

Processo: TC 033.169/2015-2

Tipo: Tomada de Contas Especial

Entidade: Entidades/órgãos do governo do estado de São Paulo.

Órgão Instaurador: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra).

Responsáveis: Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf (CNPJ 50:786.714/0001-45), Iraê Amaral Guerrini (CPF 016.386.408-07), Raimundo Pires Silva (CPF 022.766.778-64) e Guilherme Cyrino Carvalho (CPF 210.515.198-10).

Advogados: não há

Proposta: citação

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, em razão da impugnação parcial de despesas realizadas com recursos destinados à execução do contrato CRT/SP 6/2008 (peça 1, p. 316-334), celebrado com a Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais (Fepaf), com vigência de 2/7/2008 a 31/1/2011, tendo por objeto a prestação de serviços de Assessoria Técnica, Social e Ambiental (ATES), de forma continuada, a famílias assentadas nos Projetos de Reforma Agrária sob a jurisdição da Superintendência Regional do Incra no Estado de São Paulo.

No Relatório de Tomada de Contas Especial a responsabilidade pelo dano ao erário, no valor histórico de R\$ 884.480,33, foi atribuída solidariamente à Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf (CNPJ 50:786.714/0001-45), entidade executora do contrato e aos Senhores Iraê Amaral Guerrini (CPF 016.386.408-07), Diretor Presidente da Fepaf, Raimundo Pires Silva (CPF 022.766.778-64), Superintendente Regional do Incra-SP, e Guilherme Cyrino Carvalho (CPF 210.515.198-10), Superintendente Regional Substituto do Incra-SP, ocupantes dos cargos mencionados na ocorrência dos fatos.

A Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais (Fepaf), sediada em Botucatu/SP, é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos. Conforme seu estatuto “tem por objetivo precípua colaborar, pelos meios adequados, em programas de desenvolvimento econômico, social e ambiental, a serem estabelecidos com a Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) e outras instituições” (peça 1, p. 284).

2. HISTÓRICO

A presente Tomada de Contas Especial tem origem no Acórdão 1556/2011-TCU-Plenário. No transcorrer de auditoria operacional realizada pela Secex-SP no programa do Incra-SP de Assessoria Técnica, Social e Ambiental para assentados da Reforma Agrária (ATES), tratada no TC 023.203/2009-8, a equipe detectou indícios de irregularidades em dois instrumentos firmados com a Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais (Fepaf), o que motivou o processo apartado de representação TC 017.120/2010-1.

A representação formulada pela Secex-SP dizia respeito ao contrato CRT/SP/6/2008 e ao convênio CRT/SP/20000/2005, celebrados pelo Incra-SP com a Fepaf. Os dois instrumentos possuíam objetos relacionados entre si. Enquanto o contrato CRT/SP/6/2008 objetivava a contratação

de serviços de ATES, o convênio CRT/SP/20000/2005 visava promover o fomento ao cooperativismo e associativismo nos projetos de assentamento de reforma agrária no estado de São Paulo.

Após a realização de fiscalização e adoção de medidas saneadoras, a Secex-SP concluiu pela subsistência de duas irregularidades associadas ao contrato CRT/SP/6/2008. A primeira se refere à cessão indevida pelo Incra-SP de veículos para transporte de técnicos da contratada, encargo que deveria ter sido assumido pela Fepaf, conforme dispõe a cláusula sétima do contrato. A segunda, de maior impacto financeiro, refere-se ao primeiro termo aditivo do contrato, firmado em 30/10/2008, que elevou o preço unitário da prestação de serviços de R\$ 540,00 por família/ano para R\$ 796,00 por família/ano, com base na Norma de Execução Incra nº 77, de 29/9/2008, que estabeleceu novos valores limites para aplicação de recursos em serviços de ATES.

Para melhor entender, o Incra-SP firmou o contrato CRT/SP/6/2008 com a Fepaf em 2/7/2008, mediante realização de pregão eletrônico do tipo menor preço por família/ano, para atendimento de 7.946 famílias de assentados. Apenas a Fepaf participou do pregão e o objeto foi a ela adjudicado pelo preço de referência, de R\$ 540,00 por família/ano, valor esse relativo ao limite de dispêndio anual por família para serviços de ATES definido pela Norma de Execução Incra nº 72, de 12/5/2008, então vigente. Eis a cláusula de preço do contrato:

CLÁUSULA SÉTIMA - DO PREÇO

1 - A CONTRATADA obriga-se a executar os serviços contratados pelos preços constantes da sua proposta comercial, nos quais estão incluídos todos os custos diretos e indiretos, bem como os encargos, benefícios e despesas indiretas (BDI) e planilha de formação de preços dos materiais e quaisquer outras independentemente da natureza.

2 - Os preços estão referidos ao mês de maio de 2008

3 - O preço anual por família é de R\$ 540,00 pelo período de 12 (doze) meses.

Por esse modelo de contratação, a remuneração da Fepaf consistia no valor fixo mensal de R\$ 357.570,00, resultado da multiplicação de 7.946 famílias a serem atendidas pelo valor unitário mensal de R\$ 45,00 por família (R\$ 540,00/12). Após o terceiro mês de vigência do contrato sobreveio a Norma de Execução Incra nº 77, de 29/9/2008, que majorou o valor limite de despesas de ATES para até R\$ 796,00 família/ano (R\$ 63,33 família/mês). Em função disso, foi celebrado o primeiro termo aditivo pelo qual foi reajustado o valor unitário do contrato para o novo limite de ATES. Além disso, foi incluído no aditivo o acréscimo no número de atendimentos em 681 famílias (peça 1, p. 356):

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

O objeto deste Termo é fazer o registro da alteração do valor unitário por família/ano conforme disposições da Norma de Execução nº 77, de 29/9/2008, que altera o valor da família/ano de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais) para o valor de R\$ 796,00 (setecentos e noventa e seis reais), com vigência desde a data de 1/10/2008, e alterar o quantitativo de famílias de 7.946 para 8.627 famílias a serem atendidas nos assentamentos no estado de São Paulo.

Dessa forma, a partir do quarto mês de vigência do contrato a remuneração mensal da contratada passou a ser de R\$ 572.257,67, resultado da multiplicação de 8.627 famílias pelo valor unitário de R\$ 63,33 por família (R\$ 796,00/12).

Ao se deparar com o fato, a equipe de inspeção da Secex-SP concluiu que o reajuste concedido pelo Incra-SP, ocorrido após o terceiro mês da assinatura do contrato, com pretenso fundamento na referida Norma de Execução, além de não estar previsto nas cláusulas contratuais, não possuía respaldo na Lei nº 8.666/1993. Entendeu-se não fazer sentido que logo após uma licitação por menor preço houvesse alteração contratual para conceder à contratada o valor máximo definido por normativo do Incra editado após a realização do pregão e da assinatura do contrato. O reajuste imediato praticado com base nos valores limites da Norma de Execução tampouco encontrava guarida na hipótese de situação de desequilíbrio econômico-financeiro prevista no art. 65, II, "d" da Lei

8.666/1993, restando evidenciado que o Incra-SP utilizou o novo teto referencial como se tabelamento fosse para reajustar de forma automática e injustificada o contrato CRT/SP/6/2008.

Acolhida a proposta da Unidade Técnica no sentido de anulação do aditivo e o consequente ressarcimento pela Fepaf dos valores pagos a maior em relação ao originalmente contratado, foi prolatado o Acórdão 1556/2011-TCU-Plenário, de 8/6/2011, com as seguintes determinações:

9.2.1. à Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado de São Paulo que:

9.2.1.1. em 15 (quinze) dias a contar da ciência desta deliberação, mediante o devido processo administrativo, adote as medidas necessárias à anulação do primeiro termo aditivo ao contrato CRT/SP/6/2008, firmado em 30/10/2008, ante a falta de respaldo legal

9.2.1.2. em 15 (quinze) dias a contar da ciência desta deliberação, mediante o devido processo administrativo, adote as medidas necessárias à apuração e ao ressarcimento dos valores pagos indevidamente à Fundação de Estudos e Pesquisas Agrárias e Florestais (Fepaf), no âmbito do Contrato CRT/SP/6/2008, em decorrência:

9.2.1.2.1. da majoração indevida do valor fixado no contrato, o qual passou de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais) por família/ano para R\$ 796,00 (setecentos e noventa e seis reais) por família/ano, por meio do termo aditivo referido no subitem 9.2.1.1;

9.2.1.2.2. disponibilização indevida de veículos para transporte de técnicos, encargo este que deveria ter sido assumido pela Fepaf, conforme dispõe a cláusula sétima do referido contrato;

9.2.1.3. informe, no mesmo prazo, os resultados das medidas adotadas a esta Corte e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária;

9.2.2. ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária que:

9.2.2.1. acompanhe o cumprimento das determinações referentes ao item 9.2.1;

9.2.2.2. se a Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado de São Paulo não obtiver da contratada o ressarcimento dos valores que lhe foram pagos indevidamente, apurados na forma do subitem 9.2.1.2, sob pena de responsabilidade solidária, instaure de imediato a devida tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, nos termos do art. 8º da Lei nº 8.443/1992.

Na Secex-SP foi autuado o processo de monitoramento TC 026.055/2011-2 com a finalidade de verificar o cumprimento dos itens 9.2.1 e 9.2.2. De acordo com instrução naquele processo, em 12/7/2011 a Superintendência Regional do Incra em São Paulo informou que já havia adotado as medidas administrativas determinadas pelo Tribunal, tendo sido providenciada a anulação do primeiro termo aditivo ao contrato CRT/SP/6/2008, conforme extrato publicado no DOU, seção 3, de 7/7/2011. Quanto à determinação contida no item 9.2.1.2, informou ter autuado o processo administrativo 54190.003283/2011-41 com vistas à apuração e ao ressarcimento dos valores pagos a maior à Fepaf pelo contrato CRT/SP/6/2008 e dos valores de cessão indevida de veículos para a contratada. Consoante planilha de cálculo elaborada pela Superintendência Regional apurou-se inicialmente a importância R\$ 6.941.080,13 a ser ressarcida pela Fepaf (peça 2, p. 57).

Na peça de instrução concluiu-se que, com base nas informações prestadas, as determinações contidas no Acórdão nº 1556/2011-TCU-Plenário teriam sido atendidas, exceto a assinalada no item 9.2.2.2, vez que a Fepaf, de acordo com os documentos juntados nos autos, não teria efetuado o ressarcimento do valor apurado no processo administrativo, fato que ensejaria a instauração de tomada de contas especial. Em vista disso, foi prolatado o Acórdão 3021/2011-TCU-Plenário, de 16/11/2011, pelo qual foi determinado à presidência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária que, em caso de eventual insucesso da Superintendência Regional na obtenção do ressarcimento pela via administrativa interna, fosse instaurada a devida tomada de contas

especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, nos termos do art. 8º da Lei 8.443/1992, *in verbis*:

9.1. determinar à Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado de São Paulo (SR(8)SP) que:

9.1.1. em 15 (quinze) dias a contar da ciência desta deliberação, apresente à Fundação de Estudos e Pesquisas Agrárias e Florestais (Fepaf) a memória de cálculo dos valores que, nos termos do subitem 9.2.1.2 do Acórdão 1556/2011-TCU-Plenário lhe foram pagos indevidamente, para que sobre eles possa se manifestar, e, posteriormente, defina o valor devido e promova a devida cobrança administrativa;

9.1.2. em 30 (trinta) dias a contar da ciência desta deliberação, informe os resultados das medidas adotadas a esta Corte de Contas e à presidência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra);

9.2. determinar à presidência do Incra que, em caso de eventual insucesso da SR(8)SP na obtenção do ressarcimento pela via administrativa interna, instaure a devida tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, nos termos do art. 8º da Lei 8.443/1992;

Na Secex-SP foi autuado então o processo TC 002.594/2012-9 de monitoramento das determinações do referido Acórdão. Conforme instrução nos autos, de 9/2/2012, o Superintendente Regional do Incra em São Paulo informou, em 9/12/2011, que as determinações constantes nos subitens 9.1.1 e 9.1.2 do Acórdão não puderam até então serem cumpridas em razão de a Fepaf ter impetrado Mandado de Segurança (0016020-94.2011.4036100) e logrado liminar para suspender, até a decisão da ação, a cobrança realizada pelo Incra. Diante do entrave, o gestor consultou este Tribunal quanto a ser possível ou não a instauração de TCE a despeito da ação judicial em andamento. A Unidade Técnica, considerando que, apesar da existência de ação judicial, não haveria óbice para que o Incra instaurasse a Tomada de Contas Especial, haja vista o princípio da independência das instâncias, propôs que o Tribunal determinasse a imediata instauração do processo.

Encaminhado o processo para apreciação do Ministro Relator, foi proferido o Despacho de 15/3/2012, pelo qual, tendo ocorrida a decisão de mérito no Mandado de Segurança, os autos foram restituídos à Secex-SP para que se procedesse ao monitoramento imediato do Acórdão 3021/2011-TCU-Plenário:

No dia 13/2/2012 o Mandado de Segurança 0016020-94.2011.403.6100 foi apreciado no mérito e considerado parcialmente procedente (peça 5).

A segurança foi concedida para "anular a cobrança efetuada pela autoridade coatora por meio do Ofício nº 5045/2011/GAB/A, a fim de que tal cobrança seja precedida de contraditório e ampla defesa em regular processo administrativo."

No tocante a contestação pela Fepaf do cálculo efetuado pela SR(8)SP, o juiz federal que apreciou o caso, sr. Djalma Moreira Gomes, entendeu que essa questão exige dilação probatória, o que a torna incompatível com o rito especial do mandado de segurança.

Assim, tendo em vista que a referida decisão judicial está alinhada com a decisão proferida por esta Corte de Contas por meio do subitem 9.1.1. do Acórdão 3021/2011-TCU-Plenário, restituiu os autos à Secex-SP para que proceda ao monitoramento imediato do supracitado acórdão.

Foi então realizada pela Secex-SP inspeção para verificar o cumprimento das determinações (peça 15 do TC 002.594/2012-9), pela qual se constatou que a Superintendência Regional de São Paulo do Incra, após tomar ciência da decisão da Justiça Federal, fez o levantamento dos valores indevidamente pagos à Fepaf, notificando-a, em 19/3/2012, a se manifestar no prazo de 15 dias, em respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, cientificando-a dos cálculos de débito quantificado em R\$ 7.749.203,13, em valores atualizados até aquele momento.

De acordo com o relatório de inspeção, a Fepaf protocolou em 5/4/2012, na Superintendência Regional do Incra no Estado de São Paulo, manifestação acerca das determinações constantes do item 9.1.1 do Acórdão 3021/2011-Plenário, contestando a metodologia de cálculo e os valores apresentados pelo Incra.

Em síntese, a Fepaf argumentava que o aumento do número de famílias a serem atendidas pelo contrato não havia sido objeto de contestação pelo TCU, tão-somente o valor unitário a ser pago por família, no período inferior ao primeiro ano do contrato. Aduzia, dessa forma, que não poderia ser responsabilizada a devolver dinheiro pela prestação de serviços de ATEs a um número maior de famílias, mormente porque a Lei 8.666/1993 veda o enriquecimento ilícito da administração quando há prestação de serviços, como efetivamente teria ocorrido. Também aduzia que após 12 meses o Incra deveria considerar que os valores devidos à Fepaf deveriam ser reajustados. Por fim, ressaltava a existência de créditos a serem compensados, vez que o Incra estaria devendo para a Fepaf parcelas da prestação de serviços do contrato CRT/SP/6/2008 até então ainda não pagas.

Ante as informações e documentos obtidos na inspeção e os encaminhados pela Superintendência Regional do Incra/SP, a equipe de inspeção concluiu que o órgão estava tomando as providências necessárias ao cumprimento das determinações do item 9.1 do Acórdão 3021/2011-TCU-Plenário. Contudo, o processo administrativo 54190.003283/2011-41 que trata do ressarcimento dos valores devidos pela Fepaf ainda não havia alcançado o seu término, tendo sido remetido à Procuradoria Federal Especializada para expedição de novo parecer.

Considerando que a Superintendência Regional do Incra/SP havia adotado medidas dentro de sua esfera de competência com vistas a cumprir a determinação do Acórdão, bem como a relevância dos valores e que a primeira determinação para cobrança administrativa dos valores devidos pela Fepaf havia sido proferida há quase um ano, a equipe de inspeção propôs que mais uma vez o Tribunal determinasse ao Incra a adoção de medidas necessárias ao efetivo cumprimento do item 9.1 do Acórdão 3021/2011-TCU-Plenário, prolatado no âmbito do processo TC-026.055/2011-2 (monitoramento), e do item 9.2.1.1 do Acórdão 1556/2011-TCU-Plenário (TC-017.120/2010-1), fixando para esse fim o prazo improrrogável de sessenta dias a contar da ciência da deliberação.

Submetido os autos, o Ministro Relator ressaltou no voto: “observa-se que, transcorrido mais de um ano da primeira deliberação desta Corte de Contas que determinou à SR(8)SP que obtivesse o ressarcimento dos valores pagos indevidamente à Fepaf (Acórdão 1556/2011-TCU-Plenário), ainda não foram concluídos os cálculos para promoção da devida cobrança administrativa (medida que deve anteceder a eventual instauração de TCE), sem que se vislumbrem nos autos complexidades que justifiquem essa demora no cumprimento do subitem 9.1 do Acórdão 3021/2011-TCU-Plenário”.

Foi então prolatado o Acórdão 1565/2012-TCU-Plenário, de 20/6/2012, pelo qual o Tribunal determinou “ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária que, no prazo de 90 dias, adote as medidas necessárias para promover a cobrança administrativa ou instaure a devida tomada de contas especial, nos termos dos subitens 9.1. e 9.2. do Acórdão 3021/2011-TCU-Plenário”.

Na Secex-SP foi autuado o quarto processo de monitoramento sobre o assunto, TC 025.025/2012-0. Em continuidade às ações de monitoramento, instado a se manifestar, o Incra-SP encaminhou o Ofício/Incra/SR(8)/Gab/5427/12, de 14/12/2012, por meio do qual informou que, ante o insucesso das tentativas de ressarcimento, em 13/12/2012 foi instaurada Tomada de Contas Especial referente ao Processo Administrativo 54190.001749/2008-79.

De acordo com a instrução de monitoramento, a documentação encaminhada pelo Incra/SP demonstrou que o órgão havia adotado as providências necessárias ao cumprimento das determinações expendidas. No entanto, considerando-se a morosidade do órgão na instauração da tomada de contas especial, se propôs determinar ao Incra-SP o fiel cumprimento dos prazos normativos, o que ensejou o Acórdão 650/2013-TCU-Plenário, de 27/3/2013, nos seguintes termos: “cientificar a Superintendência Regional de São Paulo-SR(08)/Incra a respeito do prazo estabelecido

no art. 11 da IN-TCU 71/2012, bem como das sanções legais a que está sujeita a autoridade administrativa que descumpri-lo, conforme prevê o art. 12 da citada instrução normativa”. Com isso foi dado por encerrado o monitoramento do Acórdão 1556/2011-TCU-Plenário, de 8/6/2011, e dos que os seguiram sobre o assunto.

3. QUANTIFICAÇÃO DO DÉBITO PELO INCRA-SP

Em 30/6/2011, o Incra-SP apresentou à Fepaf o primeiro cálculo do valor a ser ressarcido, no total de R\$ 6.941.080,00, resultante do valor histórico de R\$ 5.367.191,75 atualizado até aquela data, contendo juros de mora, mediante aplicação do programa débito do TCU (peça 1, p. 112-214). O valor histórico correspondeu à soma das diferenças apuradas entre os valores de 25 notas fiscais pagas a partir do primeiro termo aditivo, considerando o atendimento de 8.627 famílias pelo preço unitário de R\$ 66,33 por família, e os valores que seriam devidos sem o primeiro termo aditivo, considerando 7.946 famílias pelo preço unitário de R\$ 45,00 por família. Ou seja, o critério adotado pelo Incra-SP consistiu em glosar, por toda a vigência do contrato, os valores das parcelas mensais que excederam o preço unitário original do contrato, de R\$ 45,00 por família, e o quantitativo inicial de famílias a serem atendidas, de 7.946. Equivale a dizer que o contrato não teria reajuste de preço no período de 33 meses de vigência e o número de famílias não teria sofrido o acréscimo definido no primeiro termo aditivo. No cálculo do Incra também não havia compensação dos valores de 3 notas fiscais não pagas ao fim do contrato. Cabe notar que o aditivo só veio a ser anulado em 7/7/2011, após a vigência do contrato (peça 1, p. 2018).

Inconformada com os critérios adotados pelo Incra, em 5/9/2011 a Fepaf impetrou mandado de segurança com pedido de suspensão liminar e concessão de segurança para anulação da cobrança, em face da não observância do devido processo legal (não se manifestara em processo administrativo) e, em relação ao valor cobrado, não ter sido levado em conta o possível reajuste do contrato após o primeiro ano e o acréscimo do número de famílias de acordo com o primeiro termo aditivo, a incidência indevida de juros de mora e a não compensação dos valores devidos pelo Incra (peça 1, p. 236-278). A liminar foi deferida em 28/9/2011 (peça 1, p. 398-416). A sentença, proferida 13/2/2012, concedeu segurança parcialmente, no sentido de anular aquela cobrança específica e para que outra fosse então precedida de contraditório e a ampla defesa em regular processo administrativo (peça 1, p. 454-476).

Instaurado o processo administrativo destinado a apurar o valor a ser ressarcido, o Incra encaminhou à Fepaf nova cobrança da dívida, com base nos mesmos critérios adotados anteriormente, com valor atualizado para a data de 19/3/2012, no total de R\$ 7.749.203,13 (peça 2, p. 10-106). A Fepaf apresentou uma primeira defesa, em 5/4/2012, contestando os cálculos com os seguintes argumentos (peça 2, p. 120-156):

- apesar de o TCU ter considerado irregular apenas o aumento do valor a ser pago por família atendida, não o do número de famílias a serem atendidas, o Incra exige que a Fepaf devolva todos os valores que recebeu pelas demais famílias que passou a atender após a celebração do 1º Termo Aditivo;
- exige-se da Fepaf, também, a devolução integral dos montantes supostamente recebidos a maior por conta do aumento do valor família/ano mesmo após o prazo de 12 (doze) meses do contrato, apesar de existir cláusula garantindo o reajuste do valor após esta data; e
- desconsidera-se que o Incra ainda não efetuou o pagamento de algumas das faturas enviadas pela Fepaf, não tendo esses valores sido compensados no momento da cobrança.

Em parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao Incra-SP, órgão vinculado à Advocacia Geral da União, de 23/4/2012, opinou-se pelo deferimento do recurso da Fepaf em relação aos seguintes pontos: a regularidade de reajuste de preço do contrato após 12 meses de vigência; a regularidade dos pagamentos referentes ao acréscimo no número de famílias a partir do primeiro termo aditivo e à possibilidade legal de se proceder à compensação dos valores devidos pelo Incra em função das notas fiscais não pagas ao fim do contrato (peça 2, p. 158-176).

Foram então refeitos os cálculos pelo Incra-SP, considerando como valor a ser ressarcido apenas as diferenças pagas no primeiro ano de contrato e levando em consideração o aumento do número de famílias do primeiro termo aditivo. Considerou-se também a compensação dos valores devidos pelo Incra. Utilizou-se o seguinte método: os valores históricos das diferenças mensais, que somam R\$ 1.656.384,03, foram corrigidos até a data final do contrato, em 10/1/2011, encontrando-se o valor de R\$ 2.192.574,69 (IPCA e juros de mora conforme programa de débito do TCU). Desse montante, foi deduzida a importância de R\$1.334.773,01, referente ao valor devido pelo Incra-SP, apurando-se a dívida líquida da Fepaf em R\$ 857.801,68 (data base de 10/1/2011). Esse valor foi então atualizado para 6/8/2012, encontrando-se o valor final de R\$ 1.112.450,00, incluindo IPCA e juros de mora pelo programa Débito (peça 2, p. 216-256).

Encaminhada a cobrança à Fepaf (peça 2, p.260-262), a entidade contratada se manifestou contrária aos cálculos, por entender não ser cabível a aplicação de juros de mora sobre as parcelas a serem ressarcidas (peça 2, p. 270-276). Examinado o recurso, o Incra-SP manteve o critério de aplicação de juros de mora. Com alguns ajustes, o valor cobrado à Fepaf, com data base de 1/10/2012, passou a ser de R\$ 1.071.628,75 (peça 2, p. 296-356).

A Fepaf interpôs novo recurso, em 14/11/2012, mantendo a discordância de aplicação de juros de mora, utilizando, entre outros argumentos, o de que o TCU não determinou sua incidência no Acórdão 1556/2011-TCU- Plenário e que, nos termos do Regimento Interno do TCU, se caracterizada boa-fé esses não são devidos (peça 2, p. 364-380). Em ofício à Fepaf, de 17/5/2013, o Incra-SP se manifestou no sentido de que com base em parecer da Procuradoria Federal Especializada não seria possível rediscutir a matéria, mantendo-se a decisão proferida quanto aos valores então apurados (peça 2, p. 424-426).

Ante o não recolhimento da dívida, foi instaurada a Tomada de Contas Especial. Em 12/7/2013 a contratada foi notificada a recolher o valor de R\$ 1.134.573,98, atualizado para a data de 1/7/2013, ou apresentar defesa (peça 2, p. 460-470). A Fepaf apresentou defesa insistindo na improcedência da aplicação de juros de mora sobre a dívida (peça 2, p. 490-508). Por meio de ofício de 15/10/2013, a CTCE indeferiu a defesa por entender que os juros de mora cobrados estão em consonância com o art. 4º c/c art. 9º da Instrução Normativa - TCU 71/2012 e com assento no art. 59, da Lei 8.666/1993 (peça 2, p. 526-589), emitindo nova cobrança à contratada, no valor atualizado de R\$ 1.159.245,40. Por fim, no Relatório de TCE, de 6/8/2014, indeferidas todas as defesas, o débito foi quantificado em R\$ 1.241.954,86, já atualizado e com juros de mora até aquela data (peça 3, p. 216-266).

4. EXAME TÉCNICO

De acordo com a documentação acostada nos autos, depreende-se que tanto no transcorrer do processo administrativo, quanto na fase interna da tomada de contas especial, a Fepaf não se posicionou contrariamente ao ressarcimento de parte dos valores recebidos a título de reajuste do contrato CRT/SP/6/2008. O desentendimento entre as partes se deu sempre pelos critérios de apuração da importância devida. No decorrer do processo administrativo a Fepaf apresentou quatro contestações (peça 2, p. 122-156; 270-276; 364-380 e 410-412). No âmbito da TCE apresentou defesa no mesmo sentido quanto à metodologia de cálculo (peça 2, 490-508).

O contrato teve vigência de 2/7/2008 a 31/1/2011, tendo sido emitidas nesse período o total de 31 notas fiscais mensais de prestação de serviço, que somaram R\$ 17.286.182,43. O Incra efetuou o pagamento integral de 28 dessas notas fiscais, no total de R\$ 15.761.151,75, tendo deixado de fazer, ao fim do contrato, o pagamento de três faturas, remanescendo a favor da contratada a importância de R\$ 1.334.773,01, retida pelo Incra-SP. Esse valor, com entendimento firmado pela área jurídica do Incra, pode ser compensado do valor a ser ressarcido pela Fepaf.

A despeito da metodologia adotada pelo Incra-SP, cumpre assinalar que assiste razão à Fepaf quanto à improcedência de aplicar juros de mora na fase interna da TCE. Nos termos do § 1º do art. 202 do RI/TCU, somente quando houver condenação pelo Tribunal e não constatada a boa-fé o

débito apurado será acrescido de juros de mora. Por simetria, também não cabe aplicação de juros de mora sobre o valor retido pelo Incra-SP.

Resta, dessa forma, apenas incidência de atualização monetária, tanto dos valores de reajuste pagos a maior até o fim do primeiro ano de contrato, quanto das notas fiscais não pagas pelo Incra-SP. Os valores pagos a maior pelo Incra-SP devem ser corrigidos a partir da data de pagamento das notas fiscais e os valores de crédito da Fepaf a partir da data de emissão das notas fiscais não pagas pelo Incra-SP. O mesmo deverá ser feito com o valor histórico de ressarcimento das despesas de veículos, que deve ser atualizado a partir da data de sua apuração. A soma algébrica dessas parcelas consistirá no valor total devido atualizado. Ou seja, deve ser adotado o seguinte procedimento:

- a) as diferenças mensais de pagamento do quarto ao décimo-segundo mês do contrato, no valor histórico de R\$ 184.042,67, constituem parcelas de débito da Fepaf, devendo ser atualizadas monetariamente pelo IPCA desde as datas de pagamento das respectivas notas fiscais;
- b) o valor apurado de ressarcimento pela cessão de veículos, no valor histórico de R\$ 138.000,00, constitui débito da Fepaf, devendo ser atualizado monetariamente pelo IPCA desde 13/12/2010, data de apuração da quantia então devida;
- c) as importâncias das três notas fiscais emitidas pela Fepaf ao fim do contrato e não pagas pelo Incra-SP, constituem parcelas de crédito da contratada, devendo ser atualizadas monetariamente pelo IPCA desde as datas de emissão das notas fiscais,
- d) não há incidência, nesta fase do processo, de juros de mora sobre as parcelas de débito e de crédito

Deve-se, portanto, ajustar a dívida apurada pela Comissão de Tomada de Contas Especial do Incra-SP, sem aplicação de juros de mora e procedendo aos lançamentos de débitos (importâncias pagas a maior à Fepaf e ressarcimento de despesas de transporte) e de créditos (compensação das importâncias devidas pelo Incra-SP pelas notas fiscais não pagas) de acordo com os valores históricos nas datas de ocorrência dos pagamentos e de vencimento das respectivas notas fiscais;

A tabela a seguir apura a dívida líquida da Fepaf, que perfaz R\$ 321.611,02 em valores históricos, resultado da soma de 9 parcelas de R\$ 184.042,67, relativamente às notas fiscais com valor unitário indevidamente reajustado, da parcela de R\$ 138.000,00, referente ao ressarcimento pela cessão indevida de veículos à contratada, e do abatimento de R\$ 1.334.773,01 das notas fiscais não pagas pelo Incra-SP. Todas as parcelas são então reajustadas pelo IPCA para uma mesma data. Feito isso, apura-se a dívida líquida da fepaf em valores atualizados, de R\$ 687.829,44 (maio de 2016). Esse método de atualizar as parcelas de débito e crédito individualmente e proceder ao final à soma algébrica das parcelas atualizadas resulta necessariamente no mesmo valor apurado pelo programa de débito do TCU, lançando-se cada uma das parcelas de débito e crédito e suas respectivas data-base (peça 5).

Mês	NF	famílias	VALOR REFERÊNCIA		VALOR PAGO		DIFERENÇA	D/C	DATA	ATUALIZAÇÃO 01/05/2016
			Unitário	Total	Unitário	Total				
07/2008	NF 4216	7946	45,00	357.570,00	45,00	357.570,00	-	-	06/08/2008	-
08/2008	NF 4367	7946	45,00	357.570,00	45,00	357.570,00	-	-	01/09/2008	-
09/2008	NF 4542	7946	45,00	357.570,00	45,00	357.570,00	-	-	07/10/2008	-
10/2008	NF 4696	8627	45,00	388.215,00	66,33	572.257,67	184.042,67	D	05/11/2008	295.280,91
11/2008	NF 4888	8627	45,00	388.215,00	66,33	572.257,67	184.042,67	D	11/12/2008	294.231,92
12/2008	NF 5024	8627	45,00	388.215,00	66,33	572.257,67	184.042,67	D	30/12/2008	294.231,92
01/2009	NF 5132	8627	45,00	388.215,00	66,33	572.257,67	184.042,67	D	04/02/2009	292.023,53
02/2009	NF 5235	8627	45,00	388.215,00	66,33	572.257,67	184.042,67	D	14/05/2009	288.453,29
03/2009	NF 5671	8627	45,00	388.215,00	66,33	572.257,67	184.042,67	D	18/06/2009	287.109,85
04/2009	NF 5685	8627	45,00	388.215,00	66,33	572.257,67	184.042,67	D	14/07/2009	286.079,26
05/2009	NF 5694	8627	45,00	388.215,00	66,33	572.257,67	184.042,67	D	29/07/2009	286.079,26
06/2009	NF 5848	8627	45,00	388.215,00	66,33	572.257,67	184.042,67	D	03/08/2009	285.379,94
TOTAL PAGO A MAIOR							1.656.384,03	D		2.608.869,88
12/2010	NF 8538	(saldo do pagamento parcial efetuado em 31/12/2010)					328.257,67	C	13/12/2010	476.673,26
01/2011	NF 8825	(valor total da NF não paga ao fim do contrato)					572.257,67	C	10/01/2011	825.785,66
02/2011	NF 8609	(valor total da NF não paga ao fim do contrato)					572.257,67	C	10/02/2011	818.975,65
02/2011	Ressarcimento cessão de veículos						- 138.000,00	D	13/12/2010	- 200.394,13
TOTAL DE VALORES A COMPENSAR							1.334.773,01	C		1.921.040,44
SALDO A FAVOR DO INCRA							321.611,02	D		687.829,44

5. RESPONSABILIZAÇÃO

Na fase interna da Tomada de Contas Especial foram incluídos na relação processual como responsáveis solidários pelo débito, além da pessoa jurídica da Fepaf, o seu dirigente e presidente à época da celebração do primeiro termo aditivo, Iraê Amaral Guerrini (CPF 016.386.408-07), bem como os então gestores do Incra-SP, Raimundo Pires Silva (CPF 022.766.778-64) e Guilherme Cyrino Carvalho (CPF 210.515.198-10), respectivamente Superintendente Regional e Superintendente Regional Substituto (peça 3, p. 204).

O Sr. Guilherme Cyrino Carvalho, então Superintendente Regional Substituto do Incra-SP, ordenador de despesas, apresentou defesa, datada de 31/3/2014 e protocolada em 1/4/2014. Argumentou principalmente a inexistência de nexos de causalidade entre a possível irregularidade apontada pelo TCU em relação ao contrato CRT/SP/6/2008 e sua atuação como Superintendente Regional Substituto do Incra-SP, não tendo ele firmado o primeiro termo aditivo. Ressalta que não foi ouvido previamente no processo administrativo (peça 3, p. 10-34). A defesa do Sr. Guilherme Cyrino Carvalho não foi conhecida pelo Incra-SP, por perda de prazo, uma vez ter sido protocolada 1 dia após a data fatal (peça 3, p. 42):

Na condição de Presidente da Comissão de Tomada de Contas Especial (CTCE), instaurada pela Portaria supracitada, venho notificar V.S. que a defesa apresentada em 1/4/2014 não foi conhecida, com fulcro no art. 63, I, da lei n. 2 9.784/99, por ser intempestiva, haja vista que o prazo prorrogado concedido exauriu-se na data de 31/3/2014, conforme se observa nas cópias dos documentos em anexo.

O Sr. Guilherme Cyrino Carvalho impetrou ação de Mandado de Segurança na Justiça Federal, pela qual obteve liminar “para determinar à autoridade impetrada o recebimento e processamento da Defesa Administrativa apresentada nos autos da Tomada de Contas Especial 54190.005754/2012-37, afastando a intempestividade alegada” (peça 3, p. 282-286). Em 5/3/2015 foi concedida a Segurança, ratificando a decisão liminar (peça 3, p. 395-398). A defesa foi então apreciada pela CTEC em 17/6/2015, tendo sido indeferida (peça 3, p. 408-414).

O Sr. Raimundo Pires Silva, então Superintendente Regional do Inkra-SP, que assinou o primeiro termo aditivo, apresentou defesa, datada de 12/4/2014 e protocolada em 24/4/2014. Argumentou principalmente que não foi ouvido previamente no processo administrativo sobre a irregularidade apontada pelo TCU em relação ao contrato CRT/SP/6/2008, de tal modo que entendia como nula a notificação para que recolhesse o débito a ele imputado (peça 3, p. 89-93). A defesa do Sr. Raimundo Pires Silva, que não recorreu da decisão da CTCE, não foi conhecida pelo Inkra-SP, por perda de prazo, uma vez ter sido protocolada 10 dias após a data fatal (peça 3, p. 95):

Na condição de Presidente da Comissão de Tomada de Contas Especial (CTCE), instaurada pela Portaria supracitada, venho notificar V.S. que a defesa apresentada em 24/4/2014 não foi conhecida, com fulcro no art. 63, I, da lei n. 2 9.784/99, por ser intempestiva, haja vista que o prazo concedido se exauriu na data de 14/3/2014, conforme se observa nas cópias dos documentos em anexo.

Relativamente à responsabilização dos gestores do Inkra-SP na época do contrato, observou-se que na etapa do processo administrativo, instaurado por determinação expressa no item 9.2.1 do Acórdão 1556/2011-TCU-Plenário, eles não foram ouvidos. Apenas na fase interna da TCE foram eles notificados para apresentação de defesa e/ou recolhimento do débito, solidariamente com a contratada (peça 2, p. 576-586), sem que se tenha sido demonstrada a responsabilização subjetiva de ambos em termos de individualização de conduta, dano, nexos causal e culpabilidade. Ressalta-se que no processo de representação, que deu origem ao Acórdão 1556/2011-TCU-Plenário, não se imputou responsabilidade desses agentes públicos, tanto que não foram chamados em audiência para apresentação de razões de justificativas. Deve-se, portanto, excluir os Srs. Raimundo Pires Silva e Guilherme Cyrino Carvalho.

Excluída a responsabilidade dos agentes públicos, resta a responsabilidade exclusiva da pessoa jurídica contratada pela administração. É pacífico no TCU o entendimento de que a pessoa jurídica de direito privado contratada pelo Poder Público responde em casos de prejuízos causados ao erário fruto dessa relação jurídica e, em recente deliberação do Tribunal, adotada por unanimidade, entendeu-se a possibilidade de imputar débito exclusivamente a uma empresa, de modo que o agente particular que tenha dado causa a um dano ao erário está sujeito à jurisdição desta Corte de Contas independentemente de ter atuado em conjunto com agente da Administração Pública, conforme o art. 71, inciso II, da Constituição Federal” (Acórdão 946/2013-Plenário).

De outra parte, não cabe imputação de responsabilidade solidária ao então dirigente da Fepaf. O Sr. Iraê Amaral Guerrini era Diretor-Presidente da Fepaf quando da celebração do primeiro termo aditivo, firmado por ele com presunção de legalidade com base em norma expedida pelo próprio Inkra. Durante a etapa da cobrança administrativa dos valores glosados e na fase interna da Tomada de Contas Especial, não dirigia a entidade. Na primeira defesa apresentada pela Fepaf, em 5/4/2012, o Sr. Iraê Amaral Guerrini já não era mais Diretor-Presidente da entidade (peça 2, p. 120). Quanto aos dirigentes posteriores, os atos praticados foram de defesa jurídica dos interesses da entidade, não cabendo a eles responsabilidade pessoal por dívida. Ademais, por se tratar de contrato e inexistindo provas de locupletamento de pessoas físicas, não há que se falar em responsabilidade solidária de representantes legais por dívida da pessoa jurídica, a não ser em hipótese de desconsideração dessa, que não é o caso. Deve-se, portanto, também excluir o Sr. Iraê Amaral Guerrini da relação processual.

6. CONCLUSÃO

Esta instrução permitiu, na forma dos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU, definir a responsabilidade da Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf e apurar o débito a ela atribuída. Propõe-se, por conseguinte, que se promova a citação da responsável para que apresente alegações de defesa e/ou recolha aos cofres do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária a importância quantificada.

7. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, propõem-se o encaminhamento dos autos ao Ministro Relator para deliberação sobre:

I – Excluir da relação processual a responsabilidade de Iraê Amaral Guerrini (CPF 016.386.408-07), Raimundo Pires Silva (CPF 022.766.778-64) e Guilherme Cyrino Carvalho (CPF 210.515.198-10);

II – Ajustar a dívida apurada pela Comissão de Tomada de Contas Especial do Incra-SP, expurgando os juros de mora da base de cálculo e procedendo aos lançamentos de débitos (importâncias pagas a maior à Fepaf e ressarcimento de despesas de transporte) e de créditos (compensação das importâncias devidas pelo Incra-SP pelas notas fiscais não pagas) de acordo com os valores históricos nas datas de ocorrência dos pagamentos e de vencimento das respectivas notas fiscais;

II - Citar a **Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf** (CNPJ 50:786.714/0001-45), na pessoa de seu representante legal, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do Regimento Interno do TCU, para que, no prazo de quinze dias, apresente alegações de defesa e/ou recolha aos cofres do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária a importância em valores históricos de R\$ 321.611,02, a ser atualizada monetariamente a partir das datas de ocorrência das parcelas de pagamentos e compensações demonstradas no quadro abaixo, até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade valores eventualmente já ressarcidos, na forma da legislação vigente, em face da ocorrência a seguir:

Ocorrência: Irregularidades associadas ao contrato CRT/SP/6/2008: (1) valores recebidos indevidamente pela Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais (Fepaf) em decorrência da majoração indevida do valor fixado no contrato, o qual passou de R\$ 540,00 por família/ano para R\$ 796,00 por família/ano, por meio do primeiro termo aditivo ao contrato, sem amparo legal; (2) disponibilização indevida pelo Incra-SP de veículos para transporte de técnicos, encargo que deveria ter sido assumido pela Fepaf, conforme dispõe a cláusula sétima do contrato.

05/11/2008	D	R\$	184.042,67
11/12/2008	D	R\$	184.042,67
30/12/2008	D	R\$	184.042,67
04/02/2009	D	R\$	184.042,67
14/05/2009	D	R\$	184.042,67
18/06/2009	D	R\$	184.042,67
14/07/2009	D	R\$	184.042,67
29/07/2009	D	R\$	184.042,67
03/08/2009	D	R\$	184.042,67
13/12/2010	D	R\$	138.000,00
13/12/2010	C	R\$	328.257,67
10/01/2011	C	R\$	572.257,67
10/02/2011	C	R\$	572.257,67

Débitos:

III- Informar à entidade que, caso venha a ser condenada pelo Tribunal, o débito ora apurado será acrescido de juros de mora, nos termos do § 1º do art. 202 do RI/TCU.

São Paulo-SP, 18 de maio de 2016.

ANTONIO CARLOS MERLIM
Auditor Federal de Controle Externo