

TC 026.884/2010-0

Apensos: TC 016.597/2008-2;
TC 005.136/2011-3; TC 012.409/2014-6

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidades jurisdicionadas: Ministério das Cidades, Caixa Econômica Federal e Município de Cuiabá/MT.

Responsáveis: Sr. Orozimbo José Alves Guerra Neto, CPF n. 108.302.941-04; Sr. Gervásio Madal de Assis, CPF n. 109.491.271-91; Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca, CPF n. 086.183.051-20; Sr. José Antônio Rosa, CPF n. 178.248.421-34; Sr. Andelson Gil do Amaral, CPF n. 087.353.178-76; Sr. Adilson Moreira da Silva, CPF n. 112.275.918-53; Sra. Ryta de Cássia Pereira Duarte, CPF n. 537.774.331-87; Sra. Wânia Cristina Nunes da Conceição, CPF n. 468.992.351-53; Sra. Cécila Marília Pires Nassarden, CPF n. 2.795.851-34; Empresa Conspavi - Construção e Participação LTDA., CNPJ n. 36.946.218/0001-80.

Advogados: José Antônio Rosa, Flávio José Ferreira, Valdir Francisco de Oliveira, Luiz José Ferreira, Josemar Honório Barreto Júnior, Laura Patrícia Dourado Amorico, Carlos Eduardo Pereira Braga, Wlamir Assad de Lima Júnior, Eli Machado da Silva, Valery Martins Rocha Veras, inscritos na OAB sob os números 5.493/MT, 3.574/MT, 4.862-A/MT, 8.212/MT, 4.428/MT, 8.578/MT, 9.217/MT, 12.572/MT, 7.533/MT, 9.620/MT, 12793-B/MT (Procuração peça 1, p. 43)

Interessado em sustentação oral: não há

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de Tomada de Contas Especial instaurada pelo TCU, nos termos do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara (peça 2, p. 197 a 198, do TC 016.597/2008-2), em desfavor dos responsáveis abaixo identificados, citados solidariamente, em face de irregularidades apontadas no procedimento licitatório, na contratação e na execução das obras da Estação de Tratamento de Água (ETA) Tijucal, no Município de Cuiabá/MT:

- Srs. **Orozimbo José Alves Guerra Neto**, Diretor de Obras da Secretaria Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, e **Gervásio Madal de Assis**, Engenheiro da Secretaria Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, por elaborarem e

encaminharem parecer técnico atestando a justificativa de realinhamento econômico-financeiro por meio de notas fiscais - apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível - que motivou a repactuação dos serviços contratados;

- Sr. **Quidauguro Marino Santos da Fonseca**, Secretário Municipal de Infraestrutura, por assinar o 3º termo aditivo ao CT 16/2005 contendo realinhamento econômico-financeiro sem comprovação do fato superveniente e imprevisível que motivou o reequilíbrio;
- **Empresa Conspavi** Construção e Participação Ltda., empresa executora da obra, na pessoa do seu representante legal, por auferir valor indevido em decorrência do realinhamento irregular;
- Sr. **Fernando Augusto Vieira de Figueiredo**, Procurador-Geral Adjunto do Município de Cuiabá, por elaborar Parecer Jurídico atestando a legalidade de termo aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro efetuado por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados;
- Sr. **José Antônio Rosa**, Procurador-Geral do Município de Cuiabá, por subscrever o 3º Termo Aditivo ao Contrato 16/2005 e anuir com Parecer Jurídico que atestou a legalidade do 3º Termo Aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro efetuado por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados.

2. O mesmo *decisum* determinou adicionalmente a realização de audiências dos responsáveis discriminados a seguir, para que apresentassem razões de justificativa devido aos achados identificados no procedimento licitatório da Concorrência n. 3/2005, referente à contratação do Lote A das obras da ETA Tijucal:

- Sr. **Andelson Gil do Amaral**, Secretário Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, por encaminhar projeto básico deficiente para a Concorrência n. 3/2005, conforme Ofício 157/2005/GP/PGM, fl. 6 do anexo 4;
- Sr. **Adilson Moreira da Silva**, Sra. **Ryta de Cássia Pereira Duarte**, Sra. **Wânia Cristina Nunes da Conceição**, e Sra. **Cácila Marília Pires Nassarden**, o primeiro como Presidente da Comissão de Licitação e os demais como membros da Comissão de Licitação, por elaborarem o edital da Concorrência n. 3/2005 com cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação consubstanciadas pela exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia de participação, pela exigência de capital social integralizado e pela não publicação do resumo do edital da licitação no Diário Oficial do Estado, em desconformidade com os artigos 21, 30 (parágrafo 5º) e 31 (parágrafo 2º) da lei 8.666/93 e jurisprudência do TCU, conforme Decisão 681/98, e Acórdãos 808/2003, 170/2007, 2521/2008, todos do Plenário.

3. Sendo assim, a presente instrução tem em vista a análise das alegações de defesa dos gestores citados solidariamente, acima relacionados, e ainda as razões de justificativa daqueles chamados em audiência, tudo nos termos do item 1.6 do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara.

HISTÓRICO

4. As obras, objeto destes autos, são referentes à construção de uma terceira estação de tratamento de água (ETA Tijucal - ETA 111), interligada ao complexo da Companhia de Saneamento da Capital (Sanecap) existente no bairro Tijucal em Cuiabá/MT. Além da estação de tratamento, estavam previstos também novos serviços relacionados à implantação de redes de abastecimento.

5. O empreendimento foi licitado por meio da Concorrência Pública n. 3/2005, realizada em 5/2005, tendo como vencedora do certame a empresa Conspavi Construção e Participação Ltda., que celebrou, em 10/6/2005, o Contrato n. 16/2005, no valor de R\$ 22.997.737,26, com a Prefeitura Municipal de Cuiabá/MT (peça 4, p. 121 a 130 do TC 016.597/2008-2).
6. Para execução das obras, o Município de Cuiabá/MT contou com os recursos do Contrato de Repasse n. 0186.327-52/2005, celebrado com o Ministério das Cidades, em 30/12/2005, no valor total de R\$ 12.349.837,50, dos quais R\$ 11.227.125,00 são recursos da União (peça 11, p. 171 a 177). Além desses valores, em 20/6/2008, ainda foram aportados R\$ 18.032.859,21 oriundos do Contrato de Repasse n. 0218.038-44/2007, firmado em 14/9/2007, entre o Município e o Ministério das Cidades (peça 3, p. 5 a 12 do TC 016.597/2008-2).
7. A instrução constante da peça 2, p. 165 a 195 do TC-016.597/2008-2, apresenta o histórico contratual detalhado.
8. O Contrato 16/2005 passou por seis termos aditivos, sendo o primeiro deles (peça 4, p.34) assinado em 22/6/2006, com vistas a alocar os R\$ 12.349.837,50 oriundos do Contrato de Repasse n. 0186.327-52/2005.
9. O termo aditivo seguinte reajustava o valor do Contrato 16/2005 em R\$ 4.717.528,17 (peça 4, p. 29). No entanto, de acordo com o Município (peça 1, p. 184, letra “f”), não teve eficácia legal, sendo substituído pelo terceiro termo aditivo.
10. O aludido terceiro termo aditivo (peça 29, p.10 a 12), assinado em 21/11/2008, por sua vez, acresceu o valor de R\$ 5.741.976,72, sendo R\$ 2.549.142,16 referente ao reajustamento dos serviços (previstos na 2ª etapa da obra) para a data-base de abril de 2008 e R\$ 3.630.455,66 relativo ao realinhamento econômico-financeiro dos serviços executados na 1ª etapa das obras (vide quadro resumo peça 3, p. 93 do TC 016.597/2008-2). Conforme Cláusula Segunda e Parágrafo Único do ajuste, esse termo aditivo representou um acréscimo contratual de 24,9%, elevando para R\$ 34.919.311,80 o valor total da obra.
11. Em 20/4/2009, foi assinado o quarto termo aditivo, tendo como objeto a prorrogação do prazo de vigência do Contrato n. 16/2005.
12. Os dois ajustes seguintes ao Contrato 16/2005 foram realizados em decorrência de impropriedades na execução da obra, cuja correção, recomendada pela CGU, compreendia decréscimos no seu valor.
13. Desse modo, o quinto termo aditivo (peça 2, p. 9 a 11), assinado em 28/5/2009, promoveu um decréscimo de R\$ 1.033.814,4 no valor do Contrato 16/2005, o que representou a redução do valor total da obra de R\$ 34.919.311,80 para R\$ 33.885.497,38.
14. Por fim, o sexto termo aditivo (peça 2, p. 24 e 25), datado de 8/7/2009, promoveu o decréscimo de R\$ 394.988,69 no valor do Contrato, o que representou a queda do valor da obra de R\$ 33.885.497,38 para R\$ 33.490.508,69, conforme Cláusulas Segunda e Terceira do ajuste.
15. Consta dos autos que a aludida obra foi objeto de investigação na Operação Pacena, deflagrada pela Polícia Federal. Em decorrência dessa Operação, as obras foram paralisadas e o repasse dos recursos federais suspenso por requerimento do Ministério Público, deferido pela Justiça Federal (peça 30, p. 159 a 200 do TC 016.597/2008-2). A liberação dos valores ficou condicionada ao atendimento de recomendações da CGU.
16. Cabe esclarecer que a presente Tomada de Contas Especial guarda correlação com os fatos contidos nos processos a seguir destacados.
17. Processo TC 016.597/2008-2: instaurado em 2/6/2006, em face da Representação apresentada à Secex/MT pelo vereador Lúdio Frank Mendes Cabral, noticiando a retirada de

tubulação/canalização da obra da ETA Tijucal, pela empresa contratada para realizar o serviço, porque a Prefeitura de Cuiabá não efetivara os pagamentos.

18. Processo TC 005.127/2010-6: instaurado em 2/3/2010, em face de Representação apresentada pela empresa Conspavi Construção e Participação Ltda., apontando possíveis irregularidades na execução das obras da ETA Tijucal. Denunciava também a paralisação das obras sob sua responsabilidade - Contrato n. 016/2005 - por falta de pagamentos pelo Município de Cuiabá. Esse processo foi apensado ao TC-016.597/2008-2.

19. Os autos do TC-016.597/2008-2 foram objeto de instrução realizada pela Secob-3, datada de 11/8/2010, que apontou haver indícios das seguintes irregularidades: (i) licitação com projeto básico deficiente; (ii) realinhamento econômico-financeiro irregular; restrição ao caráter competitivo; e (iii) existência de cláusulas contendo permissão à sub-rogação (peça 2, p. 165 a 195 do TC 016.597/2008-2).

20. Em decorrência dos indícios de irregularidade apontados, foi exarado o Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, que determinou (peça 2, p. 197 a 198 do TC-016.597/2008-2):

- a) a conversão dos autos em tomada de contas especial e a realização de inspeção ou diligências para cálculo do débito atualizado referente ao realinhamento econômico financeiro, procedendo, em seguida a citação dos responsáveis (item 1.6.1);
- b) a audiência dos responsáveis acerca do projeto básico deficiente e da restrição ao caráter competitivo do certame (itens 1.6.2 e 1.6.3);
- c) à Prefeitura Municipal de Cuiabá que evite nos contratos custeados com recursos federais a inclusão de cláusulas que permitam a sub-rogação (item 1.6.4);
- d) à Secob-3, com possível participação da Secex/MT a fim de prestar apoio à unidade especializada, a realização de inspeção *in loco* nas obras da ETA Tijucal, no Município de Cuiabá/MT, referentes ao Contrato 16/2005, com o objetivo de apurar eventuais irregularidades relatadas no âmbito do TC n. 005.127/2010-6, apenso ao TC-016.597/2008-2 (item 1.6.5).

21. O resultado das inspeções realizadas por determinação dos itens 1.6.1 e 1.6.5 do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara constam da instrução localizada na peça 1, p. 51 a 69, do presente processo.

22. No que diz respeito à inspeção determinada no item 1.6.1, referente ao realinhamento econômico financeiro, a Unidade Técnica identificou que (peça 1, p. 67):

(...) o débito de R\$ 3.630.455,66 (...), oriundo do 3º termo aditivo ao contrato 16/2005, foi pago à construtora Conspavi em três parcelas, conforme demonstrado nas análises em epígrafe.

57. Apesar dos valores terem sido pagos com fonte de recursos próprios da Prefeitura de Cuiabá/MT, o objeto está inserido no âmbito do Contrato de Repasse nº 0186.327-52/2005 e, nos moldes da jurisprudência deste Tribunal acerca dos recursos empregados em convênios e contratos de repasse, consubstanciada nos Acórdãos 993/2009 e 2235/2010, ambos do Plenário, propõe-se a citação dos responsáveis.

23. Quanto ao item 1.6.5 do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, a Unidade Técnica asseverou que:

(...) não foram encontrados indícios das irregularidades apontadas pela Conspavi no que diz respeito à realização de ligações irregulares que venham a diminuir a capacidade de tratamento do sistema ETA Tijucal, tampouco foi identificada a reiterada falta de pagamentos à contratada por parte da Prefeitura, pois o que se retira das análises realizadas foi que, em razão de pendências na execução dos serviços, eventuais liberações de pagamentos não foram efetuadas. (peça 1, p. 67).

24. Concluídas tais inspeções e diligências, a Unidade Técnica submeteu os autos à

consideração superior (peça 1, p. 68), propondo:

58.1. Promover a citação dos responsáveis já identificados no item 1.6.1 do Acórdão 5.134/2010-TCU-2ª Câmara (grifo nosso) para, nos termos dos arts. 10, § 10 e 12, inciso II, da Lei n. 8.443/92, c/c o art. 202, inciso II, do Regimento Interno/TCU, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, apresentarem alegações de defesa ou recolherem aos cofres do Tesouro Nacional as quantias a seguir relacionadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora devidos até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, em razão de realinhamento econômico-financeiro irregular sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou o repactuação dos serviços contratados no valor de R\$ 3.630.455,66 (três milhões seiscientos e trinta mil quatrocentos e cinquenta e cinco reais e sessenta e seis centavos), decorrente do 3º termo aditivo ao contrato 16/2005:

Valor (R\$)	Data base
1.023.198,48	19/3/2008
1.385.052,45	9/9/2008
1.222.204,73	13/10/2009

58.2. No mérito, considerar improcedente a representação de que trata o TC 005.127/2010-6, apenso aos presentes autos, ante a inexistência de indícios de irregularidades nos moldes do relatado pela empresa Conspavi no citado processo;

58.3 Determinar à Secretaria de Infraestrutura de Cuiabá/MT que informe os procedimentos em andamento ou a serem adotados a fim de dar continuidade às obras previstas no Contrato de Repasse 0218.038-44/2007 e solucionar as pendências verificadas.

25. Em função da determinação contida no Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, os responsáveis foram devidamente citados, como será detalhado adiante. Ressalta-se que as propostas de encaminhamento dos itens 58.2 e 58.3, acima, ainda não foram apreciadas pelo TCU, devendo, portanto, ser incorporadas à presente instrução.

26. Igualmente, restaram pendentes de apreciação o item 93.2, alíneas a, b, c, d, f, e o item 93.3 da instrução elaborada pela 3ª Diretoria Técnica da Secex/MT, em 28/10/2008, a seguir destacados (peça 1, p. 56-75 do TC 016.597/2008-2):

93.2. realizar a oitiva da Prefeitura Municipal de Cuiabá para que se manifeste sobre os indícios de irregularidades encontrados neste processo, sobretudo em relação às seguintes ocorrências, relacionadas à Licitação 03/2005 e aos contratos dela decorrentes:

a) restrição à competitividade da licitação, em virtude de exigência, de forma cumulativa, de capital social mínimo e prestação de garantia;

b) habilitação da empresa Conspavi, que não satisfazia a todos os critérios de habilitação vez que apresentou capital social inferior ao mínimo exigido no item 6.5.3.2 do edital, conforme balanço patrimonial datado de 31.12.2004;

c) permissão à sub-rogação dos contratos;

d) metodologia de realinhamento de preços que ignora eventuais descontos ofertados pela contratada, aumenta indevidamente o percentual de BDI, remunera em duplicidade serviços já reajustados e toma como base cotação feita em um único fornecedor;

(...)

f) compra de tubos de ferro fundido, custeados por meio do Contrato de Repasse 2628.0218038-44/2007, com preços superiores aos praticados no mercado;

93.3. remeter cópia desta instrução à Prefeitura de Cuiabá para facilitar o conhecimento das questões tratadas;

27. Feita a contextualização dos fatos e atos processuais, passa-se ao exame das informações e documentos trazidos aos autos, junto com as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis citados solidariamente, conforme determinação do item 1.6.1 do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara. Em seguida, serão examinadas as razões de justificativa dos defendentes chamados em audiência, nos termos dos itens 1.6.2 e 1.6.3 do mesmo Acórdão.

EXAME TÉCNICO

I. Citações

28. Em cumprimento ao Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara (peça 2, p. 197/198 do TC 016.597/2008-2), após as inspeções, as diligências e a apuração do débito (peça 1, p. 51 a 68), foi promovida a citação solidária dos seguintes responsáveis:

Irregularidade	Responsável	Citação
Elaborar e encaminhar parecer técnico atestando a justificativa de realinhamento econômico-financeiro por meio de notas fiscais - apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível - que motivou o repactuação dos serviços contratados	Sr. Orozimbo José Alves Guerra Neto , CPF n. 108.302.941-04, Diretor de Obras da Sec. Mun. de Infraestrutura de Cuiabá/MT	Citação em 31/5/2001, conforme Of. 292/2011-TCU/SECOB-3 e AR de 31/6/2011 (peça 1, p. 90 e 112)
	Sr. Gervásio Madal de Assis , CPF n. 109.491.271-91, Engenheiro da Sec. Mun. de Infraestrutura de Cuiabá/MT	Ofício n. 299/2011-TCU/SECOB-3 e AR de 26/5/2011 (peça 1, p. 97)
Assinar o 3º termo aditivo ao CT 16/2005 contendo realinhamento econômico-financeiro sem comprovação do fato superveniente e imprevisível que motivou o reequilíbrio	Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca , CPF n. 086.183.051-20 Secretário Municipal de Infraestrutura	Citado em 2/6/2011, conforme Of. 295/2011-TCU/SECOB-3 e AR de 21/6/2011 (peça 1, p. 92 e 113)
Auferir valor indevido em decorrência do realinhamento irregular do Contrato 16/2005	Empresa Conspavi - Construção e Participação LTDA. , CNPJ 36.946.218/0001-8, representada por Luís Francisco Félix (peça 1, p. 99)	Citada em 30/5/2011, conforme Of. 296/2011-TCU/SECOB-3 e AR (peça 1, p. 76 e 85)
Elaborar Parecer Jurídico atestando a legalidade de termo aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro efetuado por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a	Sr. Fernando Augusto Vieira de Figueiredo , CPF n. 830.583.201-59, Procurador-Geral Adjunto do Mun. de Cuiabá	Citado conforme Of. 297/2011-TCU/SECOB-3(peça 1, p. 78) e AR de 30/5/2011

repactuação dos serviços contratados		
Subscrever o 3º Termo Aditivo ao Contrato 16/2005 e anuir com Parecer Jurídico que atestou a legalidade do 3º Termo Aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro efetuado por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados	Sr. José Antônio Rosa , CPF n. 178.248.421-34, Procurador-Geral do Município de Cuiabá	Citado em 20/5/11, conforme Of. 298/2011-TCU/SECOB-3 (peça 1, p. 80 e 87)

29. O Senhor Gervásio Madal de Assis não foi regularmente citado tendo em vista que o Ofício n. 299/2011-TCU/SECOB-3, com Aviso de Recebimento de 26/5/2011, foi devolvido ao remetente (peça 1, p. 97). A ausência de citação formal, no entanto, foi suprida com as alegações de defesa por ele apresentada em 30/6/2011, na qual reconhece sua citação (peça 9, p. 150 a 165).

30. Alguns dos responsáveis pleitearam prorrogação de prazo para apresentação das alegações de defesa, as quais foram autorizadas (peça 1, p. 103 a 106) e recebidas pelos destinatários conforme comprovação às fls. 109 a 112 dos presentes autos.

31. A despeito da regular citação da Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda. e do deferimento do pedido de prorrogação de prazo pleiteado (peça 1, p. 103), exaurido o prazo para manifestação, não foram acostadas as alegações de defesa.

II. Audiências

32. Ainda conforme mandamento do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, em face das irregularidades apontadas nos subitens 1.6.2 e 1.6.3, foram chamados em audiência os seguintes responsáveis:

Irregularidade 1.6.2: Encaminhar projeto básico deficiente para a Concorrência 03/2005, referente à execução das obras da ETA Tijucal, Lote A.	
Responsável	Data da Notificação/Ofício/Aviso de Recebimento/ Peça/Página
1. Andelson Gil do Amaral	Ofício n. 809/2010-TCU/SECOB-3 – AR de 23/12/2010 Peça 1, p. 33
Irregularidade 1.6.3: Elaborarem o edital da Concorrência 3/2005 com cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação consubstanciadas pela exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia de participação, pela exigência de capital social integralizado e pela não publicação do resumo do edital da licitação no Diário Oficial do Estado, em desconformidade com os artigos 21, 30 (parágrafo 5º) e 31 (parágrafo 2º) da lei 8.666/93 e jurisprudência do TCU.	
Responsáveis	Data da Notificação/Ofício/Aviso de Recebimento/ Peça/Página

1.Adilson Moreira da Silva	Ofício n. 810/2010-TCU/SECOB-3 - AR de 24/12/2010 Peça 1, p. 23 e 34
2.Ryta de Cássia Pereira Duarte	Ofício n. 811/2010-TCU/SECOB-3 - AR de 23/12/2010 Peça 1, p. 25 e 35
3.Wânia Cristina Nunes da Conceição	Ofício n. 812/2010-TCU/SECOB-3 - AR de 23/12/2010 (devolvido ao remetente) Peça 1, p. 27 e 38
4.Cácila Marília Pires Nassarden	Ofício n. 813/2010-TCU/SECOB-3 - AR de 28/12/2010 Peça 1, p. 29 e 37

III. Irregularidades

III.1. Realinhamento econômico-financeiro: Causa da citação solidária dos responsáveis

33. Em face do realinhamento econômico-financeiro do contrato, promovido no terceiro termo aditivo, com violação do art.65, inciso II, d, da Lei n. 8.666/1993, foram citados solidariamente os responsáveis abaixo indicados, cujas alegações de defesa serão destacadas a seguir:

Responsável	Cargo
a. Orozimbo José Alves Guerra	Diretor de Obras da Secretaria de Infra Estrutura
b. Gervásio Madal de Assis	Engenheiro da Secretaria de Infra Estrutura
c. Quidauguro Marino Santos da Fonseca	Secretário Municipal de Infra Estrutura
d. Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda.	Contratada para execução das obras
e. Fernando Augusto Vieira de Figueiredo	Procurador-Geral Adjunto do Município
f. José Antônio Rosa	Procurador-Geral do Município

a. Alegações de defesa do Sr. Orozimbo José Alves Guerra Neto (peça 9, p. 50/60) e do Sr. Gervásio Madal de Assis (peça 9, p. 150/165)

34. Os Srs. Orozimbo José Alves Guerra Neto, Diretor de Obras da Secretaria Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, e Gervásio Madal de Assis, Engenheiro do órgão, apresentaram, em separado, alegações de defesa idênticas, razão pela qual serão aqui relatadas e analisadas em conjunto.

35. A citação solidária dos Senhores Orozimbo José Alves Guerra Neto e Gervásio Madal de Assis, foi determinada no item 1.6.1, subitem 1.6.1.1 do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, por elaborarem e encaminharem parecer técnico atestando a justificativa de realinhamento econômico-financeiro (peça 8, p.68), por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços

contratados, afrontando o art. 65, inciso II, d, Lei n. 8.666/1993.

36. Em que pese o Sr. Gervásio Madal de Assis, Engenheiro da Secretaria Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT não ter assinado o recebimento da citação, uma vez que o ofício retornou, ele pleiteou prorrogação do prazo para apresentar sua manifestação (peça 1, p.101). Acolhido o pleito e apresentadas, em 30/6/2011, as alegações de defesa, restou caracterizada a ciência.

37. Preliminarmente, sustentam a nulidade da pretensão punitiva, alegando a inexistência de desvio de recursos públicos. Defendem ter ocorrido tão-somente irregularidades formais apontadas tardiamente pelo Tribunal de Contas da União, que teria o prazo de 60 dias para analisar as contas e emitir parecer prévio, nos termos do art. 71, inciso I, da CF, mas não teria feito.

38. No mérito, alegam que, antes da emissão desse parecer prévio, não lhes foi requerida em tempo oportuno qualquer informação a título de defesa.

39. Afirmam que os projetos e documentos que instruíram a abertura do certame licitatório foram elaborados pela Companhia de Saneamento da Capital (Sanecap), órgão responsável que possui técnicos especializados na área, ao passo que a Secretaria Municipal de Infraestrutura (Seminfe), apenas acompanha e fiscaliza a execução, sendo, portanto, mera coadjuvante no processo. Como tal, alegam que não poderiam discordar de fatos trazidos por profissionais técnicos que atuam exclusivamente no setor de fornecimento e abastecimento de água. Aduzem que todas as comunicações dos setores envolvidos na fiscalização da Caixa eram dirigidas a Sanecap, para sanear falhas no projeto, ao passo que a Seminfe e seus técnicos apenas auxiliavam e assinavam documentos trazidos de outro setor da Administração Pública.

40. Entendem que não haviam como realizar o levantamento de preços e comparativos, pois haviam produtos fornecidos por um único fabricante na América Latina, a exemplo da “tubulação” utilizada na obra, fabricada exclusivamente pela *Saint Gobain*, localizada no Rio de Janeiro.

41. Invocam o princípio da boa-fé e a proibição do enriquecimento ilícito e, ainda, a teoria da imprevisão para justificar a repactuação do ajuste com vistas à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

42. Explicitam que a Justificativa Técnica assinada pelos suplicantes fora elaborada considerando os preços ajustados em 2006 (1º Termo Aditivo) e a data de execução das obras, as quais exigiam materiais exclusivos. Apontam a alta dos preços no mercado e a redução dos estoques da cadeia produtiva como fatos supervenientes e imprevisíveis que justificavam a concessão do 3º Termo Aditivo de realinhamento econômico-financeiro. Aduzem que os documentos juntados à época demonstram tais fatos.

43. Alegam que a prestação de contas foi apresentada e que a verba do 2º Convênio estava sendo devolvida e, ainda, que a obra foi executada dentro dos parâmetros legais e técnicos, tendo trazido benefícios à sociedade e, portanto, alcançado o interesse público.

a.1. Análise

44. Os Srs. Orozimbo José Alves Guerra Neto e Gervásio Madal de Assis foram citados em decorrência da irregularidade apontada no item 1.6.1.1, do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, qual seja, terem elaborado e encaminhado parecer técnico, atestando a justificativa de realinhamento econômico-financeiro, por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados.

45. Em primeira mão, cumpre esclarecer que o disposto no art. 71, inciso I, da Constituição Federal que atribui ao TCU competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas

prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, não se confunde com o disposto no inciso II da mesma norma, a qual atribui competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, conforme já apontou o STF, nos termos seguintes:

No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o STF tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, I, CF/1988; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, II, CF/1988. Precedentes. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. (ADI 3.715-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 24/5/2006, Plenário, DJ de 25/8/2006.)

46. De igual modo, a competência insculpida no inciso I não se confunde como a prevista no inciso VI, para fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. O caso em análise se insere nos comandos constitucionais previstos no art. 71, incisos II e VI, da Constituição Federal, o que afasta, de plano, a suposta prescrição alegada pelos defendentes.

47. A alegada delegação dos serviços à Senacap, mormente para elaboração dos documentos técnicos que instruíram o procedimento licitatório ou mesmo para execução das obras, não afasta a responsabilidade dos defendentes, que deviam atuar no interesse do Município Contratante e, nesta condição, cabia-lhes o dever de supervisão dos serviços delegados.

48. A mais, ambos os defendentes citados assinam a Justificativa Técnica acostada à peça 29, p. 13, do TC 016.597/2008-2. No documento, apresentam memória de cálculo para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Com base nisso, não há como acolher a argumentação de que a Seminf e seus técnicos apenas auxiliavam e assinavam documentos trazidos de outro setor da Administração Pública. Ao firmarem o documento, os gestores atestaram autoria, conhecimento e responsabilidade sobre o ato.

49. A alta dos preços de insumos da construção civil, alegada pelos defendentes, não configura de plano fato superveniente imprevisto capaz de autorizar a repactuação, manejada pelos gestores. Os índices de reajustamento contratual são o instrumento hábil para corrigir essa variação de preços. Caberia aos gestores demonstrar, inequivocamente, a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Sobre esse tema, cabe trazer excerto do Voto condutor do Acórdão 2.408/2009-TCU-Plenário:

Indispensável que a revisão de preços encontrasse amparo na teoria da imprevisão dos contratos administrativos.

Somente se admite a repactuação, quando decorre de fato: a) superveniente; b) imprevisível, ou previsível, mas de consequências incalculáveis; c) alheio à vontade das partes; e d) que provoque grande desequilíbrio ao contrato.

A elevação anormal do preço de serviço, decorrente de variação inesperada dos seus custos, pode motivar a revisão dos preços contratados, desde que observados todos os pressupostos legais. Tal situação deve ser objetiva e exaustivamente demonstrada.

A comprovação da necessidade de reajustamento do preço, resultante da suposta elevação anormal de custos, exige a apresentação das planilhas de composição dos preços contratados, com todos os seus insumos, e dos critérios de apropriação dos custos indiretos da contratada.

50. Ademais, não se admite a recomposição dos preços contratados, alegando apenas que os preços de mercado estão superiores aos ofertados durante a licitação. Mesmo que admissível o realinhamento da avença em face da oscilação dos preços de mercado posteriores à contratação, no caso em análise, tal alegação mostra-se insustentável, conforme demonstrado a seguir.

51. Os relatórios de fiscalização e notas técnicas emitidas pela CGU, assim como a inspeção e as diligências realizadas *in loco* por esta Corte de Contas, mostram que não foram acostados aos autos pesquisas de preços referentes aos itens que tiveram seus valores aumentados.
52. A Conspavi, responsável pela execução das obras, interessada no realinhamento, não apresentou justificativa para repactuação, mas apenas notas fiscais. Estes fatos permitem concluir que o procedimento de repactuação foi instruído apenas com notas fiscais da empresa acompanhadas de planilha que reproduzia os itens e preços constantes dessas notas. Os responsáveis não apresentaram pesquisas ou análises com vistas a comparar tais preços com os preços de mercado.
53. Na inspeção *in loco*, a Secob-3 concluiu que o realinhamento foi baseado meramente em notas fiscais de produtos adquiridos pela contratada. Os valores nas notas eram substancialmente superiores aos orçado à época. Além disso, foram acrescentados elevados percentuais que incidiram sobre os valores das notas fiscais apresentadas (percentuais diferentes para cada serviço). Adicionalmente, os serviços objeto de realinhamento não estavam discriminados no orçamento base do edital do processo licitatório (peça 1, p.63).
54. Quanto à alegada impossibilidade de levantar preços de itens de origem ou fornecimento exclusivo caberia aos gestores ao menos certificar-se da fidedignidade dos valores. Além disso, nem todos os itens da planilha são originários de fornecedor exclusivo e a Justificativa Técnica para repactuação não apontava a relação dos itens de origem exclusiva, que justificariam a inexigibilidade de cotação de preços, nem o levantamento de preços dos demais itens.
55. Por outro lado, sabe-se que, em qualquer atividade comercial, as recompensas estão indissociavelmente ligadas aos riscos e às incertezas. Por isso, o particular, ao firmar contrato com a Administração deve previamente analisar e prever na proposta apresentada, a oscilação de preços típica do mercado dos insumos da construção civil. Tal cuidado configura o mecanismo necessário para preservar ou alcançar a relação desejada no início, de modo a assegurar a execução satisfatória do contrato, evitando intercorrências prejudiciais para as partes contratantes, tal como ocorreu no presente caso.
56. A oscilação normal dos preços presentes em economias estabilizadas não constitui fato capaz de justificar repactuação contratual com amparo na teoria da imprevisão, como quiseram os defendentes. Tal teoria socorre os contratantes nas hipóteses de ocorrência de fato do príncipe, fato da administração ou ainda em decorrência de caso fortuito ou força maior, o que não se confunde com mera oscilação de preços, típica da acomodação do mercado.
57. Os defendentes invocaram a boa-fé de suas condutas, mas não apresentaram elementos ou documentos que a comprovassem.
58. Cabe lembrar que, no âmbito desta Corte, considera-se a boa-fé do responsável quando, em que pese a ocorrência de dano ao erário ou outra irregularidade, ele tenha zelado por seguir as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito. A análise, portanto, é feita sob o ponto de vista objetivo, sem que seja necessária a comprovação de má-fé, mas apenas da ausência de boa-fé.
59. Nesse sentido, a boa-fé do responsável deve ser objetivamente analisada e provada no caso concreto, considerando-se a prática efetiva e as consequências de determinado ato à luz de um modelo de conduta comum do homem médio, conforme entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas (Acórdão 1.923/2011-1ª Câmara, Acórdão 1.921/2011-2ª Câmara, Acórdãos 621/2010, 2550/2008 e 1157/2008, todos do Plenário).
60. Por outro lado, os fatos apurados no inquérito policial e apontados na decisão judicial proferida pela Justiça Federal/MT, acerca da manipulação no resultado de certames (peça 30, p.

197, TC 016.597/2008-2), depõem contra a lisura de conduta do Sr. Orozimbo José Alves Guerra Neto, razão pela qual se conclui pela impossibilidade de acolher em seu favor a atenuante da boa-fé por ele invocada.

61. Além disso, o descuido na elaboração e no encaminhamento de parecer técnico destinado ao realinhamento econômico-financeiro do Contrato, baseado apenas em notas fiscais, por si só, constitui falta inescusável que afasta a possibilidade de acolhimento da alegada boa-fé dos defendentes.

62. Face o exposto, conclui-se que as alegações de defesa apresentadas não trouxeram fatos novos capazes ou suficientes para afastar as irregularidades apontadas no subitem 1.6.1.1 do Acórdão 5.134/2010-TCU-2ª Câmara.

63. Em consequência, propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas uma vez que não foram elas suficientes para sanear as irregularidades a eles atribuídas. Os argumentos de defesa tampouco lograram êxito em afastar o débito apurado.

64. Da análise também se verifica o nexo de causalidade entre a conduta dos responsáveis Orozimbo José Alves Guerra Neto e Gervásio Madal de Assis e as irregularidades a eles imputadas, por atuarem em desconformidade com o art. 65, inciso I, “d”, da Lei n. 8.666/1993, quando elaboraram e encaminharam parecer técnico atestando a justificativa de realinhamento econômico-financeiro por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados.

65. Em consequência, inexistindo nos autos elementos que permitam reconhecer, conforme no § 2º do art. 202 do RI/TCU, a boa-fé ou a ocorrência de outros excludentes de culpabilidade, conclui-se pela rejeição das alegações de defesa, propondo-se que as contas do Sr. Orozimbo José Alves Guerra Neto e do Sr. Gervásio Madal de Assis sejam julgadas irregulares, nos termos dos arts. 1º, inc. I, 16, inc. III, alíneas “b” e “c”, e 19, caput, todos da Lei 8.443/1992, procedendo-se a condenação solidária no débito apurado, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, e a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

b. Alegações de defesa do Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca (peça 10, p. 45)

66. O Senhor Quidauguro Marino Santos da Fonseca, Secretário Municipal de Infraestrutura, foi citado, solidariamente, em 2/6/2011, conforme Ofício 295/2011, nos termos do subitem 1.6.1.2 do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, em razão de ter assinado o 3º Termo Aditivo ao Contrato 16/2005 (peça 29, p.10 a 12, do TC 016.597/2008-2, apenso a este processo), contendo o realinhamento econômico-financeiro sem a comprovação do fato superveniente e imprevisível que motivou o reequilíbrio.

67. Inicialmente, o Secretário pleiteou a prorrogação do prazo para responder a citação (peça 1, p. 100), o que foi autorizado conforme Ofício 353/2011-TCU/SECOB-3 (peça 1, p.110). Assim, apresentou tempestivamente suas alegações em 30/6/2011 (peça 10, p. 45).

68. O teor das alegações de defesa trazidas aos autos pelos Srs. Orozimbo José Alves Guerra Neto, Gervásio Madal de Assis e Quidauguro Marino Santos da Fonseca é idêntico. Para evitar repetição em relação ao tópico precedente, considera-se aqui reproduzidos os mesmos argumentos e fundamentos apresentados pelos primeiros defendentes.

69. Registra-se que o responsável faleceu em 31/7/2013, conforme certidão de óbito à peça 17, p. 1/2.

b.1. Análise

70. Comprovado o óbito, resta configurada a extinção da punibilidade do responsável, o que não afasta a responsabilidade dos seus sucessores pelo seu débito contra a União, nos termos do

art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal.

71. Se o passamento se dá após transcorrido o prazo para o oferecimento da defesa do responsável, encontra-se o processo validamente desenvolvido e em condições de ser julgado, figurando o *de cujus* como polo integrante da relação processual, entretanto o débito deve ser imputado ao espólio ou aos sucessores.

72. Em virtude da igualdade entre as alegações de defesa apresentadas pelos Senhores Orozimbo José Alves Guerra Neto (peça 9, p. 50/60), Gervásio Madal de Assis (peça 9, p. 150/165) e Quidauguro Marino Santos da Fonseca, adota-se aqui o mesmo entendimento firmado quando da análise das razões dos Senhores Orozimbo José Alves Guerra Neto e Gervásio Madal de Assis no título **III.1.a, dessa instrução**.

73. Verifica-se que o Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca contrariou o art. 65, inciso II, d, Lei n. 8.666/1993, ao assinar o 3º termo aditivo ao CT 16/2005 (peça 29, p.10/12 do TC 016.597/2008-2), contendo o realinhamento econômico-financeiro, sem a comprovação do fato superveniente e imprevisível que motivasse o reequilíbrio.

74. Resta configurado o nexo de causalidade entre a ação praticada e o débito imputado.

75. Em consequência, ausentes os elementos que permitam reconhecer a boa-fé em favor do responsável ou a ocorrência de outros excludentes de culpabilidade, propõe-se que as contas do Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca, já falecido, sejam julgadas irregulares, nos termos dos arts. 1º, inc. I, 16, inc. III, alíneas "b" e "c", e 19, *caput*, todos da Lei 8.443/1992, procedendo-se: (i) à condenação solidária do espólio no débito apurado, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, sem aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992; e (ii) comunicação ao Juízo de Sucessões da Comarca de Cuiabá/MT (processo de inventário n. 41960-73.2013.811.0041 - COD 837072) noticiando o débito imputado ao espólio.

c. Alegações de defesa da Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda.

76. A Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda., contratada para execução das obras, foi citada solidariamente, na pessoa do seu representante legal, por auferir valor indevido em decorrência do realinhamento irregular.

77. Depois de pleiteada a prorrogação de prazo para apresentação das alegações de defesa, foram encaminhados à empresa os ofícios 351 e 428/2011-TCU/SECOB-3 (peça 1, p. 103 e 116), que contam com os Aviso de Recebimento (peça 1, p. 111 e 119).

78. A despeito da regular citação da empresa responsável e do deferimento do pedido de prorrogação de prazo por ela pleiteado, exaurido o prazo para sua manifestação, não foram acostadas as alegações de defesa pertinentes, tampouco recolhido o débito, restando caracterizada a revelia.

79. A mais, foi acostado aos autos (peça 1, p. 117), pelo escritório AJ e Jacoby Fernandes Advogados Associados, documento de renúncia ao instrumento de mandato que lhe fora outorgado pela Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda. para atuação no processo. Anexo ao pedido de renúncia, foi colacionada mensagem eletrônica, dirigida àquela construtora, reportando-lhe os motivos da rescisão e ressaltando o termo final para apresentação da defesa perante essa Corte de Contas nos autos do processo em epígrafe.

c.1. Análise

80. Tendo em vista que a Conspavi - Construção e Participação Ltda., transcorrido o prazo regimental fixado, não apresentou alegações de defesa quanto às irregularidades verificadas nem efetuou o recolhimento do débito, entende-se que a empresa deve ser considerada revel dando-se prosseguimento ao processo, de acordo com o art.12, inciso IV, § 3º, da Lei nº 8.443/92.

81. Posto isto, diante da revelia da Conspavi - Construção e Participação Ltda. e inexistindo nos autos elementos que permitam concluir pela ocorrência de boa-fé ou de outros excludentes de culpabilidade em sua conduta, propõe-se:

a) condenar solidariamente em débito, nos termos dos artigos 1º, inciso I, e 16, §2º, alínea “b”, ambos da Lei 8.443/92, bem como que lhe seja aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, em face da ocorrência apontada no subitem 1.6.1.3 do Acórdão 5.134/2010 – TCU – 2ª Câmara, consistente em auferir valor indevido em decorrência do realinhamento irregular; b) seja condenada ao pagamento da importância a seguir especificada, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculada a partir da data discriminada até a efetiva quitação do débito, fixando-lhe o prazo de 15 dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a”, da citada Lei c/c o art. 216, do Regimento Interno/TCU:

Valor (R\$)	Data-base
1.023.198,48	19/3/2008
1.385.052,45	9/9/2008
1.222.204,73	13/10/2009

c) seja autorizada, desde logo, a cobrança judicial da dívida nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92 caso não atendida à notificação.

d. Alegações de defesa dos Senhores José Antônio Rosa (peça 8, p. 3/24) e Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (peça 7, p.30/51).

82. O Senhor Fernando Augusto Vieira de Figueiredo, Procurador-Geral Adjunto do Município de Cuiabá/MT foi regularmente citado, conforme Ofício 297/2011-TCU/SECOB-3 e AR de 30/5/2011 (peça 1, p. 78), em decorrência da irregularidade apontada no item 1.6.1.4 do Acórdão 5.134/2010-TCU-Plenário, por elaborar Parecer Jurídico atestando a legalidade de termo aditivo contendo o realinhamento econômico-financeiro efetuado por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados.

83. O Senhor José Antônio Rosa, Procurador-Geral do Município de Cuiabá, por sua vez, foi igualmente citado solidariamente em 20/5/11, conforme Ofício 298/2011-TCU/SECOB-3 (peça 1, p. 80 e 87), em decorrência da irregularidade apontada no item 1.6.1.5, do Acórdão 5.134/2010-TCU-Plenário, por subscrever o 3º Termo Aditivo ao Contrato 16/2005 e anuir com o Parecer Jurídico que atestou a legalidade do 3º Termo Aditivo contendo o realinhamento econômico-financeiro efetuado por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados.

84. Em resposta à citação solidária, apresentaram defesa em peças separadas, porém com argumentos e fundamentos idênticos, razão pela qual serão relatadas e analisadas em conjunto.

85. Alegam que em momento algum praticaram ato de gestão, pagamento, guarda, distribuição de valores ou dinheiro público, e que a elaboração de parecer não vincula o ato administrativo e não contém cunho decisório, pois não extingue nem cria direito.

86. Afirmam que o parecer emitido pelo primeiro, com a anuência do segundo, foi baseado em documento emitido pelo corpo técnico da Secretaria Municipal de Infraestrutura justificando a necessidade de realinhamento-econômico financeiro. Acrescentam que o referido documento estava

acompanhado de notas fiscais e planilhas aprovadas pelos Engenheiros da Prefeitura Municipal de Cuiabá e, ainda, de parecer favorável da Caixa (peça 9, p. 5/6).

87. Argumentam que a função do advogado parecerista é verificar se os fatos alegados e comprovados por documentos técnicos se enquadram na interpretação lei. Alegam que não cabia a eles, e, tampouco possuíam conhecimento técnico, para efetuar cálculos de reajustes complexos, em diversas planilhas, como as que constam dos autos e foram anexadas ao parecer de aprovação do realinhamento.

88. Buscando afastar a responsabilidade, enquanto pareceristas, pela celebração do termo aditivo, apontam trechos de doutrinadores, bem como artigos da Lei Municipal Complementar n. 13, que fixa competência da Procuradoria Geral do Município, conforme segue:

Art. 4º Ao Procurador Geral do Município, como titular do órgão do sistema de apoio jurídico e legislativo do executivo compete:

e) promover e coordenar a elaboração de pareceres, minutas, anteprojetos de Leis, Decretos, Portarias, e outros atos administrativos;

Art. 6º A Procuradoria Geral Adjunta compete:

a) Submeter à apreciação do Procurador geral, os assuntos que excedem à sua competência.

89. Ainda ilustram suas defesas com os Acórdãos 1.020-10/2008-TCU-1ª Câmara; 1.616/2003-TCU-Plenário e 723/2005-TCU-Plenário, para sustentarem que não cabe ao Procurador fiscalizar o mérito do ato, administrativo da autoridade competente, e sim externar o seu ponto de vista sobre determinada matéria jurídica, e que o parecer jurídico tem função opinativa e não vincula a decisão do gestor.

90. Também destacam em seu favor os seguintes julgados do STF: MS 24.073/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, p. 31/10/2003; MS 24.631-6 DF, p.1/2/2008, rel. Min. Joaquim Barbosa; Resp. n. 1.183.504-DF, rel. Min. Humberto Martins, Julgado em 18/5/2010, os quais versam sobre a natureza opinativa do parecer jurídico e sobre responsabilidade solidária do parecerista em face do ato praticado pelo gestor cercado por parecer não vinculante.

91. Por fim, apontam como causa superveniente justificante da celebração do termo aditivo as notícias de que, à época dos fatos, havia um cenário econômico de forte elevação nos preços dos insumos utilizados pela construção civil em especial do aço, ferro e cimento. Juntam cópia das notícias (peça 8, p. 25/29).

92. Para concluir, afirmam que receberam o pedido de parecer fundado em justificativa técnica, acrescido de parecer técnico que embasara a pretensão, não tendo como os petionários - operadores do direito - simplesmente alegarem má-fé ou erro nos documentos anexos à justificativa. Enfim, afirmam que se pautaram no que constava dos autos (Justificativas e Planilhas) e do conhecimento possível a um advogado acerca do que estava ocorrendo com o mercado.

d.1 Análise

93. Os responsáveis, citados regularmente, apresentaram tempestivamente suas alegações (peça 8, p. 3/24 e peça 7, p.30/51), que serão analisadas, nesta oportunidade, em conjunto, em virtude da identidade de argumentos e fundamentos.

94. Relativamente ao motivo para a repactuação, os Procuradores alegam que houve uma forte elevação nos preços dos insumos utilizados pela construção civil em especial do aço, do ferro e do cimento. Sobre o tema, considera-se o mesmo entendimento firmado quando da análise das alegações de defesa aportadas pelos Senhores Orozimbo José Alves Guerra Neto e Gervásio Madal de Assis, vez que esses e os Senhores José Antônio Rosa e Fernando Augusto Vieira de Figueiredo consideraram a alta dos preços de insumos da construção civil como a causa superveniente

motivadora da repactuação.

95. Repisa-se que a alta dos preços de insumos da construção civil, alegada pelos defendentes, não configura, de plano, fato superveniente imprevisto capaz de autorizar a repactuação, manejada pelos gestores. Os índices de reajustamento contratual são o instrumento hábil para corrigir essa variação de preços. Caberia aos gestores demonstrar, inequivocamente, a necessidade adicional de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, conforme exigido pelo art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993.

96. Quanto aos demais argumentos apresentados pelos defendentes, assiste-lhes razão quando alegam que o parecer jurídico tem natureza opinativa e que não vincula a decisão. Entretanto também é verdade que, uma vez acatado pelo gestor, o parecer constitui o fundamento da decisão, passando a integrar a motivação do ato, ou seja, passa a ser a razão da decisão.

97. Sobre a matéria o entendimento do TCU é no sentido de que a natureza opinativa e não vinculante do parecer não exclui, por si só a responsabilidade do parecerista que pugna pela prática de atos de gestão irregulares ou danosos aos cofres públicos, a exemplo do caso em análise.

98. Essa Corte de Contas já enfrentou o tema da responsabilização do parecerista, afirmando:

[...] o fato de o autor do parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas, não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiro ou valores públicos, não significa que se encontre excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao erário, cujo principal fundamento foi o parecer jurídico, muitas vezes sem consonância com os autos (Voto - Acórdão 462/2003 – TCU – Plenário).

99. Ainda a respeito da matéria, impende aqui destacar o seguinte trecho do mesmo julgado:

[...] na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário. Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública [...] (Voto - Acórdão 462/2003 - TCU - Plenário).

100. Posição análoga é adotada pelo STF nos Acórdãos MS n. 24.631 e n. 24.584, ambos de 2007, ao sustentar que a responsabilidade solidária do parecerista pode ocorrer nas hipóteses em que se configurarem danos decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticada com culpa *latu sensu* bem como no caso de pareceres vinculantes.

101. Por outro lado, admite-se a exclusão da responsabilidade do parecerista se restar demonstrada a complexidade jurídica da matéria abordada, para qual se apresentou argumentação devidamente fundamentada para defender tese aceitável pela doutrina e pela jurisprudência. Entretanto essa hipótese não se aplica ao presente caso.

102. No caso em comento, a própria lei condiciona a possibilidade de repactuação do ajuste para fins de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, à ocorrência de fato superveniente imprevisível que comprovadamente provoque um desequilíbrio do contrato, de modo que a sua execução nos moldes pactuado provocaria prejuízo não suportado e imprevisto pelo contratado. Essa não é a hipótese comprovada nos autos.

103. Observando-se o Parecer n. 011/GAB/PGA/PGM/2008 (peça 29, p. 153-160, TC

016.597/2008-2), nota-se que o Procurador não realizou qualquer avaliação para verificar se o pedido de reequilíbrio estava embasado em fatos supervenientes imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do contrato, como exige o art. 65, inciso II, alínea “b”, da Lei 8.666/1993. O parecerista ateve-se a reproduzir o dispositivo legal, excerto de doutrina e afirmar que:

Pela exposição acima fica cristalino a legalidade do equilíbrio econômico financeiro requerido, pois, conforme previsão expressa da lei e manifestação da doutrina os contratos podem, aliás, devem ser submetidos ao reequilíbrio a partir do momento que a equação do equilíbrio pende para um dos lados prejudicando assim a conclusão efetiva do avençado (peça 29, p. 158, TC 016.597/2008-2).

104. A alta dos preços do aço, alegada como fato superveniente e causa da necessidade do reequilíbrio econômico financeiro do contrato não foi mencionada no Parecer.

105. A alegada emissão de parecer embasado em justificativa técnica com ratificação da Caixa não prospera. Isso porque o parecer é genérico e não menciona qualquer manifestação da Caixa. Por isso, não desconstitui a responsabilidade dos pareceristas. Ou seja, não há qualquer documento contendo informações e argumentos capazes de autorizar um parecer jurídico favorável ao pleito. A mais, tais documentos não são citados no Parecer, o que denota grave omissão por parte do parecerista por não terem sido analisados. Ademais, conforme documento anexado à manifestação (peça 8, p. 25/29), o citado parecer, na verdade, é um Relatório de Acompanhamento de Empreendimento (RAE) emitido pela Caixa.

106. Os relatórios de fiscalização e notas técnicas emitidas pela CGU e a inspeção e diligências realizadas *in loco* por esta Corte de Contas mostram que não foram acostados aos autos pesquisa de preços referentes aos itens que tiveram seus preços aumentados. A empresa não apresentou justificativa para repactuação, mas apenas notas fiscais. Não havia, e continua não havendo, fundamentação técnica, baseada em pesquisas de preços e análises fáticas, de quais fatos supervenientes imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do contrato ocorreram.

107. Estes fatos levam a conclusão de que o pleito de repactuação submetido aos pareceristas estava instruído apenas com notas fiscais da empresa, acompanhada de planilha elaborada pela equipe técnica da Secretaria, reproduzindo os itens e preços constantes nas notas fiscais.

108. Mesmo que admissível a repactuação da avença em face da oscilação dos preços de mercado ocorrida após a contratação, no caso em análise, tal alegação mostra-se insustentável. Os argumentos apresentados, por seu turno, não elidiam a irregularidade, pois o Município sequer diligenciou com vistas a comparar os preços apresentados nas notas fiscais com os preços praticados no mercado.

109. Tais constatações não deveriam escapar aos olhos dos pareceristas. A ausência de tais informações configurava omissões que devem impedir a emissão de parecer jurídico favorável à repactuação, enquanto não for instruído o processo adequadamente. Do mesmo modo, o Parecer se mostra omissos quanto ao cumprimento do art. 65, inciso II, alínea “b”, da Lei 8.666/1993 no caso concreto.

110. Além do mais, na inspeção *in loco*, a Secob-3 verificou que valores contidos nas notas eram substancialmente elevados em relação ao orçado à época. Também se constatou o acréscimo de elevados percentuais incidentes sobre os valores das notas fiscais apresentadas (percentuais diferentes para cada serviço). Adicionalmente, os serviços objeto de realinhamento não estavam discriminados no orçamento base do edital do processo licitatório (peça 1, p. 63)

111. Procedem os argumentos no sentido de que não cabia aos pareceristas colocar em dúvida a boa-fé da equipe que emitiu a justificativa e elaborou as planilhas que instruíram o pedido

de parecer jurídico. Os pareceristas quando afirmam que a função do advogado parecerista é verificar se os fatos alegados e comprovados por documentos técnicos estão de conformidade com a lei. Entretanto, também é função do parecerista verificar se o processo a ele submetido está instruído com as informações e documentos suficientes e adequados, exigidos pela lei para autorizar a contratação com a Administração Pública.

112. Pelo exposto, conclui-se que o processo instruído nos moldes descritos no presente caso não apresentava elementos e informações necessárias e capazes de autorizar a emissão de parecer jurídico favorável à repactuação, tal como o fez o parecerista.

113. De igual modo, o Senhor José Antônio Rosa não agiu com as devidas cautelas, ao subscrever o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato 16/2005 (peça 29, p. 10 a 12) sem verificar se o documento estava devidamente motivado.

114. Além disso, os fatos apurados no inquérito policial e apontados na decisão judicial proferida pela Justiça Federal/MT (peça 30, p. 171 a 173 do TC 016.597/2008-2) indicam o envolvimento do Sr José Antônio Rosa nas denúncias de licitações dirigidas e favorecimento nas obras do PAC.

115. Analisadas as alegações de defesa, verifica-se o nexo de causalidade entre a conduta dos Procuradores Fernando Augusto Vieira de Figueiredo e José Antônio Rosa, e as irregularidades a eles imputadas por atuarem desconformidade com o disposto no art. 57, § 1º, inciso II, da Lei 8.666/1993, quando o primeiro elaborou Parecer Jurídico atestando a legalidade de termo aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro, e o segundo subscreveu o 3º Termo Aditivo ao Contrato 16/2005 e anuiu com Parecer Jurídico que atestou a legalidade do Terceiro Termo Aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro, baseados apenas notas fiscais apresentadas pela Empresa Contratada, conforme apontado nos subitens 1.6.1.4 e 1.6.1.5 do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara.

116. Em consequência, propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas uma vez que não foram elas suficientes para sanear as irregularidades a eles atribuídas. Os argumentos de defesa tampouco lograram êxito em afastar o débito imputado.

117. Ademais, inexistindo nos autos elementos que permitam reconhecer a boa-fé dos responsáveis Fernando Augusto Vieira de Figueiredo e José Antônio Rosa, e na ausência de outras excludentes de culpabilidade, propõe-se que suas contas sejam julgadas irregulares, nos termos dos arts. 1º, inc. I, 16, inc. III, alíneas "b" e "c", e 19, *caput*, todos da Lei 8.443/1992, procedendo-se a sua condenação solidária no débito apurado, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, e imputando-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

III.2. Projeto básico deficiente: Ensejou a audiência do Sr. Andelson Gil do Amaral

a. Razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Andelson Gil do Amaral (Peça 6, p. 3/11)

118. Em face dessa irregularidade, foi chamado em audiência o Senhor Andelson Gil do Amaral, na condição de Secretário Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, nos termos do item 1.6.2 do Acórdão 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, por encaminhar projeto básico deficiente para a Concorrência 3/2005, referente à execução das obras da ETA Tijuca, Lote A (peça 24, p. 7, TC 016.597/2008-2).

119. O responsável tomou ciência em 14/1/2011, conforme Ofício n. 809/2010-TCU/SECOB-3 - AR de 23/12/2010 (peça 1, p.33) e requereu prorrogação de prazo para sua manifestação (peça 1, p. 40 a 43). Deferido o pleito conforme despacho à peça 1, p. 50, o responsável apresentou suas razões de justificativa em 2/1/2011 (peça 6, p. 3 a 11), relatadas a seguir.

120. Aduz que, para tramitação daquele certame, foram adotadas todas as medidas prévias e adequações para atender ao conjunto de elementos previstos nos artigos 6º e 7º da Lei n. 8.666/1993.

121. Acrescenta que o projeto básico da ETA Tijucal foi elaborado com os dados de que dispunha a Administração na ocasião, necessários e suficientes para permitir a caracterização da obra, tendo por base estudos técnicos preliminares, que asseguravam a viabilidade técnica e a adequada solução para o impacto ambiental do empreendimento, bem como possibilitava a avaliação do seu custo, com a definição dos métodos e do prazo de execução e permitiam que a empresa contratada elaborasse o projeto executivo ao tempo da execução das obras.

122. Afirma que a Lei 8.666/1993 permite a contratação de empresa para a execução de obra, facultando à Administração o desenvolvimento do projeto executivo em concomitância com a execução das obras, no caso a ETA Tijucal.

123. Reporta-se à irregularidade, em razão da qual foi chamado, para afirmar que a falha fora objeto de censuras no Relatório n. 215183-CGU/Processo n. 016.597/2008-2, porém superada nas Notas Técnicas 847 e 865, respectivamente datadas de 2/4/2009 e de 3/4/2009 (peça 30, p. 141 a 148). Acrescenta que a Nota Técnica n. 2664, item 14, da CGU (peça 30, p. 282/285), concluiu a matéria relativa à realização de licitação "genérica", sem projeto básico e sem orçamento detalhado em planilhas de composição de custos unitários ficou definitivamente resolvida sem mais pendências, evidenciando-se que o empreendimento cumpriu o dispositivo da legislação pertinente.

124. Referindo-se às irregularidades abordadas nas Notas Técnicas expedidas pela CGU, o defendente, reporta-se à intervenção do Ministério Público Federal (MPF), à Operação Pacenas da Polícia Federal e à suspensão das obras e o bloqueio dos recursos do PAC, determinada pela Justiça Federal no Processo n. 2009.36.00.011246-8, para afirmar que o próprio MPF, após as informações prestadas ao Juízo Federal, mostrou-se favorável à continuidade das obras da ETA-Tijucal, inclusive com liberação dos recursos a elas vinculados. Além disso, que o Juízo autorizou a continuidade das obras da ETA-Tijucal, desde que fossem apresentadas as provas de que a irregularidades apontadas pela CGU estavam sanadas.

125. Para concluir, afirma que, após as providências, as obras da ETA Tijucal foram concluídas estando em atividade, com a produção total de 1.020 litros de água por segundo, portanto, cumprindo a sua finalidade.

a.1 Análise

126. Quanto às razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Andelson Gil do Amaral, em face do projeto básico deficiente, cabe ressalvas à afirmativa de que, para tramitação da Concorrência n. 3/2005, foram adotadas todas as medidas prévias para compor o conjunto de elementos necessários previstos nos artigos 6º e 7º da Lei n. 8.666/1993.

127. Na instrução da Secob-3 à peça 2, p. 174, do TC 016.597/2008-2, a Unidade Técnica resume o seguinte, acerca do projeto básico da Concorrência 3/2005 para a execução das obras da ETA Tijucal, Lote A:

49. Em resumo, a situação encontrada para o projeto básico da obra utilizado na licitação é: (i) o projeto de 2005 utilizado na licitação é composto de uma única prancha, sem cotas de dimensionamento dos elementos, nem cotas dos níveis do terreno; (ii) os elementos construtivos não estão devidamente representados; (iii) não foi verificada a existências de cortes, elevações, sondagens de solos, estudos prévios, nem dos projetos complementares; (iv) caracteriza-se por ter uma representação gráfica com níveis de estudo preliminar e não de projeto básico; (v) o orçamento-base foi apresentado de forma sintética, sem a definição clara dos serviços que comporiam o empreendimento; (vi) a construção da ETA propriamente foi cotada como verba no orçamento sintético no valor de R\$ 15.640.625,00, sem detalhamento desse valor.

50. Restou demonstrado que o projeto básico que pautou a Concorrência 03/2005 não atendeu às exigências legais, visto que foi desenvolvido sem elementos suficientes para descrever a obra e subsidiar de forma correta o processo licitatório e o orçamento-base foi apresentado de forma sintética, sem a definição clara de todos os serviços que comporiam o empreendimento.

128. Sobre essa matéria específica, a doutrina alerta que:

(...) o projeto básico, longe de ser visto como mera burocracia resultante da aplicação da Lei, dever ser encarado como uma ferramenta útil à Administração na sua ação de contratar. Portanto, sua preparação deve ser por demais criteriosa, voltada para os interesses da Administração e contemplando as necessidades dos diferentes clientes internos e externos do processo de contratação (MENDES, Renato. *Lei de Licitações Anotada*. 8. ed. Curitiba, Zênite, 2011, p.105/106, apud GUSMÃO, Valdecy. *Elaboração do projeto básico – Uma ação voltada para as necessidades dos clientes do processo de contratação*. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, Curitiba, n. 65, p. 514, jul. 1999, seção Doutrina/Parecer).

129. O uso de projeto básico inadequado nas licitações custeadas com recursos da União e diversos problemas advindos dessa inadequação têm-se mostrado recorrentes e diversos são os julgados do TCU refutando essa prática, a exemplo do Acórdão 1.192/2006 – TCU – 2ª Câmara, Decisão 695/1996 – TCU Plenário, Acórdão 1.127/2005 – TCU – Plenário e Acórdão 1.187/2004 – TCU – Plenário.

130. Aliás, como demonstrou a Secob-3, consta dos autos a indicação de impropriedades na composição de preços e do respectivo BDI, assim como de projeto básico inadequado na licitação. Nesse caso, o projeto executivo, que teria a função somente de detalhar o projeto básico, acaba assumindo a função dupla, de básico e executivo, acarretando aditivos ao contrato, em afronta ao princípio da economicidade e desencadeando uma sucessão de outras falhas e irregularidades, com prejuízo para o erário, conforme comumente apontam os órgãos de fiscalização e controle.

131. O Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), visando uniformizar o entendimento quanto à definição de projeto básico, tal como especificado na Lei n. 8.666/1993, editou a Orientação Técnica IBR 001/2006 – Projeto Básico, dispondo:

Projeto Básico é o conjunto de desenhos, memoriais descritivos, especificações técnicas, orçamento, cronograma e demais elementos técnicos necessários e suficientes à precisa caracterização da obra a ser executada, atendendo às Normas Técnicas e à legislação vigente, elaborado com base em estudos anteriores que assegurem a viabilidade e o adequado tratamento ambiental do empreendimento. Deve estabelecer com precisão, através de seus elementos constitutivos, todas as características, dimensões, especificações, e as quantidades de serviços e de materiais, custos e tempo necessários para execução da obra, de forma a evitar alterações e adequações durante a elaboração do projeto executivo e realização das obras.

132. Também foi em virtude das consequências indesejadas provenientes da adoção de projeto básico inadequado que Corte de Contas sumulou seu entendimento sobre a questão, nos seguintes termos:

Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos (Súmula TCU 261/2010).

133. Ressalte-se que não subsiste o argumento do defêdente no sentido de que a Nota Técnica n. 2664, item 14 – CGU considerou definitivamente resolvida e sem pendências a matéria relativa à realização de licitação "genérica", sem projeto básico e sem orçamento detalhado em planilhas de composição de custos unitários.

134. Na verdade, de acordo com a Nota Técnica – CGU, situada na peça 30, p. 144, do TC

016.597/2008-2, a planilha orçamentária apresentada àquele Órgão de Controle não expressava a composição dos custos unitários e o projeto básico não foi anexado à justificativa encaminhada pelo Município.

135. Com relação à constatação de ausência de previsão de recursos, o edital de licitação se limitava a afirmar que as despesas decorrentes do processo licitatório de Concorrência Pública 03/2005, correriam por conta de recursos próprios previstos no orçamento do Município. O TCU já enfrentou o tema, afirmando que:

Não é possível licitar obras e serviços sem que o respectivo orçamento detalhado, elaborado pela Administração, esteja expressando, com razoável precisão quanto aos valores de mercado, a composição de todos os seus custos unitários, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, tendo-se presente que essa peça é fundamental para a contratação pelo preço justo e vantajoso, na forma exigida pelo art. 3º da citada lei. (Acórdão 2.014/2007 – TCU – Plenário)

136. A simples afirmação da existência da previsão na lei orçamentária não afasta a irregularidade decorrente da ausência de indicação no instrumento do certame, de previsão orçamentária, inclusive com o nível de detalhamento exigidos pela lei.

137. Verifica-se que as manifestações não foram suficientes para elidir a irregularidade apontada no item 1.6.2 Acórdão 5134/2010 - TCU - 2ª Câmara. Enquanto Secretário Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, o Sr. Andelson Gil do Amaral não se cercou dos cuidados esperados da sua função. Ou seja, o responsável tinha o dever de supervisão dos atos praticados por seus subordinados, quando elaboraram e encaminharam projeto básico e o edital desatentos às determinações da Lei n.8.666/1993.

138. Verifica-se também o nexo de causalidade entre a inação (conduta omissiva) do Sr. Andelson Gil do Amaral e a irregularidade a ele imputada, consistente em encaminhar projeto básico deficiente para a Concorrência 3/2005, referente à execução das obras da ETA Tijucal, Lote A, em desacordo com o art. 6º, inciso IX, c/c art. 7º, da Lei n. 8.666/1993.

139. Em consequência, propõe-se que sejam rejeitadas as justificativas apresentadas pelo Sr. Andelson Gil do Amaral, propondo-se como sanção a aplicação da multa prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992.

III.3. Restrição à competitividade do certame: Ensejou a audiência dos Senhores Adilsom Moreira da Silva, Cécila Marília Pires Nassarden, Ryta de Cássia Pereira e Wânia Cristina Nunes da Conceição

a. Razões de justificativa apresentadas pelos Senhores Adilsom Moreira da Silva, Cécila Marília Pires Nassarden, Ryta de Cássia Pereira e Wânia Cristina Nunes da Conceição (peça 6, p. 24/29)

140. Os defendentes, integrantes da Comissão Especial de Licitação, sendo o primeiro na condição de presidente, foram chamados em audiência por elaborarem o edital da Concorrência 3/2005 com cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação, compreendendo:

- a. exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia de participação;
- b. exigência de capital social integralizado;
- c. não publicação do resumo do edital da licitação no Diário Oficial do Estado.

141. Regularmente notificados, em suas alegações, aduzem o que segue.

142. Em relação às cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação, compreendendo a exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia de participação, afirmam que, considerando o grande vulto da obra, cuja execução requer muita qualidade técnica, as exigências

destinavam-se a resguardar a Administração Pública, evitando a participação de empresas aventureiras que visam tumultuar o procedimento. Aduzem ainda que a redação do § 1º do art. 56 da Lei n. 8.666/93 abre a possibilidade de cumulação das exigências.

143. Continuando, defendem a exigência do capital social integralizado, alegando que o capital social a integralizar não é válido para comprovação de qualificação econômico-financeira da empresa, vez que este capital pode ou não ser integralizado após a realização do certame.

144. Afirmam que desconheciam a jurisprudência do Tribunal de Contas da União violada e ponderam que, na ocasião da abertura do certame, em 30/5/2005, os defendentes não estavam sujeitos aos normativos que orientam convênios e licitações executados com recursos federais, pois o ajuste com a Caixa só foi firmado em 22/12/2005 e, de acordo com o Edital do certame, página 10, item 15 do Edital, as despesas decorrentes do processo licitatório de Concorrência Pública 3/2005, correriam por conta de recursos próprios do Município.

145. Ponderam também que os procedimentos administrativos adotados naquele certame estavam calçados em parecer jurídico favorável, emitido pelo Procurador Geral do Município, o que lhes garantia a condução do processo com tranquilidade.

146. Por fim argumentam que o processo licitatório da Concorrência n. 3/2005 foi devidamente analisado e aprovado por todos os órgãos envolvidos e acolhido pela Caixa, ao passo que o Tribunal de Contas do Estado, aprovou as contas do município de Cuiabá dos anos de 2005 e 2006. Argumentam que, em havendo dúvidas quanto à formalização daquele procedimento, a Caixa deveria tê-lo rejeitado.

147. Aduzem que o art. 21, da Lei 8.666/93, não exige a publicação do resumo do edital da licitação, mas apenas a publicação do aviso de licitação em veículo de comunicação variável, a depender do ente federado responsável pelo objeto da licitação. Entendem que no caso em análise, é legítima a publicação do aviso na imprensa oficial do Município, *in casu*, a Gazeta Municipal, conforme prevê o art. 63 da Lei Orgânica Municipal. Entendem que a exigência de publicação do aviso de licitação no Diário Oficial do Estado, contida no inciso II, do Art. 21 da Lei Federal n. 8.666/93, constitui regra manifestamente inconstitucional porque tende a abolir a autonomia municipal, corolário do Pacto Federativo.

148. Defendem que a opção pela veiculação do aviso na imprensa local atende ao princípio da publicidade e prima pelo princípio constitucional da economicidade, na medida em que o Município deixará de realizar elevados gastos com publicações no órgão oficial do Estado.

149. Por fim, negam a obrigatoriedade de veiculação do aviso da licitação no Diário Oficial do Estado, uma vez que, na data da publicação e abertura do certame, a dotação previa recursos próprios do Município.

a.1. Análise

150. O alegado vulto da obra e a qualidade técnica requerida para sua execução não justificam a exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia de participação como requisitos de qualificação técnica dos participantes do certame.

151. Sobre esse tema, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é clara ao afirmar que a Administração não pode exigir para a qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, a apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo, cumulativamente com prestação de garantia para participação no certame (Acórdãos 383/2010-TCU-2ª Câmara, 556/2010-TCU-Plenário, 2.098/2010-TCU-1ª Câmara). Ao administrador é dado escolher entre as duas possibilidades de exigência. A cobrança de ambas, simultaneamente, se configura em exigência demasiada, pois extrapola a previsão legal. Neste sentido, a Decisão 681/98-Plenário e o Acórdão 808/2003-Plenário.

152. Essa exigência cumulativa é prática vedada pelo TCU, porque se configura cláusula restritiva ao caráter competitivo da licitação, que viola o previsto nos §§ 2º e 5º do art. 31 da Lei n. 8.666/1993 e contraria o entendimento do TCU, conforme se vislumbra nos Acórdãos 1.898/2006, 701/2007, 1.028/2007 e 808/2003, todos do Plenário.

153. Quanto à exigência de capital social integralizado, o TCU já se posicionou contrário a essa prática, a exemplo dos Acórdãos 170/2007-TCU-Plenário e 6.613/2009-TCU-1ª Câmara, com determinação ao ente fiscalizado nos termos seguintes:

Abstenha-se de:

exigir capital social mínimo, cumulativamente com a prestação da garantia prevista no art. 31, inciso III, da Lei 8.666/1993, uma vez que o § 2º do mencionado artigo permite tão-somente à Administração exigir, alternativamente, capital mínimo ou patrimônio líquido ou as garantias previstas no § 1º do art. 56 do referido diploma legal;

estabelecer condições não previstas no art. 31 da Lei nº 8.666/1993, especialmente não exigindo comprovação de capital integralizado;

utilizar índices contábeis em patamares excessivos, para a avaliação da qualificação econômico-financeira dos licitantes, observando o disposto no art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, e tentando quanto à necessidade

154. Não subsiste alegação de que o procedimento licitatório da Concorrência n. 3/2005 fora analisada e aprovada pelos órgãos envolvidos e acolhido pela Caixa. Conforme destaca o Voto condutor do acórdão 402/2011-TCU-Plenário, não é atribuição da Caixa imiscuir-se em aspectos de legalidade do processo licitatório, cabendo a empresa somente verificar a realização do procedimento e aspectos como publicidade e enquadramento da modalidade.

14. A CAIXA representa a União nas atividades *in loco* e tem como competência analisar preços contratados e a adequabilidade dos projetos. Para cumprir tal mister a entidade possui diversos normativos internos, cabendo destacar o AE 099 – ENGENHARIA – ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO, que estabelece os procedimentos para: emissão de Laudos de Análise Técnica de Engenharia (incluindo análise do projeto e de preços); Verificação de Resultado de Processo Licitatório (que trata das verificações necessárias nas licitações realizadas pelos entes); e elaboração de Relatórios de Acompanhamento de Engenharia (que detalha as inspeções para verificação da execução física dos empreendimentos).

155. Também não pode ser acolhida a alegação de que as contas do Município foram aprovadas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado (TCE), pois não há evidências de que o TCE tenha fiscalizado o procedimento da Concorrência 3/2005.

156. O TCU é constitucionalmente responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade.

157. De tal modo, as alegações apontadas no item anterior não afastam a jurisdição do TCU sobre aquele Município, sobretudo em virtude da função judicante atribuída a esta Corte de Contas pelo art. 71, inciso II, da Constituição Federal, nem afasta o dever imputado ao Município de prestar contas, nos termos do art. 70, Parágrafo Único, da Constituição Federal.

158. Sobre o tema, o Acórdão 2.099/2011 – TCU – Plenário é claro ao abordar a possibilidade de utilização de licitação realizada pelo ente conveniente anteriormente a assinatura do contrato de repasse, como ocorreu no presente caso. Todavia, condiciona essa possibilidade a observância da legislação federal.

9.1.3. a utilização de licitação pretérita para consecução do objeto pactuado em termos de compromisso ou contratos de repasse deve estar condicionada ao atendimento aos dispositivos previstos na Lei n. 8.666/1993, na respectiva Lei de Diretrizes Orçamentárias e nos demais

dispositivos que regem a aplicação dos recursos públicos federais, além de estar adstrita à verificação da conveniência e oportunidade do ato, sempre de forma tecnicamente motivada, com a emissão de parecer conclusivo, ou de outro instrumento congênere, de modo a resguardar o interesse público e assim garantir o exercício do papel de controle e da fiscalização na aplicação dos recursos federais transferidos, em consonância com o disposto § 6º do art. 10 do Decreto Lei n. 200/1967.

159. Quanto à alegação de que o Município não está sujeito à regra contida no inciso II, do art. 21 da Lei Federal n. 8.666/1993, referente à exigência de publicação do aviso de licitação no Diário Oficial do Estado, considera-se procedente quando os recursos reservados ao objeto da licitação provêm do próprio Município licitante. No entanto, no caso em análise, esta alegação é improcedente, vez que os recursos destinados à execução do objeto do certame provêm da União, hipótese em que o Município de Cuiabá estaria sujeito ao disposto art. 21, II, da Lei n. 8.666/1993.

160. A alegação de desconhecimento da jurisprudência do TCU, por seu turno, não afasta nem atenua as irregularidades imputadas aos defendentes.

161. Cabe pontuar que os defendentes não juntaram aos autos documentos hábeis a comprovar a alegada previsão, por ocasião do procedimento licitatório, de execução das obras com recursos próprios. A previsão orçamentária destinada à instrução de procedimento licitatório deve indicar a origem dos recursos com o respectivo detalhamento orçamentário exigido na lei de orçamentária. Na verdade, da análise dos autos, depreende-se que as obras somente foram iniciadas após a alocação dos recursos do Contrato de Repasse n. 0186.327-52/2005. Tais fatos, conjugados como os ditames do Acórdão 2.099/2011 – TCU – Plenário, afastam a alegação de que os defendentes, à época do certame, não estavam sob a jurisdição do TCU.

162. Em relação à ausência de publicação do aviso de licitação no Diário Oficial do Estado, tem-se como atenuante em favor dos defendentes a comprovada alegação de terem publicado na Gazeta Municipal (peça 4, p.180 a182), órgão da imprensa oficial do Município, a qual se deu em cumprimento ao disposto no art. 63 da Lei Orgânica Municipal, em desconformidade com os artigos 21, 30, § 5º e 31, § 2º da Lei 8.666/93 e contrários Decisão 681/98, Acórdão 808/2003, Acórdão 170/2007, Acórdão 2521/2008, todos do Plenário.

163. Ante ao exposto, propõe-se a rejeição das razões de justificativa apresentadas pelos defendentes Adilson Moreira da Silva, Cécila Marília Pires Nassarden, Ryta de Cássia Pereira e Wânia Cristina Nunes da Conceição, em face das irregularidades a eles imputadas no item 1.6.3 do Acórdão 5134/2010 - TCU - 2ª Câmara, por afronta aos artigos 21, 30, § 5º e 31, 2º da lei 8.666/93.

164. Entretanto propõe-se adotar como atenuante em favor dos defendentes, afastando-se a multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/92, os seguintes fatos: (i) terem agido amparados em parecer jurídico lavrado pela Procuradoria Jurídica do Município (peça 4, p.139 a 141); (ii) terem publicado aviso em órgão da imprensa oficial do Município, em atendimento ao art. 63 da Lei Orgânica Municipal, em detrimento da publicação no Diário Oficial do Estado; e (iii) as irregularidades serem de menor potencial ofensivo.

CONCLUSÃO

165. Em cumprimento ao Acórdão n. 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, a presente instrução analisou: i) as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, em resposta à citação solidária, em face do realinhamento econômico-financeiro do Contrato n. 16/2005, em desacordo com o art. 65, inciso II, “d”, da Lei n. 8.666/1993; ii) as razões de justificativa dos responsáveis chamados em audiência.

I) Citação solidária dos responsáveis pelo realinhamento irregular do Contrato 16/2005

166. Quanto aos responsáveis pelo realinhamento econômico-financeiro irregular do

Contrato n. 16/2005 a citação solidária foi dirigida aos responsáveis conforme segue:

- a. Os Senhores Orozimbo José Alves Guerra Neto e Gervásio Madal de Assis, por terem elaborado e encaminhado parecer técnico atestando a justificativa de realinhamento econômico-financeiro, baseado em notas fiscais apresentadas pela Conspavi, sem demonstrar fato superveniente e imprevisível que o motivasse (peça 8, p.68);
- b. Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca, por ter assinado o 3º termo aditivo ao CT 16/2005 contendo realinhamento econômico-financeiro sem comprovação do fato superveniente e imprevisível;
- c. Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda. por ter auferido valor indevido em decorrência do realinhamento irregular do Contrato 16/2005.
- d. O Sr. Fernando Augusto Vieira de Figueiredo, por elaborar parecer jurídico atestando a legalidade de termo aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro, baseado em notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados.
- e. O Sr. José Antônio Rosa, por subscrever o 3º Termo Aditivo ao Contrato 16/2005 e anuir com Parecer Jurídico que atestou a legalidade do 3º Termo Aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro efetuado por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados.

167. O Sr. Gervásio Madal de Assis não assinou o recebimento do ofício de citação, no entanto apresentou alegações de defesa, suprimindo a ausência de aviso de recebimento.

168. A Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda., não respondeu à citação nem se manifestou quanto à irregularidade imputada, razão pela qual, deve ser considerada revel.

169. As alegações de defesa apresentadas pelos demais responsáveis pelo realinhamento econômico-financeiro do Contrato n. 16/2005 devem ser rejeitadas, uma vez que restou configurado o nexo de causalidade entre a atuação deles e as irregularidades a eles imputadas.

170. Em consequência, ausentes elementos que permitam reconhecer a boa-fé ou outras excludentes de culpabilidade, propõe-se que suas contas sejam julgadas irregulares, procedendo-se a condenação solidária no débito apurado, atualizado monetariamente, acrescidos de juros de mora e ainda a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992,

171. Em relação ao responsável Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca, já falecido, a proposta de condenação em débito deve ser dirigida ao espólio, com a devida comunicação ao Juízo de Sucessões da Comarca de Cuiabá/MT (peça 23), processo de inventário n. 41960-73.2013.811.0041 - COD 837072.

II) Audiência dos responsáveis pelo procedimento licitatório baseado em projeto básico deficiente e edital com cláusulas restritivas à competitividade

172. Foram chamados em audiência o Sr. Andelson Gil do Amaral, e os integrantes da Comissão Especial de Licitação.

173. Concluiu-se pela rejeição das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Andelson Gil do Amaral, com aplicação de multa, nos termos do art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992, em face da irregularidade a ele imputada, consistente em encaminhar projeto básico deficiente destinado à Concorrência Pública n. 3/2005, em desacordo com o art. 6º, inciso IX, c/c art. 7º, da

Lei n. 8.666/1993.

174. Também devem ser rejeitadas as razões apresentadas pelos integrantes da Comissão de Licitação, chamados em audiência na condição de responsáveis por elaborarem o Edital de Concorrência n. 3/2005, contendo cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação, compreendendo: (i) exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia de participação; (ii) exigência de capital social integralizado; e (iii) não publicação do resumo do edital da licitação no Diário Oficial do Estado.

175. Entretanto, a multa pode ser afastada em face das atenuantes: (i) terem agido amparados em parecer jurídico lavrado pela Procuradoria Jurídica do Município (peça 4, p.139 a 141); (ii) terem publicado aviso em órgão da imprensa oficial do Município, em atendimento ao art. 63 da Lei Orgânica Municipal, em detrimento da publicação no Diário Oficial do Estado; e (iii) as irregularidades serem de menor potencial ofensivo.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

176. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior com as seguintes propostas:

- I. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Andelson Gil do Amaral, CPF n. 087.353.178-76, na condição de Secretário Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT, responsável por encaminhar projeto básico deficiente para a Concorrência 3/2005, referente à execução das obras da ETA Tijucal, em afronta aos artigos 6º e 7º da Lei n. 8.666/1993, propondo-se como sanção a aplicação da multa prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992;
- II. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos defendentes Sr. Adilson Moreira da Silva, CPF n. 112.275.918-53, Sra. Cácila Marília Pires Nassarden, CPF n. 292.795.851-34, Sra. Ryta de Cássia Pereira, CPF n. 537.774.331-87, e Sra. Wânia Cristina Nunes da Conceição, CPF n. 468.992.351-53, em face das irregularidades a eles imputadas no item 1.6.3 do Acórdão n. 5.134/2010 - TCU - 2ª Câmara, por afronta aos artigos 21, 30, § 5º e 31, 2º da lei 8.666/93, propondo-se, como atenuante em favor dos defendentes, afastar a multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/92, considerando os seguintes fatos: (i) terem agido amparados em parecer jurídico lavrado pela Procuradoria Jurídica do Município (peça 4, p.139 a 141); (ii) terem publicado aviso em órgão da imprensa oficial do Município, em atendimento ao art. 63 da Lei Orgânica Municipal, em detrimento da publicação no Diário Oficial do Estado; e (iii) as irregularidades serem de menor potencial ofensivo;
- III. rejeitar as alegações de defesa, e, com fundamento nos art. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "b" e "c" c/c os arts. 19 e 23, inciso III, todos da Lei n. 8.443/1992, julgar irregulares as contas dos seguintes responsáveis:
 - a) Sr. Orozimbo José Alves Guerra Neto, CPF n. 108.302.941-04, Diretor de Obras da Secretaria Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/MT; e Sr. Gervásio Madal de Assis, CPF n. 109.491.271-91, Engenheiro da Secretaria Municipal de Infraestrutura de Cuiabá/M, na condição de responsáveis por elaborar e encaminhar parecer técnico, atestando a justificativa de realinhamento econômico-financeiro, por meio de notas fiscais - apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível - que motivou o repactuação dos serviços contratados;
 - b) Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca (falecido), CPF n. 086.183.051-20,

signatário do 3º termo aditivo ao CT 16/2005 contendo realinhamento econômico-financeiro sem comprovação do fato superveniente e imprevisível que motivou o reequilíbrio;

c) Sr. Fernando Augusto Vieira de Figueiredo, CPF n. 830.583.201-59, Procurador-Geral Adjunto do Mun. de Cuiabá, responsável por elaborar Parecer Jurídico atestando a legalidade de termo aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro efetuado por meio de notas fiscais apresentadas pela empresa Conspavi, sem justificativa do fato superveniente e imprevisível que motivou a repactuação dos serviços contratados;

d) Sr. José Antônio Rosa, CPF n. 178.248.421-34, Procurador-Geral do Município de Cuiabá-MT, responsável por subscrever o 3º Termo Aditivo ao Contrato 16/2005 e por anuir com Parecer Jurídico que atestou a legalidade do 3º Termo Aditivo contendo realinhamento econômico-financeiro efetuado por meio de notas fiscais apresentadas;

IV. com fundamento no art. 1º, inciso I c/c o art. 16, § 2º, alíneas "a" e "b", todos da Lei 8.443/1992, condenar solidariamente os responsáveis Sr. Orozimbo José Alves Guerra Neto, CPF n. 108.302.941-04, Sr. Gervásio Madal de Assis, CPF n. 109.491.271-91, Sr. Fernando Augusto Vieira de Figueiredo, CPF n. 830.583.201-59, Sr. José Antônio Rosa, CPF n. 178.248.421-34, juntamente com a Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda., CNPJ 36.946.218/0001-80 e o Espólio do de cujos Quidauguro Marino Santos da Fonseca ou, caso a partilha já tenha sido concluída, os seus herdeiros, no limite do valor do patrimônio transferido, ao recolhimento das importâncias abaixo especificadas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento:

Valor (R\$)	Data base
1.023.198,48	19/3/2008
1.385.052,45	9/9/2008
1.222.204,73	13/10/2009

V. aplicar aos responsáveis Sr. Orozimbo José Alves Guerra Neto, CPF n. 108.302.941-04, Sr. Gervásio Madal de Assis, CPF n. 109.491.271-91, Sr. Fernando Augusto Vieira de Figueiredo, CPF n. 830.583.201-59 e Sr. José Antônio Rosa, CPF n. 178.248.421-34, e, ainda, à Empresa Conspavi - Construção e Participação Ltda., CNPJ 36.946.218/0001-80 a multa prevista no art. 57 da Lei n. 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno do TCU, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do Acórdão que vier a ser proferido até a data dos efetivos recolhimentos;

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

VII. autorizar, com fundamento no art. 26 da Lei 8443/1992 c/c art. 217 do Regimento Interno do TCU, o pagamento das dívidas em até trinta e seis parcelas mensais

consecutivas, caso venha a ser solicitado pelo responsável antes do envio do processo para cobrança judicial;

- VIII. fixar o vencimento da primeira parcela em quinze dias a contar do recebimento da notificação e o das demais a cada trinta dias, com incidência de encargos legais sobre o valor de cada parcela, na forma do art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno;
- IX. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;
- X. encaminhar cópia do Acórdão que vier a ser proferido, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, ao Juízo da Quinta Vara Especializada de Família e Sucessões da Comarca de Cuiabá – MT (processo de inventário n. 41960-73.2013.811.0041 - COD 837072);
- XI. encaminhar cópia do Acórdão que vier a ser proferido, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Mato Grosso-MT, conforme determina o art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU;
- XII. determinar à Secex/MT que, concluído o recolhimento com a observância das datas aprazadas, promova a reinstrução do processo com vistas à expedição de quitação.

Seinfra Urbana, em 30 de setembro de 2015.

(Assinado eletronicamente)

Ana Maria Barbosa A. França

AUFC – Mat. 8655-0