GRUPO II – CLASSE II – 2ª CÂMARA
TC 046.725/2012-1
Natureza: Tomada de Contas Especial.
Unidades: Ministério da Integração Nacional e Município de Rondonópolis/MT.
Responsáveis: Airoldi Construções Ltda. - EPP (CNPJ 01.058.776/0001-25), Objetiva Engenharia e Construções Ltda. (CNPJ 24.775.769/0001-40), Percival Santos Muniz (CPF 203.770.611-15) e Valdecir Feltrin (CPF 079.181.781-49).
Representação legal: Wilson Lopes (OAB/MT 7.396-B), Carlos Roberto de Cunto Montenegro (OAB/MT 11.903-A), Rafael Costa Bernardelli (OAB/MT 13.411-A) e outros, Almino Afonso Fernandes Júnior (OAB/DF 42.516) e outro – peças 4, 20, 27, 34 (p. 11), 36 e 37 (p. 15).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. OBRAS DE DRENAGEM DE ÁGUAS PLUVIAIS E PAVIMENTAÇÃO. NÃO EXECUÇÃO DE PARTE DO OBJETO. CITAÇÃO. REVELIA DE UM RESPONSÁVEL. DEFESAS INSUFICIENTES PARA DESCARACTERIZAR A IRREGULARIDADE, MAS CAPAZES DE INFLUIR NA METODOLOGIA DE CÁLCULO DO DÉBITO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DA SUB-ROGADA, POR NÃO TER SIDO BENEFICIÁRIA DOS RECURSOS ENVOLVIDOS NO DÉBITO APURADO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS, COM CONDENAÇÃO EM DÉBITO. MULTA AOS EX-GESTORES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PARA APLICAÇÃO DE MULTA À EMPRESA.

RELATÓRIO

Ao instruir o processo pela última vez, a Secretaria de Controle Externo no Estado do Mato Grosso do Sul – Secex-MS, ao atuar nos termos da Portaria Segecex 11, de 29/4/2013, manifestou-se, em pareceres uniformes, nos seguintes termos:

"INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada intempestivamente pelo Departamento de Gestão Estratégica da Secretaria Executiva do Ministério da Integração Nacional, em desfavor do Sr. Percival Santos Muniz, CPF 203.770.611-15, Prefeito Municipal de Rondonópolis, MT, no período de 2001 a 2004, em razão da impugnação parcial das despesas custeadas com os recursos repassados à Prefeitura Municipal de Rondonópolis, MT, por força do Convênio 1880/2001 (P. 1, p. 55-71), Siafi 451185, celebrado com o Ministério da Integração Nacional, que teve por objeto as 'obras de drenagem de águas pluviais e pavimentação'.

2. Cumpre observar que esta Unidade Técnica atua neste processo devido à transferência de estoque de processos da Secex/MT para a Secex/MS, operacionalizada por meio da Portaria Segecex nº 11, de 29/04/2013, publicada no BTCU nº 15 de 2013.

HISTÓRICO

3. Conforme disposto na cláusula quarta do termo de convênio foram previstos R$ 1.518.000,00 para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

a execução do objeto, dos quais R$ 1.380.000,00 foram repassados pelo concedente e R$ 138.000,00 corresponderam à contrapartida.

4. Os recursos federais foram repassados em parcela única, mediante a ordem bancária 2002OB002038, no valor de R$ 1.380.000,00, emitida em 03/07/2002. Os recursos foram creditados na conta específica 18.411-X, Banco do Brasil, em 09/07/2002.

5. O ajuste vigeu no período compreendido entre a data da liberação dos recursos na conta do convenente (9/7/2002) até duzentos e quarenta dias corridos (5/3/2003) e o prazo para apresentação da prestação de contas final encerrou em 6/3/2003, conforme cláusula terceira do termo de convênio (Peça 1, p. 59).

6. A primeira análise da prestação de contas realizada pelo órgão concedente, por meio do Parecer Técnico PT AK MT 1880/01-01, datado de 10/03/2004, concluiu pela regularidade da execução física do objeto e assinalou a ocorrência do atendimento aos interesses da população local em face do efetivo resultado alcançado pelas obras realizadas no município, conforme documento na Peça 1, p. 147-149.

7. A Procuradoria da República em Mato Grosso representou ao TCU em 11/5/2004 acerca de possíveis irregularidades na execução de diversos ajustes celebrados pelo Município de Rondonópolis e dentre estes, o convênio em tela. Referida representação foi autuada sob o número TC-006.755/2004-7, no qual foi proferido o Acórdão 582/2007-2ª Câmara, sessão de 03/04/2007 (Relação 10/2007 – Gabinete Ministro Aroldo Cedraz), que efetuou as seguintes determinações (P. 1, p. 198):

> *6.1. à Caixa Econômica Federal que oriente suas superintendências regionais e suas unidades jurídicas quanto à necessidade do pronto atendimento às diligências e fiscalizações deste Tribunal relacionadas aos contratos de repasse celebrados com estados e municípios, em que a instituição financeira atue na condição de mandatária da União, com fundamento no Decreto n° 1.819, de 16/02/1996, salientando que essas operações não estão protegidas pelo sigilo bancário previsto na Lei Complementar n° 105/2001, e que observem a competência constitucional e legal desta Corte, previstas no art. 71, incisos II e VI, da Constituição Federal e no art. 5°, incisos I, VI e VII, da Lei n° 8.443/92;*
>
> *6.2. à Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional que adote as providências necessárias no sentido de reexaminar a prestação de contas do Convênio n° 1.880/2001 (SIAFI 451185), assunto objeto do Ofício n° 383/SIH/MI, de 13/10/2006 e da Nota Técnica SJS 203/06, de 11/10/2006, celebrado entre o Ministério da Integração Nacional e o Município de Rondonópolis/MT, e, baseado em nova fiscalização in loco:*
>
> *6.2.1. proceda à nova aferição dos serviços executados, em especial quanto à qualidade dos materiais utilizados;*
>
> *6.2.2. verifique a possível sobreposição de parte do objeto do convênio citado no item 6.2 acima com o objeto do Contrato de repasse n° 102.158-49/00, firmado pela CEF, por ordem do Ministério das Cidades, com o município retrocitado;*
>
> *6.2.3. instaure, se for o caso, a respectiva tomada de contas especial, que deverá ser remetida ao Tribunal, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, por intermédio da Secretaria Federal de Controle Interno;*
>
> *6.3. à Secex/MT que:*
>
> *6.3.1. encaminhe à Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional cópia integral deste processo, com o intuito de subsidiar o implemento da determinação constante do item 6.2 precedente, fixando-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência, para que informe a este Tribunal das providências até então adotadas;*
>
> *6.3.2. encaminhe cópia da presente deliberação, juntamente com reprodução das fls. 52/60 dos autos, ao Procurador Regional da República em Mato Grosso, Sr. Roberto Cavalcanti Batista;*
>
> *6.4. a conversão do presente processo em monitoramento, nos termos do artigo 243 do Regimento Interno/TCU e art. 42 a Resolução TCU n° 191/006, com o objetivo de a Secex/MT verificar o cumprimento da determinação constante do item 6.2 acima, e os resultados dela advindos.*

8. Em decorrência do mencionado *decisum*, a Secretaria de Infra Estrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional realizou, em maio/2005, nova vistoria (P. 1, p. 200-215) que resultou na elaboração do comparativo de custos descrito na tabela a seguir, com pequenas correções quanto aos somatórios dos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

valores totais previstos no Planos de Trabalho e nos Boletins de Medição, que não influenciam o valor considerado e o valor a ser devolvido.

Tabela (1) Comparativa de Custos (P. 1, p. 216-220):

Item	Especificação	Quantidades			Custos Unitários			Custo Total		
		Plano Trabalho	Medição	Considerada	Plano Trabalho	Medição	Considerada	Plano Trabalho	Medição	Considerada
1.0	Terraplenagem									
1.1	Remoção e limpeza camada vegetal com bota fora	5.362,35	6.619.66	6.619.66	1,39	1,30	1,30	7.453,67	8.605,56	8.605,56
1.2	Escavação e carga material 1ª categoria	16.891,42	19.995,86	19.995,86	2,16	6,98	2,16	36.485,47	139.571,10	43.191,06
1.3	Escavação e carga material 2ª categoria	7.239,18	0	0	3,94	0	3,94	28.522,37	0	0
1.4	Momento de transporte para material de terraplenagem	241.306,00	0	0	0,48	0	0,48	115.826,88	0	0
1.5	Compactação de aterro a 100% P.N.	20.108,83	15.524,01	15.524,01	1,71	1,27	1,27	34.386,10	19.715,49	19.715,49
2.0	Pavimentação									
2.1	Regularização do subleito	53.623,50	53.623,50	53.623,50	0,43	0,33	0,33	23.058,11	17.695,76	17.695,76
2.2	Sub base do solo estabilizado granulom sem mistura	10.724,70	21.449,40	10.724,70	7,06	14,25	7,06	75.716,38	305.653,95	75.716,38
2.3	Base de solo estabilizado granilom com cal misturado na pista	10.724,70	0	0	10,96	0	10,96	117.542,71	0	0
2.4	Transporte de material para execução de sub base e base	428.988,00	0	0	0,48	0	0,48	205.914,24	0	0
2.5	Imprimação	47.674,50	47.674,50	47.674,50	1,26	2,16	1,26	60.069,87	102.976,92	60.069,87
2.6	Pintura de ligação	47.674,50	47.674,50	47.674,50	0,55	0,54	0,54	26.220,98	25.744,23	25.744,23
2.7	Pré-misturado a Frio – PMF	2.383,73	2.383,73	2.383,73	234,97	284,03	234,97	560.105,04	677.050,83	560.105,04
3.0	Drenagem									
3.1	Meio-fio com sarjeta	13.220,00	13.220,00	13.220,00	15,83	15,31	15,31	209.272,60	202.398,20	202.398,20
4.0	Obras complementares									
4.1	Pintura de faixas horizontais	1.586,40	1.586,40	0	7,77	8	7,77	12.326,33	12.691,20	0
4.2	Pintura de setas e zebrados	198,30	198,30	0	9,87	9	9,87	1.957,22	1.784,70	0
4.3	Placa regulamentação circular diâmetro 0,50	16	16	16	55,88	46,86	46,86	894,08	749,76	749,76
4.4	Placa de regulamentação octogonal	6	6	6	49,73	21,48	21,48	298,38	128,88	128,88
4.5	Placa de regulamentação triangular L=0,75	6	6	6	37,71	14,51	14,51	226,26	87,06	87,06
4.6	Placa de advertência L=0,50	10	10	10	64,64	12,89	12,89	646,40	128,90	128,90
4.7	Placa de indicação 1x0,50	6	6	6	110,90	29,83	29,83	665,40	178,98	178,98
4.8	Placa de serviços auxiliares 4,40x0,60m	2	2	2	60,28	14,32	14,32	120,56	28,64	28,64
Total								1.517.709,05	1.515.190,16	1.014.543,81
Custo estimado dos serviços executados										1.014.543,80

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

Concedente (1.014543,80 / 1,10)	922.312,55
Convenente (10% de 922.312,55)	92.331,26
Total repassado pela União	1.380.000,00
Valor a ser devolvido (1.380.000,00 – 922.312,55)	457.687,45

9. No tocante à determinação de verificar a sobreposição de objetos entre o Contrato de Repasse 102.158-49/00 – Caixa Econômica Federal e o Convênio 1880/2001, o referido relatório consignou que [a sobreposição] diz respeito aos serviços executados no Conjunto Habitacional Cidade de Deus 1ª Etapa, sendo apontadas as seguintes ocorrências:

9.1. O revestimento asfáltico, objeto do financiamento concedido no âmbito do Convênio n° 1880/2001, foi executado sobre o revestimento primário, de 10 cm, financiado pela CEF.

9.2. O revestimento PMF – Pré-Misturado a Frio especificado em 5 cm (Convênio n° 1880/2001), foi executado com 3cm.

9.3. A sub-base de 20cm e a base de 20 cm (Convênio n° 1880/2001) não foram executadas.

9.4. Existência de Ofício s/n encaminhado pela empresa Airoldi Construções Ltda. à Prefeitura Municipal de Rondonópolis propondo alteração na execução, para reduzir a altura total de cada camada de aterro referente a base e sub-base, de 40 para 22 cm, avaliando que essa redução implicaria em economia no montante de R$ 135.544,28, suficiente para cobrir o item 'Transporte de Material da Jazida', não contemplado na planilha orçamentária da contratada. Mencionada proposta não foi objeto de aditivo contratual ou manifestação da Prefeitura Municipal ao órgão repassador dos recursos e, em consequência, não foi considerada na avaliação consignada na Tabela Comparativa de avaliação de Custos.

10. O mencionado relatório registrou, ainda, que foram realizados dois procedimentos licitatórios distintos para a execução dos serviços, com a assinatura de dois contratos com a mesma empresa, a Objetiva Engenharia Ltda., sendo o primeiro, de nº 680/2002, assinado em 04/06/2002, no valor de R$ 1.490.047,90, tendo por objeto obra de pavimentação asfáltica em pré-misturado a frio nos bairros Jardim Cidade de Deus (1ª Etapa), Jardim Ipanema, Vila Mariley, Vila Boa Esperança, Vila Salmem e Vila Jardim Lourdes.

10.1. Consignou a inclusão na planilha do Contrato 680/2002 do serviço de Rede de Água, no valor de R$ 11.749,02, sem a devida referência no Plano de Trabalho.

11. O segundo contrato, de n° 552/2003, no valor de R$ 25.324,13, assinado em 4/4/2003, contemplou a execução da obra de pavimentação asfáltica na Avenida Ponce de Arruda, no bairro Vila Salmem. Observou que os serviços indicados na respectiva planilha orçamentária não foram incluídos na Tabela Comparativa de Custos por não guardarem correlação com os serviços constantes na planilha orçamentária do plano de trabalho e por considerar que a obra de pavimentação asfáltica da Avenida Ponce de Arruda está incorporada ao objeto do Contrato 680/2002.

12. Em consequência, a Secretaria de Infra Estrutura Hídrica emitiu a Nota Técnica – NT JG 04/2007, na qual retificou o Parecer Técnico PT AK MT 1.880/01-01, que havia concluído pela aprovação da prestação de contas quanto à execução física do objeto conveniado, e recomendou a aprovação parcial da prestação de contas, aplicando a glosa no valor de R$ 457.687,45, calculada conforme a tabela precedente (P. 1, p. 222-224).

13. Na sequência, foi emitida a Informação Financeira nº 613/2007/CAPC/CGCONV/DGI/SE/MI (P. 1, p. 226.234) que registrou as seguintes ocorrências no tocante à execução dos Contratos 680/2002 e n° 552/2003, celebrados entre o município de Rondonópolis e a empresa Objetiva Engenharia e Construções Ltda.

13.1. Decorridos oito dias da assinatura do Contrato 680/2002, foi firmado o Primeiro Termo Aditivo de Cessão e Transferência Total de Direitos e Obrigações, da Objetiva Engenharia e Construções Ltda. para a Airoldi Construções Ltda., com anuência da Prefeitura Municipal, sem que houvesse justificativas para o ato ou previsão contratual a respeito.

13.1.1. Celebrado o Segundo Termo Aditivo em 03/02/2002, prorrogando o contrato por mais 120 dias, quando o termo inicial foi firmado em 07/07/2002, com prazo de 120 dias corridos contados da Ordem de Serviços, sendo que não consta da documentação a referida Ordem, impossibilitando precisar a vigência do referido contrato.

13.2. O Contrato 552/2003 foi celebrado em 04/04/2003, fora do prazo de vigência do Convênio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

(05/07/2002 a 01/01/2003), situação confirmada pela Relação de Pagamentos, que registra despesas no período de 09/01 a 16/04/2003, inclusive à conta do Contrato 608/2002, descumprindo o inc. V do art. 8º da INSTN 01/1997, vigente à época.

13.3. Os pronunciamentos da SIH – Secretaria de Infra Estrutura Hídrica não se reportaram ao valor de R$ 24.521,42 referente a receita auferida com rendimentos de aplicação financeira realizada, informados pelo convenente.

14. A SIH emitiu a Nota Técnica – NT JG 03/2008 (P. 1, p. 238), retificando o valor da glosa de modo a incluir a importância de R$ 24.521,42 referente a receita auferida com rendimentos de aplicação financeira. Desse modo, o montante a ser devolvido pelo responsável resultou em R$ R$ 482.208,87.

15. O responsável foi notificado das irregularidades mediante o Ofício 362/2008/CPAPC/CGCONV/DGI/SE/MI (P. 1, p. 252-262), apresentou justificativas (P. 1, p. 270-282), que foram analisadas mediante a Informação Financeira 168/2009/CAPC/CGCONV/DGI/SECEX/MI, que, por sua vez, concluiu serem as informações insuficientes para a aprovação de prestação de contas final, afirmou a necessidade de notificar os responsáveis para efetuar o recolhimento do valor glosa (P. 1, p. 290-298). Notificado novamente conforme documentos constantes na peça 1, p. 306-314, o responsável apresentou novas razões (P.1, p. 318-346, P. 3, p. 4-52)

16. O Parecer Conjur/MI/ 1624/2009 analisou o procedimento e os argumentos de prescrições e nulidades apresentados, concluindo serem inaplicáveis aos atos praticados naqueles autos (P. 3, p. 54-76). O responsável Percival Santos Muniz foi novamente notificado em três oportunidades (P. 3, p. 132-142, 210-214 e 264), apresentou novas defesas (P. 3, p. 162-190 e p. 218-242), analisadas consecutivamente mediante o Parecer Técnico ARQ 578-10 (P. 3, p. 194-196); Parecer Técnico ARQ 588-10 (P. 3. 244-246) e Informação Financeira 398/2010/ /CAPC/CGCONV/DGI/SECEX/MI (P. 3, p. 252-256).

17. O Relatório de TCE 25/2011, ante os pareceres das áreas técnica e financeira, consignou a aprovação parcial da prestação de contas em virtude da execução parcial do objeto do convênio e concluiu pela existência de dano ao erário no valor histórico de R$ 482.208,87, com a responsabilização do Senhor Percival Santos Muniz (P. 3, p. 301-311). A mesma conclusão foi adotada pelo Relatório de Auditoria 256502/2012 (P. 3, p. 320-326). O Certificado de Auditoria 56502/2012 e o Parecer do Dirigente do Órgão de Controle Interno 56502/2012 confirmaram a irregularidade das contas (P. 1, p. 328 e 330). O Pronunciamento Ministerial consta na peça 3, p. 336.

18. Consta nos autos decisão da Vara Única da Subseção Judiciária de Rondonópolis – Justiça Federal, exarada no processo 2009.36.02.0001696-4, que concedeu medida liminar determinando a suspensão dos efeitos deletérios da inscrição do Município de Rondonópolis no DIAFI/CAUC, relativamente ao item 204/Convênio 451185 (P. 3, p. 80-84).

19. No âmbito do TCU, a primeira instrução a cargo desta Unidade Técnica concluiu pela citação solidária dos Srs. Percival Santos Muniz, Valdecir Feltrin e das empresas Objetiva Engenharia e Construções Ltda. e Airoldi Construções Ltda.

EXAME TÉCNICO

20. Em cumprimento ao Despacho do Secretário Substituto (peça 10), foi promovida a citação solidária dos Srs. Percival Santos Muniz, Valdecir Feltrin e das empresas Objetiva Engenharia e Construções Ltda. e Airoldi Construções Ltda., mediante os Ofícios 0246/2014-TCU-Secex/MS, 0247/2014-TCU-Secex/MS, 0248/2014-TCU-Secex/MS e 0249/2014-TCU-Secex/MS (peças 14 a 17), datados de 10/04/2014.

21. O Sr. Percival Santos Muniz, as empresas Objetiva Engenharia e Construções Ltda. e Airoldi Construções Ltda. tomaram ciência dos ofícios que lhes foram remetidos, conforme documentos constantes das peças 38, 18 e 26, tendo apresentado, tempestivamente suas alegações de defesa, conforme documentação integrante das peças 28 a 32, 34, 37.

22. Apesar de o Sr. Valdecir Feltrin ter tomado ciência do expediente que lhe foi encaminhado, conforme atesta o aviso de recebimento (AR) que compõe a peça 19, não atendeu a citação e não se manifestou quanto às irregularidades verificadas.

23. Transcorrido o prazo regimental fixado e mantendo-se inerte o aludido responsável, impõe-se que seja considerado revel, dando-se prosseguimento ao processo, de acordo com o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

Alegações de defesa – empresa Airoldi Construções Ltda.

24. A empresa Airoldi Construções Ltda. foi citada mediante o Ofício 0249/2014-TCU/SECEX-MS, de 10/4/2014, nos seguintes termos (P. 17):

> *Conforme delegação de competência conferida pela Relatora, Ministra Ana Arraes, e ante a análise realizada neste processo de Tomada de Contas Especial, TC 046.725/2012-1, que trata de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional, em desfavor do Sr. Percival Santos Muniz, prefeito do município de Rondonópolis/MT, à época dos fatos, em razão da não consecução dos objetivos previstos, que propiciou a impugnação parcial da prestação de contas final quanto aos recursos repassados pela União, por força do Convênio nº 1880/2001 (SIAFI 451185), que teve por objeto a execução de obras de drenagem de águas pluviais e pavimentação, conforme Termo de Convênio, fica a empresa Airoldi Construções Ltda., na pessoa de seu representante legal, citada, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU, para, no prazo de quinze dias, a contar do recebimento da presente comunicação, apresentar alegações de defesa quanto às ocorrências descritas a seguir e/ou recolher, conforme detalhado no Anexo I deste ofício, aos cofres do TESOURO NACIONAL, solidariamente com os responsáveis indicados, os valores históricos atualizados monetariamente desde as respectivas datas de ocorrência até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor. O valor total das dívidas atualizadas monetariamente até 10/4/2014 corresponde a R$ 942.624,19.*
>
> *2. O débito é decorrente da utilização dos recursos federais recebidos por força do Convênio 1880/2001 (Siafi 451185), firmado com o Ministério da Integração Nacional, para realização de pagamentos indevidos em favor das empresas Airoldi Construções Ltda. (CNPJ 01.058.776/0001-25) e Objetiva Engenharia e Construções Ltda. (CNPJ nº 24.775.769/0001-40), (Contratos de nº 680/2002 e n° 552/2003, firmados com a Prefeitura de Rondonópolis), devido à ausência de contraprestação em serviços por parte das mencionadas empresas na execução das obras de drenagem de águas pluviais e pavimentação - objeto do referido convênio, em desacordo ao art. 22 da IN STN 01/1997, vigente à época dos fatos, de acordo com o descrito no Relatório de Campo realizado em maio de 2007, pelo Departamento de Obras Hídricas do Ministério da Integração Nacional.*

24.1. A empresa, por intermédio de seu representante legal, Sr. Emerson Douglas Airoldi, apresentou as alegações de defesa constantes nas peças 28 a 32 dos autos.

24.2. O representante legal da empresa, por intermédio de advogado constituído nos autos, inicia informando que o citado já responde, pelo mesmo fato, a ação civil pública para ressarcimento de dano ao erário, processo 0001184-98.2011.4.01.3602, perante a Vara Única da Justiça Federal de Rondonópolis, MT, e, em face da identidade do fim perseguido e de partes, haveria litispendência. A fim de provar o alegado, apresenta cópias da petição inicial, subscrita pelo representante do Ministério Público Federal e das peças representativas dos argumentos expendidos em sede de contestação (P. 28, p. 2-3).

24.3. Acerca da diferença constatada entre o revestimento PMF – Pré-Misturado a Frio especificado, de 5cm e o executado de 3cm, e acerca da não execução da sub-base e base de 20cm, afirma que inicialmente a empresa Objetiva Engenharia e Construções Ltda. firmou o contrato, sub-rogando o objeto da licitação à empresa Airoldi por intermédio do Contrato 680/2002. E nos termos do 'PLANILHA/ORÇAMENTO/OBRA' que constaria dos autos e seria parte integrante do contrato, a referida empresa assumiu a obrigação de executar os serviços pactuados.

24.4. Alega que durante a execução dos serviços constatou-se a omissão do valor para o serviço de transporte de material de jazida, não orçado, sendo que na ocasião o representante legal da Airoldi pessoalmente manifestou o interesse em desistir do contrato caso não fosse complementado.

24.5. Relata que em conversa com o então Prefeito, Percival dos Santos Muniz, foi sugerida redução da base e sub-base para utilizar o respectivo custo para cobrir o valor do transporte de material de jazida e assevera que os técnicos da prefeitura teriam sido consultados, corroborando que não haveria comprometimento técnico da obra e admitida a redução.

24.6. Argumenta que a responsabilidade pelas alterações de projeto e por informar ao Ministério ficou a cargo do Município e acrescenta que a empresa protocolou perante a Secretaria de Planejamento e Coordenação Geral da Prefeitura Municipal de Rondonópolis, em 15/07/2002, o pedido de alteração para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

compensação dos valores não contemplados na Planilha Orçamentária e solicitou a alteração das espessuras das camadas de 20 cm de sub-base e base para 11 cm cada (P. 32, p.7). Afirma que a forma e os percentuais utilizados no cálculo para a redução dos serviços constam no anexo da contestação apresentado à Justiça Federal, onde foram considerados os preços cobrados pelo DNER, SICRO do mês de abril/2002, estaria na P. 32, últimas laudas.

24.7. Afirma que diante da autorização para a redução da camada de PMF, a obra foi executada com 11 cm de base e 11 cm de sub-base, conforme constou no alegado demonstrativo anexo e o registro de todas as medições efetuadas que tiveram por fundamento a alteração.

24.8. Contrapõe que os documentos comprobatórios das medições evidenciam que a fiscalização foi exercida ao longo da execução e no recebimento final, elencando os documentos que compõem a medições de 1 a 9.

24.9. Cita a doutrina de Marçal Justen Filho, que ensina que o particular tem a faculdade de prosseguir em sua atividade se a Administração não executa a fiscalização, nos termos art. 57, S 1°, VI da Lei de Licitações (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14a Ed. São Paulo: Dialética, p.739).

24.10. Replica que, no caso concreto, ocorreu a execução integral da obra contratada, a Administração exerceu a fiscalização sem intercorrência, justificando os valores recebidos e, por conseguinte, a empresa Airoldi Construções Ltda. não poderia ser penalizada com o pretendido ressarcimento, pois não teria dado causa a prejuízo à contratante na execução da obra. Acrescenta que a imputação de solidariedade à Airoldi corresponderia a admitir o enriquecimento sem causa dos contratantes, conduta vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, com fundamento nos artigos 884 e 886 do Código Civil.

24.11. Afirma que a empresa prestou o serviço conforme o pactuado e repactuado com o Sr. Percival dos Santos Muniz e cita aresto do Superior Tribunal de Justiça que decidiu ser devido o pagamento por serviços efetivamente prestados, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo (STJ- AgRg no REsp 1140386/SP - 1ª Turma - Min. Benedito Gonçalves - Julgado em 03/08/2010 e publicado no DJe aos 09/08/2010).

24.12. Consigna que, à exceção da base e sub-base, os demais elementos foram executados nos termos do projeto, com fidelidade aos demais itens previstos na planilha que a vinculou (P. 28, p. 7).

24.13. Relativamente à modificação de projetos, cita Marçal Justen Filho, que preleciona que a 'melhor adequação técnica supõe a descoberta ou revelação de circunstancia desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada' (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª Ed. São Paulo: Dialética, p.772).

24.14. Apresenta, sobre o mesmo tema, manifestação do relator no voto que fundamentaria o Acórdão 2352/2006-Plenário, nos seguintes termos (P. 28, p. 8):

> *8. Entendo que é praticamente impossível deixar de ocorrer, adequações, adaptações e correções quando a realização do projeto executivo e mesma na execução de obras. Mas estas devem se manter em limites razoáveis, gerando as consequências naturais de um projeto que tem por objetivo apenas traçar as linhas gerais do empreendimento. (...) quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, consequentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele. As alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificação do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação. Conquanto não se modifique o objeto contratual em natureza ou dimensão. É de ressaltar que a implementação de alterações qualitativas requer em regra mudanças no valor original do contrato.' (Acórdão nº 2352/2006-Plenário, Rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça) - in: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14a Ed. São Paulo: Dialética, p.772.*

24.15. Apresenta aresto do STJ (REsp. 666878, Rel. Min. Denise Arruda. Primeira Turma. DJ 29/06/2007 p.492), que trata de discussão acerca de supressão de parcela de contrato, cujo objeto consistia em obrigação de dar (softwares), integralmente cumprida e quitada, e obrigação de fazer (fornecer suporte técnico), com fundamento no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, sendo que a alteração quantitativa de objeto não incluiu o fornecimento de software, mas tão somente o serviço de suporte técnico. O referido *decisum* observou que o poder de alterar unilateralmente o ajuste representa prerrogativa a disposição da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

Administração para concretizar o interesse público e não se constitui em arbitrariedade, devendo, a modificação quantitativa do valor contratado, corresponder, em igual medida, à alteração das obrigações dos sujeitos da relação judicial. Ainda, deixou assente que:

> *6. Com efeito, a supressão de 25% do valor inicialmente pactuado não poderia abranger o preço global do contrato como quer a CVM (para alcançar, inclusive, a prestação de dar, sequer incluída na alteração, já cumprida e quitada), nem excluir as prestações vencidas; como quer a ATI/P5 INFORMÁTICAS/A. Sua base de cálculo compreende o valor inicial atualizado da obrigação de trato sucessivo consistente na prestação do serviço de suporte técnico, sob pena de redução desproporcional da contraprestação efetivamente devida à contratada.*

24.16. Afirma que, dessa forma, não é real a informação no sentido de que houve a redução da camada asfáltica de 5 para 3 cm sem contrapartida, pois a alteração seria notória e foi recebida por meio das medições. Acrescenta que não havia impedimentos para que os interessados acompanhassem de modo permanente a execução da obra e que a alteração foi realizada com a anuência do ex-prefeito Percival dos Santos Muniz (P. 28, p. 10).

24.17. Contrapõe que o laudo apresentado não teria se revestido dos padrões técnicos admitidos, tendo tomado como referência apenas parte da obra, pois, para afirmar que houve redução da camada de PMF teria sido necessário realizar perfuração em vários pontos da pavimentação, tendo em vista que poderia ocorrer, devido à compactação, pequena redução da camada, especialmente nas faixas laterais devido ao declive. Se não acolhida a explicação, propugna pela realização de nova perícia, com garantia de acompanhamento por meio de assistente técnico.

24.18. Cita o art. 55 da Lei 9.784/99 que prescreve que em 'decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração', para replicar que a questão decorreu do fato de a concedente não ter sido informada da alteração do projeto, não podendo a empresa ser responsabilizada por negligência da convenente, que exerceu a fiscalização e tinha o dever de prestar as informações necessárias (p. 28, p. 11).

24.19. A seguir contesta a elaboração da tabela de glosa, por não ter considerado o preço dos serviços especificados na contratação, respaldando-se apenas na 'planilha enviada com o ofício', referindo a planilha ora apresentada, na qual se constataria diferença de apenas R$ 5.247,40.

24.20. Objeta, ainda, os cálculos da planilha de glosa, por ter considerado os valores descritos no programa de trabalho orçado em 14/12/2001, que não retrataria os preços efetivamente contratados, pois a obra teria sido executada pelo preço da planilha contratada. Como consequência, não haveria dano ao erário, não assistindo razão em postular ressarcimento perante a empresa Airoldi (P. 28, p. 12).

24.21. Observa que o contrato foi assinado em 12/07/2002, devendo ser considerados os preços da planilha de 04/06/2002, fato que justificaria as pequenas diferenças encontradas.

24.22. Acerca do contrato de financiamento [contrato de repasse] assinado entre a Caixa e o governo do estado de Mato Grosso, em 29/12/2000, assevera que o período de execução da base e sub-base é posterior ao de execução do revestimento primário; que se trata de 'um cascalhamento que se deteriora com facilidade diante das chuvas' e que seria improvável usar este material como base e sub-base como apresentou o documento de referência, pois não teria sido executada a drenagem de águas pluviais (P. 28, p. 15).

24.23. Argumenta, no tocante à carta da Constrex, que o contrato de financiamento entre a Caixa e o governo do estado de Mato Grosso contempla serviços diferentes daqueles que a empresa foi contratada para executar no Conjunto Habitacional Cidade de Deus, pois no contrato com a Caixa, Contrato 0102158-49 e 0102158-49, o objeto seria abastecimento de água; obras viárias; centro de múltiplo uso; execução de projetos; apoio desenvolvimento comunitário; construção de 191 unidades habitacionais, enquanto que a relação de serviços do contrato com a Airoldi contempla terraplanagem; pavimentação; drenagem e obras complementares.

24.24. Relata que o subscritor do laudo, Marcos Ribeiro dos Reis, ao tempo da elaboração do referido documento era o vice-prefeito de Rondonópolis, tendo interesses em denunciar o ex-alcaide, por questões de interesses político partidários, que não podem ser estendidos à empresa Airoldi Construções Ltda.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

24.25. Junta aos autos, além do instrumento de procuração, a cópia dos documentos constitutivos da empresa, de identificação do representante legal da empresa, da denúncia formulada pelo Ministério Público Federal, da defesa apresentada à Justiça Federal de Rondonópolis e planilha de referência dos valores impugnados.

Análise:

25. A análise das alegações será efetuada na ordem em que foram apresentadas.

25.1. A alegação de litispendência, em razão da interposição de ação civil pública com identidade do fim perseguido e de partes, não merece prosperar, pois referida ação não obsta o prosseguimento da tomada de contas especial.

25.2. Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa. O artigo 935 do Código Civil prescreve que a 'responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal'. Esse dispositivo precisa ser conjugado com o artigo 66 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que 'não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato'.

25.3. Da interpretação conjunta dos dois dispositivos tem-se que a sentença penal impedirá a propositura ou continuidade de ação nos âmbitos civil e, por extensão, administrativo, apenas se houver sentença penal absolutória negando categoricamente a existência do fato ou afirmando que não foi o réu quem cometeu o delito. Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida nos Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.635-DF. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não-ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

25.4. Especificamente acerca da alegação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar tomada de contas especial, tendo em vista a competência do TCU inserta no art. 71 da Constituição Federal, como se constata no seguinte excerto do MS 25880/DF, da relatoria do Ministro Eros Grau:

> *'EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA* ***TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.***
>
> *1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92].*
>
> *2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].*
>
> *3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92.*
>
> *4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.*
>
> *5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003]. 6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias.' (grifos acrescidos)

25.5. No âmbito do TCU, o voto condutor do Acórdão 2/2003-2ª Câmara demonstra a posição pacífica do Tribunal sobre o tema, ao dispor:

O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão.

25.6. Ademais, não há a configuração da litispendência, pois esta apenas se verifica quando há reprodução de ação anteriormente ajuizada, ocorrendo a denominada tríplice identidade, isto é, mesmas partes, pedido e causa de pedir. Nos processos perante o TCU não há que se falar em partes, nem mesmo há exercício de direito de ação em face do Estado-Juiz, razão pela qual impende concluir que a litispendência apenas pode ocorrer quando ambos os processos estão em curso perante o Poder Judiciário. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.

25.7. A alegação no sentido de que houve alteração do projeto, com diminuição da base e sub-base para utilizar o valor para cobrir o valor do transporte de material de jazida não merece prosperar. Primeiro em razão de que a cópia da carta emitida pela empresa em tela, de 15/07/2002, na qual solicita a alteração da Planilha referente ao item 2.0 Pavimentação, para reduzir as camadas de sub base e base a fim de incluir o serviço de Transporte de Material de Jazida, que se encontra na peça 32, p. 7, não possui comprovante de entrega na Prefeitura Municipal de Rondonópolis, tampouco manifestação do gestor, razão pela qual referido documento não pode ser reconhecido para afastar a responsabilidade da empresa.

25.8. Em segundo, o custo do serviço de Transporte de Material de Jazida não constou de nenhuma das medições emitidas pela Airoldi e atestadas, constantes nas peças 30 a 32 dos autos. Referido serviço somente apareceu no item 2.4 da Planilha Comparativa de Custos (subitem dos serviços e Pavimentação), elaborada posteriormente à prestação de contas do convênio, com o objetivo de promover a defesa da referida empresa em face da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal, consoante se observa na peça 32, p. 10, 12 e 14. Dessa forma, tais custos não podem ser considerados como parte dos custos do convênio em tela e afastar o débito imputado;

25.9. A afirmação de que a base e sub-base foi executada com 11 cm cada consoante autorização também não merece prosperar, pois não há, nos autos, documento que a corrobore, uma vez que a carta da empresa solicitando a alteração sequer possui comprovante de entrega à Prefeitura Municipal ou a manifestação do fiscal do contrato ou do gestor do convênio.

25.10. É fato que a reformulação do projeto junto ao órgão repassador dos recursos se insere na esfera de responsabilidade do gestor do Convênio. Contudo, a empresa Airoldi não foi responsabilizada somente em decorrência da alteração do projeto, mas em decorrência da constatação de não ter sido executado parte do serviço objeto do convênio em tela, pelo qual recebeu. Nesta circunstância, a alegação não merece guarida.

25.11. A informação de que a Administração Municipal exerceu a fiscalização durante a execução da obra não afasta a responsabilidade da empresa, apenas confirma a solidariedade imputada ao fiscal da obra, consoante a citação endereçada ao Sr. Valdecir Feltrin.

25.12. A alegação de enriquecimento sem causa dos contratantes não merece prosperar, uma vez que a imputação de débito à empresa decorreu de execução parcial de objeto de convênio, fato capaz de alça-la à condição de responsável solidária pelo débito imputado.

25.13. A doutrina de Marçal Justen Filho favorável à modificação do projeto pode ser aceita desde que o órgão repassador dos recursos emita anuência à modificação, fato não corrido no caso em exame.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

25.14. No tocante ao trecho do Acórdão 2.352/2006-Plenário apresentado pelo representante legal da empresa, cumpre ressaltar que foi transcrito com supressão de parte do voto, dando a entender manifestação diferente da original. Eis a íntegra do raciocínio expendido pelo relator:

> *8.* ***Entendo que é praticamente impossível deixar de ocorrer adequações, adaptações e correções quando da realização do projeto executivo e mesmo na execução das obras. Mas estas devem se manter em limites razoáveis, gerando as consequências naturais de um projeto que tem por objetivo apenas traçar as linhas gerais do empreendimento****. (Grifado o texto apresentado).*
>
> *9. Aqui, o erro foi deixar de prever que o rio Madeira poderia ser, um dia, navegável. O argumento de que, à época da concepção básica da ponte, o rio não tinha tais características não me convence. Não é preciso deter grandes conhecimentos de engenharia - na verdade basta bom senso - para saber que é necessário obter informações sobre a navegabilidade no ponto onde se deseja construir uma ponte, nem que seja em futuro distante e incerto, para determinar a largura e a altura dos vãos. Mas nada foi feito. Somente após a licitação concluída e o contrato assinado é que a empresa vencedora, a menos culpada nessa história, procurou saber das exigências relativas à navegação no rio Madeira.*
>
> *10. Alterações na transição entre o projeto básico e o executivo sempre ocorrem. Não há como fugir disso. É certo que* ***no caso em exame, as mudanças foram além do razoável, a ponto de a Unidade Técnica e o Ministério Público clamarem pela anulação do contrato*** *em vigor e a realização de novo procedimento licitatório.*
>
> *11. Portanto,* ***acolho, nesse ponto, a manifestação da Unidade Técnica e proponho a aplicação da multa*** *do art. 58, III, da Lei n.º 8.443/92 aos Srs. Luiz Francisco da Silva Marcos, Eduardo Calheiros de Araújo e José Humberto do Prado Silva. (Grifado).*

25.15. Na transcrição foram suprimidos os itens 9 até a parte inicial do item 17 do voto, sendo que a parte acrescida após o final do item 8 do voto (grifado) na transcrição das alegações, como se fosse a conclusão daquele tema, trata, na verdade, de outro assunto, explicado a partir do item 17 do mesmo voto, a seguir:

> *17. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também orienta-se nesse sentido. A Decisão n.º 215/1999-Plenário é sempre citada e serve como referência. Colho do parecer do representante do Ministério Público que atuou naquele processo, Dr. Lucas Rocha Furtado, a seguinte passagem:*
>
> > *'Considerando que o objeto do contrato distingue-se em natureza e dimensão, tem-se a natureza sempre intangível, tanto nas alterações quantitativas quanto nas qualitativas.*
> >
> > *Não se pode transformar a aquisição de bicicletas em compra de aviões, ou a prestação de serviços de marcenaria em serralheria.*
> >
> > *Contudo, nas modificações quantitativas, a dimensão do objeto pode ser modificada dentro dos limites previstos no § 1.º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93, isto é, pode ser adquirida uma quantidade de bicicletas maior do que o originalmente previsto, desde que o acréscimo, em valor, não ultrapasse 25% do valor inicial atualizado do contrato. As alterações qualitativas, por sua vez, decorrem de modificações necessárias ou convenientes nas quantidades de obras ou serviços sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou dimensão.*
> >
> > *Convém distinguir dimensão do objeto de quantidade de obras ou serviços necessários à realização do objeto. Servimo-nos dos ensinamentos de Eros Roberto Grau, verbis:*
> >
> > *'(a) contrata-se a pavimentação de 100km de rodovia; se a Administração estender a pavimentação por mais 10km, estará acrescendo, quantitativamente, o seu objeto - a dimensão do objeto foi alterada; (b) previa-se, para a realização do objeto, a execução de serviços de terraplanagem de 1000m3; se circunstâncias supervenientes importarem que se tenha de executar serviços de terraplanagem de 1200m3, estará sendo acrescida a quantidade de obras, sem que, contudo, se esteja a alterar a dimensão do objeto - a execução de mais 200m3 de serviços de terraplanagem viabiliza a execução do objeto originalmente contratado' (Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29).*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

Quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, consequentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele.

As alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificação do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação.

Conquanto não se modifique o objeto contratual, em natureza ou dimensão, é de ressaltar que a implementação de alterações qualitativas requer, em regra, mudanças no valor original do contrato*.' (Grifado o texto apresentado).*

18. Da mesma forma, o revisor, Ministro Adylson Motta:

'Como afirma o Professor Adilson Abreu Dallari, a doutrina é pacífica em afirmar que o contrato administrativo tem como característica identificadora a instabilidade do vínculo, cuja permanência e condições se subordinam às variáveis imposições do interesse público, sem prejuízo da salvaguarda dos interesses patrimoniais privados do contratado. O autor, arrimando-se na lição do célebre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, distingue-o com maestria dos contratos privados em uma frase que considero lapidar: 'a imutabilidade das cláusulas do contrato privado converte-se, no âmbito administrativo, em imutabilidade do fim' (Dallari, Adilson Abreu, 'Limites à Alterabilidade do Contrato de Obra Pública', in BLC, V. 9, nº 10, p. 465). Tal fim público consubstancia-se na consecução do objeto da avença.'

19. É perfeitamente possível, portanto, a ocorrência de mudanças no objeto do contrato, desde que não haja, evidentemente, desvirtuamento ou alteração radical do que foi ajustado. Este é o ponto. Não acho que tenha havido mudança no objeto do contrato. Persegue-se, ainda, mesmo após as alterações decorrentes da futura navegabilidade do rio, a construção de uma ponte de aproximadamente 1.000m de extensão. As modificações de método construtivo, apontados pela Unidade Técnica como sendo prova da alteração radical, são decorrentes da modificação dos vãos, altura, etc., tudo isso em razão de que o rio se tornará, futuramente, navegável.

20. Não estou afirmando que a alteração na concepção da obra deva ser vista como algo normal. Ao contrário. Os responsáveis pela elaboração e aprovação de projeto básico, sabe-se lá de que autoria, que não se adequava ao planejamento do Ministério ao qual pertencia o próprio DNIT, devem ser responsabilizados, como já assinalei acima.

21. Nesse ponto, retorno ao problema da inadequação do projeto básico. O problema, no contrato de construção da ponte sobre o rio Madeira, está na ausência de consulta prévia à autoridade administrativa responsável pelo planejamento da navegação fluvial. Uma futura navegabilidade naquele rio, se não era completamente previsível, poderia ser motivo para uma simples consulta ao órgão responsável.

22. No Acórdão n.º 635/2004-Plenário, de minha relatoria, em situação semelhante à destes autos, fiz as seguintes considerações:

'A Unidade Técnica afirma que o contrato sofreu mudanças radicais em seu objeto. Para comprovar, a Secex/MT chama a atenção para as plantas de fls. 24/25 do vol. 1. Realmente, as mudanças são visíveis. A justificativa do gestor de que com a 'evolução do sistema prisional (...) é necessário que ao longo da execução da obra, haja um aprimoramento construtivo mais avançado' (fl. 280, vol. principal) não convence. Não se trata de simples ajuste na execução da obra, mas de alterações no projeto inicial. São modificações substanciais, que me levam a crer que o projeto original era inadequado ou foi mal elaborado. A impropriedade está, portanto, na pouca atenção dispensada à elaboração do projeto básico. Mas não julgo ter havido alteração radical no objeto, a ponto de concluir pela contratação de serviços sem licitação.'

23. A ausência de previsão da navegabilidade do rio Madeira, no trecho em questão, afetando fortemente a concepção da ponte no projeto básico, insere-se, no meu modo de entender, numa endêmica e perene falta de planejamento da Administração Pública, aliada à falta de comunicação e integração entre os órgãos responsáveis pela política e planejamento dos transportes. Em tempo, e talvez até por sorte, a informação acerca da futura navegabilidade do rio Madeira foi incorporada ao projeto da ponte.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

24. Mas além disso, outro fato me leva a afastar a hipótese de alteração radical no objeto do contrato. É que o reflexo financeiro não atingiu o limite de 25% imposto pelo § 1º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93. O valor contratual, considerando a concepção inicial da ponte, era de R$ 54,3 milhões. Com as alterações introduzidas a partir das exigências de navegabilidade, o contratou passou a ser de R$ 65,6 milhões, significando um incremento de 20,7%; dentro, portanto, do limite dado pela Lei de Licitações e Contratos.

25. Afasto, desde logo, o argumento de que o contrato celebrado com a Andrade Gutierrez não contém previsão de execução dos dolfins de proteção que, se incluídos, fariam com que o limite fosse largamente ultrapassado, frente ao seu alto custo. É que está equivocada, no meu entendimento, a inclusão, no contrato de que estamos tratando, da execução dos dolfins.

26. Primeiro, na aprovação do projeto executivo pelo Departamento de Hidrovias Interiores da Secretaria de Transportes Aquaviários/MT, exigiu-se apenas a previsão de que os pilares que delimitam os três vãos fossem protegidos por dolfins quando o rio se tornasse navegável. É o que extraio da leitura da Portaria n.º 19/2002 (fls. 367/368 - vol. 13), a despeito da redação um tanto obscura:

> *'Art. 1º - Aprovar as características dos retângulos de navegação da ponte da rodovia federal BR-364/RO sobre o rio Madeira, na localidade de Abunã ....*
>
> *Art. 2º - Fixar as larguras mínimas ....*
>
> *§ 1º - todos os pilares que delimitam os três vãos de navegação deverão estar previstos proteção por 'dolfins' (estruturas de proteção) nas faces de montante e de jusante por tratar-se de rio potencialmente navegável.'*

27. A Portaria não exige, portanto, que a ponte tenha, já em sua configuração inicial, as estruturas de proteção. Exige, no meu entendimento, a previsão de que os pilares tenham, no futuro, proteção, ante a potencial navegabilidade do rio.

28. Mas não é só isso.

29. É importante assinalar o alto custo dessas estruturas de proteção. De acordo com as informações da Unidade Técnica, os dolfins da ponte na BR-319, de características e dimensões similares aos da BR-364, custarão cerca de 24,5 milhões de reais. É obra adicional de custo elevado, que teria sido desconsiderada, de acordo com a Secob, no projeto executivo para que o limite de 25% não fosse ultrapassado.

30. Ocorre que a estrutura de proteção será necessária somente se e quando o rio Madeira for, naquele trecho, navegável. Só que, para isso, será necessária a construção de duas usinas hidroelétricas de grande porte associada à implementação de eclusas. Trata-se de empreendimento ainda em fase de estudos de viabilidade, que exigirá grande volume de investimentos, da ordem de R$ 20 bilhões.

31. Sendo assim, a obra relativa aos dolfins de proteção será necessária somente quando o rio adquirir condições de navegabilidade. Estará a depender, portanto, de futura e incerta implementação de projeto de alto investimento, ainda sem previsão segura. Caso venha a ser navegável o rio, a construção dos dolfins poderá, então, se realizar mediante nova licitação. Não vejo razão em se antecipar investimento elevado sem necessidade.

32. Fico imaginando se o Ministério dos Transportes tivesse previsto a ponte na BR-364 já com a estrutura de proteção, encarecendo o custo da obra em de 20 milhões de reais; haveria aqueles a criticar a decisão, afirmando ser irrazoável o gasto, ante a incerteza da concretização das obras necessárias à navegabilidade.

25.16. Como se observa, são duas situações distintas, não se aplicando a conclusão da última à primeira situação, refutando-se, por conseguinte o argumento.

25.17. O aresto do STJ apontado pelo defendente (REsp. 666878) não se subsome à situação tratada nos presentes autos, pois refere a relação eminentemente de direito privado, de interesse da empresa, atinente a proporcionalidade entre a supressão do objeto e o preço a ser pago, não tratando de legalidade da supressão sem a anuência do órgão repassador dos recursos, por conseguinte, não se aplicando ao caso em exame.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

25.18. Relativamente à contestação do laudo, que teria tomado como referência apenas parte da obra e o pedido de realização de nova perícia, é de se observar que não se trata de laudo, nos termos utilizados na perícia judicial, mas de inspeção levada a efeito por representante técnico do Ministério da Integração Nacional, atestado inclusive por fotografias (P. 1, p. 212), devendo portanto, ser reconhecido como válido.

25.19. Ademais, a comprovação da regularidade da aplicação dos recursos repassados pela União cabe ao gestor, ou seja, o ônus da prova cabe a quem geriu os recursos e não ao Tribunal, em razão do disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986.

25.20. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme se verifica nos Acórdãos 903/2007-TCU-1a Câmara, 1.445/2007-TCU-2a Câmara e 1.656/2006-TCU-Plenário.

25.21. Tal entendimento foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF; Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa é transcrita a seguir.

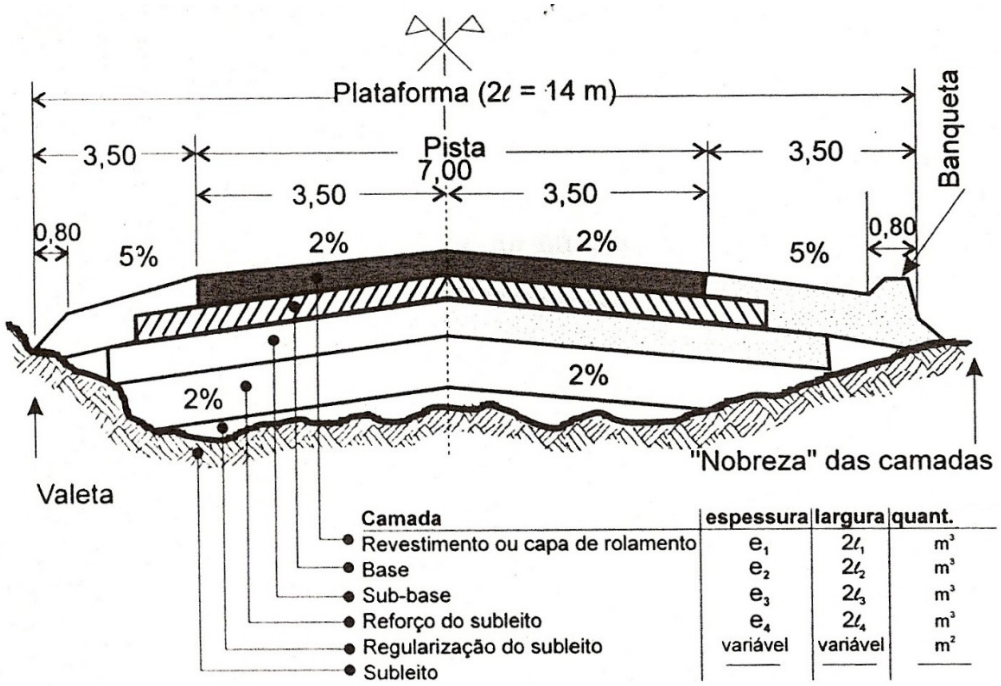
> *Mandado de Segurança contra o Tribunal de Contas da União. Contas julgadas irregulares. Aplicação da multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67. A multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67 não tem natureza de sanção disciplinar. Improcedência das alegações relativas a cerceamento de defesa. Em Direito Financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público. Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação no tocante à irregularidade da licitação. Mandado de Segurança indeferido.*

25.22. Desse modo, o gestor que recebeu os recursos públicos deve fornecer todas as provas da regular aplicação tanto quanto aos normativos vigentes, como aos termos do convênio. E no presente caso, a obrigação se estende à empresa em razão da execução ter ocorrido em quantitativos menores que o pactuado.

25.23. A alegação pertinente ao contrato de repasse assinado entre a Caixa e o governo do estado de Mato Grosso, que assevera que o período de execução da base e sub-base é posterior ao de execução do revestimento primário, mostra-se desprovida de lógica, pois o revestimento, por ser a última camada a ser executada, deve ser realizado posteriormente à regularização do leito e execução da sub-base e da base, consoante se pode observar na figura adiante, extraída do 'Manual de técnicas de pavimentação. São Paulo: Editora Pini, 1997'.

Seção Transversal Típica de um Pavimento Flexível:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.



25.24. O argumento de que o contrato de repasse firmado entre a Caixa e o Governo Estado, 0102158-49, não contemplaria o serviço executado e custeado pelo convênio em exame, também não merece guarida, pois, apesar de não constar nos autos, o próprio defendente elenca que contemplaria obras viárias, que é denominação genérica de todos os serviços executados em vias e caminhos. Logo, a execução de base e sub-base de via pública está inserida no rol das obras viárias.

25.25. É fato que os interesses políticos não podem ser estendidos à empresa Airoldi, seja para beneficiá-la ou prejudica-la. Entretanto, os fatos apontados pelo então vice-prefeito de Rondonópolis foram verificados por técnico do órgão repassador dos recursos, com base em inspeção realizada na obra, e que culminou na constatação da execução parcial do objeto conveniado. Dessa forma, o argumento mostra-se improcedente.

25.26. A arguição da Lei 9.784/1999 não merece prosperar, pois referido dispositivo legal não tem aplicação aos processos de tomada de contas instaurados pelo TCU, regidos pela Lei nº 8.443/92, que consubstancia norma especial em relação à Lei n. 9.784/99, consoante já decidido pelo STF em sede de Mandado de Segurança (MS 25641 / DF, Relator: Min. Eros Grau, julgado em 22/11/2007 - Pleno).

25.27. Os questionamentos a respeito do cálculo do débito devem ser observados com cuidado, pois, de fato foi adotado critério do menor preço, independentemente da data base do cálculo, ora adotando os preços contidos no Plano de Trabalho, ora adotando os preços contratados, sem que houvesse justificativa para essa opção.

25.28. Em relação aos serviços indicados no Plano de Trabalho, cumpre ressaltar que não trazem as especificações corretas, a exemplo do serviço referente ao item 1.2 – Escavação e carga de material de 1ª categoria, que não definem a distância média de transporte – DMT, com a indicação do intervalo da distância de transporte em que será quantificado cada item, a exemplo de 'Escavação carga transporte material 1ª categoria DMT 50 a 200m', usualmente utilizado nas planilhas de composição de custos. Tais informações foram omitidas tanto no Plano de Trabalho, quanto nas medições ou informações apresentadas pelos responsáveis.

25.29. Considerando que não há nos autos as planilhas que serviram de base à licitação, seria necessária a realização de diligências ao órgão repassador dos recursos para que enviasse os papéis de trabalho que serviram de base para os cálculos e proceder ao levantamento dos custos detalhados dos valores contratados a fim de verificar sua adequação aos preços de mercado à época, em razão da responsabilização solidária das empresas.

25.30. Tal medida implicaria extensas demandas processuais, que atrasariam ainda mais a apreciação das irregularidades em comento. Dessa forma e a fim de evitar encargos duvidosos aos responsáveis, excepcionalmente, serão adotados como critério de cálculo, os valores referentes aos custos unitários

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

contratados, indicados na Tabela (1) deste relatório na coluna 'Custos Unitários/Medição', que passarão a ser considerados para efeito do cálculo do débito.

25.31. No que tange aos quantitativos dos serviços, serão mantidos aqueles apontados no Relatório de Campo de maio/2005 (P. 1, p. 200-205), que constaram da referida Tabela (1), na coluna 'Quantidades/Considerada', em razão de terem sido aferidos presencialmente por técnico do órgão repassador dos recursos.

25.32. Em decorrência de tais ajustes nos critérios de cálculo, haverá modificação dos valores que compõem o débito, que será apresentado na Tabela (2) adiante.

Tabela (2) – Tabela comparativa de custos revisada.

Item	Especificação	Quantidades			Custos Unitários			Custo Total		
		Plano Trabalho	Medição	Considerada	Plano Trabalho	Medição	Considerada	Plano Trabalho	Medição	Considerada
1.0	Terraplenagem									0
1.1	Remoção e limpeza camada vegetal com bota fora	5.362,35	6.619.66	6.619.66	1,39	1,30	1,30	7.453,67	8.605,56	8.605,56
1.2	Escavação e carga material 1ª categoria	16.891,42	19.995,86	19.995,86	2,16	6,98	6,98	36.485,47	139.571,10	139.571,10
1.3	Escavação e carga material 2ª categoria	7.239,18	0	0	3,94	0	3,94	28.522,37	0	0
1.4	Momento de transporte para material de terraplenagem	241.306,00	0	0	0,48	0	0,48	115.826,88	0	0
1.5	Compactação de aterros a 100% P.N.	20.108,83	15.524,01	15.524,01	1,71	1,27	1,27	34.386,10	19.715,49	19.715,49
										0
2.0	Pavimentação									0
2.1	Regularização do subleito	53.623,50	53.623,50	53.623,50	0,43	0,33	0,33	23.058,11	17.695,76	17.695,76
2.2	Sub base do solo estabilizado granulom sem mistura	10.724,70	21.449,40	10.724,70	7,06	14,25	14,25	75.716,38	305.653,95	152.826,97
2.3	Base de solo estabilizado granilom com cal misturado na pista	10.724,70	0	0	10,96	0	10,96	117.542,71	0	0
2.4	Transporte de material para execução de sub base e base	428.988,00	0	0	0,48	0	0,48	205.914,24	0	0
2.5	Imprimação	47.674,50	47.674,50	47.674,50	1,26	2,16	2,16	60.069,87	102.976,92	102.976,92
2.6	Pintura de ligação	47.674,50	47.674,50	47.674,50	0,55	0,54	0,54	26.220,98	25.744,23	25.744,23
2.7	Pré-misturado a Frio – PMF	2.383,73	2.383,73	2.383,73	234,97	284,03	284,03	560.105,04	677.050,83	677.050,83
										0
3.0	Drenagem									0
3.1	Meio-fio com sarjeta	13.220,00	13.220,00	13.220,00	15,83	15,31	15,31	209.272,60	202.398,20	202.398,20
										0
4.0	Obras complementares									0
4.1	Pintura de faixas horizontais	1.586,40	1.586,40	0	7,77	8	8	12.326,33	12.691,20	0
4.2	Pintura de setas e zebrados	198,30	198,30	0	9,87	9	9	1.957,22	1.784,70	0
4.3	Placa regulamentação circular diâmetro 0,50	16	16	16	55,88	46,86	46,86	894,08	749,76	749,76
4.4	Placa de regulamentação octogonal	6	6	6	49,73	21,48	21,48	298,38	128,88	128,88
4.5	Placa de regulamentação triangular L=0,75	6	6	6	37,71	14,51	14,51	226,26	87,06	87,06

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

4.6	Placa de advertência L=0,50	10	10	10	64,64	12,89	12,89	646,40	128,90	128,90
4.7	Placa de indicação 1x0,50	6	6	6	110,90	29,83	29,83	665,40	178,98	178,98
4.8	Placa de serviços auxiliares 4,40x0,60m	2	2	2	60,28	14,32	14,32	120,56	28,64	28,64
Total								1.517.709,05	1.515.190,16	1.347.887,21
Custo estimado dos serviços executados								1.347.887,21		
Concedente (1.347.887,21 / 1,10)								1.225.352,01		
Convenente (10% de 1.225.352,01)								122.535,20		
Total repassado pela União								1.380.000,00		
Valor a ser devolvido (1.380.000,00 – 1.225.352,01)								154.647,99		

25.33. Observa-se que houve redução do valor do débito frente a adoção de critério uniforme de cálculo. Considerando que não houve encargo adicional aos responsáveis, ao contrário, foram beneficiados em função do acolhimento da alegação apresentada, mostra-se desnecessária a realização de citação frente ao novo valor.

25.34 Havendo alteração no valor do débito, mostra-se necessário verificar a data de ocorrência a ser considerada, pois, em razão da atribuição de solidariedade às empresas, em regra, a jurisprudência do TCU orienta que se considere os últimos pagamentos efetuados, até atingir o montante do débito, consoante demonstrado na tabela a seguir.

Data Pagto.	Favorecido	Nº cheque	Valor	Valor do débito
17/7/2002	Airoldi Construções Ltda.	850001	132.749,72	
17/7/2002	Airoldi Construções Ltda.	850002	54.269,12	
13/8/2002	Airoldi Construções Ltda.	850005	205.841,35	
26/8/2002	Airoldi Construções Ltda.	850007	206.777,34	
18/9/2002	Airoldi Construções Ltda.	850009	252.689,08	
15/10/2002	Airoldi Construções Ltda.	850013	205.800,00	
29/11/2002	Airoldi Construções Ltda.	850014	294.115,33	1.061,36
10/1/2003	Airoldi Construções Ltda.	850016	93.600,69	93.600,69
24/2/2003	Airoldi Construções Ltda.	850020	35.717,76	35.717,76
17/4/2003	Objetiva Engenharia e Construções Ltda.	850023	24.268,18	24.268,18
Valor histórico				154.647,99

Alegações de defesa – Objetiva Engenharia e Construção Ltda.

26. A empresa Objetiva Engenharia e Construção Ltda. foi citada mediante o Ofício 249/2014-TCU/SECEX-MS (P. 16), nos seguintes termos:

> *Conforme delegação de competência conferida pela Relatora, Ministra Ana Arraes, e ante a análise realizada neste processo de Tomada de Contas Especial, TC 046.725/2012-1, que trata de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional, em desfavor do Sr. Percival Santos Muniz, prefeito do município de Rondonópolis/MT, à época dos fatos, em razão da não consecução dos objetivos previstos, que propiciou a impugnação parcial da prestação de contas final quanto aos recursos repassados pela União, por força do Convênio nº 1880/2001 (SIAFI 451185), que teve por objeto a execução de obras de drenagem de águas pluviais e pavimentação, conforme Termo de Convênio, fica a empresa Objetiva Engenharia e Construções Ltda., na pessoa de seu representante legal, citada, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU, para, no prazo de quinze dias, a contar do recebimento da presente comunicação, apresentar alegações de defesa quanto às*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

ocorrências descritas a seguir e/ou recolher, conforme detalhado no Anexo I deste ofício, aos cofres do TESOURO NACIONAL, solidariamente com os responsáveis indicados, os valores históricos atualizados monetariamente desde as respectivas datas de ocorrência até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor. O valor total das dívidas atualizadas monetariamente até 10/4/2014 corresponde a R$ 942.624,19.

2. O débito é decorrente da utilização dos recursos federais recebidos por força do Convênio 1880/2001 (Siafi 451185), firmado com o Ministério da Integração Nacional, para realização de pagamentos indevidos em favor das empresas Airoldi Construções Ltda. (CNPJ 01.058.776/0001-25) e Objetiva Engenharia e Construções Ltda. (CNPJ nº 24.775.769/0001-40), (Contratos de nº 680/2002 e n° 552/2003, firmados com a Prefeitura de Rondonópolis), devido à ausência de contraprestação em serviços por parte das mencionadas empresas na execução das obras de drenagem de águas pluviais e pavimentação - objeto do referido convênio, em desacordo ao art. 22 da IN STN 01/1997, vigente à época dos fatos, de acordo com o descrito no Relatório de Campo realizado em maio de 2007, pelo Departamento de Obras Hídricas do Ministério da Integração Nacional.

26.1. A empresa Objetiva Engenharia e Construção Ltda., em recuperação judicial, apresentou as alegações de defesa constantes na peça 34, relatadas a seguir.

26.2. Inicialmente alega a ilegitimidade passiva da empresa, em razão de ter cedido integralmente à empresa Airoldi Construções Ltda. o contrato para a execução do Convênio, antes do início das obras, não tendo executado ou recebido qualquer valor do poder público relacionado ao Convênio 1880/2001.

26.3. Assevera que foi firmado o Termo Aditivo de Gestão e Transferência Total de Direitos e Obrigações decorrentes do Contrato 680, de 04/07/2002, para a execução dos seguintes objetos: obra de pavimentação asfáltica em pré-misturado a frio, que deveria ser realizado nos bairros, Jardim Cidade de Deus (1ª etapa), Jardim Ipanema, Vila Mariley, Vila Boa Esperança, Vila Salmen e Vila Jardim Lourdes, todos da zona urbana de Rondonópolis, Mato Grosso.

26.4. Afirma que o Contrato 680 foi assinado entre a Prefeitura Municipal de Rondonópolis e a Objetiva Engenharia e Construção Ltda. no dia 04/07/2002. Na mesma data, a referida empresa assinou a Cessão de Contrato com a Airoldi Construções Ltda., não havendo tempo hábil para que houvesse execução ou recebimento de qualquer pagamento referente ao Convênio (P. 34, p. 3).

26.5. Argumenta que na referida Cessão de Contrato operou a transferência total de direitos e obrigações com a expressa anuência da Prefeitura de Rondonópolis, conforme teria sido previsto no Edital, no contrato e em consonância com o art. 78, VI, da Lei 8.666/93 e por isso estaria configurada a ilegitimidade passiva da empresa citada.

26.6. Obtempera que no momento da consumação do fato lesivo surge à vítima do direito de pleitear junto ao ofensor a reparação dos prejuízos sofridos e que a legislação pátria estabelece que uma das condições da ação é a legitimidade *ad causam*. Observa que em regra, a legitimidade ativa, para perquirir a reparação do dano, pertence à vítima e a legitimidade passiva, para responder pelo dano, pertence ao agressor, causador do dano. Conclui indagando como poderia, alguém que não executou e não recebeu pelo contrato, ter causado o dano e ser parte legítima para repará-lo.

26.7. Contrapõe que são legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito e reafirma que cabe ao titular do interesse afirmado na pretensão a legitimidade ativa e ao titular do interesse daquele que resiste à pretensão a legitimidade passiva, citando o TJDF- AGI 20010020053666- DF - 1a. T. Cív. - Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves - DJU 02.05.2002- P 99.

26.8. Cita a doutrina de Maria Helena Diniz, no sentido de que 'sendo o dano pressuposto da responsabilidade civil, será obrigado a repará-lo aquele a quem a lei onerou com tal responsabilidade, salvo se ele puder provar alguma causa de escusa'. Acrescenta que 'pode-se afirmar que o réu 'será aquele que for apontado como causador do dano', isto porque prescreve o art. 27 do CC, que todo 'aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo'. (P. 34, p. 4-5).

26.9. Conclui que a responsabilização civil por um dano só pode ocorrer caso alguém tenha praticado ou deixado de praticar o ato causador do dano e que não há nos autos irregularidade que tenha sido provocada pela empresa citada, pois a responsabilidade é complemento necessário do dever e da obrigação.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

26.10. Cita o ensinamento de José Augusto Aguiar, no sentido de que 'a responsabilidade é resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação' (Da responsabilidade Civil, 9' ed., vol. I, São Paulo, Forense, 1994).

26.11. Reafirma que não executou o contrato, não recebeu qualquer valor do erário, não se apontou perda, apropriação, desvio, apropriação ou dilapidação de bens que tenha sido perpetrado pela empresa citada.

26.12. Contrapõe que nos autos 1184-98.2011.4.01.36, o juiz federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Rondonópolis, reconheceu a ilegitimidade passiva da empresa citada na ação civil pública movida pelo MPF com o mesmo objeto de ressarcimento ao erário relativamente ao Convênio 1880/2011, consoante decisão juntada aos autos.

26.13. Repisa que todos os serviços foram prestados por outra empresa e que nenhum dos cheques relacionados foram emitidos ou pagos em favor da empresa citada, fato que demonstraria a inexistência de responsabilidade de recompor o erário.

26.14. Observa que a cessão do contrato se operou dentro das disposições contratuais e legais, tendo havido a transferência total dos encargos, com a anuência da contratante, ressaltando que houve cessão do contrato e não a mera subcontratação prevista no art. 72 da Lei nº 8.666/9, em que o subcontratado executa parte daquilo a que se obrigou o contratado, ao passo que na cessão, o cessionário é que passa a responder, perante a administração, pelas obrigações que assumiu.

26.15. Acrescenta que ao substituir o cedente, o cessionário assume a titularidade de variedade de direitos e deveres, como débitos, créditos, acessórios, deveres de abstenção e dessa forma, ao firmar a cessão do contrato, a empresa Airoldi Construções Ltda. passou a ser a única responsável pelos deveres e obrigações ali previstos, bem como por eventuais ressarcimentos dali advindos (P. 34, p. 8).

26.16. Alega a ocorrência de litispendência com a Ação Civil Pública (autos n. 1184-98.2011.4.01.3602) que tramita na Vara Única da Justiça Federal de Rondonópolis, MT, tendo em vista a similitude entre as demandas, conforme dispositivos do CPC, ante a ocorrência das mesmas partes e mesmo objeto, o ressarcimento ao erário por irregularidades na execução do Convênio 1800/2001. Observa que não se pode admitir a dupla punição do executado nas duas ações e que o ressarcimento em dobro ocasionaria o enriquecimento ilícito da União.

26.17. E assim estaria prejudicada a análise do ressarcimento ao erário nestes autos, devido a carência de ação, devendo o processo ser extinto sem resolução de mérito, prosseguindo-se a análise no tocante à prestação de contas.

26.18. Ao final, requer seja reconhecida a ilegitimidade passiva da empresa Objetiva Engenharia e Construção Ltda., a extinção do pedido de ressarcimento ao erário independentemente da aprovação das contas do Convênio, que as publicações sejam feitas em nome dos advogados, sob pena de nulidade e que os referidos procuradores sejam incluídos como procuradores do processo no e-TCU para vista eletrônica dos autos.

Análise:

27. A análise das alegações da empresa Objetiva Engenharia e Construções Ltda. será realizada na ordem em que foram apresentadas.

27.1. A alegação de ilegitimidade passiva da empresa Objetiva em razão de ter efetuado a cessão dos direitos e obrigações decorrentes do Contrato 680 à empresa Airoldi Construções Ltda. não deve prosperar, ainda que tenha procedido com a anuência do ex-Prefeito Municipal de Rondonópolis.

27.2. Com efeito, a figura da cessão contratual, também denominada sub-rogação, se traduz na transferência da execução do contrato bem como das responsabilidades e direitos contratuais. Difere da subcontratação, prevista no art. 72 da Lei nº 8.666/93, na qual o contratado pode subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, ou seja, não se transferem as responsabilidades contratuais.

27.3. Na sub-rogação, pessoa jurídica estranha ao procedimento licitatório, que não se submeteu às regras do edital, não comprovou habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira ou regularidade fiscal, dentre alguns requisitos de participação no procedimento licitatório, passa a ser a detentora dos direitos e obrigações do contrato administrativo, burlando o princípio constitucional da isonomia, pois desconsiderou as demais empresas interessadas em realizar o serviço ou a obra. Tal fato

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

constitui burla ao procedimento licitatório, aos princípios da legalidade, da impessoalidade e do julgamento objetivo.

27.4. Esse é o posicionamento mantido pela jurisprudência do TCU, ilustrado pelo trecho do voto que fundamenta o Acórdão 1940/2014-Plenário, a seguir transcrito:

> *4. Relativamente à sub-rogação contratual, foi ressaltada a impossibilidade de utilização deste instituto nos contratos administrativos, fundamentada no entendimento firmado na Decisão 420/2002 - Plenário:*
>
> *'8.5. firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2ª, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93'.*
>
> *5. Segundo destacado no voto condutor da referida decisão, na subcontratação a contratada continua a responder pelo avençado perante a Administração, e transfere ao terceiro apenas a execução do objeto subcontratado. Enquanto que a sub-rogação é entendida como a cessão ou transferência não só da execução total ou parcial do objeto, mas também das responsabilidades contratuais, em que a contratada, na condição de sub-rogante, cede sua posição a terceiro que assume todos os seus direitos e deveres consignados no termo contratual original.*
>
> *6. Nesse sentido, destacou que a Decisão 351/2002 - Plenário trouxe o seguinte entendimento quanto ao instituto da sub-rogação:*
>
> *'...[a sub-rogação] substitui o juízo da Administração - único e soberano, formado durante e por meio do procedimento licitatório - pelo juízo do licitante vencedor, o qual, por ato próprio, escolhe - agora sem qualquer critério e sem empecilhos - terceiro para executar o objeto a ele adjudicado e responder pelas obrigações e direitos previstos no contrato administrativo, passando a assumir a posição de contratado. Ainda, de que esse ato unilateral de pessoa alheia à Administração Pública - única constitucionalmente autorizada a laborar juízos nessa área - representa ato diretamente atentatório à eficácia e à própria validade do preceito constitucional, e que a mera anuência da Administração à sub-rogação contratual não substitui nem supre o juízo anteriormente formulado na escolha do contratado em rigoroso procedimento licitatório.'*

27.5. No mesmo sentido são as decisões emanadas dos Acórdãos 1940/2015-Plenário, 497/2015-Plenário, 2031/2013-1ª Câmara, 5380/2012-2ª Câmara, 7529/2010-2ª Câmara, 2128/2001-Plenário, 420/2002-Plenário, dentre outros.

27.6. Em que pese a Objetiva Engenharia e Construções ter efetuado a cessão do Contrato 680 à Airoldi Construções Ltda., não procede a afirmação no sentido de que não recebeu valor algum do Convênio 1880/2001, pois consta na Relação de Pagamentos da prestação de contas do Convênio (P. 1, p. 95), a informação de pagamento efetuado à Objetiva Engenharia e Construções Ltda., no valor de R$ 24.268,18, na data de 16/04/2003, mediante o cheque 850023, com suporte na nota fiscal 479.

27.7. Tal fato constituiu o nexo de causalidade necessário para alçá-la à condição de responsável solidária ao débito imputado, além do contrato assinado em decorrência de sagrar-se vencedora da licitação, cedido à Airoldi.

27.8. Quanto as alegações pertinentes às partes e às condições da ação, tem-se que não são aplicáveis aos processos administrativos no âmbito do TCU, que possui regulamentação própria e distinta daquela prevista no Código de Processo Civil, uma vez que não há o estabelecimento da lide. Com efeito, na concepção clássica de Carnelutti, a lide corresponde a um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. E no processo civil, a lide se estabelece entre dois sujeitos, detentores de interesses contrários, as partes, que será resolvida pelo juiz da causa. Já no âmbito do TCU, não existem partes, mas os responsáveis abrangidos pela jurisdição estabelecida no art. 5º da Lei nº 8.443/92.

27.9. O alegado art. 27 da Lei 10.406/2002, prescreve:

> *Art. 27. Para o efeito previsto no artigo anterior [abertura de sucessão provisória], somente se consideram interessados:*
>
> *I - o cônjuge não separado judicialmente;*
>
> *II - os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários;*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

III - os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte;

IV - os credores de obrigações vencidas e não pagas.

27.10. Como se observa, referido dispositivo trata dos interessados na sucessão provisória, não se aplicando ao caso em comento.

27.11. Ainda que os alegados artigos 186 e 187 do Código Civil sejam, em princípio, destinados a regular as ações decorrentes do direito privado, se coadunam perfeitamente à imputação de débito por dano ao erário, que possuem regulamento específico no artigo 16, III, 'c', § 2º, 'b' da Lei nº 8.443/92.

27.11. Eis a íntegra dos referidos dispositivos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

27.12. Observa-se que são até mais severos que os dispositivos da Lei n 8.443/92, pois consideram ilícito o ato que excede os limites impostos pela boa-fé e bons costumes, impingindo-lhe requisito suficiente para motivar o ressarcimento do dano causado.

27.13. Ora, ao efetuar a cessão contratual, a Objetiva Engenharia e Construções Ltda. praticou, solidariamente ao responsável Percival Santos Muniz, ato que afronta os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal, o princípio da supremacia do interesse público.

27.14. E de forma oblíqua, por ter propiciada a inserção, na relação contratual, de terceiro estranho ao procedimento licitatório, contribuiu decisivamente para burlar o dever geral de licitar previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

27.15. Dessa forma, a ação correspondente a cessão contratual violou regras de direito público, devendo, em consequência de seu ato, responder solidariamente pela execução parcial do objeto do contrato cedido.

27.16. Deve-se ressaltar, nesse ponto, que a citação da Objetiva Engenharia e Construções Ltda. não decorreu somente da cessão contratual, mas também por ter recebido pagamento custeado com recursos do convênio em análise, no valor de R$ 24.268,18, conforme já tratado nos itens 26.6 e 26.7 desta instrução.

27.17. De fato consta nos autos a cópia da decisão exarada pelo juízo da Vara Única da Seção Judiciária da Justiça Federal de Rondonópolis, que reconheceu a ilegitimidade passiva da empresa Objetiva Engenharia e Construções Ltda. na Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público Federal para ressarcimento de danos ao erário, em face do Sr. Percival Santos Muniz, das empresas Objetiva Engenharia e Construções Ltda. e Airoldi Construções Ltda., na peça 34, p. 44-46.

27.18. Todavia, o reconhecimento da independência das instâncias, conforme já tratado nesta instrução, é patente no âmbito da jurisprudência do TCU, com fundamento no art. 935 do Código Civil e art. 66 do Código de Processo Penal, pois a sentença penal impedirá a propositura ou continuidade de ação nos âmbitos civil e, por extensão, administrativo, apenas se houver sentença penal absolutória negando categoricamente a existência do fato ou afirmando que não foi o réu quem cometeu o delito.

27.19. E considerando que a decisão trazida aos autos não se constitui em sentença penal, a alegação não se mostra suficiente para afastar a responsabilidade da empresa Objetiva Engenharia e Construções Ltda.

Alegações de defesa – Percival Santos Muniz (P. 37).

28. A citação do Sr. Percival dos Santos Muniz, encaminhada ao seu procurador, foi efetivada mediante o Ofício 0246/2014-TCU/SECEX-MS (P. 14), nos seguintes termos:

Conforme delegação de competência conferida pela Relatora, Ministra Ana Arraes, e ante a análise realizada neste processo de Tomada de Contas Especial, TC 046.725/2012-1, que trata de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional, em desfavor do Sr. Percival Santos Muniz, prefeito do município de Rondonópolis/MT, à época dos fatos, em razão da não consecução dos objetivos previstos, que propiciou a impugnação parcial da prestação de contas final quanto aos recursos repassados pela União, por força do Convênio nº 1880/2001 (SIAFI 451185), que teve por objeto a execução de obras de drenagem de águas pluviais e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

pavimentação, conforme Termo de Convênio, fica o Senhor Percival Santos Muniz, representado por Vossa Senhoria, citado, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU, para, no prazo de quinze dias, a contar do recebimento da presente comunicação, apresentar alegações de defesa quanto às ocorrências descritas a seguir e/ou recolher, conforme detalhado no Anexo I deste ofício, aos cofres do TESOURO NACIONAL, solidariamente com os responsáveis indicados, os valores históricos atualizados monetariamente desde as respectivas datas de ocorrência até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor. O valor total das dívidas atualizadas monetariamente até 10/4/2014 corresponde a R$ 942.624,19.

2. O débito é decorrente da utilização dos recursos federais recebidos por força do Convênio 1880/2001 (Siafi 451185), firmado com o Ministério da Integração Nacional, para realização de pagamentos indevidos em favor das empresas Airoldi Construções Ltda. (CNPJ 01.058.776/0001-25) e Objetiva Engenharia e Construções Ltda. (CNPJ nº 24.775.769/0001-40), (Contratos de nº 680/2002 e n° 552/2003, firmados com a Prefeitura de Rondonópolis), devido à ausência de contraprestação em serviços por parte das mencionadas empresas na execução das obras de drenagem de águas pluviais e pavimentação - objeto do referido convênio, em desacordo ao art. 22 da IN STN 01/1997, vigente à época dos fatos, de acordo com o descrito no Relatório de Campo realizado em maio de 2007, pelo Departamento de Obras Hídricas do Ministério da Integração Nacional.

28.1. As alegações de defesa do Sr. Percival Santos Muniz constam na peça 37 e estão relatadas a seguir.

28.2. Inicialmente o responsável apresenta breve histórico da motivação da TCE e a seguir alega a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, fundamentando a tese no fato de que o Parecer Técnico PT AK MT 1880/01-01, emitido em 10/03/2001, recomendou considerar regular a execução física do convênio, que foi retificado pela Nota Técnica NT JG 03/08, de 28/02/2008, que recomendou a aprovação parcial da prestação e contas e aplicação de glosa no valor de R$ 482.208,87.

28.3. Prossegue a argumentação afirmando que a aprovação da prestação de contas impõe, como reflexo, a aplicação da IN STN 01/97, na parte que determina que a documentação comprobatória das despesas realizadas fique à disposição dos órgãos de controle pelo prazo de cinco anos, contados da aprovação da prestação de contas. Assim, decorridos mais de cinco anos da aprovação da prestação de contas impõe-se o arquivamento da TCE com base no art. 212 do RITCU, ante a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (P. 34, p. 5-6).

28.4. Contrapõe a ocorrência de cerceamento de defesa na fase interna da TCE, pois não foi oportunizado ao responsável acompanhar a segunda vistoria, que motivou a glosa dos valores e rejeição da execução. Observa que se os dois prepostos do Ministério da Integração Nacional têm fé pública, indaga qual dos dois teria cometido equívoco, qual dos dois laudos estaria correto.

28.5. Replica que o indeferimento de nova vistoria com o atributo do contraditório, o órgão concedente atentou contra o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal e que a punição, mesmo em processo administrativo, só poderá ocorrer depois de adotado o devido processo legal em observância ao dispositivo constitucional (P. 34, p. 6-7).

28.6. Cita julgado do STJ – Superior Tribunal de Justiça, em que observa que o parecer do Tribunal de Contas é emitido à vista de processo administrativo, exigindo-se a observância do contraditório e que ato da Assembleia Legislativa que se pautou em parecer do TCU emitido sem a observância do direito de defesa, padece de deformação em razão do defeito do parecer se transmitir ao ato da Assembleia (STJ - RO-MS I1.032 - BAHIA- (1999/0069120-2) - 2ª T. - Rei. Min. Min. Eliana Calmon- DJU 20.05.2002).

28.7. Apresenta decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, que deixou assente que o julgamento de contas do executivo municipal realizado pela Câmara Municipal, ainda que fundado em parecer prévio do Tribunal de Contas, não poderia ter sido aprovado sem que se houvesse propiciado ao interessado a oportunidade de opor-se ao referido pronunciamento técnico perante o órgão legislativo, com vista a sua almejada reversão (STF- RE 261885 – 1ª T - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 16.03.2001 - p. 00102).

28.8. Argui a aplicação do art. 38, § 2º da Lei nº 9784/99, segundo o qual somente 'poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados, quando sejam ilícitas,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

impertinentes, desnecessárias ou protelatórias', acrescentando que não haveria nenhum desses fundamentos para o indeferimento da prova.

28.9. Relata decisão do TRF – Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a seguinte ementa:

> *ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO ENTRE A UNIÃO E MUNICÍPIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS APROVADA. DESCONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA CONCLUSÃO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. NULIDADE DE REGISTRO NO SIAFI.*
>
> *1. A anterior aprovação das contas pelo órgão concedente somente pode ser desconstituída pelo julgamento da Tomada de Contas Especial, com estrita observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5°, LIV e LV, CF/88).*
>
> *2. Não pode a União desconsiderar sumariamente decisão proferida por seus agentes em procedimento de prestação de contas, notadamente guando essa decisão favorece terceiro (no caso, o município autor).*
>
> *3. Não tendo ainda sido anulada a aprovação da prestação de contas (fls. 209/211), não há que se falar em inadimplência relativamente ao Convênio 159/2002.*
>
> *4. Remessa oficial provida em favor do Município para declarar a nulidade da questionada inscrição no SIAFI. Apelação da União não provida. (AC 2006.38.00.038707-4/MG; APELAÇÃO CIVEL; e-DJF1 p.318 de 31/07/2008).*

28.10. Alega que a decisão de aprovação foi desconsiderada e precedida de vistoria unilateral, sem oitiva do gestor dos recursos, o terceiro interessado e que as verbas foram aplicadas na execução do convênio consoante o Plano de Trabalho aprovado pelo concedente, tanto que foi por este aprovada.

28.11. Transcreve doutrina de Helly Lopes Meirelles sobre o ato nulo, que 'é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo.' (Direito Administrativo Brasileiro, 25a.Edição, ed. Malheiros, p.163).

28.12. A seguir, afirma que as decisões administrativas devem oferecer aos litigantes a obediência ao contraditório e ampla defesa, procedimento que não teria sido observado no presente caso em face de o Ministério concedente não ter possibilitado ao gestor participar da visita técnica realizada, e dessa forma, não teria sido observado o exercício da ampla defesa e, como consequência, deveria ser acolhida a preliminar para anular a decisão administrativa de impugnação parcial da prestação de contas final do convênio e imputação e débito (P. 34, p. 10-11).

28.13. No mérito, afirma que os quantitativos e os preços foram aprovados pelo Ministério, condição que demonstraria não ter havido majoração por parte da Administração.

28.14. Alega que o prazo inicial do Convênio expirava em dezembro de 2002 e que foi solicitada a prorrogação do prazo por mais oito meses através do Ofício 228/SEFIN/CONT/2002 e que o Ministério teria admitido tal prorrogação em vista de ter se quedado inerte à referida solicitação.

28.15. Contrapõe que a afirmação no sentido de que o 'Termo Aditivo ao Contrato 680/2002' foi irregular por inexistir previsão contratual de permissibilidade de cessão não pode prosperar em razão de constar expressamente na cláusula 20.5 essa possibilidade com a autorização expressa da municipalidade, fato que ocorreu com a aquiescência do Município.

28.16. No tocante 'ao item 3, letra 'c' do Ofício 362/2008/CAPC, que acusa pagamento feito a maior de R$ 27.149,39', registra que comparando-se os valores previstos na Tomada de Preços 011/20002 e o Contrato 680/2002, o pagamento decorreu da necessidade de realizar serviços extras, como rebaixamento de rede de água e retirada de grande quantidade de solo podre que não permitiria suporte para o pavimento, pois na região da Cidade Salmem, Ipanema, Marilei, Boa Esperança e Jardim Lourdes os terrenos são brejosos e sujeitos a inundações e as dificuldade e custos das obras transcenderam aqueles que figuram nas medições.

28.17. Observa, a 'respeito do item 3 letra 'd', no qual se alega 'a ausência de esclarecimento para a licitação, contratação e realização de despesas com os recursos oriundos da receita de aplicação financeira, Carta Convite nº 35/2003 e Contrato nº 522/2003', que a empresa detentora do Contrato 608/2002 não teve interesse de se mobilizar novamente para realizar obra pequena, na região da Cidade Salmem, motivando a contratação da obra por conveniência administrativa para atender uma dezena de famílias. Acrescenta que a empresa detentora do Contrato 552/2003 realizou obras maior que as previstas na Carta Convite 35/2003 sem custos adicionais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

28.18. Assevera que no levantamento de quantitativos das obras objeto do Convênio 1880/2001 e contrato 608/2002, efetuado em 28/03/2008, teriam sido encontradas diferença ínfimas entre os quantitativos contratados e executados e que a pavimentação foi executada em PMF – pré-misturado a frio, que seria de qualidade superior àquele tradicionalmente usado pela Prefeitura, que executaria TSD – tratamento superficial duplo, que possuiria custo inferior.

28.19. No tocante à sobreposição de objetos entre o Convênio 1880/2002 e o Contrato de Repasse nº 102.158-49/00/CEF, apontada no item 'b' da Nota Técnica - NT JG 04/07, replica que o Contrato de Repasse foi firmado entre a Caixa Econômica Federal e a Secretaria de Infra Estrutura do Governo do Estado de Mato Grosso, sem que o Município tivesse conhecimento do objeto, pois, na época, o relacionamento da administração municipal com o governo estadual era distante por motivos políticos. Ressalta que, se ocorreu, a sobreposição foi independente da vontade da empresa e da Administração Municipal à época, acrescentando que somente quem acompanhava simultaneamente os processos com a Caixa e com o Ministério da Integração.

28.20. Replica que o objeto do Convênio 1880/2001 teria sido integralmente cumprido de acordo com a documentação da prestação de contas posta nos autos e que o defendente não possui responsabilidade por convênios firmados por terceiros, dos quais não participou, não havendo razão para imposição da glosa prevista no Ofício 501/201 O/CGCONV/DGI/SECEX/MIL, de 31/03/2010.

28.21. Volta a afirmar que o Relatório de Campo realizado em maio/2005 foi efetuado de forma unilateral, sem a participação das defendentes ou de seu preposto ou de qualquer dos envolvidos na TCE, devendo ser anulado para que outro seja levado a efeito, com o atributo do contraditório consagrado na Constituição Federal.

28.22. Contrapõe que nova inspeção comprovará que as obras foram realizadas de acordo com o Plano de Trabalho Proposto, encontrando-se em ótimas condições apesar do longo período decorrido, em razão da qualidade da execução, e que as obras encontram-se a disposição da comunidade.

28.23. Finaliza requerendo a 'improcedência da presente TCE e caso o TCU assim não entenda, que o processo seja baixado ao órgão concedente para a realização de nova vistoria com o atributo do contraditório. E em caso de indeferimento dessa medida, requer a produção de prova pericial no bojo da presente TCE, a fim de comprovar a regularidade da execução das obras do convênio, em obediência ao princípio da ampla defesa e do contraditório, nos termos da Constituição Federal.

28.24. Por derradeiro, requer que as comunicações processuais sejam enviadas ao advogado Elly Carvalho Júnior, no endereço constante na petição, nos termos do art. 178, § 7º do RITCU.

Análise

29. A análise das alegações de defesa será realizada na sequência em que foram apresentadas.

29.1. A argumentação pertinente à ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válidos da tomada de contas especial em razão de retificação da aprovação da prestação de contas em prazo superior a cinco anos contados da aprovação da prestação de contas, como reflexo da IN STN 01/97, que determina a manutenção da documentação comprobatória das despesas por cinco anos, não merece prosperar, pois esse dispositivo visa a proteção do exercício do contraditório e da ampla defesa nos casos em que houver questionamentos acerca da apresentação de documentação de prestação de contas.

29.2. Diferentemente do presente caso, em que se questiona a execução parcial do objeto conveniado, que não foi afastada com a documentação existente à época dos fatos. E a aplicação conjunta do artigo 212 do RITCU, via de regra, ocorre nos casos fortuitos ou de força maior, em que a documentação se extravia ou desaparece, a exemplo de ocorrência de comprovada inundação ou incêndio, impossibilitando o exercício do contraditório ou da ampla defesa.

29.3. E considerando que no processo administrativo vige o princípio do formalismo moderado, não tendo se constatado prejuízo ao contraditório e ampla defesa, mostra-se incabível a réplica apresentada.

29.4. No que tange a alegação pertinente ao cerceamento de defesa na fase interna da TCE, cabe esclarecer que nessa fase não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. Constitui procedimento inquisitório de coleta de provas assemelhado ao inquérito policial, no qual não se tem uma relação processual constituída nem há prejuízo ao responsável. O estabelecimento do contraditório nessa fase não é obrigatório, pois há mero ato investigatório sem formalização de culpa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

Como não existem partes nem antagonismos de interesses nessa fase, a ausência de citação ou de oportunidade de contradição dos documentos juntados não enseja nulidade.

29.5. Neste sentido é a jurisprudência desta Corte (Acórdãos 3.487/2010-1a Câmara, 4.737/2008-2a Câmara, 2.041/2008-2a Câmara, 1.941/2008-Plenário, 2.998/2008-2a Câmara, 2.599/2008-2a Câmara e 1.467/2008-Plenário).

29.6. Dessa forma, mostra-se incabível a arguição de inobservância do contraditório em razão de não ter sido oportunizado ao responsável acompanhar a segunda vistoria.

29.6. Dever ser ressaltado que mesmo na fase interna da TCE o responsável foi notificado por cinco vezes das irregularidades, apresentou defesa nas cinco oportunidades, que foram analisadas pelo órgão repassador, como se pode constatar na peça 1, p. 252-262, 270-282, 290-298, 306-314, 318-346, peça 3, p. 4-52, 132-142,210-214, 264, 162-190, 218-24. Portanto, incabível a alegação de cerceamento de defesa na fase interna.

29.7. Quanto ao julgado do STJ que observou que o parecer do Tribunal de Contas é emitido à vista de processo administrativo, com exigência do contraditório e da ampla defesa, observa-se que os princípios apontados como fundamento do referido julgado estão sendo plenamente aplicados nesta TCE, pois o TCU não emitiu nenhuma decisão antes da citação do responsável, que foi realizada de forma válida, conforme se observa nas peças 14 a 19, 26, 35 e 38, ressaltando-se que foi autorizada a prorrogação de prazo para apresentação das alegações e provas pertinentes para o responsável (peças 22 a 26).

29.8. No caso, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa se concretizaram com a citação válida pelo TCU, com a devida apreciação, nesta oportunidade, das alegações de defesa aduzidas pelo responsável.

29.9. Dessa forma, o julgado nominado não é adequado para impedir o prosseguimento válido e regular da presente TCE.

29.10. Relativamente à decisão do STF acerca de julgamento de contas pelo legislativo municipal, apresentada pelo responsável, observa-se não ser aplicável ao presente caso, pois a câmara municipal, naquele caso, não ofereceu oportunidade de defesa ao gestor municipal. Situação oposta à ocorrida nos presentes autos, em que, no âmbito do TCU, foi realizada a citação válida, reafirma-se, consoante as peças 14 a 19, 26, 35 e 38 destes autos.

29.11. A Lei 9784/99, arguida pelo ex-gestor, não tem aplicação aos processos administrativos no TCU, que possui regulamentação própria, advindo da Lei nº 8.443/92, do Regimento Interno do TCU – RITCU e outras normas, emanadas do poder de auto organização conferido pela CF.

29.12. A decisão do TRF 1ª Região, citada pelo responsável, que declarou a nulidade da inscrição no SIAFI, realizada após retificação de aprovação de prestação de contas de convênio anteriormente aprovada e que assinalou que a inadimplência só poderia ocorrer após a anulação da aprovação da prestação de contas aprovada e que poderia ser desconstituída mediante o julgamento da TCE, se subsome ao caso tratado nos presentes autos, mas não para o fim pretendido pelo alegante, de impedir o prosseguimento da TCE. Isto por que já houve sentença judicial determinado a retirada do município de Rondonópolis da situação de inadimplência, consoante cópia constante na peça 3, p. 80-82 destes autos. Neste momento, há o prosseguimento da tomada de contas especial, no âmbito do TCU, para o julgamento respectivo, na forma preconizada no referido *decisum*. Assim, a decisão trazida pelo responsável não serve para o fim de obstar o prosseguimento da TCE.

29.13. A alegação no sentido de que existia previsão contratual de permissibilidade de cessão é correta, consoante se observa na peça 34, p. 28. Entretanto, não houve comprovação de que haveria disposição editalícia a respeito. E mais, independentemente de previsão, contratual ou editalícia, a jurisprudência do TCU tem posicionamento contrário a tal ato, consoante já analisado nos itens 27.2 a 27.4 deste relatório.

29.14. A afirmação de que foi solicitada prorrogação de prazo para execução do convênio sem que o órgão repassador se manifestasse a respeito, não pode ser usada para justificar as despesas realizadas fora do prazo de execução do convênio, pois o responsável assinou termo de convênio e somente mediante termo aditivo poderia ser prorrogado. Todavia, esse questionamento não constou da citação efetuada no âmbito do TCU, razão pela qual não poderá ser considerada na avaliação do mérito do presente processo.

29.15. A alegação no sentido de que o pagamento a maior no valor de R$ 27.149,39 foi efetuado em decorrência da realização de serviços extras devido a necessidade de retirar solos brejosos e sujeitos a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

inundações não merece prosperar, pois esse tipo de solo e situação é de fácil reconhecimento por profissional de engenharia, ainda mais em cidade de pequeno porte como é o caso de Rondonópolis, onde os locais de enchentes são de domínio público e, portanto, deveriam ter sido previamente incluídos no projeto da obra.

29.16. A afirmação de que teriam sido encontradas diferenças ínfimas entre os quantitativos conveniados e executados e que seriam justificadas em razão da pavimentação executada, PMF, ser de qualidade superior àquela tradicionalmente usada pela Prefeitura (TSD) não merece prosperar, pois no Plano de Trabalho consta a especificação de PMF (P. 1, p. 15).

29.17. É fato que a Prefeitura Municipal de Rondonópolis poderia não ter sabido de antemão acerca da sobreposição entre o Convênio 1880/2002 e o Contrato de Repasse firmado entre o governo do Estado de Mato Grosso e a Caixa. Entretanto, não constatar essa sobreposição no momento da realização da obra é alegação carente de fundamento, pois se trata de execução de obra física, que não se desvanece no ar.

29.18. Por fim, o requerimento de nova vistoria não pode ser deferido, pois cabe ao responsável o ônus de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos. Nesse sentido dispõe o art. 70, parágrafo único da Constituição Federal, o art. 93 do Decreto-Lei nº 200/67, bem como o art. 66 do Decreto 93.872/1986.

29.19. No mesmo sentido o Tribunal firmou jurisprudência, consoante se pode verificar nos Acórdãos 903/2007-1ª Câmara, 1445/2007-2ª Câmara, 1.656/2006-Plenário, dentre outros.

29.20. Esse entendimento já foi confirmado pelo STF em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335DF; Relator Ministro Moreira Alves), em cuja ementa consta que em 'Direito Financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações que lhe são imputadas'.

29.21. Dessa forma, cabe ao gestor que recebeu os recursos o dever de fornecer todas as provas da sua regular aplicação e do cumprimento dos normativos vigentes.

CONCLUSÃO

30. Diante da revelia do Sr. Valdecir Feltrin e inexistindo nos autos elementos que permitam concluir pela ocorrência de boa-fé ou de outros excludentes de culpabilidade em sua conduta, propõe-se que suas contas sejam julgadas irregulares e que o responsável seja condenado em débito, solidariamente aos demais responsáveis, bem como que lhe seja aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

31. Em face da análise promovida nos itens 25, 27, 29 e respectivos subitens, propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelas empresas Airoldi Construções Ltda., Objetiva Engenharia e Construções Ltda. e do Sr. Percival dos Santos Muniz, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a eles atribuídas.

32. Os argumentos de defesa tampouco lograram afastar o débito imputado aos responsáveis, com exceção do questionamento acerca da metodologia de cálculo do débito, que provocou diminuição do valor do débito imputado. Ademais, inexistem nos autos elementos que demonstrem sua boa-fé ou a ocorrência de outros excludentes de culpabilidade. Desse modo, suas contas devem, desde logo, ser julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU, procedendo-se à sua condenação em débito e à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

BENEFÍCIOS DAS AÇÕES DE CONTROLE EXTERNO

33. Entre os benefícios do exame desta tomada de contas especial pode-se mencionar o valor do débito a ser ressarcido aos cofres públicos e da multa a ser aplicada.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

34. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:

a) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas b e c, e § 2º da Lei nº 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, que sejam julgadas irregulares as contas dos Srs. Percival Santos Muniz, CPF 203.770.611-15, Prefeito Municipal no período de 2001 a 2004; Valdecir Feltrin, CPF 079.181.781-49, na condição de Secretário Municipal de Planejamento do município de Rondonópolis, à época dos efetivos pagamentos e responsável pela fiscalização das obras objeto do convênio, e condená-los, em solidariedade, com as empresas Airoldi Construções Ltda., CNPJ 01.058.776/0001-25, e Objetiva Engenharia e Construções Ltda., CNPJ 24.775.769/0001-40, ao pagamento das quantias a seguir

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

VALOR ORIGINAL (R$)	DATA DA OCORRÊNCIA
29/11/2002	1.061,36
10/1/2003	93.600,69
24/2/2003	35.717,76
17/4/2003	24.268,18

Valor atualizado até 24/04/2015: R$ 654.740,08

b) aplicar aos Srs. Percival Santos Muniz, CPF 203.770.611-15, Valdecir Feltrin, CPF 079.181.781-49, às empresas Airoldi Construções Ltda., CNPJ 01.058.776/0001-25, e Objetiva Engenharia e Construções Ltda., CNPJ 24.775.769/0001-40, 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 das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

c) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

d) autorizar o pagamento das dívidas, caso requerido, em até 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-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem 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) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República em Mato Grosso, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis."

2. O representante do Ministério Público junto ao Tribunal – MPTCU, por sua vez, elaborou o seguinte parecer:

"Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional, em desfavor do Sr. Percival Santos Muniz, prefeito de Rondonópolis/MT à época dos fatos, em razão da impugnação parcial da prestação de contas quanto aos recursos repassados pela União, por força do Convênio 1.880/2001 (SIAFI 451185), que teve por objeto a execução de obras de drenagem de águas pluviais e pavimentação (peça 1, pp. 55/71).

O Ministério da Integração Nacional firmou o Convênio 1.880/2001 com o município na data de 31/12/2001 (peça 1, p. 71). O ajuste vigeu no período compreendido entre a data da liberação dos recursos na conta do convenente (9/7/2002) e a data de 6/3/2003, prazo final para a prestação de contas, conforme cláusula terceira do termo de convênio (peça 1, p. 59).

Para a consecução do objeto, previram-se recursos no montante total de R$ 1.518.000,00, dos quais R$ 1.380.000,00 foram repassados pelo concedente e o restante, R$ 138.000,00, correspondeu à contrapartida municipal (peça 1, p. 59).

Os recursos federais foram repassados por meio de parcela única, no valor total de R$ 1.380.000,00, conforme a Ordem Bancária 2002OB002038, de 3/7/2002, creditada na conta específica do convênio em 9/7/2002 (peça 1, pp. 83 e 119).

No tocante ao exame procedido, desde já, o Ministério Público de Contas alinha-se ao

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

posicionamento da Secex/MS no sentido do julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis arrolados no polo passivo processual, condenação solidária em débito e aplicação da multa preconizada no art. 57 da Lei 8.443/1992 (peças 42 a 44), sem prejuízo de tecer algumas observações a respeito dos cálculos para a composição do débito.

II

Com vistas à execução das obras, o município promoveu dois procedimentos licitatórios, o que originou a celebração de dois contratos com a mesma empresa - Objetiva Engenharia Ltda. O Contrato 680/2002, assinado em 4/6/2002, no valor de R$ 1.490.047,90, tinha por objeto a obra de pavimentação asfáltica em pré-misturado a frio nos bairros Jardim Cidade de Deus (1ª Etapa), Jardim Ipanema, Vila Mariley, Vila Boa Esperança, Vila Salmem e Vila Jardim Lourdes. Ainda, incluiu-se na planilha do Contrato 680/2002 o serviço de rede de água, no valor de R$ 11.749,02, sem a devida referência no Plano de Trabalho (peça 1, p. 206). Já o Contrato 552/2003, no valor de R$ 25.324,13, assinado em 4/4/2003, contemplou a execução da obra de pavimentação asfáltica na Avenida Ponce de Arruda, no bairro Vila Salmem (peça 1, p. 206).

Em virtude de determinação proferida por esta Corte de Contas, por intermédio do Acórdão 582/2007 –2ª Câmara, a Secretaria de Infra Estrutura Hídrica – SIH reexaminou a prestação de contas relativa ao convênio, reviu o parecer anterior que opinava pela regularidade das contas, promoveu nova inspeção *in loco* para avaliar a realização dos serviços e concluiu pela irregularidade da gestão dos recursos, em virtude da verificação de dano ao erário oriundo da inexecução parcial do objeto, no valor histórico de R$ 457.687,45 (peça 1, pp. 220 e 238).

Posteriormente, a SIH, por meio da Nota Técnica NT JG 3/2008, retificou o valor do débito em razão do acréscimo da importância de R$ 24.521,42, referente à receita auferida com rendimentos da aplicação financeira dos recursos. Deste modo, o montante a ser devolvido, calculado pelo tomador de contas, totalizou R$ 482.208,87 (peça 1, p. 238).

No âmbito desta Corte de Contas, após o exame dos elementos dos autos, concluiu-se pela responsabilidade solidária e promoveu-se a citação do (a): a) Sr. Percival Santos Muniz, ex-prefeito de Rondonópolis; b) Sr. Valdecir Feltrin, então Secretário Municipal de Planejamento de Rondonópolis e responsável pelo acompanhamento da execução dos serviços; e c) empresas Objetiva Engenharia e Construções Ltda. e Airoldi Construções Ltda., sendo a primeira a contratada para a execução das obras e a segunda a sub-rogada, quem efetivamente executou as obras, prática ilícita que contraria a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI), a Lei de Licitações e Contratos e a jurisprudência remansosa desta Corte de Contas (Decisão 420/2002 –Plenário) (peças 8 a 26).

Em que pese a sua citação regularmente válida, conforme ciência ao ofício de citação à peça 19, o Sr. Valdecir Feltrin deixou transcorrer o prazo para sua manifestação nos autos *in albis*, operando-se os efeitos processuais da revelia, nos termos do art. 12, §3º, da Lei 8.443/1992.

III

Coligidas e rechaçadas as alegações de defesa produzidas pelos demais responsáveis, o Ministério Público de Contas acompanha as conclusões do exame técnico perfilhado à peça 42, no sentido do julgamento pela irregularidade das contas, da condenação em débito e da aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

Todavia, em relação aos cálculos relativos ao débito, releva notar que os procedimentos adotados pelo órgão instaurador de contas não se mostraram adequados. Outrossim, não constam dos autos as planilhas de custos unitários dos serviços das empresas, logo, o ponto de partida para a avaliação dos valores contratados refere-se ao cálculo elaborado pela SIH (peça 1, pp. 218/20).

Do cálculo, vê-se que o Ministério da Integração Nacional adotou o critério de menor preço para avaliar os pagamentos realizados a maior, independentemente da base de cálculo utilizada como parâmetro, que ora se apoiou nos preços previstos no plano de trabalho, ora nos valores constantes das planilhas de preços da contratada. A adoção de diferentes parâmetros acarretou distorção no cálculo do débito, situação devidamente registrada e corrigida pela Secex/MS (peça 42, pp. 16/7).

Por conseguinte, a unidade instrutiva uniformizou o critério de cálculo e adotou os custos unitários contratados e os quantitativos dos serviços medidos, verificados por parte do órgão repassador dos recursos, conforme tabela resumidamente reproduzida abaixo (peça 42, p. 17):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

	VALOR (em R$)
Custo estimado dos serviços executados	1.347.887,21
Concedente (1.347.887,21/1,10)	1.225.352,01
Convenente (10% de 1.225.352,01)	122.535,20
Total repassado pela União	1.380.000,00
Valor a ser devolvido (1.380.000 - 1.225.352,01)	**154.647,99**

Ao conferir o cálculo acima, os valores evidenciam-se escorreitos. Elucida-se apenas que, no caso do valor custeado com os recursos federais, o custo estimado dos serviços executados encontra-se dividido por 1,10, porque o índice representa o volume de recursos repassados pela União (100% = 1,00) acrescido da contrapartida da convenente (10% = 0,1), haja vista que a contrapartida restou pactuada no percentual de 10% dos recursos federais.

Ademais, observa-se que, no cálculo levado a efeito pela Secex/MS, excluiu-se o valor relativo aos rendimentos auferidos em razão da aplicação financeira no mercado (R$ 24.521,42), diferentemente do método adotado pela SIH, que havia retificado o valor do débito originalmente apurado de R$ 457.687,45 para R$ 482.208,87 (peça 1, p. 286).

O procedimento se mostrou em conformidade com o entendimento desta Casa sobre o assunto. Isso porque o objetivo da realização de transferência dos recursos mediante convênio não é auferir os rendimentos em aplicação financeira, mas a execução do objeto avençado. A aplicação dos recursos visa somente garantir que o montante repassado não sofra eventuais efeitos negativos da desvalorização da moeda e da redução do poder de compra desta em face da inflação (Acórdão 1.259/2010 –2ª Câmara).

Trata-se portanto, de uma finalidade garantista, prevista nas normas que regulamentam a matéria, que visa evitar os efeitos corrosivos da desvalorização da moeda, o que inviabilizaria o objeto (Acórdão 1.259/2010 –2ª Câmara).

No caso do cálculo procedido do débito, sobre o valor do dano a ser reparado com a devolução dos recursos, já incidem correção monetária e juros legais cabíveis, desde a data dos pagamentos irregulares, pois as datas dos débitos, no presente processo, diferem da data do crédito dos recursos federais na conta do convênio, ocorrido em 9/7/2002. Portanto, a inclusão dos rendimentos no cômputo do *quantum debeatur* implicaria em cobrança excessiva, ou em duplicidade.

Nessa linha, excerto do voto condutor do Acórdão 4.920/2009 - 1ª Câmara preleciona não ser cabível a cobrança do valor correspondente aos rendimentos que seriam auferidos caso os recursos tivessem sido aplicados no mercado financeiro. A legislação determina a aplicação financeira e que seus rendimentos sejam aplicados no objeto do convênio, sendo eventual saldo restituído aos cofres federais. O fato de o responsável não ter cumprido a legislação, não aplicando financeiramente os recursos, pode lhe ensejar, tão-somente, a aplicação de multa e o julgamento pela irregularidade das contas.

Ainda nesse sentido, os Acórdãos 1.123/2008 – Plenário e 2.762/2008 – 2ª Câmara, que corroboram o entendimento de que, em casos tais, não se imputaria débito pelo montante que seria obtido se os recursos tivessem sido aplicados no mercado financeiro, mas se aplicaria sanção deste Tribunal ao gestor descumpridor da norma, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Isto posto, considerando-se que não restou comprovada a regularidade integral da aplicação dos recursos do convênio, o Ministério Público de Contas registra sua anuência à proposta alvitrada pela Secex/MS à peça 42, com os seguintes ajustes:

a) além da condenação solidária, cabe julgar irregulares, à luz do art. 71, II, 'parte final', da Constituição Federal, as contas das empresas Airoldi Construções Ltda. e Objetiva Engenharia e Construções Ltda., com fundamento no art. 16, III, 'c', da Lei 8.443/1992; e

b) deve ser excluída a incidência de juros de mora sobre o valor da multa a ser aplicada, na hipótese do seu parcelamento, por falta de amparo legal (alínea 'e' da proposta de encaminhamento).

IV

À vista dessas considerações, manifesta-se o Ministério Público de Contas de acordo com a proposta de mérito oferecida pela Secex/MS (peça 42, pp. 28/9), com os seguintes ajustes:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.

a) as contas das empresas Airoldi Construções Ltda. e Objetiva Engenharia e Construções Ltda. também devem ser julgadas irregulares, com fulcro na alínea 'c' do art. 16, III, da Lei 8.443/1992; e

b) deve ser excluída a incidência de juros de mora sobre o valor da multa, na hipótese de parcelamento da dívida."

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53042623.