

GRUPO II – CLASSE II – Primeira Câmara

TC 033.169/2015-2

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Superintendência Regional de São Paulo (00.375.972/0010-51)

Responsáveis: Guilherme Cyrino Carvalho (210.515.198-10); Paulo Sérgio Miguez Urbano (664.853.478-87); Raimundo Pires Silva (022.766.778-64); Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais (50.786.714/0001-45)

Representação legal: Diego Batella Medina (293.532/OAB-SP) e outros, representando Paulo Sérgio Miguez Urbano e Guilherme Cyrino Carvalho.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTRATO CRT/SP/6/2008. INCRA-SP. IMPUGNAÇÃO PARCIAL DE DESPESAS. CITAÇÃO. REVELIA DE UM DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS DEMAIS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA.

RELATÓRIO

Por registrar as principais ocorrências do processo até o momento, resumindo os fundamentos das peças acostadas aos autos, adoto como relatório, com os ajustes necessários, a instrução da secretaria responsável pela análise da demanda (peça 37), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 38-39):

“1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), em razão da impugnação parcial de despesas realizadas com recursos destinados à execução do contrato CRT/SP/6/2008, 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 (50.786.714/0001-45), entidade executora do contrato e aos Senhores Iraê Amaral Guerrini (016.386.408-07), Diretor Presidente da Fepaf, Raimundo Pires Silva (022.766.778-64), Superintendente Regional do Incra-SP, e Guilherme Cyrino Carvalho (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 precípuo 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 1.556/2011-TCU- Plenário. No transcorrer de auditoria operacional realizada pela Secex-SP no programa de Assessoria Técnica, Social e Ambiental para Assentados da Reforma Agrária (ATES) do Incra-SP, tratada no TC 023.203/2009-8, a equipe detectou indícios de irregularidades em dois instrumentos firmados com a Fundação de Estudos e Pesquisas Agrárias e Florestais (Fepaf), motivando 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 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 72, de 12/5/2008, então vigente. Eis a cláusula de preço do contrato (peça 1, p. 316-334):

‘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 de R\$ 45,00 por família/mês (R\$ 540,00/12). Após o terceiro mês de vigência do contrato sobreveio a Norma de Execução Incra 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. 356-360):

‘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 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 pretensão fundamentada na referida Norma de Execução, além de não estar previsto nas cláusulas contratuais, não possuía respaldo na Lei 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 1.556/2011-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 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 do monitoramento concluiu-se que, com base nas informações prestadas, as determinações contidas no Acórdão 1.556/2011-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 3.021/2011-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 1.556/2011-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, ser 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 3.021/2011-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 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, 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 3.021/2011-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, refez 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 3.021/2011-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 3.021/2011-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 3.021/2011-TCU-Plenário, prolatado no âmbito do processo TC-026.055/2011-2 (monitoramento), e do item 9.2.1.1 do Acórdão 1.556/2011-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 1.556/2011-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 3.021/2011-TCU-Plenário’.

Foi então prolatado o Acórdão 1.565/2012-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 3.021/2011-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)/Inkra 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 1.556/2011-TCU-Plenário, de 8/6/2011, e dos que os seguiram sobre o assunto.

3. QUANTIFICAÇÃO DO DÉBITO

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 1.556/2011-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).

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).

[Figura consta no original, peça 37, p. 8]

Registre-se que o método de atualizar as parcelas (débitos e créditos) 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).

4. RESPONSABILIZAÇÃO

Relativamente à responsabilização da empresa contratada, 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 até mesmo 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).

Na fase interna da Tomada de Contas Especial foram incluídos pelo tomador de contas na relação processual como responsáveis solidários pelo débito com a entidade contratada as seguintes pessoas físicas: Iraê Amaral Guerrini (016.386.408-07), presidente da Fepaf à época da celebração do primeiro termo aditivo, Raimundo Pires Silva (022.766.778-64), Superintendente Regional do Incra-SP, que firmou o 1º Termo Aditivo ao contrato CRT/SP/6/2008, e Guilherme Cyrino Carvalho (210.515.198-10), Chefe da Divisão Administrativa do Incra-SP e Superintendente Regional Substituto, que ordenou os pagamentos decorrentes do aditivo.

O Sr. Guilherme Cyrino Carvalho apresentou defesa, datada de 31/3/2014 e protocolada em 1/4/2014. Argumentou principalmente a inexistência de nexo 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 de Guilherme Cyrino Carvalho não foi conhecida pelo Incra-SP, por perda de prazo, 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 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. 424-430).

O Sr. Raimundo Pires Silva apresentou defesa, datada de 12/4/2014 e protocolada em 24/4/2014. Sem adentrar no mérito, basicamente argumentou 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 não foi conhecida pela CTCE do Incra-SP, por perda de prazo, 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 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.’

Malgrado o formalismo exacerbado do tomador de contas, cumpre notar que falhas nos procedimentos de conceder aos agentes responsabilizados o exercício do contraditório e da ampla defesa na fase interna da tomada de contas especial não invalidam os demais atos processuais, pois somente em sua fase externa, a qual ocorre no âmbito do TCU, torna-se obrigatória a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Na fase interna da tomada de contas especial ainda não se tem propriamente processo caracterizado por lide, mas, sim, procedimento de apuração administrativa. Na fase inicial, embora haja a previsão de notificação para que o responsável traga aos autos os documentos que entenda úteis para o esclarecimento da situação, a falta de sua realização não exclui a responsabilização dos agentes.

A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a instauração do contraditório e da ampla defesa, para fins de condenação dos responsáveis por parte desta Corte de Contas, somente se dá na fase externa do processo de tomada de contas especiais, ou seja, por meio de sua regular citação, sendo irrelevante, para a configuração do contraditório, a ocorrência ou não de notificação anterior pelo órgão concedente (Acórdãos 1.404/2014-TCU-Plenário, 1.991/2014-TCU-Plenário, 2.875/2014-TCU-Plenário, 4.578/2014-TCU-1ª Câmara, 5.661/2014-TCU-1ª Câmara, 6.941/2015-TCU-1ª Câmara e 874/2016-TCU-1ª Câmara, dentre outros).

5 - CITAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS

Em instrução preliminar (peça 6), encaminhou-se os autos ao Ministro Relator para deliberação quanto à manutenção ou exclusão da responsabilidade dos gestores do Incra-SP, considerando que no TC 017.120/2010-1, representação que originou o Acórdão 1.556/2011-TCU-Plenário, não se havia imputado responsabilidade aos agentes públicos, não tendo sido eles chamados em audiência para apresentação de razões de justificativas, bem como que, na etapa do processo administrativo instaurado pelo Incra-SP por determinação expressa do item 9.2.1 do referido acórdão, eles não foram arrolados como responsáveis. 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).

Quanto ao dirigente da Fepaf à época dos fatos, se propôs a exclusão da responsabilidade solidária de Iraê Amaral Guerrini, tendo em vista que, por se tratar de contrato, não há que se falar em responsabilidade solidária de representante legal por dívida da contratada, a não ser na hipótese de desconsideração da personalização jurídica da entidade.

Por Despacho de 11/10/2016 (peça 8), o excelentíssimo Ministro Relator manifestou-se de acordo com a exclusão de Iraê Amaral Guerrini da relação processual, mantendo, contudo, a responsabilização dos gestores do Incra-SP, haja vista que a ausência de demonstração, no âmbito da fase interna da TCE, da conduta, do nexo de causalidade e da culpabilidade dos responsáveis, não inviabiliza sua citação no âmbito desta Corte e que tampouco se pode excluir, automaticamente, a responsabilidade dos gestores em razão de não terem sido chamados aos autos do TC 017.120/2010-1, ressaltando que o item 9.2.2.2 do Acórdão 1.556/2011-TCU-Plenário determinou que, caso necessária a instauração de TCE, deveriam ser identificados os responsáveis, depreendendo-se, portanto, que aquele processo não teve por objetivo exaurir as apurações referentes às ocorrências então verificadas.

Ademais, assinalou que nos elementos constantes nos autos há evidências de que servidores do Incra-SP teriam adotado condutas que contribuíram para a ocorrência do débito, como se pode observar à peça 1, p. 356 a 360 (termo aditivo assinado por Raimundo Pires Silva), à peça 3, p. 104-196 (autorizações de pagamentos assinados por Guilherme Cyrino Carvalho) e à peça 3, p. 98-102 (pareceres jurídicos que aprovam a assinatura do termo aditivo). Ante esses indícios, destacou não vislumbrar, naquele momento, motivos para responsabilizar unicamente a Fepaf quanto ao débito identificado, cabendo à unidade técnica aprofundar a análise dos elementos constantes nos autos para caracterizar a responsabilidade dos demais envolvidos.

Em face do referido Despacho do Ministro Relator, além da manutenção da responsabilização dos gestores do Incra-SP, exsurge, da menção à peça 3, p. 98-102, a inclusão da responsabilidade do autor do parecer jurídico que embasou o ato ilegal praticado. Relativamente à responsabilização de parecerista jurídico, esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que esse profissional pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa.

Visto isso e com base nos elementos constantes nos autos, foram citados pelo débito a Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf e, solidariamente, pela inobservância dos arts. 54, § 1º e 55, III, da Lei 8.666/93, com acento nos arts. 37, *caput*, e 70, § único, da CF, com os seguintes agentes responsáveis:

* Raimundo Pires Silva, ex-Superintendente Regional do Incra-SP, exonerado em 20/6/2011 (peça 3, p. 200), que homologou o ato que deu ensejo à majoração e aos pagamentos irregulares relativos ao primeiro termo aditivo contratual (peça 1, p. 356 a 360).

* Guilherme Cyrino Carvalho, exonerado em 9/2/2011 (peça 3, p. 198), que, como chefe da Divisão Administrativa do Incra-SP, tratou da elaboração do termo aditivo (peça 3, p. 102) e, na qualidade de ordenador de despesas do órgão, autorizou todos os pagamentos efetuados a maior em função do reajuste indevido do preço do contrato (peça 3, p. 104-120), em inobservância dos arts. 54, § 1º e 55, III, da Lei 8.666/93, com acento nos arts. 37, *caput*, e 70, § 1º, da CF.

* Paulo Sérgio Miguez Urbano que, na qualidade de Procurador Regional do Incra em São Paulo, emitiu parecer jurídico apenas formal e lacônico, manifestando-se pela regularidade do aditivo contratual em foco, sem abordar e aprofundar a incidência dos dispositivos legais que o exame da matéria exigia.

6. DEFESAS APRESENTADAS

Regularmente citados, apresentaram defesa Paulo Sérgio Miguez Urbano, Procurador Regional do Incra em São Paulo (peça 32); Guilherme Cyrino Carvalho, Chefe da Divisão Administrativa do Incra-SP (peça 36) e Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf (peça 23),

tendo permanecido silente Raimundo Pires Silva, ex-Superintendente Regional do Inkra-SP.

6.1 - Defesa de Paulo Sérgio Miguez Urbano

Inicialmente Paulo Sérgio Miguez Urbano reclama que o TCU encaminhou a citação para endereço em que não mais reside. Informa que mantém domicílio e atual endereço constante no cadastro atualizado da Advocacia Geral da União. Em vista disso, ‘diante do exposto e do JUSTO MOTIVO, visando evitar eventuais prejuízos processuais, nulidades, ou mesmo eventual ofensa ao princípio constitucional do Devido Processo Legal e Ampla Defesa (art. 5º, LV da Constituição Federal) e do comparecimento espontâneo do requerido, requer a DEVOLUÇÃO DO PRAZO para defesa, conforme prescreve o parágrafo único do art. 186 do Regimento Interno do TCU, art. 27, parágrafo único, e art. 67 da Lei Federal 9.784/1999, bem como o art. 223, § 2º da Lei Federal 13.105/2015’.

Em seguida, defende a tese da prescrição do presente caso com fulcro nos termos do art. 12 do Decreto 20.910/32 c/c art. 142 da Lei 8.112/90, Regime Jurídico dos Servidores, e art. 189 do Código Civil. Argumenta que, ‘conforme se verifica dos documentos acostados nos autos, o contrato em análise foi firmado em 2/7/2008 e encerrado em 31/1/2011, sendo que a manifestação do requerido ocorreu em 28/10/2008, ou seja, há mais de 9 (nove) anos’:

‘Além disso, verifica-se também que entre o início do contrato, execução, prestação de contas, instauração e conclusão da TCE, instauração do processo administrativo no TCU (julho/2015) e a responsabilização do requerido de última hora, passaram mais de 9 (nove) anos!

Assim sendo, verifica-se que no caso em tela as condutas do requerido questionadas e utilizadas pela Secex/SP para enquadrá-lo no rol de responsáveis ocorreram há mais de 8 anos, prazo prescricional utilizado pelo próprio TCU para responsabilização de servidor público, tendo em vista o precedente do Acórdão. 1.314/2013, em que o Plenário concluiu pela adoção de prazo prescricional de cinco anos, com base na analogia a diversas normas do Direito Público.

Não se pode admitir, frise-se desde já, que se defenda qualquer hipótese de interrupção ou suspensão da prescrição, visto que tanto o processo de TCE instaurado no Inkra, como o processo administrativo junto ao TCU foram para apurar as condutas dos membros da Fepaf e não do servidor, Procurador Federal, ora requerido. Somente nesta oportunidade é que se permite ao requerido o direito de se defender, tanto é que não foi ouvido até então e, como se mencionou, só foi incluído no último momento do processo, de forma apressada e arbitrária pela D. Secex/SP.

Com efeito, a prescrição não visa proteger qualquer suposto infrator, mas sim, com fundamento no princípio constitucional da segurança jurídica, evitar que apurações se perpetuem em uma perseguição interminável. O tempo, portanto, é fundamental para o exercício do contraditório e da ampla defesa.’

Aponta que somente agora, no âmbito externo da TCE, foi notificado para se manifestar. E que ‘não se pode olvidar o princípio da segurança jurídica que informam os institutos da prescrição e decadência, no processo de tomada/prestação de contas, impõe o dever-poder de aplicar o prazo prescricional e decadencial, bem como reconhecê-los após o decurso do prazo de cinco anos’.

Afirma encontrar ‘dificuldade em preparar sua própria defesa, sendo-lhe obstada a obtenção de documentos fundamentais para comprovar a sua inocência, em razão do longo lapso temporal decorrido desde a época dos fatos’. E defende que o reconhecimento da prescrição, como no caso dos autos, é medida que se impõe, sobretudo pela consequência lógica da segurança jurídica e do direito ao devido processo legal. Assim sendo, tanto por força do disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32 c/c art. 142 da Lei 8.112/90, Regime Jurídico dos Servidores, e art. 189 do Código Civil, assim como pelo disposto no artigo 69, inciso II da IN/TCU/71/201 2’

Quanto ao devido processo legal, argumenta que não foi arrolado como responsável no processo de Tornada de Contas Especial instaurado pelo Inkra e que ‘sem qualquer oitiva do requerido, mesmo porque não fazia parte da apuração em sede de Tomada de Contas Especial, a Douta Divisão Técnica da Secex/TCU de São Paulo, no último momento do processo, de forma apressada e arbitrária, entendeu por bem incluir o requerido no rol de responsáveis SOLIDÁRIOS, tendo em

vista a sua atuação na qualidade de Procurador Federal do Incra em São Paulo’.

Menciona que consta na citação que ‘emitiu parecer manifestando-se pela regularidade do 1º Termo Aditivo ao contrato/CRT/SP/6/2008 sem abordar aspectos jurídicos relevantes que demonstrariam a inviabilidade legal de conceder à empresa contratada, após o terceiro mês de vigência, reajuste do preço contratado, em desconformidade com o art. 40, inc. XI, art.55, inc. III, da Lei 8.666/ 1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001’, tendo-se apontado comonexo de causalidade ‘sua omissão ao não abordar os aspectos jurídicos que inviabilizavam a assinatura do 1º Termo Aditivo, permitiu que a empresa contratada recebesse valores superiores aos previstos no instrumento de contrato, acarretando dano ao erário.’

Aduz que ‘da própria leitura da imputação já se percebe o malabarismo jurídico na tentativa de individualizar a culpa do requerido, sem, contudo, observar com rigor e nos termos da lei os próprios elementos dos autos do processo, cujas alegações e pressuposições expostas neste processo administrativo são descabidas pela análise minuciosa dos documentos’.

Declara que o nexode causalidade apontado na citação ‘conecta o nada com o nada, já que a conduta do requerido nunca foi decisiva para a contratação da Fepaf pela Superintendência do Incra, e não guarda qualquer relação com o dano posteriormente apurado’.

Menciona que, ‘como se diz no futebol, o requerido foi escalado no time perdedor aos 45 minutos do 2º tempo’ e que ‘somente agora, depois de quase uma década de processo administrativo, a D. Secex arbitrariamente decidiu que o requerido deveria ser responsabilizado, solidariamente, em uma dívida milionária’. Ressalta que ‘em nenhum outro momento do processo a conduta íntegra do requerido havia sido questionada pela auditoria da CGU, nem mesmo pelo relatório final da Comissão de Tomada de Contas Especiais do Incra’:

‘Com efeito, a Comissão de Tomada de Contas Especiais do Incra havia concluído pela responsabilização Fepaf e dos Superintendentes do Incra à época, de modo que o requerido não teve a oportunidade, e nem a obrigação, de apresentar sua defesa prévia à época. Tanto é verdade que o PRÓPRIO RELATÓRIO produzido pelo Auditor Federal de Controle Externo Antonio Carlos Merlim, em 18/5/2016, NÃO RESPONSABILIZAVA O REQUERIDO, vide fls. 1565/1575!

Sobre esse relatório, o Exmo. Min. Relator Bruno Dantas despachou, quebrando a isenção e o Princípio do Juiz Natural pelo qual deveria se orientar: ‘apure as responsabilidades dos gestores do Incra-SP (Guilherme Cyrino Carvalho, Raimundo Pires Silva e outros que eventualmente sejam identificados) quanto aos fatos de que tratam a peça 6 destes autos, autorizando, desde já, a realização de diligência, caso os elementos constantes nos autos sejam insuficientes para este fim’ (fls. 1577/1579).

Reclama que ‘não houve novas diligências, nem a juntada de novos elementos documentais’ e que ‘o Auditor simplesmente teve que OBEDECER o comando superior, e reorientar seu relatório para responsabilizar quem o Exmo. Min. Relator Bruno Dantas desejava, conforme relatório de 5/4/2017’.

‘E foi assim que o requerido foi responsabilizado SOLIDARIAMENTE: através de uma nulidade, uma excecência jurídica, que viciou o bom trabalho desenvolvido pelo Auditor e quebrou a regra da isenção e imparcialidade que lhe é exigida pelo Conselho Federal de Contabilidade.’

Entende que o ‘TCU quer responsabilizar o requerido pela confecção de um parecer, sem sequer juntar a íntegra do processo administrativo 54190.001749/2008-79, onde o parecer foi proferido’:

‘RESPIREM FUNDO: O TCU quer responsabilizar o requerido em função de uma CÓPIA do parecer proferido no processo administrativo 54190.001749/2008-79, juntada numa CÓPIA do processo de Mandado de Segurança 0016020-94.2011.403.6100 impetrado pela Fepaf, juntado na CÓPIA do processo administrativo 54190.003283/2011- 41, que por seu turno foi juntado neste processo TC 033.269/2015-2!

Veja que o benedito parecer do requerido, juntado na fl. 354 desse processo digital, FOI RENUMERADO 4 (QUATRO) VEZES, conforme rabiscado e carimbado em seu canto superior

direito!

Outro exemplo de omissão de documentos: na fl. 859 destes autos eletrônicos do TCU consta uma requisição da assistente do Incra ao requerido, sendo que a resposta proferida pelo requerido foi OMITIDA, conforme lapso na numeração do processo administrativo originário: fl. 727, 728, pulando para 739, (fl. 859/862 do processo eletrônico do TCU).

A omissão dos documentos do processo administrativo 54190.001749/2008-79, onde o parecer foi proferido é um inadmissível prejuízo à Defesa do requerido.’

Argumenta que ‘a Lei 9784/99 estabelece em seu artigo 2º e incisos I ao XIII, que a Administração Pública, incluindo aqui o próprio E. TCU, vez que trata de lei geral do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e de alcance nacional que obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, bem como os critérios de atuação conforme a lei e o Direito; atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação’.

Alude que a referida Lei Federal, em seus artigos 29 ao 47, também estabelece a forma pela qual deverá ser a instrução do processo administrativo, com destaque para o art. 29 e §1º que prevê que ‘As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. E, ainda, em seu art. 38, estabelece que ‘O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo:

‘Ora, Excelências, a instrução do presente processo administrativo não obedeceu aos princípios e critérios estabelecido na Lei dos Ritos do Processo Administrativo, portanto, padece de vício insanável e, para agravar ainda mais a situação, o requerido foi impedido de exercer seu direito fundamental de se defender previamente antes da tomada de decisão.

O fato é que já ocorreu a decisão e o julgamento do processo, de modo que qualquer eventual defesa apresentada terá, na prática, um efeito meramente formal, da qual é vedada!

Frise-se que a Constituição Federal, a Lei 9.784/99 e a própria Instrução Normativa 71/2012 do Tribunal de Contas da União assegura m no âmbito do Processo Administrativo de Tomada de Contas Especial, compreendido não só na fase externa que se dará no E. TCU, mas também na fase interna, ou seja, no Incra, o exercício pleno dos direitos e garantias individuais consubstanciados nos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, inclusive da revisibilidade das decisões administrativas.

Contudo, no caso dos autos esse conjunto normativo foi totalmente ignorado e, por conseguinte, violado todos os direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais do requerido, sobretudo porque sequer houve a instrução processual, não foi dado a oportunidade de apresentação de justificativas prévias, esclarecimentos ou informações acerca do contrato e de seus pareceres, não houve qualquer audiência; sequer permitiram a produção de provas, inclusive oitiva de testemunhas; não buscaram a verdade material mesmo tendo elementos para tanto e, por conseguinte, também violando o princípio do informalismo em favor do administrado e do

princípio da presunção de inocência, entre outros.

NO MÍNIMO deveriam ter lhe oportunizado uma possibilidade de defesa prévia em sede de Tomada de Contas Especial, ou ao menos oficiarem ao requerido (no endereço correto) para que ele prestasse os esclarecimentos necessários a evitar tão grave acusação e imputação!

Argumenta que ‘aqui fica bem claro a tentativa maliciosa de condenar meros funcionários do Inbra por ATACADO, sem qualquer preocupação com provas consistentes. É importante ter em mente que o requerido é sujeito de direitos, e não OBJETO de ajuste fiscal’.

Quanto ao mérito, questiona: ‘Por que o parecer do requerido é reputado ‘genérico’? Qual elemento estava faltando no parecer? Como que o trabalho do requerido foi DECISIVO para o suposto dano ao erário? Aliás, o que o suposto dano ao erário tem a ver com a conduta do requerido? Como o requerido deveria ter agido? Mas será que o requerido PODERIA ter agido de outra forma, diante dos elementos documentais que lhe eram apresentados para confecção do parecer?’

Segundo ele, são perguntas cuja resposta ‘passa, obrigatoriamente, pela exclusão da responsabilização do requerido nesse processo administrativo’. E que ‘a inclusão arbitrária e precipitada do requerido no rol de devedores solidários de uma dívida absurdamente desproporcional à renda e às economias de toda uma vida de trabalho HONESTO do requerido à frente da Administração Pública, qual seja, mais de 43 anos servindo a UNIÃO, obviamente, não passa de uma OBSCENIDADE!’

Destaca que ‘essa perversão punitivista é uma paixão que cega os colegas da D. Secex para a verdade de que o requerido não poderia ter sido responsabilizado de forma tão precipitada, e tão desrespeitosa ao art. 5º, LV da Constituição Federal’.

‘De modo que requer a imediata exclusão do requerido do rol de devedores solidários, encerrando sua participação nesse processo administrativo, tendo em vista a ausência de provas consistentes a respeito do nexo de causalidade entre o requerido e o dano, bem como insuficiente descrição da suposta conduta ilícita do Requerente.’

O inciso I do art. 10 da IN/TCU 71/2012 c/c. art. 2º, caput e incisos I ao XIII e arts. 29 a 47, todos da Lei 9.784/99 estabelecem que o tomador das contas deve relatar uma série de informações que tenham como objetivo a perfeita identificação dos fatos, do responsável, do valor a ser imputado, dentre outros elementos.

O tomador das contas deverá explicitar detalhadamente em seu relatório todos os aspectos que o levaram ao entendimento pela responsabilização, de forma que não restem dúvidas acerca da situação que deu origem ao dano, e da correta imputação de responsabilidade acerca dos fatos (alínea ‘e’ do inciso I da art. 10, IN/TCU 71/2012). Nesta análise, a responsabilidade do requerido NÃO FICOU CLARA no presente caso.’

Expressa que a ‘proteção dos direitos dos administrados não foi, nem de longe, observada no presente caso, vez que se exigiu de imediato o pagamento de absurda quantia do requerido sem, ao menos, verificar se de fato o requerido teve participação direta ou dela tenha tirado vantagem’. E que ‘diante do descumprimento do mandamento constitucional do direito ao contraditório e ampla defesa, se impõe como obrigação a anulação da referida cobrança realizada em desfavor do requerido, por ser contrária aos ditames expostos da Lei Federal de Processo Administrativo, bem como na principiologia existente em nossa Constituição’.

Questiona ‘em qual momento do processo se comprovou a omissão do requerido? em lugar algum! na individualização de sua responsabilidade, imputaram-lhe apenas a omissão, sem indicá-la expressamente nos autos’.

‘E uma vez comprovado que o requerido não concorreu para qualquer dano, de rigor será a sua exclusão deste processo administrativo, em atendimento ao art. 7º, II da IN/TCU 71/2012, sob pena de aprofundar ainda mais essa nulidade processual e material, que irá corroer a própria validade e exigibilidade da Dívida Ativa a ser futuramente executada.’

Subsidiariamente, requer a anulação do processo administrativo, tendo em vista a violação dos

princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como dos demais princípios corolários, nos termos da fundamentação.’

Esclarece que a Procuradoria Federal Especializada do Incra em São Paulo é órgão de execução da Procuradoria Geral Federal e compete-lhe, dentre outras, exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico aos órgãos do Incra e coordenar, orientar e supervisionar as atividades na condução dos processos administrativos da Autarquia, nos termos dos artigos 49 c/c 104 do Regimento Interno do Incra.

Declara que a Procuradoria Especializada do Incra em São Paulo atua em TODOS os procedimentos administrativos em tramite na Superintendência Regional, avaliando as questões eminentemente jurídicas, de modo que os aspectos de conveniência e oportunidade devem ser tratados na esfera administrativa, não sendo de competência da Procuradoria avaliá-los, mas sim da Gestão.

‘Nesse sentido, a manifestação da Assessoria jurídica do requerido, nos termos da legislação vigente, encontra-se amparada pela norma regulamentadora, pois não descuidou o legislador da necessidade do prévio exame e aprovação pelo setor jurídico das minutas de editais, contratos, convênios e afins, como condição para serem celebrados posteriormente.

A obrigatoriedade integra tanto o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, (‘As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinados e aprovados por assessoria jurídica da Administração’), quanto o art. 55 do Decreto 93.872/86 (‘Aplicam-se aos convênios, acordos ou ajustes, as mesmas formalidades e requisitos cabíveis exigidos para a validade dos contratos’) (Decreto-lei 2.300/86, art. 82), e também a própria instrução normativa, caput do artigo 4º da Instrução Normativa STN 1/1997, é clara ao estabelecer que: ‘Atendidas as exigências previstas no artigo anterior, o setor técnico e o de assessoria jurídica do órgão ou entidade concedente, segundo as suas respectivas competências, apreciarão o texto das minutas de convênio’.

Entende que ‘as consultas apostas às minutas acostadas aos autos não deixam dúvidas quanto ao parecer proferido: realmente encontravam-se regulares no seu aspecto formal técnico /jurídico, de acordo com os elementos carreados nos autos do processo administrativo do contrato, à época’. Aduz que ‘atendia ao preconizado na legislação que regulamenta a matéria à época, e não proferia parecer ‘genéricos’, muito pelo contrário, manifestou-se de forma complexa quando foi demandado pela Superintendência Regional do Incra/SP’.

Ressalta que ‘todo o processo licitatório que culminou com o contrato celebrado entre o Incra e a Fepaf, à época, foi acompanhado e discutido diretamente com os órgãos de controle, em especial a CGU e a Auditoria Interna, em razão do cumprimento dos compromissos assumidos pela Superintendência Regional do Incra para transição da gestão por convênio para contrato, por intermédio do processo licitatório. A minuta do edital, anexos e, por conseguinte, do contrato, portanto, foram submetidas aos órgãos de controle e nenhum óbice existia ou foi levanta do à época’.

Comenta que a qualidade e regularidade de um parecer não se avalia pela quantidade de folhas, mas sim pelo conteúdo que dele se extrai. ‘Ou seja, uma manifestação sobre a minuta de contrato ou termo aditivo na forma estabelecida e adotada pela Administração na íntegra não é razoável que se espera uma análise extensa, mas tão somente os aspectos técnicos e jurídicos, exatamente como feito, porém quando demandado para análise de outros aspectos, aí sim, deve ser aprofundado, repita-se, como feito pelo requerido!’.

Expõe que ‘não compreendia entre suas as funções as derivadas de análise e opiniões relacionadas ao mérito administrativo: oportunidade e conveniência, vez que esta é privativa/exclusiva do administrador público enquanto ente político, razão pela qual o relatório que muito recentemente decidiu pela responsabilização do procurador ser contraditório com a legislação de regência: Constituição Federal e Leis infraconstitucionais, entre elas a lei que regulamenta a Advocacia Geral da União, o regimento interno do Incra e outras’.

‘Repita-se que não é dever do Procurador Federal, ente integrante da Assessoria Jurídica,

manifestar-se quanto as questões de mérito administrativo - oportunidade e conveniência. Se fosse possível, ocorreria nas Administrações Públicas a inversão dos papéis e quem decidiria seria aquele que opinaria e vice-versa - fato este contrário ao ordenamento jurídico. Seria o 'paraíso' para aqueles que querem ver engessadas e paralisadas todas as políticas públicas, mas para o resto da população brasileira seria um 'inferno', mormente os assistidos e assentados que DEPENDEM do Incra.'

Cita em sua defesa que 'também é FUNDAMENTAL a leitura do parecer da AGU de fls. 636/654 (fls. 319/328 do processo 54190.003283/ 2011-41), que também opinou pela possibilidade de majorar o valor pago por famílias, considerando as especificidades do caso concreto, e visando evitar maiores prejuízos à política pública realizada em benefício dos assentados':

'Inexistência de reajuste em sentido estrito. Especificidades do serviço de ATEs (atual ATER) que demonstram não se tratar de reajuste tal qual entendido na lei 8.666/ 93. Tabelas de valores máximos para a contratação do serviço que eram na verdade, valores mínimos e defasados, tanto que essas tabelas foram revogadas e a atual legislação de ATER (Lei 12.188/10) diz que o preço é determinado pelo Incra em cada contratação, o que obviamente também varia de região para região.

Ora, esperamos que esse outro colega procurador federal subscritor deste parecer (fls. 636/654) também não seja considerado 'conivente com o dano', e arrolado intempestivamente no rol dos 'culpados em potencial', já que o fato desse novo parecer guardar ressonância com o parecer do requerido decorre simplesmente da opinião jurídica e da interpretação que ambos os profissionais independentemente retiraram das normas de Direito.'

Enfatiza que 'a Procuradoria manifesta-se somente sobre os aspectos eminentemente jurídicos e formais na tramitação dos procedimentos administrativos em tramite no âmbito da Administração Pública, através de seus pareceres' e que 'os pareceres jurídicos emanados pela Procuradoria do Incra e pelo requerido SÃO OPINATIVOS e não detém caráter vinculante, por ÓBVIO!'

Relata em seu favor que 'quando a Superintendência requisitava à Procuradoria que analisasse se a minuta de contratos, convênios ou aditamentos encontravam-se regulares nos seus aspectos técnicos ou jurídicos, o requerido se limitava a analisar a própria minuta pelo seu aspecto formal. Ao requerido a Superintendência não requisitava que se manifesta sobre a execução do objeto, contabilidade, prestação de contas ou questões financeiras, de modo que não cabia ao requerido suscitar qualquer irregularidade em seus pareceres, pois o requerido NÃO TINHA CIÊNCIA de qualquer irregularidade ou fraude à época, conforme SE COMPROVA pelos documentos acostados (ou não) aos autos!'

Ressalta que 'o assessor jurídico é instado a manifestar-se em processos administrativos para opinar acerca da juridicidade das ações que a Administração pretende tomar. A partir das suas ponderações, com o fim de evitar vícios de legalidade que possam causar a nulidade de atos administrativos que lhes são submetidos para apreciação, o Gestor toma a decisão de fazer ou deixar de fazer algo'

Argumenta que 'a culpa se configura quando o resultado danoso é alcançado voluntariamente pelo agente e os efeitos de seu comportamento são deliberadamente procurados por ele. A culpa caracteriza-se pelo comportamento negligente do autor do dano, abrangendo a imprudência e a imperícia, implicando, assim, abandono do dever de diligência ou da adoção de medidas capazes de evitar certos fatos considerados ilícitos'.

Aduz que 'a responsabilização do parecerista, nos dois primeiros casos, somente será possível quando o profissional atuar com desmazelo (negligência) e/ou sem um mínimo de cuidado técnico (imperícia). Seria a hipótese de um parecer calcado em tese flagrantemente contrária às normas vigentes, doutrina e jurisprudência majoritária, ou ainda emitido sem o devido cuidado de análise das peças processuais e informações constantes dos autos do processo, exatamente como foi analisado pela Corte Federal de Contas no Acórdão 899/2012, Plenário, em cuja assentada, reconheceu negligência do parecerista que deu parecer favorável em processo de dispensa de licitação no qual não havia pesquisa de preços'.

'Ao emitir seu parecer, cabia ao Procurador Municipal, por dever de ofício, alertar o então

Secretário de Saúde quanto a essa omissão, ou seja, à inobservância de um dos requisitos previstos no supracitado dispositivo legal, no entanto, apenas se manifestou no sentido de que o preço de custo da unidade mais a taxa operacional de 5% é aceitável (fl. 748 - Anexo 1 - vol. 3). Ante a insuficiência da fundamentação em seu parecer, torna-se Alexandre Magno Alves de Souza co-responsável com Tiago Barbosa Trindade pela irregularidade, sendo-lhe também devida a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. Ressalte-se que foi essa a medida adotada por este Tribunal, em matéria similar, constante do Acórdão 994/2006-TCU-Plenário.’

Alega que há de se considerar a teoria dos motivos determinantes, reconhecida pela doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça, como sendo crucial para análise da conduta do requerido, vez que os pareceres emitidos consideraram exclusivamente os documentos acostados aos autos do processo administrativo e sobre esses documentos não existia qualquer indícios de irregularidades no contrato, ao contrário, os autos estavam instruídos com os documentos técnicos e atos de gestão que demonstravam até o momento o cumprimento do objeto.

Ressalta que emitiu seus pareceres considerando a regularidade e a execução do contrato e, no caso em tela, principalmente, pela Norma de Execução do Incra - Diretoria de Desenvolvimento do Incra de Brasília - Norma de Execução/ INCRA/DD/ N2. 77, pois esses eram os elementos existentes nos autos do processo administrativo e disso justifica a sua conduta e ‘não qualquer irregularidade como pretende crer a D. Secex’.

Alega que ‘o dano ao erário não decorreu, portanto, nem mesmo reflexamente ou indiretamente, dos pareceres opinativos do requerido, ou da política pública de ATES, que é obrigatória por lei ou mesmo da ‘culpa in vigilante’ da equipe do Incra, que seguiu rigorosamente a norma de execução expedida pela Diretoria de Desenvolvimento do INCRA em Brasília’.

‘E considerando que o edital do processo licitatório e, por conseguinte, o contrato contaram com a análise e manifestação da Procuradoria Especializada do Incra sobre os termos das minutas, não tem sentido qualquer manifestação da Assessoria Jurídica sobre os termos do Programa de ATES, pois estes estão estritamente vinculados à Norma de Execução e Manual Operacional de ATES em vigor à época, cujo conteúdo de teor exclusivamente técnico, não precisava ser posto em questão pela análise jurídica, notadamente por ser absolutamente lícito seu objeto.

Tanto é verdade que atualmente o Programa de ATES encontra-se regulamentado pela Lei 12.188, de 11 de janeiro de 2011, que dispõe sobre Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária - PNATER e o Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária - PRONATER, altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências, cujos beneficiários são os beneficiários da Reforma Agrária, nos termos do art. 5, inciso 1.

Ou seja, a Procuradoria manifestava-se somente sobre os aspectos eminentemente jurídicos na tramitação dos procedimentos administrativos em tramites no âmbito da Administração Pública através de pareceres, pois ‘parecer’, segundo os Professores Adilson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, ‘é uma opinião técnica sobre qualquer assunto; mas em matéria de processo administrativo avulta de importância o parecer jurídico, ou seja, uma opinião técnica a respeito de questão de direito controvertido’, o que não se enquadra à situação em tela, já que o contrato não era controvertido.’

Ressalta que o parecer jurídico emanado pela Procuradoria do Incra não detém caráter vinculante e transcreve os ensinamentos dos Professores Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari (in Processo Administrativo):

‘O que se pretende dizer é que o parecer jurídico não tem e não pode ter a mesma sacralidade atualmente conferida a um atestado médico, que, no estágio atual da jurisprudência, é considerado como um verdadeiro dogma, pois mais inverossímil que possa ser. Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica, dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa ser uma opinião. Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução, até induz uma decisão, mas não decide.’’

Versa que ‘por se tratar de assunto pacífico na Superintendência Regional do Incra em São Paulo e na própria Presidência da Autarquia, é que a Procuradoria Especializada do Incra em São Paulo vinha assessorando juridicamente aquela Gestão, de forma adequada e nos termos de suas competências institucionais, ressalvando que os casos de mérito administrativo (oportunidade e conveniência) eram tratados exclusivamente pela própria Gestão e não pelo requerido’

‘Nesse sentido, vale lembrar os ensinamento do Professor Marçal Justen Filho ao tratar sobre o assunto Fiscalização pela Assessoria Jurídica, a saber:

‘Qual a consequência acerca da ausência de aprovação prévia por parte da assessoria jurídica? Deve-se reconhecer que a regra do parágrafo único destina-se a evitar a descoberta tardia de defeitos. Como a quase totalidade das formalidades, a aprovação pela assessoria jurídica não se trata de formalidade que se exaure em si mesma. Se o edital e as minutas de contratação forem perfeitos e não possuírem irregularidades, seria despropósito supor que a ausência de prévia aprovação da assessoria jurídica seria suficiente para invalidar a licitação. Portanto, o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica. Com isso, afirma-se que a ausência de observância do disposto no parágrafo único não é causa autônoma de invalidade da licitação...’

Ou seja, se a ausência de parecer da assessoria jurídica não transforma em irregular o ato administrativo praticado pela administração, conseqüentemente, não pode ensejar a invalidação do procedimento administrativo, quicá a existente de manifestação sucinta do requerido, limitando-se aos aspectos formais da minuta de contrato e termo aditivo, poderá acarretar qualquer prejuízo ou mesmo invalidar o procedimento administrativo em questão.

Vemos, portanto, que ausente o dolo não há como se imputar punições ao requerido. Não é outro o entendimento de nosso Superior Tribunal de Justiça, ao se posicionar sobre idêntico tema:

‘(.) A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. (REsp 878.506/ SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/8/2009, DJe 14/ 09/2009)’

Alude que ‘que não há indícios nos autos de que o requerido tenha agido de má-fé, se negando a tomar quaisquer atitudes face as irregularidades existentes. Destarte, este processo não pode prosseguir em face do requerido, por expressa inexistência de demonstração de conduta dolosa ou culposa’ e que ‘não há nos autos qualquer elemento que possa atribuir a responsabilidade pelo ressarcimento ao requerido, posto que, ao contrário, comprovou-se sua atuação regular, nos limites legais e de suas competências, qual seja, manifestação nos autos do processo administrativo sobre os aspectos eminentemente jurídicos através de pareceres jurídicos, frise-se opinativo e não vinculativo. Fato não observado e totalmente ignorado’.

‘Portanto, nada justifica a permanência do requerido no polo passivo deste processo administrativo, nem se pode falar em responsabilização solidária, que é definida pela Lei 10.406/02 da seguinte forma:

‘Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.’

Portanto, o responsável solidário é todo aquele agente que deu causa ao dano juntamente com outra pessoa. Não é o caso do requerido, que em nenhum momento deu causa ao dano supostamente praticado pela Fepaf! O que esta Douta Secretaria fez foi ‘presumir’ a solidariedade do requerido, o que é legalmente impossível.

Desse modo, deve ser reconhecida a ilegitimidade e, por conseguinte, a indevida responsabilização solidária do requerido, vez que em nada contribui para a ocorrência do dano supostamente praticado pela Fepaf.’

Argumenta que ‘embora o requerido se responsabilize pelo seu trabalho, seus pareceres e manifestações, seria um absurdo e um ABUSO responsabilizá-lo pelo DANO praticado por

TERCEIROS!’ e que ‘já ficou comprovado que não há nexo de causalidade entre o requerido e o dano, e não se pode criar malabarismo jurídico para tentar INVENTAR nexo de causalidade entre o requerido e os terceiros que efetivamente CAUSARAM o dano!’. E ‘mesmo o tal do ‘dano’, como veremos, é problemático!’:

‘A origem do dano foi majoração indevida do valor fixado no contrato, o qual passou de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais) por família/ano, para R\$ 760,00 (setecentos e noventa e seis reais) por família/ano, por meio do termo aditivo ao supracitado contrato.

Vossa Excelência bem sabe, no mister que lhe compete, que as políticas públicas do Incra, além de buscarem a concreção de valores sociais insculpidos em nossa Constituição, são balizadas em critérios de oportunidade e conveniência apreciados pela Superintendência do Incra e que fogem ao controle do requerido, que era um mero procurador.

No entanto, olvidou-se que a alteração contratual em questão se deu em meio de variáveis legais que impunham à Administração o dever de agir e, via de consequência, prestigiar o interesse público envolvido.

O contrato CRT/SP 06/2008, firmado em 2 de julho de 2008, objetivou a contratação de Serviços de Assessoria Técnica, Social e Ambiental, de forma continuada, as famílias assentadas nos Projetos de Reforma Agrária e Projetos de Assentamentos reconhecidos pelo Incra, sob a jurisdição da Superintendência Regional do Incra no estado de São Paulo, tornando-os unidades de produção estruturadas, inseridas de forma competitiva no processo de produção, voltadas para o mercado, integradas à dinâmica do desenvolvimento municipal e regional, de forma ambientalmente sustentável, inclusive com a agregação de valores éticos, morais, culturais e tecnológicos entre outros, orientados para um desenvolvimento mais pleno e equilibrado. Para tanto, o Incra pagaria à Fepaf o valor anual por família de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais).

Contudo, em 29 de setembro de 2008, sobreveio Norma de Execução/INCRA/DD/ N°. 77 que alterou os valores para Assessoria Técnica Social e Ambiental para os projetos de assentamento da Reforma Agrária anteriormente expostos na Norma de Execução/Incra/DD/72.

Tal majoração não ocorreu ao bel prazer da Autarquia Especial e muito menos do requerido - Procurador Federal à época lotado na Procuradoria Federal Especializada do INCRA, mas sim por alterações no mercado que impuseram o aumento no valor decorrente da expedição de norma interna do INCRA - ato administrativo superior, do qual toda a estrutura administrativa do Incra estava subordinada.

Assim, por obediência ao princípio da moralidade e legalidade, em havendo alteração nos valores disponíveis para o ATES, que basearam e fundamentaram a licitação e formalização do contrato CRT/SP 06/2008, não poderia o Incra não proceder o aditamento para adequar o contrato às novas realidades financeiras prescritas na Norma de Execução/Incra 77.

Ora, resta claro que se houve urna mera readequação do contrato, que se deu pela superveniência de motivos autorizadores, que no caso em tela se perfaz na publicação da Norma de Execução 77.

Ou seja, ainda que houvesse um novo pregão para contratação de serviços de ATES (com a consequente suspensão dos serviços prestados, em prejuízo dos assentados e da produção rural), a base da remuneração a ser observada seria A MESMA, fixada na Norma de Execução/ Incra 77.

Ao contrário do quer acreditar esta douta Secex, o aditamento contratual se impunha como obrigação, já que houve fato superveniente que em termos formais, desequilibrou a equação econômica financeira inicialmente pactuada.

A Fepaf fizera, com base em Normas Técnicas vigentes à época da contratação, sua proposta que se sagrou vencedora da licitação. Ao iniciar a execução do objeto, com pouco mais de 4 meses, houve a modificação da Norma Técnica que à época de sua proposta estava vigente, majorando os valores por família/ano em aproximadamente 32%, desequilibrando aquela equação fixada inicialmente.

Vale dizer, a majoração dos valores se deu por alterações de mercado, devidamente percebidas e incluídas nos valores de ATES pelo Incra. Permitir que o contratado continuasse a exercer suas

atividades tendo por base o contrato firmado, cujo valor se baseou em referência agora defasada, seria permitir que a Administração Pública, personificada no Incra, se enriquecesse ilícitamente à custa de um particular.

Destarte, em prestígio ao princípio da moralidade, mister readequar o contrato CRT/SP 06/2008 às novas realidades. Nada obstante, esta readequação é expressamente prevista na Lei 8666/93, Lei que regula os procedimentos licitatórios e contratos dele decorrentes. Vejamos o que nos traz a alínea 'd', inciso II, do artigo 65 da citada Lei:

‘Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...) 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.’

Portanto, a superveniência de disposições legais de comprovada repercussão nos preços contratados (o fato do príncipe, exteriorizado na citada norma técnica) autoriza a revisão dos preços, com o consequente aditamento.’

Alega que ‘em termos jurídicos não se pode pressupor a irregularidade do termo de aditamento ao contrato CRT/SP 6/2008’, embora seja ‘evidente que não se trouxe todas as questões jurídicas que podem ser discutidas no bojo desta questão, mas se teve a comprovação, de maneira ulular, que a irregularidade admite questionamentos jurídicos forte, competentes e sérios.’

E questiona: ‘Se a irregularidade do citado aditamento pode ser questionada, o que se dizer da ‘obrigação’ do requerido de pagar um valor que não sabe de onde veio e de se defender da imputação de que foi responsável por uma ilegalidade no bojo de contratações do Incra? Que nos sirva de reflexão’.

Enfatiza que ‘que não há indícios nos autos de que o requerido tenha agido de má-fé, se negando a tomar quaisquer atitudes face as irregularidades existentes’.

Argumenta que ‘para que haja a subsunção da conduta do requerido descrita na norma em apreço, ou seja, para que seja configurado este ato de improbidade administrativa, necessário se faz o cumprimento de alguns requisitos: a) incorporação ao patrimônio particular de bens pertencentes a entidade pública (Erário); b) conduta desonesta do agente público, em face da função por ele exercida na entidade pública lesada, facilitando ou concorrendo, por qualquer forma, para tal incorporação (apropriação) ilícita; e c) nexos entre a incorporação indevida e a atuação funcional dolosa ou culposa do agente público’:

‘A palavra incorporar significa apropriar-se de algo que, no caso, refere-se a qualquer bem pertencente ao Erário. Quando a lei assim estipula, refere-se ao ato do agente público que inverte o título de sua relação com o bem público, transformando-o em privado, com *animus rem sibi habendi*. É a modalidade da conduta que o direito penal chama de peculato.

Há a necessidade, ainda, da existência da conduta desonesta, tendente a realizar este fim. Deve ser a desonestidade patente, consistente em uma atitude volitiva buscando a apropriação do bem público.

Isto posto, a simplória leitura da exordial afasta a possibilidade da subsunção da conduta do requerido a este tipo previsto na Lei. Não houve nenhum ato - quando mais um ato desonesto - que indique a mais remota possibilidade de que o requerido tenha facilitado a incorporação de bem público ao patrimônio particular.

Pois bem. É fato que a despesa orçamentária e financeira prevista para o objeto do contrato tinha adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Aliás, a própria existência de um ‘dano ao erário’ não ficou suficientemente clara no presente processo, a não ser que o propósito deste egrégio Tribunal de Contas seja rejeitar também as políticas públicas de reforma agrária realizadas pelo Incra.

Mas o que está sendo julgado aqui não é a POLÍTICA PÚBLICA implementada pelo Incra, mas sim eventual desvio de conduta do requerido. E onde ficou comprovado o desvio de conduta do requerido, se todas as provas juntadas no processo apontam para uma conclusão diversa? O que se conclui da leitura do processo administrativo é que o requerido AGIU COM ZELO na sua função, e preocupação com a população carente atendida pelo contrato.

Ademais, a própria legislação do TCU reconhece que em casos análogos a este relevam-se as meras impropriedades falhas formais as quais não geram qualquer dano ou prejuízo ao erário, e muito menos ao interesse público, tampouco má-fé ou dolo, nos termos do regimento interno do TCU, e entendimento jurisprudencial, motivo pelo qual torna-se desarrazoada a imposição de responsabilização solidária ao requerido.’

Por fim, enfatiza que ‘consideramos que a tarefa de julgar uma pessoa não é mecânica, nem automática. A condição humana dos julgadores e requeridos é um pressuposto, juntamente com os princípios da presunção de boa-fé, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa’. Por isso, ‘requer seja a defesa do requerido recebida e conhecida, mas não por mera formalidade ou protocolo’ e que ‘esta Douta Secretaria leia esta Defesa e pondere sobre as provas, fatos e fundamentos jurídicos expostos, refletindo sobre a real responsabilidade do requerido’.

6.1.1 - Análise

Inicialmente, Paulo Sérgio Miguez Urbano levanta três questões preliminares. A nulidade da citação por ter sido enviada para endereço em que não mais reside. A prescrição, uma vez que a citação se deu depois de mais de nove anos do fato tido como irregular, sem que antes tenha sido ele arrolado como responsável em qualquer das fases do processo de tomada de contas especial. E por último alega a não observância do devido processo legal, por até então não ter sido responsabilizado e exercido o pleno direito de defesa e do contraditório. Nenhuma dessas alegações pode prosperar, como se verá adiante.

O Sr. Paulo Sérgio Miguez Urbano alega que houve nulidade da citação e prejuízo ao exercício do direito de defesa no processo, uma vez que as comunicações processuais dirigidas ao responsável teriam sido feitas em endereço diverso do seu. Embora não reste dúvida de que, para dar cumprimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV da Constituição Federal), a citação é pressuposto indispensável para a validade do processo administrativo do TCU, para fins de imputação de débito aos responsáveis, acerca da matéria tanto o §4º do art. 179 do Regimento Interno do TCU, quanto o § 1º, art. 239, do Código de Processo Civil (aplicado subsidiariamente aos processos de Tribunais de Contas), preveem, expressamente, que o comparecimento espontâneo da parte supre a falta de citação ou da audiência. Esse é o entendimento consolidado do TCU (Acórdãos 244/2017-TCU-1ª Câmara, rel. WALTON ALENCAR RODRIGUES; 2694/2016-TCU-Plenário, rel. RAIMUNDO CARREIRO; 4841/2016-TCU-2ª Câmara, rel. ANDRÉ DE CARVALHO; 660/2015-TCU-1ª Câmara, rel. BRUNO DANTAS, entre outros.

A despeito de a comunicação ter sido enviada a endereço diferente do seu atual, o responsável compareceu espontaneamente ao processo, representado por seus advogados regularmente constituídos, obteve vista e juntou a presente peça de defesa, recepcionada por este Tribunal sem qualquer prejuízo processual, garantindo-lhe, portanto, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à prescrição, não há razão para acolher os argumentos apresentados. Essa matéria já se encontra pacificada no âmbito deste Tribunal em consonância com o STF no julgamento do Mandado de Segurança 26.210-9/DF, em 4/9/2008 e conforme a Súmula-TCU 282, enunciada: ‘As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis’.

Afirma encontrar ‘dificuldade em preparar sua própria defesa, sendo-lhe obstada a obtenção de

documentos fundamentais para comprovar a sua inocência, em razão do longo lapso temporal decorrido desde a época dos fatos'. A alegação não procede. Os documentos fundamentais sobre os fatos e os que evidenciam a participação do parecerista estão nos autos.

Faz-se ainda ressalva para a necessidade de atenção quanto ao tipo de ilícito apresentado caso a caso, visto que, ilícitos civis e administrativos não se confundem. Nesse sentido, há que ressaltar que este Tribunal, em recentes julgados (Acórdãos 5.928/2016-TCU-2ª Câmara, rel. VITAL DO RÊGO e 5.939/2016-TCU-2ª Câmara, rel. MARCOS BEMQUERER), tem entendido que a tese fixada pelo STF no RE 669.069 (Repercussão Geral 666), que trata da incidência da prescrição nos débitos com a União decorrentes de ilícitos civis, **com prazo prescricional de cinco anos**, não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos, como a não comprovação da regular gestão de recursos públicos, **que são imprescritíveis**. Nessa linha é a jurisprudência pacificada desta Corte de Contas, exemplificada no Acórdão 232/2017-TCU-1ª Câmara, rel. BRUNO DANTAS.

Em paralelo, ressalte-se que a situação em exame se distingue substancialmente daquelas em que o TCU vem considerando iliquidáveis as contas. Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte é de que somente o longo decurso de tempo entre a data da transferência dos recursos e a instauração da tomada de contas especial não é suficiente para o trancamento das contas, a qual só ocorrerá após a verificação de que o lapso temporal tenha prejudicado efetivamente o exercício, pelo responsável, do direito à ampla defesa e ao contraditório. No caso em tela, não se trata de prestação de contas, situação em que lapso temporal pode dificultar ou impossibilitar a obtenção de documentos para comprovar a regular aplicação dos recursos públicos.

Essa linha de entendimento resguarda o reconhecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, conforme enunciado da Súmula de jurisprudência 282 deste Tribunal, exarada em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no bojo do Mandado de Segurança 26.210/DF, DOU de 10/10/2008. Assim, ante a ausência de provas aptas a demonstrar o prejuízo à ampla defesa, não há que se falar em prescrição ou contas iliquidáveis.

Em relação ao devido processo legal, a ausência de demonstração, no âmbito da fase interna da TCE, da conduta, do nexo de causalidade e da culpabilidade dos responsáveis não inviabiliza sua citação no âmbito desta Corte de Contas e que tampouco se pode excluir, automaticamente, a responsabilidade dos gestores em razão de não terem sido chamados aos autos que deu origem à presente TCE, no caso o TC 017.120/2010-1, ressaltando que o item 9.2.2.2 do Acórdão 1.556/2011-TCU-Plenário determinou que, caso necessária a instauração de TCE, deveriam ser identificados os responsáveis, depreendendo-se, portanto, que aquele processo não teve por objetivo exaurir as apurações referentes às ocorrências então verificadas.

Cumprir notar que falhas nos procedimentos de conceder aos agentes responsabilizados o exercício do contraditório e da ampla defesa na fase interna da tomada de contas especial não invalidam os demais atos processuais, pois somente em sua fase externa, a qual ocorre no âmbito do TCU, torna-se obrigatória a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Na fase interna da tomada de contas especial ainda não se tem propriamente processo caracterizado por lide, mas, sim, procedimento de apuração administrativa. Na fase inicial, embora haja a previsão de notificação para que o responsável traga aos autos os documentos que entenda úteis para o esclarecimento da situação, a falta de sua realização não exclui a responsabilização dos agentes.

A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a instauração do contraditório e da ampla defesa, para fins de condenação dos responsáveis por parte desta Corte de Contas, somente se dá na fase externa do processo de tomada de contas especiais, ou seja, por meio de sua regular citação, sendo irrelevante, para a configuração do contraditório, a ocorrência ou não de notificação anterior pelo órgão instaurador da TCE (Acórdãos 1.404/2014-TCU-Plenário, 1.991/2014-TCU-Plenário, 2.875/2014-TCU-Plenário, 4.578/2014-TCU-1ª Câmara, 5.661/2014-TCU-1ª Câmara, 6.941/2015-TCU-1ª Câmara e 874/2016-TCU-1ª Câmara, dentre outros).

Quanto à alegação de Paulo Sérgio Miguez Urbano de que, em suas palavras, 'foi escalado no time perdedor aos 45 minutos do 2º tempo', vez que na peça de instrução inicial desta TCE não havia sido propugnada sua responsabilização e citação, o que foi feito depois, segundo ele, por mera

‘obediência’ ao Ministro Relator, cumpre ressaltar que ao Auditor Federal de Controle Externo incumbe instruir o processo e submeter ao Ministro-Relator seu parecer técnico. Nos termos do art. 11 da Lei 8.443/1992, ‘O Relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho singular, de ofício ou por provocação do órgão de instrução ou do Ministério Público junto ao Tribunal, o sobrestamento do julgamento, a citação ou a audiência dos responsáveis, ou outras providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos, fixando prazo, na forma estabelecida no Regimento Interno, para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito’ (gn).

No caso em tela, o Ministro-Relator, ao discordar das conclusões do parecer da unidade técnica, determinou que se ‘apure as responsabilidades dos gestores do Incra-SP (Guilherme Cyrino Carvalho, Raimundo Pires Silva e outros que eventualmente sejam identificados) quanto aos fatos de que tratam a peça 6 destes autos, autorizando, desde já, a realização de diligência, caso os elementos constantes nos autos sejam insuficientes para este fim.’, considerando que ‘nos elementos constantes nos autos, há várias evidências de que servidores do Incra-SP tenham adotado condutas que contribuíram para a ocorrência do débito, como se pode observar à peça 1, p. 356 a 360 (termo aditivo assinado por Raimundo Pires Silva), à peça 3, p. 98-102 (pareceres que aprovam a assinatura do termo aditivo) e à peça 3, p. 104-196 (autorização de pagamento).

Embora não tenha sido mencionado nominalmente, o Ministro-Relator chamou atenção para o autor do parecer jurídico por condutas que contribuíram para a ocorrência do débito, daí o seu chamamento aos autos como responsável solidário. Quanto a eventual diligência autorizada pelo Ministro-Relator, a Unidade Técnica entendeu não necessária em vista dos muitos elementos constantes dos autos para efeito de responsabilização. E não se tratou, como menciona o citado, de responsabilização por ‘atacado’. Na segunda peça de instrução as condutas foram individualizadas e se procedeu à citação dos responsáveis, incluindo o parecerista, para exercerem o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Relativamente à responsabilização de parecerista jurídico, esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que esse profissional pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for vinculativo. Embora não exerça função de execução administrativa, o parecerista jurídico pode ser considerado como responsável por este Tribunal, pois o art. 71, inciso II, da Constituição Federal impõe a responsabilidade não só daqueles que derem diretamente causa a perda ou extravio de recursos públicos, mas também dos agentes que cometerem qualquer ato irregular de que resulte prejuízo ao erário.

A responsabilização solidária do parecerista por dolo ou culpa decorre da própria Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), a qual, em seu art. 32, dispõe que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. A disciplina do art. 186 do Código Civil conduz à mesma conclusão ao estatuir que comete ato ilícito aquele que, agindo por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outro, ainda que esse ato seja exclusivamente moral. Ademais, complementando o dispositivo citado, o art. 927 do mesmo código prevê que o causador do dano fica obrigado a repará-lo.

Como forma de assegurar que profissionais do direito verifiquem a conformidade legal dos documentos elaborados pela Administração, evitando irregularidades que possam comprometer a viabilidade dos instrumentos por ela firmados, o art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/1993, determina que sejam submetidos previamente à assessoria jurídica quaisquer contratos, acordos, convênios ou ajustes celebrados pelos entes públicos, sendo tal determinação extensiva aos seus aditivos.

Assim, existindo parecer que, por dolo ou culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, haverá responsabilidade solidária entre gestores e pareceristas. A jurisprudência desta Corte de Contas há muito consolidou esse entendimento, conforme consignado nos Acórdãos 1560/2014-TCU-Plenário, 2890/2014-TCU-Plenário, 1656/2015-TCU-730/2015-TCU-1ª Câmara e 1851/2015-TCU-Plenário.

O contrato CRT/SP 6/2008, decorrente do pregão Incra-SP 6/2008, arrematado pela Fepaf com o lance de R\$ 540,00 por família/ano, foi firmado em 2/7/2008, com preço fixado para o período de 12 meses:

‘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.**’

Em 30/10/2008 foi firmado o 1º Termo Aditivo, aumentando o número de famílias a serem atendidas de 7.946 para 8.627, portanto dentro do limite de 25% da § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93, e reajustando o preço unitário contratual em 47,4%, em desconformidade com os arts. 40, inc. XI, e 55, inc. III, da mesma lei e arts. 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001.

‘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 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.’

A conduta de Paulo Sérgio Miguez Urbano foi decisiva na ocorrência do dano sofrido pelo erário em função da majoração precoce do preço do contrato. Ao ser chamado para exercer seu dever funcional de Procurador Regional do Incra em São Paulo e examinar os aspectos jurídicos do 1º termo aditivo do contrato CRT/SP 6/2008, a despeito da manifesta ilegalidade do reajuste de 47,4% após o 3º mês de vigência, se limitou a embasar juridicamente a celebração do aditivo de maneira lacônica, formal e incompleta, dedicando um parágrafo à questão do reajuste de preço, conforme reproduzido a seguir, com grifos nosso (peça 3, p. 100):

‘1. Vistos

2. Trata o presente de consulta formulada quanto a possibilidade de aditamento ao contrato CRT/SP/00006/2008.

3. No que tange ao aumento do valor unitário/ano para a Assessoria Técnica, Social e Ambiental, cumpre salientar que trata-se de aumento proveniente da Norma de Execução 77 de 29 de setembro de 2008, que determina que os valores passarão de R\$ 540,00 para R\$ 796,00, alterando assim a Norma de Execução 72 de 12 de maio de 2008 que nortearia os valores constantes do Contrato epigrafo.

4. Assim, não há que se falar em acréscimo nos serviços contratos.

5. Conforme informações colhidas no processo, a demanda atual de famílias que necessitam de contratação de ATES aumentou para 681 famílias, gerando aí sim um acréscimo correspondente a 8,57% (oito vírgula cinquenta e sete por cento) do valor contratado.

6. Deste modo, para que os serviços de Assessoria Técnica, Social e Ambiental contratados possam beneficiar mais famílias assentadas nos Projetos de Reforma Agrária e Projetos de Assentamentos reconhecidos pelo INCRA, faz-se imperioso o aditamento do referido contrato em vigor dentro dos limites do § 1º do art. 65 da Lei Federal n 8.666/93.

7. Desta forma, o processo encontra-se regular no seu aspecto técnico/jurídico, nada obstando o prosseguimento do feito, estando a minuta totalmente regular.

8. Devolva-se ao ‘A’.’

No parecer, Paulo Sérgio Miguez Urbano se limitou a dizer que ‘o aumento do valor unitário/ano

era proveniente da Norma de Execução 77 e que ‘desta forma, o processo encontra-se regular no seu aspecto técnico/jurídico, nada obstando o prosseguimento do feito, estando a minuta totalmente regular’.

O reajuste dos preços praticados no contrato administrativo firmado por órgãos ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são tratados no art. 40, inc. XI, art. 55, inc. III, da Lei 8.666/1993 e nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Na lei 8.666/1993, o reajuste dos contratos administrativos, e a admissão da adoção de índice específico ou setorial, tem previsão nos artigos 40, XI, e 55 de teor seguinte:

‘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.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;’

Por força dessas disposições, o edital da licitação deve indicar o critério de reajuste e o contrato administrativo deve conter cláusula que contenha critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, que serão aqueles estabelecidos pelos art. 2º e 3º da Lei 10.192/2001, que veda periodicidade inferior a um ano:

‘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.

(...)

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.’

A mesma periodicidade de 12 meses vale para a repactuação, que é uma espécie de reajuste de preços para os contratos administrativo que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, visando à adequação dos preços contratuais aos novos preços de mercado. A repactuação no âmbito da Administração Pública Federal encontra-se regulamentada no art. 5º do Decreto 2.271/1997, de teor seguinte:

‘Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando à adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.’

A distinção básica entre repactuação e reajuste por índices é que neste a correção anual se dá pela aplicação de um índice oficial previamente estipulado no contrato. Na repactuação a correção anual do valor também é admitida, mas é exigida a comprovação analítica da variação de preços de

mercado.

No caso em tela, também não seria possível justificar a concessão do reajuste a título de revisão contratual prevista no inciso II, alínea 'd', do art. 65 da Lei 8.666/1993. Essa só se aplica, com as devidas justificativas, para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Mas para isso haveria de sobrevir 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. Nada disso ocorreu nos três primeiros meses do contrato.

Como se nota, há questões jurídicas importantes que deveriam ser abordadas pelo parecerista a fim de alertar os gestores quanto aos possíveis questionamentos sobre a legalidade da majoração do preço contratual que se propunha. Restou evidente que o parecerista não enfrentou as questões jurídicas atinentes à matéria, tendo, por isso, conduta decisiva, por omissão, na ocorrência do dano ao erário.

O Sr. Paulo Sérgio Miguez Urbano alega que está sendo responsabilizado com base apenas em seu parecer sem se levar em conta todo o processo administrativo. Os documentos fundamentais que evidenciam a responsabilidade do parecerista estão nos autos. Cópia do parecer foi juntada em outros processos, por isso numerações diferentes. A numeração original no processo 54190.001749/2008-79 é de fls. 474, correspondente à folha 572 do processo de TCE (peça 3, p. 98-102). A inclusão da responsabilidade está baseada nos elementos constantes dos autos e de acordo com a jurisprudência do TCU.

O Sr. Paulo Sérgio Miguez Urbano alega ainda que não pode ser responsabilizado pelo dano por não haver provas de que tenha se beneficiado. Para ser responsabilizado não é necessário ter se locupletado. Basta ter concorrido para o dano ao Erário.

Também alega que, como consultor jurídico, não lhe competia adentrar nos aspectos da conveniência e oportunidade do ato administrativo, privativo dos gestores. Ora, não se tratava de adentrar no mérito da política pública e de sua execução. Como já assinalado, tratava-se de cumprir com zelo e denodo o seu dever funcional no sentido de produzir parecer percuciente sobre o tema, alertando os gestores dos óbices legais do reajuste a ser concedido à empresa contratada.

No entanto, seu parecer simplório e lacônico abriu as portas para que o gestor desse prosseguimento aos atos que iriam perpetrar a irregularidade. No despacho do chefe da Divisão Administrativa do Incra-SP se lê: 'Desta feita, vez analisada a minuta do Primeiro Termo Aditivo pela Doutra Procuradoria Especializada do INCRA/SP, encaminho o Termo de Aditamento para a sua devida formalização' (peça 3, p. 102).

Em síntese, a conduta de Paulo Sérgio Miguez Urbano concorreu para que os gestores do Incra-SP concedessem o reajuste irregular à fundação contratada amparados em seu parecer conciso, sucinto e breve, que, com rapidez e desembaraço, propugnou pela regularidade plena do ato ilegal que se ambicionava praticar. Não há, portanto, como acatar suas alegações de defesa.

6.2 - Defesa de Guilherme Cyrino Carvalho

Preliminarmente, Guilherme Cyrino Carvalho requer o 'reconhecimento da prescrição no presente caso, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32 c/c art. 142 da Lei 8.112/90, Regime Jurídico dos Servidores', pois 'a prescrição não visa proteger qualquer suposto infrator, mas sim, com fundamento no princípio constitucional da segurança jurídica, evitar que apurações se perpetuem em uma perseguição interminável'.

Argumenta 'dificuldade do requerido Guilherme em preparar sua própria defesa, pois há anos não figura no quadro de funcionários do Incra, sendo-lhe obstada a obtenção de documentos fundamentais para comprovar a sua inocência, em razão do longo lapso temporal decorrido desde a época dos fatos'.

Reclama que 'em momento algum o requerido recebeu qualquer notificação deste ilustre órgão

para se manifestar sobre as supostas irregularidades que culminaram na absurda quantia a que se pretende que seja recolhida por ele. Vale dizer, o requerido fora surpreendido com uma guia de recolhimento absurda sem saber, contudo, de onde ela se originou’.

Aduz que ‘tal postura viola os mais comezinhos princípios e normas do Direito Pátrio, motivo pelo qual deve ser anulada de pronto’ e que ‘o fato desta Douta Secretaria ter intimado o requerido como se fosse responsável solidário, nos causa severa preocupação quanto a legalidade de todo este processo administrativo’.

Alega que ‘conforme o inciso I do art. 10 da IN/TCU 71/2012, o tomador das contas deve relatar uma série de informações que tenham como objetivo a perfeita identificação dos fatos, do responsável, do valor a ser imputado, dentre outros elementos’ e que ‘o tomador das contas deverá explicitar detalhadamente em seu relatório todos os aspectos que o levaram ao entendimento pela responsabilização, de forma que não restem dúvidas acerca da situação que deu origem ao dano, e da correta imputação de responsabilidade acerca dos fatos (alínea ‘e’ do inciso I da art. 10, IN/TCU 71/2012)’, sendo que ‘estas normas foram ignoradas no presente caso, mormente com relação à decisão vazia e arbitrária de responsabilizar o requerido’.

Portanto, a forma afoita e precipitada com que a presente Tomada de Contas Especial tem sido conduzida, acaba por afrontar o próprio interesse público de apuração, e acaba por descumprir a Súmula Vinculante 3, do Supremo Tribunal Federal:

‘Súmula Vinculante 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.’

Diante do descumprimento do mandamento constitucional do direito ao contraditório e ampla defesa, se impõe como obrigação a anulação da referida cobrança realizada em desfavor do requerido, por ser contrária aos ditames expostos da Lei Federal de Processo Administrativo, bem como na principiologia existente em nossa Constituição.

Ressalta que o procedimento de Tomada Especial de Contas se originou de determinação expressa do Tribunal de Contas da União em relação ao contrato CRT/SP 06/2008, no qual se vislumbrou indícios de irregularidades que, com a devida apuração pormenorizada, poderiam indicar prejuízo ao erário. Segundo ele, ‘Tal determinação nos remete, obrigatoriamente, à Lei 9.784/1999, ou seja, à comumente conhecida como Lei do Processo Administrativo. Para o que nos cabe aqui, importante destacarmos dois dispositivos, a saber: os caputs do artigo 1º e 2º da Lei. Vejamo-los:

‘Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

(...)

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

Aduz que ‘pela interpretação do artigo 1º da Lei, temos que o processo administrativo, quando instaurado, observará com especial detença a proteção do direito dos administrados, bem como ao melhor cumprimento aos fins da Administração. Realizando o cotejo de tal norma com as determinações desta ilustre Superintendência, formalizada na citada Notificação, vemos que as premissas iniciais da Lei foram completamente esquecidas’.

A uma, pois a proteção dos direitos dos administrados não foi, nem de longe, observada no presente caso, vez que se exigiu de imediato o pagamento de absurda quantia do requerente (mais de um milhão) sem, ao menos, verificar se de fato havia irregularidades e se o Requerente teve participação direta ou dela tenha tirado vantagem. Em outro giro de análise, pressupôs que o requerente participou diretamente da suposta irregularidade e dela tirou proveito, exigindo, como nítida sanção, o pagamento de absurda quantia retirada de contas discutíveis, sem respeitar os

princípios do Contraditório e da Ampla Defesa (pontos que serão mais adiante apresentados).

A duas, pois ao exigir ressarcimento de quantia sem apurar sua regularidade, responsabilidade e quantum (ou seja, sem o devido processo legal), busca o interesse secundário da Administração, inaceitável no ordenamento jurídico pátrio. Vale dizer, exige a devolução de quantia sem saber, de fato, se ela é devida. Exige a devolução de quantia oriunda do contrato CRT/SP 06/2008, instrumento que objetivou, como é de conhecimento de Vossas Senhorias, a concreção de valores sociais insculpidos em nossa Constituição e, nada obstante terem sido eles executado a contento, exige-se a devolução dos valores em tentativa que, da maneira como é exigida, pode ser facilmente configurada como enriquecimento ilícito da Administração.

Alega que ‘no que toca à aplicação do artigo 2º da Lei à problemática em análise, seu cotejo traz problemas ainda maiores à questão. O referido dispositivo legal preconiza que a Administração, em seus Processos Administrativos, obedecerá aos princípios do Contraditório e da Ampla defesa’.

Ressalta que ‘em momento algum, ao receber a Notificação sem nunca antes ter se manifestado nos autos, esta ilustre Superintendência prestigiou os citados princípios. Ao contrário, houve manifesta ofensa, pois literalmente cobra do requerido quantia superior a um milhão de reais, sem averiguar se esta quantia é devida e se o requerido teve alguma responsabilidade ou vantagem em cima deste valor’.

Vale mencionar que esta Superintendência, no bojo deste mesmo Processo Administrativo de Tomada de Contas Especial, já tentou ilegal cobrança à Fepaf, fato que foi devidamente censurado pelo Poder Judiciário. Naquela oportunidade, a Fundação impetrou Mandado de Segurança alegando, como este requerido, as ofensas patentes ao devido processo legal administrativo.

E, com propriedade, decidiu o Ilustre Magistrado Dr. Djalma Moreira Gomes em ‘conceder parcialmente a segurança, para, confirmando a liminar, apenas anular a cobrança efetuada pela autoridade coatora por meio do Ofício 5045/2011/GAB/A, a fim de que tal cobrança seja precedida de contraditório e a ampla defesa em regular processo administrativo’ (fl. 417 destes autos).

Relembre-se que a exigência deste absurdo valor pressupõe a potencial diminuição patrimonial do requerido em mais de um milhão de reais, o que lhe priva, sem o devido processo legal, de seus bens, contrariando o mandamento constitucional contido no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, preconizando que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’.

Aduz que ‘a forma afoita e precipitada com que a presente Tomada de Contas Especial tem sido conduzida, acaba por afrontar o próprio interesse público na apuração, e acaba por descumprir a Súmula Vinculante 3, do Supremo Tribunal Federal:

‘Súmula Vinculante 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.’

Argumenta que ‘diante do descumprimento do mandamento constitucional do direito ao contraditório e ampla defesa, se impõe como obrigação a anulação da referida cobrança realizada em desfavor do requerido, por ser contrária aos ditames expostos da Lei Federal de Processo Administrativo, bem como na principiologia existente em nossa Magna Carta, sob pena de ingresso no Poder Judiciário para se extirpar esta ilegalidade deste processo, sem prejuízo de responsabilidade pessoal dos funcionários responsáveis pela condução do Processo TCE, à imagem e semelhança da responsabilidade pessoal que se tenta impor ao ex servidor, ora requerido’.

Aduz que ‘as ações do Incra, além de buscarem a concreção de valores sociais insculpidos em nossa Constituição, são balizadas em critérios de oportunidade e conveniência, além de respaldados em pareceres jurídicos sobre a legalidade da questão’ e que ‘se toda e qualquer ação assumida e realizada pelos dirigentes do Incra, devidamente fundamentadas e avaliadas por parecer jurídico, dentro de critérios de oportunidade e conveniência, forem questionadas por órgãos e controle e,

após supostas irregularidades, o valor investido na Ação começar a ser cobrado dos dirigentes à época, corremos o risco de inviabilizar toda os trabalhos desta ilustre Superintendência, além de ofendermos toda a segurança jurídica!

Questiona: ‘qual a segurança que um dirigente terá para realizar as ações sociais e programas se corre o risco de, após 2 (dois) anos, ser notificado para devolver uma absurda quantia que, supostamente, teria sido paga irregularmente ou a maior? A função administrativa, certamente, ficaria prejudicada!’

Entende que ‘a determinação do TCU em averiguar o contrato CRT/SP 06/2008 firmado com a Fundação de Estudos e Pesquisas Agrárias e Florestais é salutar, mas não representa uma imediata imposição de ressarcimento aos cofres públicos. A apuração de irregularidades visa, sobretudo, a compreender o procedimento realizado até a ocorrência do fato considerado irregular pelo TCU. Em se identificando a irregularidade, deve-se apurar se houve responsabilidade pessoal dos agentes do Incra em sua formalização e, o que é ainda mais importante, se tal participação teve objetivos outros que não a consecução do interesse público. Em outras palavras, a principal função da apuração é analisar se os responsáveis tiraram proveito da irregularidade que ocasionou um suposto pagamento superior ao originalmente convencionado’.

Argumenta que ‘caso se tenha desvendado que houve irregularidades e que estas acabaram por trazer vantagem a algum servidor, inicia-se a procura pelo responsável. E esta procura, obrigatoriamente, passa pela oitiva de testemunhas (o que não se realizou no presente Procedimento) e pela análise dos Contratos’.

Alega que ‘ao analisarmos a Contratação, bem como o Termo Aditivo questionado vemos que em momento algum o requerido Guilherme Cyrino Carvalho assinou o instrumento ou realizou algum ato oficial tendente a formalizá-lo a posteriori. Ou seja, nos atos tidos como irregulares (que culminaram na absurda presunção de que houve vantagem financeira devendo, portanto, ser ressarcido ao Erário) não há nenhuma comprovação carreada nos autos de que o requerido tenha participado’.

Neste ponto, portanto, questiona: ‘qual a prova cabal de que o requerido participou e veio a se beneficiar da suposta irregularidade apontada? Não há prova! Chega a ser ofensivo a intimação deste requerido para apresentar defesa e recolher o absurdo valor constante da notificação’.

Defende que ‘assim, de rigor que haja a exclusão do requerido desta Tomada de Contas Especial, visto que em nenhum lugar dos autos do Processo Administrativo existe qualquer indício de que tenha participado diretamente na assinatura do aditivo contratual que perpetrou a suposta (e questionável) irregularidade que permitiu o pagamento de valores a maior’.

Quanto ao reajuste do contrato, alega que houve na oportunidade ‘uma majoração de aproximadamente 32% no valor disponível para a Assessoria Técnica Social e Ambiental para os projetos da Reforma Agrária. Tal majoração não ocorreu ao bel prazer da Autarquia Especial, mas sim por alterações no mercado que impuseram o aumento no valor’ e que ‘assim, por obediência ao princípio da moralidade e legalidade, em havendo alteração nos valores disponíveis para o ATES, que basearam e fundamentaram a licitação e formalização do contrato CRT/SP 06/2008, não poderia o Incra não proceder o aditamento para adequar o contrato às novas realidades financeiras prescritas na Norma de Execução/Incra/DD/Nº. 77’.

Informa que ‘os servidores do Incra, ao tomarem conhecimento da novel Norma de Execução, solicitaram parecer jurídico questionando a possibilidade de haver a adequação do contrato aos novos ditames (esta solicitação de parecer, frise-se novamente, não foi feita pelo requerido, o que demonstra cabalmente que não houve sua participação neste pedido, muito embora entende-se que tal pedido reside na mais perfeita legalidade) ‘.

Sustenta que ‘em prestígio ao princípio da moralidade, mister readequar o contrato CRT/SP 6/2008 às novas realidades. Nada obstante, esta readequação é expressamente prevista na Lei 8666/93, Lei que regula os procedimentos licitatórios e contratos dele decorrentes. Vejamos o que nos traz a alínea ‘d’, inciso II, do artigo 65 da citada Lei’:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

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.

Defende que ‘a superveniência de disposições legais de comprovada repercussão nos preços contratados (o fato do príncipe, exteriorizado na citada norma técnica) autoriza a revisão dos preços, com o consequente aditamento’ e que ‘assim sendo, à guisa da conclusão, temos que em termos jurídicos não se pode pressupor a irregularidade do Termo de Aditamento ao contrato CRT/SP 6/2008. É evidente que não se trouxe todas as questões jurídicas que podem ser discutidas no bojo desta questão, mas se teve a comprovação, de maneira ulular, que a irregularidade admite questionamentos jurídicos forte, competentes e sérios’.

Aduz que ‘e a irregularidade do citado aditamento pode ser questionada, o que se dizer da ‘obrigação’ do requerido de pagar um valor que não sabe de onde veio e de se defender da imputação de que foi responsável por uma ilegalidade no bojo de contratações do Incra? Que nos sirva de reflexão’. E que ‘ausente o dolo não há como se imputar punições de atos ímprobos ao requerido. Não é outro o entendimento de nosso Superior Tribunal de Justiça, ao se posicionar sobre idêntico tema’:

(...) A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. (REsp 878.506/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/8/2009, DJ 14/9/2009)

Aduz que ‘não há indícios nos autos de que o requerido tenha agido de má-fé, se negando a tomar quaisquer atitudes face as irregularidades existentes’.

Argumenta que ‘para que haja a subsunção da conduta do requerido descrita na norma em apreço, ou seja, para que seja configurado este ato de improbidade administrativa, necessário se faz o cumprimento de alguns requisitos: a) incorporação ao patrimônio particular de bens pertencentes a entidade pública (Erário); b) conduta desonesta do agente público, em face da função por ele exercida na entidade pública lesada, facilitando ou concorrendo, por qualquer forma, para tal incorporação (apropriação) ilícita; e c) nexos entre a incorporação indevida e a atuação funcional dolosa ou culposa do agente público’.

Aduz que ‘a palavra incorporar significa apropriar-se de algo que, no caso, refere-se a qualquer bem pertencente ao Erário. Quando a lei assim estipula, refere-se ao ato do agente público que inverte o título de sua relação com o bem público, transformando-o em privado, com *animus rem sibi habendi*. É a modalidade da conduta que o direito penal chama de peculato’ e que ‘há a necessidade, ainda, da existência da conduta desonesta, tendente a realizar este fim. Deve ser a desonestidade patente, consistente em uma atitude volitiva buscando a apropriação do bem público’.

Alega que ‘isto posto, a simplória leitura da exordial afasta a possibilidade da subsunção da conduta do requerido a este tipo previsto na Lei. Não houve nenhum ato - quando mais um ato desonesto - que indique a mais remota possibilidade de que o requerido tenha facilitado a incorporação de bem público ao patrimônio particular’.

Para compreendermos exatamente o alcance do tipo previsto no supracitado artigo, importante se mostra concebermos o núcleo do tipo deste inciso, que consiste em liberar ou aplicar, sobretudo, verba irregular. Segundo bem pontua Waldo Fazzio Junior:

O processo de liberação e aplicação de verbas públicas não é aleatório. Depende do que ficou

aprovado na legislação orçamentária a que está sujeito o ente federativo e, bem assim, de diversas normas fiscais e de finanças públicas. Quem disponibiliza verba pública ou interfere para que seja aplicada em desconformidade com as normas orçamentárias, sem dúvida, se conduz com improbidade. Se conscientemente, tentando beneficiar terceiro(s) ou se por desmazelo, responde dolosa ou culposamente, conforme o caso, pelo ato de improbidade previsto neste inciso (Atos de Improbidade Administrativa, p. 139)

Tais ponderações nos municiam de valioso elemento que afasta, novamente, a tentativa de subsunção de sua conduta aos tipos previstos na Lei. Relembrando a conduta realizada pelo requerido - sobretudo a verdadeira conduta demonstrada no início deste tópico - vemos que em nada se aproxima do ato consistente em liberar ou aplicar irregularmente a verba.

Nos termos da legislação financeira, que deve ser utilizada como norte para a compreensão destes tipos da Lei, constitui liberação ilegal de verba pública, por exemplo, o pagamento de despesa sem prévio empenho ou a satisfação de despesa devidamente empenhada antes de sua liquidação, isto é, do cumprimento da obrigação contratual.

Não se faz necessários esforços para concluirmos que a conduta feita pelo Réu em nada se confunde com a conduta descrita pela Lei. Portanto, nada justifica a permanência do requerido Guilherme no pólo passivo deste processo administrativo, nem se pode falar em responsabilização solidária, que é definida pela Lei 10.406/02 da seguinte forma:

‘Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação e mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.’

Conclui que ‘responsável solidário é todo aquele agente que deu causa ao dano juntamente com outra pessoa. Não é o caso do requerido, que em nenhum momento deu causa ao dano praticado pela Associação! O que esta Douta Secretaria fez foi ‘presumir’ a solidariedade do requerido, o que é legalmente impossível’.

6.2.1 - Análise

Inicialmente, Guilherme Cyrino Carvalho, ex-chefe da Divisão Administrativa do Incra-SP, exonerado em 9/2/2011 (peça 3, p. 198), levanta duas questões preliminares. A prescrição, uma vez que a citação se deu depois de mais de nove anos do fato tido como irregular e a não observância do devido processo legal, por ter sido cobrado pelo débito sem que antes tenha exercido o pleno direito de defesa e do contraditório. Nenhuma dessas alegações pode prosperar, como se verá adiante.

Quanto à prescrição, não há razão para acolher os argumentos apresentados. Essa matéria já se encontra pacificada no âmbito deste Tribunal em consonância com o STF no julgamento do Mandado de Segurança 26.210-9/DF, em 4/9/2008 e conforme a Súmula-TCU 282, enunciada: ‘As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis’, conforme já exposto no item 6.1.1 desta instrução.

Quanto ao devido processo legal, Guilherme Cyrino Carvalho se equivoca ao dizer que foi cobrado pelo débito sem que antes pudesse se defender. A citação é clara ao expressar ‘recolher o débito e/ou apresentar alegações de defesa’. Tanto é assim que neste momento está exercendo o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto ao mérito, Guilherme Cyrino Carvalho argumenta a inexistência de nexo de causalidade entre a irregularidade apontada na Tomada de Contas Especial 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.

O fato de não ter sido ele quem assinou o termo aditivo não afasta sua participação na irregularidade perpetrada, haja vista que, na condição de chefe da Divisão Administrativa do Incra-SP, tratou do encaminhamento para assinatura do 1º Termo Aditivo ao contrato/CRT/SP/6/2008, conforme memorando seu de 28/10/2008 (peça 3, p. 102):

‘Sr. Superintendente Regional,

Trata o presente de processo administrativo visando a prestação de serviços de Assessoria Técnica, Social e Ambiental, de forma continuada, às famílias assentadas nos Projetos de Reforma Agrária e Projetos de Assentamentos reconhecidos pelo INCRA, que atualmente são prestados pela Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - FEPAF.

De acordo com as informações prestadas às fls. 462, necessário se faz o aditamento do presente contrato em razão do aumento do número de famílias atendidas pelo programa, bem como o apostilamento dos novos valores repassados por beneficiário/ano determinados pela Norma de Execução 72 de 12/5/2008.

Desta feita, vez analisada a Minuta do Primeiro Termo Aditivo pela Douta Procuradoria Especializada do INCRA/SP, encaminho o Termo de Aditamento para a sua devida formalização.’

Além disso, como ordenador de despesas do órgão, autorizou todos os pagamentos efetuados a maior à empresa contratada decorrentes do reajuste ilegal (peça 3, p. 104-196).

Nesse ponto, cumpre destacar que a função de ordenador de despesas confere responsabilidade ímpar ao gestor, visto que tem o dever de zelar pela boa e regular aplicação dos recursos públicos. Em exercendo suas funções sem a diligência requerida para o cargo, é perfeitamente cabível a responsabilização solidária do agente público (art. 116, incisos I e III da Lei 8.112/90, art. 10, inciso XI da Lei 8.429/92, arts. 264 e 265 da Lei 10.406/2002).

Destarte, sua responsabilidade decorre do fato de que, na condição de autoridade administrativa, concorreu com o pagamento indevido e o conseqüente dano ao erário. Nesse sentido, importa trazer à baila o teor do art. 90 do Decreto-Lei 200/67 e do art. 16, §2º, alínea ‘b’ da Lei 8.443/92, que deixam bem límpida a responsabilidade do ordenador de despesas. Frise-se, ainda, que a responsabilidade solidária de ordenadores de despesas é reconhecida em diversos julgados do TCU (Acórdão 2.146/2004 - 1ª Câmara e Acórdão 867/2007 - Plenário, dentre outros).

Pela posição que ocupava no Incra-SP, inclusive como substituto do Superintendente Regional, era de se esperar ter plena ciência de que o reajuste 47,4% no preço unitário do contrato, passando de R\$ 540,00 por família/ano para R\$ 796,00 por família/ano após o 3º mês de vigência, estava em desconformidade com o art. 40, inc. XI, art.55, inc. III, da Lei 8.666, de 1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192, de 2001. As alegações de defesa devem ser rejeitas.

6.3 - Defesa da Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf

Alega inicialmente que o reajuste contratual de R\$ 540,00 por família/ano para R\$ 796,00 por família/ano não ocorreu a pedido da Fepaf, mas sim por força da Norma de Execução/Incrá 77, de 29/9/2008. Argumenta que foi o Incra, por sua diretoria de Desenvolvimento de Projetos de Assentamentos, que alterou o valor por beneficiário/ano para Assessoria Técnica, Social e Ambiental (ATES).

Aduz que o aditivo foi elaborado pelo Incra com base na referida norma de execução’ e que ‘é importante salientar que a alteração posta no primeiro termo aditivo passou pelo crivo do Chefe do Jurídico do Incra, que assim se manifestou’:

‘3 - no que tange ao aumento do valor unitário/ano para Assessoria Técnica Social e Ambiental, cumpre salientar que trata-se de aumento proveniente de Norma de Execução 77 de 29 de setembro de 2008, que determina que os valores passarão de R\$ 540,00 para R\$ 796,00, alterando assim a Norma de Execução 72 de 12 de maio de 2008 que norteava os valores constantes do contrato Epigrafado.

4- Assim, não há que se falar em acréscimo nos serviços contratados

(...)

7- Desta forma, o processo encontra-se regular no seu aspecto técnico/jurídico, nada obstando o prosseguimento do feito, estando a minuta totalmente regular.

(...)

Conclui então que ‘o Incra editou norma alterando valores do ATES, a publicou, elaborou minuta contratual, a submeteu à análise jurídica, obteve total aprovação, elaborou e firmou o termo aditivo’. Sendo assim, ‘não cabia à Fepaf qualquer questionamento, pois a regularidade dos atos praticados pelo Incra parecia clara e evidente diante dos elementos acima mencionados’.

Alega que ‘a Fepaf não esperava que atos administrativos fundamentados em Norma de Execução editada pelo Incra e que foram analisados juridicamente com total aprovação pudessem vir a ser questionados e lhe causassem prejuízos’.

Assevera que ‘a Fepaf agiu com boa-fé, estribada na regularidade que lhe foi demonstrada e que se espera da administração pública. Por esse motivo, sem a quebra do princípio da boa-fé, que rege as relações contratuais, não há que cogitar a imposição de penalidade à Fepaf, nem que a mesma seja obrigada a ressarcir valores que foram totalmente empregados no contrato em análise’.

Argumenta que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, utilizou-se do princípio da boa-fé em relações havidas entre a Administração Pública e particulares:

‘EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes: a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido.’

Visto isso, entende que ‘ não há de ser aplicada penalidade ou de ser exigida devolução de valores quando não demonstrada a má-fé. É evidente, pois, que no caso em tela aplica-se o princípio da boa-fé, pois a Fepaf agiu pautada em atos editados pelo Incra, que considerou totalmente regulares diante dos elementos acima explicitados’.

Adiciona que ‘tem aplicação no caso em comento a teoria da aparência, segundo o qual se presumem válidos os atos da administração, pois geram naqueles com quem se relaciona contratualmente confiança de que são praticados de acordo com a Lei’:

Por lhe ter sido apresentada norma que alterou valores do ATES, que foi publicada, utilizada na elaboração da minuta contratual, que foi submetida à análise jurídica, que obteve total aprovação, e diante da elaboração pelo Incra do termo aditivo, o firmou de boa-fé, confiante da inexistência de irregularidade.

Além disso, é evidente que ao Incra é vedado a adoção de comportamento contraditório que há entre a prática de todos os atos acima especificados e o ressarcimento de valores decorrentes desses mesmos atos.

É consabido que o direito não admite o *venire contra factum proprium*, subprincípio da boa-fé, que consiste na proibição de comportamento sinuoso, contraditório, inclusive nas relações da Administração Pública e o particular.

A respeito do tema, o entendimento o Superior Tribunal de Justiça os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária

com a vulneração de direito que em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados.

Hipótese concreta que não cuida da aplicação da teoria do fato consumado para convalidar ato ilegal, o que é rechaçado por esta Corte, mas de fazê-la incidir, juntamente com os princípios da segurança jurídica e boa-fé, para tornar sem efeito atos praticados com ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Conclui que ‘não há possibilidade de se impor à Fepaf a obrigação de recolher valores ao Incra ou a quem quer que seja, sem a vulneração do princípio da boa-fé e o da proibição de comportamento contraditório, este que foi adotado pela referido Instituto. Portanto, a Fepaf consigna que não deve o valor de R\$ 719.262,63 que lhe é exigido’.

Adicionalmente, alega que há a necessidade de correção dos valores e aplicação de juros nos valores devidos pelo Incra à Fepaf: ‘Frise-se os débitos do Incra junto à Fepaf devem, necessariamente, vir acompanhados de correção monetária e juros, posto que não foram pagos na data avençada no contrato’.

Menciona que ‘o próprio Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre a possibilidade de a Administração realizar o pagamento de juros e correção monetária, conforme se depreende de excerto do recente Acórdão 1.920/2011, da Primeira Câmara’.

Assim, entendemos que a Administração, em caso de atraso de pagamento pelos serviços efetivamente prestados, deve realizar a correção monetária destes valores com a incidência, inclusive, de juros moratórias que, em face de ausência de previsão contratual, devem ser os legalmente estipulados.

Conclui que ‘pelo exposto, a Fepaf requer que sejam acolhidos os argumentos da presente defesa para que, reconhecida a boa-fé, seja afastada a obrigação de realizar o recolhimento de que trata o ofício em referência. Requer, outrossim, que sejam corrigidos e acrescidos dos juros correspondentes os valores devidos pelo Incra à Fepaf, descontando-se apenas a importância relativa à segunda irregularidade apontada no ofício em referência, de R\$ 138.000,00’.

Finaliza com a certeza de que a ‘Fepaf provará o alegado através de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente com os documentos que apresenta e com outros que poderão ser carreados aos autos, para que fique definitivamente afastada a obrigação de realizar o recolhimento que lhe é indevidamente exigido’.

6.3.1 - Análise

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. Quando trata da solidariedade, a lei firma essa responsabilidade para atingir o terceiro que de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado (LOTUCU, art. 16, §2º). O novo Regimento Interno do TCU, ao reproduzir o teor do dispositivo legal acima referido, vem deixar claro que a ‘irregularidade no recebimento de benefício indevido ou pagamento superfaturado’ enseja a responsabilização do terceiro (art. 209, § 6º, II).

Não há cláusula no contrato que vincule o preço inicialmente contratado, correspondente à proposta comercial da Fepaf na licitação, aos valores limites de ATES por família/ano. O valor contratado é o do lance arrematante do pregão 6/2008, válido por 12 meses, segundo a cláusula sétima 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.

A defesa da Fepaf está centrada na alegada boa-fé no recebimento dos valores majorados com base na Norma de Execução 77, sob o argumento de que não requereu repactuação e o reajuste teria sido concedido de ofício pelo Incra.’

O argumento de que o recebimento de boa-fé dispensa a reposição dos valores indevidos é improcedente. Para que seja dispensada a devolução de importâncias indevidamente percebidas de boa-fé há de ocorrer o chamado ‘erro escusável de interpretação da lei’ a que se refere o enunciado da Súmula TCU 249, que deverá ser analisado, necessariamente, à luz do princípio da legalidade estrita, ou seja, só não haverá a devolução dos valores percebidos indevidamente quando o texto legal comportar mais que uma interpretação razoável e o intérprete, no caso, a autoridade legalmente investida em função de direção, orientação e supervisão tiver adotado uma delas, não se admitindo analogias ou interpretações extensivas que extrapolem o sentido da norma.

Os casos trazidos pela entidade referem-se a valores recebidos de boa-fé por servidor público, cuja devolução pode ser dispensada quando verificadas cumulativamente as seguintes condições: a) presença de boa-fé do servidor; b) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; c) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, a validade ou a incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e d) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração. Quando não estiverem atendidas todas essas condições ou, ainda, quando os pagamentos forem decorrentes de erro operacional da Administração, a reposição é obrigatória.

O caso em tela diz respeito a pagamento irregular feito a entidade privada, em desacordo com cláusula contratual e de forma contrária à legislação que rege a matéria de reajustes de preços em contratos administrativos. Legislação essa que não comporta mais que uma interpretação razoável, não se podendo falar de erro escusável. Em casos dessa espécie, a reposição ao erário é devida independentemente do reconhecimento da boa-fé do recebedor.

Quanto ao pleito de correção monetária e juros de mora sobre as parcelas de dívida do Incra para com a Fepaf, tal já se encontra contemplado na planilha de apuração do débito, uma vez que as parcelas devidas pelo Incra foram computadas como compensação dos valores devidos pela Fepaf, de tal forma que matemática e financeiramente a aplicação de correção monetária e juros sobre os valores se equivalem nas suas respectivas proporções. Ou seja, se atualiza, com juros de mora ou não, tanto os valores de reajuste pagos a maior até o fim do primeiro ano de contrato, quanto as notas fiscais não pagas pelo Incra-SP. Os valores pagos a maior pelo Incra-SP são 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 é 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.

Deve-se, portanto, rejeitar as alegações apresentadas em relação ao recebimento de pagamentos a maior nos 12 primeiros meses do contrato CRT/SP/6/2008 em decorrência da majoração indevida de 47,4% no valor inicialmente fixado, que passou, por meio do primeiro termo aditivo, sem amparo legal, de R\$ 540,00 por família/ano para R\$ 796,00 por família/ano, em desconformidade com o art. 40, inc. XI, art.55, inc. III, da Lei 8.666, de 1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192, de 2001, bem quanto à utilização indevida de veículos custeados pelo Incra-SP para transporte de técnicos, encargo que deveria ter sido assumido pela Fepaf, conforme dispõe a cláusula sétima do contrato CRT/SP/6/2008, em desconformidade com o art. 54, § 1º, c/c art. 55, III, ambos da Lei 8.666/1993.

6.4 - Raimundo Pires Silva (Revel)

Regularmente citado (peças, 24, 25 e 26), Raimundo Pires Silva, ex-Superintendente Regional do Incra-SP, exonerado em 20/6/2011 (peça 3, p. 200), que homologou o ato que deu ensejo à majoração e aos pagamentos irregulares relativos ao primeiro termo aditivo contratual (peça 1, p. 356 a 360), não apresentou defesa.

Conforme consta dos autos, assinou, em 30/10/2008, na condição de Superintendente Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária em São Paulo, o 1º Termo Aditivo ao

contrato CRT/SP/6/2008, concedendo sem amparo legal à empresa contratada, após o terceiro mês de vigência, reajuste de 47,4% no preço unitário do contrato, que passou de R\$ 540,00 por família/ano para R\$ 796,00 por família/ano (peça 1, p. 356-360).

O contrato firmado pela Administração Pública pressupõe a observância de diversas normas que a ele se aplicam, na busca da realização do interesse público, obrigando o seu signatário à verificação da aderência dos termos do contrato à legislação vigente.

A assinatura do 1º Termo Aditivo em desconformidade com a legislação permitiu que a empresa contratada recebesse valores superiores aos previstos no instrumento de contrato, acarretando dano ao erário. Na qualidade de Superintendente Regional do Incra-SP era de se esperar que se abstivesse de cometer o ato inquinado ante a manifesta ilegalidade de se conceder reajuste de preço à contratada antes de transcorridos 12 meses, tendo agido em desconformidade com o art. 40, inc. XI, art.55, inc. III, da Lei 8.666, de 1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192, de 2001.

Sua responsabilidade decorre do fato de que, na condição de autoridade administrativa, deu causa a pagamentos indevidos e consequente dano ao erário. Deve, portanto, ser condenado solidariamente com demais responsáveis.

7. CONCLUSÃO

A presente Tornada de Contas Especial foi instaurada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), vinculado ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em razão da impugnação parcial de despesas realizadas com recursos destinados à execução do contrato CRT/SP 6/2008, 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.

O processo está organizado de acordo com a IN-TCU 71/2012. A Secretaria Federal de Controle Interno emitiu o Relatório de Auditoria 1991/2015, concluindo pelo débito e responsabilidades apuradas pela CTCE (peça 3, p. 469-472). Foram emitidos o Certificado de Auditoria 1991/2015 e o Parecer do Dirigente do Órgão de Controle Interno, ambos pela irregularidade das contas (peça 3, p. 475-476). Em conformidade com o disposto no art. 82 do Decreto-Lei 200/1967 c/c arts. 9º, IV, e 52 da Lei 8.443/1992, o então Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário [atualmente denominado Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento] atestou haver tomado conhecimento das conclusões contidas no Relatório e no Certificado de Auditoria, bem como do Parecer da Secretaria Federal de Controle Interno da Controladoria-Geral da União da Presidência da (peça 4, peça 12).

Na fase externa da tomada de contas especial, no âmbito desta Corte de Contas, foi dada oportunidade de defesa aos agentes responsabilizados e à entidade, em obediência aos princípios constitucionais que asseguram o direito ao contraditório e à ampla defesa, tendo eles se manifestado, exceto Raimundo Pires Silva que, regularmente citado, não apresentou defesa, fazendo-se revel.

Como examinado na seção 6 desta instrução, não há como acolher as alegações apresentadas, improcedentes e incapazes de elidir as irregularidades cometidas, mantendo-se a responsabilização dos agentes pelo dano ao erário, que deverá por eles ser recomposto.

Não é possível, ainda, ser reconhecida a boa-fé dos responsáveis. Relativamente a esse aspecto, a jurisprudência deste Tribunal sedimentou entendimento de que, quando se trata de processos atinentes ao exercício do controle financeiro da Administração Pública, tais como o que ora se examina, a boa-fé não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos.

Tal interpretação decorre da compreensão de que, relativamente à fiscalização dos gastos públicos, privilegia-se a inversão do ônus da prova, pois cabe ao gestor comprovar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade.

Nesse contexto, e após exame de toda a documentação carreada aos autos, não há como se vislumbrar a boa-fé na conduta dos responsáveis, já que não foram constatados atos ou fatos atenuantes os quais pudessem apontar para atitude zelosa e diligente na gestão da coisa pública.

Sobre o assunto, o art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU, estabelece que, não restando configurada de forma objetiva a boa-fé dos responsáveis, o Tribunal proferirá, desde logo, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas.

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 (50:786.714/0001-45), de Raimundo Pires Silva (022.766.778-64), de Guilherme Cyrino Carvalho (210.515.198-10) e de Paulo Sérgio Miguez Urbano (664.853.478-87), bem como apurar o débito a eles atribuído solidariamente, conforme responsabilização abaixo sumarizada.

Fundação de Estudos e Pesquisas Agrárias e Florestais (Fepaf)

Irregularidades:

a) recebimento de pagamentos a maior em decorrência da majoração indevida nos 12 primeiros meses do valor fixado no contrato CRT/SP/6/2008, o qual passou, por meio do primeiro termo aditivo, sem amparo legal, de R\$ 540,00 por família/ano para R\$ 796,00 por família/ano, em desconformidade com o art. 40, inc. XI, art.55, inc. III, da Lei 8.666, de 1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192, de 2001.

b) utilização indevida de veículos custeados pelo Incra-SP para transporte de técnicos, encargo que deveria ter sido assumido pela Fepaf, conforme dispõe a cláusula sétima do contrato CRT/SP/6/2008, em desconformidade com o art. 54, § 1º, c/c art. 55, III, ambos da Lei 8.666/1993.

Raimundo Pires Silva

Conduta: assinou, em 30/10/2008, na qualidade de Superintendente Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária em São Paulo, o 1º Termo Aditivo ao contrato/CRT/SP/6/2008, concedendo à empresa contratada, após o terceiro mês de vigência, reajuste do preço contratado, que passou de R\$ 540,00 por família/ano para R\$ 796,00 por família/ano, em desconformidade com o art. 40, inc. XI, art.55, inc. III, da Lei 8.666, de 1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192, de 2001.

Nexo de causalidade: A assinatura do 1º Termo Aditivo em desconformidade com a legislação aplicável permitiu que a empresa contratada recebesse valores superiores aos previstos no instrumento de contrato, acarretando dano ao erário.

Guilherme Cyrino Carvalho

Conduta: na qualidade de chefe da Divisão Administrativa do Incra-SP, tratou da elaboração e encaminhamento para assinatura do 1º Termo Aditivo ao contrato/CRT/SP/6/2008 e, na qualidade de ordenador de despesas do órgão, autorizou todos os pagamentos efetuados a maior à empresa contratada, após o terceiro mês de vigência, em função de reajuste irregular do preço contratado, o qual passou de R\$ 540,00 por família/ano para R\$ 796,00 por família/ano, em desconformidade com o art. 40, inc. XI, art. 55, inc. III, da Lei 8.666, de 1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192, de 2001.

Nexo de causalidade: A elaboração do 1º Termo Aditivo em desconformidade com a legislação aplicável e o ordenamento dos pagamentos indevidamente majorados permitiu que a empresa contratada recebesse valores superiores aos previstos no instrumento de contrato, acarretando dano ao erário.

Paulo Sérgio Miguez Urbano

Conduta: na qualidade de Procurador Regional do Incra em São Paulo, emitiu parecer manifestando-se pela regularidade do 1º Termo Aditivo ao contrato/CRT/SP/6/2008 sem abordar aspectos jurídicos relevantes que demonstrariam a inviabilidade legal de conceder à empresa contratada, após o terceiro mês de vigência, reajuste do preço contratado, em desconformidade com o art. 40, inc. XI, art.55, inc. III, da Lei 8.666, de 1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192, de 2001.

Nexo de causalidade: Sua omissão ao não abordar os aspectos jurídicos que inviabilizavam a assinatura do 1º Termo Aditivo, permitiu que a empresa contratada recebesse valores superiores aos previstos no instrumento de contrato, acarretando dano ao erário.

Rejeitadas as alegações de defesa e tendo sido demonstrada a responsabilização da **Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf** (50.786.714/0001-45), **Raimundo Pires Silva** (022.766.778-64), **Guilherme Cyrino Carvalho** (210.515.198-10) e **Paulo Sérgio Miguez Urbano** (664.853.478-87), devem eles ter as contas julgadas irregulares e condenados, solidariamente, ao pagamento do débito apurado em face de irregularidades cometidas no contrato CRT/SP 6/2008, celebrado entre a Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais (Fepaf) e a Superintendência Regional do Incra no Estado de São Paulo, 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 em Projetos de Reforma Agrária.

8. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, propõem-se:

a) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’ da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com base nos arts. 1º, inciso I, 209, incisos I e II, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, que sejam julgadas **irregulares** as contas da **Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf** (50.786.714/0001-45), **Raimundo Pires Silva** (022.766.778-64), **Guilherme Cyrino Carvalho** (210.515.198-10) e **Paulo Sérgio Miguez Urbano** (664.853.478-87), condenando-os solidariamente ao pagamento da dívida relacionada na tabela abaixo, com fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento aos cofres do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas de ocorrência até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, em face de irregularidades cometidas no contrato CRT/SP 6/2008, celebrado entre a Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais (Fepaf) e a Superintendência Regional do Incra no Estado de São Paulo, 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 em Projetos de Reforma Agrária.

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

b) aplicar à **Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf** (50.786.714/0001-45), **Raimundo Pires Silva** (022.766.778-64), **Guilherme Cyrino Carvalho** (210.515.198-10) e **Paulo Sérgio Miguez Urbano**, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente da data do acórdão até a do efetivo recolhimento;

- c) autorizar desde logo, se requerido, o pagamento da dívida em trinta e seis parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovar perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovar os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor; e
- d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida, caso não atendidas as notificações;”

2. O Ministério Público junto ao TCU, por sua vez, manifestou-se nos seguintes termos (peça 40):

“Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), vinculado ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, 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 (peça 1, p. 284), com vigência de 02/07/2008 a 31/01/2011, 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 (Incra-SP).

2. O Incra-SP firmou o Contrato CRT/SP/6/2008 com a Fepaf mediante realização de pregão eletrônico do tipo menor preço unitário (considerando o valor anual pago por família atendida - família/ano), visando o atendimento de 7.946 famílias de assentados. Apenas a Fepaf participou do pregão, e o objeto foi a ela adjudicado pelo preço unitário de R\$ 540,00 (peça 1, p. 322), valor esse coincidente com o limite máximo de dispêndio anual por família para serviços de ATES definido pela Norma de Execução Incra 72, de 12/05/2008, então vigente.

3. Ainda no terceiro mês de vigência do contrato, a Norma de Execução Incra 72 foi atualizada, majorando o valor limite de despesas de ATES para até R\$ 796,00 família/ano (R\$ 63,33 família/mês). Diante disso, em 30/10/2008, foi celebrado o primeiro termo aditivo reajustando o valor unitário do contrato para esse novo valor. O aditivo contemplou, ainda, o acréscimo do número de famílias atendidas, totalizando 8.627 famílias (peça 1, p. 356-360).

4. Em inspeção da Secex/SP, concluiu-se que o reajuste concedido pelo Incra-SP no terceiro mês de vigência do ajuste, com pretensão fundamento na referida Norma de Execução, além de não estar previsto nas cláusulas contratuais, não possuía respaldo na Lei 8.666/93. Restou 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.

5. A despeito de haver decisão do TCU determinando ao Incra que adotasse as medidas necessárias para a anulação do referido termo aditivo (Acórdão 1.556/2011-Plenário, de 08/06/2011, Rel. Min. Weder de Oliveira), foram feitos pagamentos indevidos após o referido reajustamento, configurando-se o prejuízo objeto desta TCE.

6. Após análises sobre quantificação do débito, prevaleceu o cálculo à peça 6 (p. 9), e os responsáveis foram citados pela dívida de R\$ 321,611,02 (valor histórico), correspondente a R\$ 687.829,44 em valores atualizados monetariamente até maio de 2016 (sem juros de mora). O referido débito também considerou o prejuízo decorrente da cessão indevida de veículos para transporte de técnicos, encargo este que deveria ter sido assumido pela Fepaf (cláusula sétima; peça 1, p. 322); e o procedimento de cálculo foi descrito nos seguintes termos:

‘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 [citação], de juros de mora sobre as parcelas de débito e de crédito.’ (peça 6, p. 8)

7. Foram arrolados como responsáveis a Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf e os gestores do Incra-SP que concorreram para a celebração do termo aditivo irregular (peça 9):

a) Raimundo Pires Silva, ex-Superintendente Regional do Incra-SP (exonerado em 20/06/2011; peça 3, p. 200), homologou/assinou o termo aditivo (peça 1, p. 360);

b) Guilherme Cyrino Carvalho (exonerado em 09/02/2011; peça 3, p. 198), chefe da Divisão Administrativa do Incra-SP e ordenador de despesas do órgão (peça 3, p. 102, e 104-120);

c) Paulo Sérgio Miguez Urbano, Procurador Regional do Incra-SP, emitiu parecer jurídico favorável ao aditivo contratual em tela (peça 3, p. 100).

8. Regularmente citado (peças 25 e 26), Raimundo Pires Silva não compareceu aos autos e foi considerado revel. As alegações de defesa dos demais responsáveis, juntadas às peças 23, 32 e 36, foram analisadas pela Secex/SP, conforme instrução de mérito à peça 37.

9. Em sua defesa, o Procurador Regional do Incra-SP, Paulo Sérgio Miguez Urbano, questionou a validade da citação, enviada para endereço em que não mais reside; alegou a ocorrência de prescrição, uma vez que a citação se deu decorridos mais de nove anos do fato tido como irregular; bem como a inobservância ao devido processo legal, por não ter sido responsabilizado e/ou exercido o pleno direito de defesa e do contraditório na fase interna da TCE. Esses argumentos foram refutados pela unidade técnica com base na jurisprudência deste TCU.

10. Procedendo a análises à luz do que a Lei 8.666/93 dispõe sobre reajuste, repactuação e revisão de preços em contratos administrativos, a unidade técnica ponderou que a conduta do procurador foi decisiva na ocorrência do dano, rejeitando suas alegações de defesa:

‘Como se nota, há questões jurídicas importantes que deveriam ser abordadas pelo parecerista a fim de alertar os gestores quanto aos possíveis questionamentos sobre a legalidade da majoração do preço contratual que se propunha. Restou evidente que o parecerista não enfrentou as questões jurídicas atinentes à matéria, tendo, por isso, conduta decisiva, por omissão, na ocorrência do dano ao erário.’ (peça 37, p. 26-27)

11. Preliminarmente, Guilherme Cyrino Carvalho também alegou, sem sucesso, a ocorrência de prescrição e de inobservância ao devido processo legal. Quanto ao mérito, não reconheceu haver nexos de causalidade entre a irregularidade apontada na presente TCE e sua atuação como Superintendente Regional Substituto do Incra-SP, por não ter firmado o termo aditivo em questão.

12. A Secex/SP esclareceu que o responsável concorreu para o pagamento indevido, e consequente dano ao erário, na medida em que encaminhou o 1º Termo Aditivo ao Contrato/CRT/SP/6/2008 para que o Superintendente Regional assinasse, sem manifestar qualquer oposição, conforme memorando de 28/10/2008 (peça 3, p. 102); tendo ainda autorizado todos os pagamentos decorrentes dele, por atuar como ordenador de despesas do órgão à época (peça 3, p. 104-196).

13. Por fim, foi analisada a defesa da Fepaf, que pleiteou o reconhecimento de boa-fé, alegando que o aumento concedido por meio do termo aditivo não ocorreu a seu pedido, mas por iniciativa do Incra-SP, de ofício.

14. A unidade técnica expôs que, independentemente disso, a fundação tinha condições de avaliar a legalidade do termo aditivo, e se beneficiou indevidamente do aumento concedido, o que justifica sua condenação em débito:

*‘O caso em tela diz respeito a pagamento irregular feito a entidade privada, em desacordo com cláusula contratual e de forma contrária à legislação que rege a matéria de reajustes de preços em contratos administrativos. **Legislação essa que não comporta mais que uma interpretação***

razoável, não se podendo falar de erro escusável (grifo nosso). *Em casos dessa espécie, a reposição ao erário é devida independentemente do reconhecimento da boa-fé do recebedor.* (peça 37, p. 36)

15. Foi ressaltado, ainda, que o cálculo do débito indicado na citação já contempla as parcelas que a Fundação tem a receber do Incra-SP, na forma de crédito, não sendo necessária qualquer revisão nesse sentido.

16. Uma vez rejeitadas as alegações de defesa juntadas aos autos, foi apresentada proposta de encaminhamento no sentido de julgar irregulares as contas da Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais - Fepaf, de Raimundo Pires Silva, de Guilherme Cyrino Carvalho e de Paulo Sérgio Miguez Urbano, condenando-os solidariamente ao pagamento da dívida (atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas de ocorrência até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor), e aplicando-lhes individualmente a multa do art. 57 da Lei 8.443/92.

17. De fato, não cabem novos questionamentos por parte da Fepaf quanto ao valor do dívida, pois o cálculo detalhado nos autos (peça 6, p. 8-10) levou em conta 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 a possibilidade legal de se proceder à compensação dos valores devidos pelo Incra em função das notas fiscais não pagas ao fim do contrato; em consonância com o parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao Incra-SP, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, que opinou pelo deferimento do recurso apresentado pela fundação ainda na fase interna da TCE (de 23/04/2012; peça 2, p. 158-176).

18. Diante disso, e na ausência de argumentos capazes de afastar a responsabilidade dos gestores e da fundação contratada, ou de evidenciar a presença de boa-fé em suas condutas, este representante do MP/TCU manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento apresentada pela Secex/SP (peça 37, p. 39-40).”

É o Relatório.