais recentemente.

42. No entanto, em relação à falta de publicação do resumo do edital, não há atenuantes suficientes para afastar a aplicação da penalidade pecuniária.

43. A Lei de Licitações expressamente exige a publicação do resumo do edital (art. 21, **caput**), que deve permitir ao leitor decidir sobre seu potencial interesse em obter o edital completo e, para tanto, deve conter as principais informações sobre o certame, inclusive o objeto da licitação.

44. Não procede o argumento de inconstitucionalidade do art. 21, inciso II, da Lei 8.666/1993. Vigente há mais de vinte anos, a aplicação desse dispositivo não foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, a divulgação na imprensa estadual visa a atender o princípio da publicidade, já que a publicação dos órgãos oficiais municipais fica mais concentrada no próprio município.

45. A ausência de divulgação do aviso de licitação no diário oficial do estado tem potencial de comprometer a ampla competitividade entre as empresas. E, no caso em análise, participaram da licitação apenas duas empresas, das quais uma foi inabilitada (TC 016.597/2008-2, apenso; peça 17, p. 21-22).

46. Conforme avaliação dos próprios responsáveis, a licitação envolvia obras de grande vulto. Somados os três lotes da concorrência, o valor estimado atingiu R\$ 88,7 milhões. O aviso foi publicado apenas na Gazeta Municipal e no Diário de Cuiabá (peça 24 do TC 016.597/2008-2, apenso; p. 31-32) e indicava como objeto tão somente "obras de infra-estrutura", embora o edital da licitação discriminasse:

"O objeto da presente Concorrência são as Obras de Infra-estrutura Urbana incluindo:

LOTE A: implantação do Sistema de Abastecimento de Água do Bairro Tijucal

LOTE B: Canalização do Córrego Barbado

LOTE C: Construção do Contorno Norte-Sul"

47. A alegação de que as obras seriam realizadas integralmente com recursos municipais não foi comprovada e, como registrado pela unidade técnica, as obras só foram iniciadas após a celebração do contrato de repasse com a União. A publicação no Diário de Cuiabá já mencionava que a licitação, regida pela Lei 8.666/1993, contava com dotação de recursos de convênio. E, de qualquer modo, ainda que fossem previstos apenas recursos municipais, haveria obrigatoriedade da publicação no diário oficial do estado (arts. 1º e 21, inciso II, da Lei 8.666/1993).

48. Com recursos federais (convênio ou contrato de repasse), haveria a necessidade de publicação no Diário Oficial da União (DOU), o que não ocorreu. Embora isso não tenha sido objeto de audiência, observo que também não se comprovou tal publicação, o que poderia ser atenuante decisivo.

49. Dessa forma, as justificativas quanto a esse questionamento devem ser rejeitadas, com aplicação de multa fundamentada no art. 58, inciso II, da Lei 9.443/1992.

IV

50. Em relação ao encaminhamento de mérito, observo que, diferente do proposto pela unidade técnica, devem ser julgadas irregulares as contas de todos os responsáveis chamados aos autos, quer em citação, quer em audiência, cujas defesas tenham sido rejeitadas conforme aqui discutido, fundamentando-se a aplicação de multa no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992, no caso de responsáveis não condenados em débito.

51. A aplicação de multa ao responsável Quidauguro Marino Santos da Fonseca fica afastada ante seu falecimento em 2013, posterior à citação e apresentação de defesa (peça 10, p. 45 e peça 17, p. 1-2).

52. Por fim, a SeinfraUrbana destacou, nos itens 25 e 26 da instrução que integrou o relatório desta deliberação, que restariam pendentes de apreciação as propostas relativas aos itens 58.2 e 58.3 da instrução de peça 1, p. 68, e dos itens 93.2 e 93.3 da instrução de 28/10/2008 do TC 016.597/2008-2 (peça 1, p. 78-79).

53. Quanto aos itens 58.2 e 58.3, acolho a proposta constante do primeiro de considerar improcedentes os indícios de irregularidades apontados pela contratada no âmbito da representação TC 005.127/2010-6 (apensa ao TC 016.597/2008-2), conforme encaminhamento sugerido.

54. Do item 58.3, constou proposta de determinar à Secretaria de Infraestrutura de Cuiabá/MT que informasse "os procedimentos em andamento ou a serem adotados a fim de dar continuidade às obras previstas no Contrato de Repasse 0218.038-44/2007 e solucionar as pendências verificadas."

55. Tal contrato de repasse é relativo à segunda etapa das obras realizadas por meio do contrato 16/2005. Embora a determinação tenha sido proposta em maio de 2011, a SeinfraUrbana não se manifestou sobre sua pertinência atual.

56. Dessa forma, penso ser mais adequado determinar àquela unidade técnica que, preliminarmente, avalie a necessidade e oportunidade de verificar os procedimentos implementados pela secretaria municipal em relação ao contrato de repasse 0218.038-44/2007, à vista inclusive de informações em outros eventuais processos do TCU que tenham tratado do mesmo assunto e, se for o caso, adote as providências saneadoras necessárias em processo próprio.

57. Sobre os itens 93.2 e 93.3, observo que se tratava de oitiva da prefeitura municipal de Cuiabá, acerca de seis indícios de irregularidades. Com base nas informações colhidas em diligências, tais pontos foram analisados em instrução subsequente (TC 016.597/2008-2, apenso; peça 2, p. 165-195), em que parte dos questionamentos foi afastada e os itens restantes deram origem às citações e audiências que ora se analisam. Essa instrução da unidade técnica foi acolhida pelo relator e fundamentou o acórdão 5.134/2010 - 2ª Câmara, o que tornou a oitiva superada.

Ante o exposto, ao endossar as conclusões dos pareceres da SeinfraUrbana e do MPTCU, com os acréscimos aqui discutidos e os ajustes necessários, voto por que seja adotado o acórdão que submeto à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 14 de junho de 2016.

ANA ARRAES
Relatora