

VOTO

Preliminarmente, o recurso em apreço deve ser conhecido ante o preenchimento dos requisitos necessários para a espécie.

2. Trata-se de embargos de declaração opostos por Jair Alves de Oliveira, ex-prefeito de Boa Esperança/MG, em desfavor do Acórdão 422/2016-Plenário, ocasião em que o Tribunal não conheceu seu recurso de revisão, por não atender aos requisitos específicos de admissibilidade previstos no art. 35 da Lei 8.443/1992. Manteve-se, portanto, a deliberação anterior (Acórdão 1.114/2014-Primeira Câmara), que julgou irregulares as contas do embargante, condenou-o em débito (R\$ 497.867,68), solidariamente com outros responsáveis, e aplicou-lhe a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 (R\$ 50.000,00).

3. Rememoro que, originariamente, este processo cuidou de tomada de contas especial instaurada em razão de irregularidades na condução de convênios firmados entre a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e a Municipal de Boa Esperança/MG para a construção de sistema de esgotamento sanitário em alguns bairros do município. O município contratou a construtora JRN Ltda. para execução das obras, inicialmente fixadas em R\$ 6.728.891,02. Todavia após o termo aditivo nº 2, houve o acréscimo de R\$ 1.657.024,12.

4. O débito apurado nos autos decorreu da assinatura do 2º termo aditivo ao Contrato LICI 037/2010, que não manteve o mesmo percentual de desconto obtido na licitação inicial, em afronta ao estabelecido no art. 65, § 6º, da Lei 8.666/1993, c/c art. 127, § 6º, inciso IV, da Lei 12.309/2010 (LDO 2011). Verificou-se que o termo aditivo estabeleceu preços equivalentes aos da planilha orçamentária utilizada pela administração no certame, sem o desconto previsto na proposta inicial da empresa contratada.

5. Os embargos opostos sustentam que as hipóteses de cabimento do recurso de revisão não se limitam às indicadas no art. 35 da Lei 8.443/1992, estendendo-se aos casos de ação rescisória previstos no CPC, dentre os quais a violação literal de dispositivo legal (art. 485, V, do antigo diploma). Afirmo que o Tribunal não admitiu alterações qualitativas no objeto licitado, via termo aditivo, e que, por isso, teria desrespeitado o art. 65, § 3º, da Lei 8.666/1993.

6. Por se tratar de impugnação excepcional, a jurisprudência desta Corte tem admitido o recurso de revisão apenas nos casos em que há erro de cálculo nas contas, falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado a decisão recorrida ou, ainda, na superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida. Ainda que fosse possível superar a barreira legal (art. 35 da Lei 8.443/1993), no caso concreto não houve violação ao art. 65, § 3º, da Lei 8.666/1993.

7. O dispositivo invocado prevê que, se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes. Evidente que sua interpretação deve ser feita em conjunto com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 12.309/2010), de forma que não haja redução do desconto obtido na licitação.

8. Ademais, como se observa, o art. 65, § 3º, da Lei 8.666/1993 restringe sua hipótese de incidência aos acréscimos de serviços ou de obras novas, isto é, não se aplica aos itens que já eram previstos na planilha orçamentária original – itens estes que, frise-se, correspondiam à maior parte do aditivo impugnado. Mesmo nesses casos, o aditivo adotou os preços da Administração no certame, esquecendo a obrigação legal de manter o desconto e não respeitando sequer os previstos no contrato inicial. Sobre a questão, assim me pronunciei na deliberação embargada:

“14. Examinando a planilha do aditivo, constato que grande parte dos acréscimos (aproximadamente 60%) refere-se a serviços já previstos inicialmente. Nesse caso, o preço coincidia com aquele previsto no orçamento de referência do município, isto é, não foi

mantido o desconto obtido na licitação, tampouco adotou-se os valores do contrato. Violou-se, além da LDO, o disposto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, que obriga o contratado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos que se fizerem nas obras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato.

15. *Mesmo no caso de serviços novos, situação que também ocorreu no caso concreto, este Colegiado já decidiu que a inclusão de tais itens na planilha orçamentária deve observar, no mínimo, a mesma diferença percentual entre o valor global contratado e aquele obtido a partir dos custos unitários do Sinapi (Acórdãos 2466/2009-Plenário e 2440/2014-Plenário). O entendimento jurisprudencial é correto, vez que tais aditivos devem se revestir de excepcional cautela, de forma a se evitar a fuga ao dever de licitar, bem como a se impedir a obtenção de preços antieconômicos. Devem-se coibir alterações que interfiram no equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, seja alterando a metodologia construtiva, seja acrescentando serviços análogos àqueles submetidos ao crivo da licitação.*

16. *Vejamos um exemplo. O contrato previa o emprego de engenheiro/arquiteto pleno (Insumo Sinapi 2707). A construtora contratada concedeu, em relação ao orçamento-base da administração/Sinapi, um desconto de 8% para essa mão de obra (custo de R\$ 52,06 por hora). No aditivo, utilizou-se engenheiro/arquiteto sênior (Insumo Sinapi 2708), que apresenta custo horário significativamente maior (R\$ 85,80), e sem qualquer desconto em relação ao previsto no sistema referencial da Caixa.*

17. *Com fundamento nessas questões e considerando que a planilha da prefeitura utilizou como referência o Sinapi e a tabela da Copasa/MG, que o desconto obtido no certame foi de 30,199% e que o aditivo baseou-se nos mesmos sistemas referenciais do orçamento-base, mas sem qualquer desconto, concluo que as decisões prolatadas nos autos foram acertadas.”*

9. Portanto, não houve qualquer violação ao art. 65, § 3º, da Lei 8.666/1993.

10. O embargante também alega que o acórdão, na medida em que não conheceu o recurso de revisão, deixou de franquear acesso à justiça administrativa prevista no art. 71 da Constituição, desrespeitando o direito de petição, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

11. O argumento não merece prosperar. Não houve violação ao direito de petição, ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O recurso de revisão apresentado consistiu em uma tentativa de rediscutir a valoração de argumentos e de documentos utilizados nas alegações de defesa e no recurso de reconsideração. Não houve sequer a apresentação de um fato superveniente a justificar o conhecimento do recurso.

12. Ainda que fosse superada a admissibilidade da peça, expus que, no mérito, não haveria motivos para reformar as decisões pretéritas, pois estavam em consonância com a legislação pátria e com a pacífica jurisprudência desta Corte. Transcrevo trechos que ratificam esse entendimento.

“6. Caso lograsse êxito no conhecimento do recurso de revisão – o que se admite apenas por hipótese –, melhor sorte não assistiria ao recorrente quanto ao mérito das questões suscitadas.

7. O Sr. Jair reafirma a legalidade do segundo aditivo, justificando a existência de projeto detalhado e de parecer jurídico. Complementa que a alteração contratual encontrava respaldo legal em diversos dispositivos da Lei 8.666/1993 e que o percentual acrescentado foi inferior ao limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos.

8. Tais argumentos não tangenciam a irregularidade condutora do débito, qual seja, a redução do desconto inicialmente previsto, e, por isso, devem ser rejeitados. Da leitura

atenta dos votos constantes nos acórdãos prolatados, percebe-se que não se questionou o percentual acrescentado, tampouco se a alteração do projeto continha justificativa elaborada por engenheiro.

9. O recorrente afirma que alguns argumentos supostamente não teriam sido considerados pelas instâncias precedentes. Elenca três: a) impossibilidade de responsabilização do então prefeito pelas irregularidades, em virtude de atuação vinculada a estudos e pareceres técnicos devidamente chancelados por agentes públicos competentes; b) legalidade do aditivo contratual, na medida em que teria acrescentado novos encargos e investimentos à contratada, diferentes do contrato original, não sendo possível se exigir a manutenção da avença; e c) indevido enriquecimento da administração com o ressarcimento, pois não teria ocorrido qualquer prejuízo.

10. Ao contrário do que alega, todos os pontos foram devidamente analisados pelas unidades técnicas responsáveis pela instrução do feito, tendo sido incorporados às razões de decidir dos Relatores da tomada de contas especial e do recurso de reconsideração.

11. A impossibilidade de responsabilização do então prefeito foi rebatida, por exemplo, na instrução contida na peça 52. Nela, afirmou-se que ‘a responsabilidade do gestor não é afastada neste caso, pois a ele cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário. O fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos’.

12. A jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 1.757/2008-Plenário e 102/2012-Plenário, é pacífica no sentido de que, ao assinar convênio com o Governo Federal, o gestor assume a responsabilidade de aplicar os recursos recebidos de acordo com as obrigações contidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). A aplicação da LDO é obrigatória porque o convênio utilizou recursos previstos na Lei Orçamentária do Governo Federal. Além disso, no caso concreto, o recorrente tinha conhecimento prévio de que o contrato sofreria modificações obrigatórias, pois o bom funcionamento da estação de tratamento de esgoto dependeria da construção de interceptor final, este último não previsto no contrato inicial.

13. Na solicitação de aditivo, consta expressamente que a planilha encaminhada à prefeitura espelhava exatamente aquela aprovada pela Funasa, ou seja, a mesma utilizada na licitação (peça 9, p. 3 do TC 020.192/2011-8). Ciente do fato, deveria o recorrente ter exigido a redução dos preços, nos moldes praticados no contrato. Não agindo dessa forma, pode-se afirmar que a conduta do recorrente foi negligente e, por isso, culposa.

(...) 18. A segunda omissão, no entender do recorrente, consiste no exame da suposta legalidade do aditivo contratual, na medida em que teria acrescentado novos encargos e investimentos à contratada, diferentes do contrato original, não sendo possível se exigir a manutenção da avença. Ao contrário do que alega, a Secex/MG examinou a questão em diversas passagens, como pode ser observado nos parágrafos 44, 62 e 63 da peça 52, bem como no subitem 5.2 e seguintes da peça 112.

19. Todo e qualquer acréscimo de serviços, por óbvio, acarreta novos encargos/investimentos para a empresa contratada. Os dispositivos legais que obrigam a manutenção do desconto concedido têm por objetivo evitar a ocorrência do denominado “jogo de planilhas” em quaisquer modificações contratuais, prática que desequilibra a equação econômico-financeira inicial do contrato, prejudicando a Administração Pública.

Assim, o argumento não merece prosperar, pois, além de ter sido examinado pelas instâncias ordinárias, não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte.

20. *As instâncias precedentes também examinaram o argumento de que o ressarcimento pleiteado causaria enriquecimento indevido da administração. Ao afirmar ser 'ilegal e danosa ao erário a alteração contratual quando não é aplicado o mesmo desconto da avença original', o Relator do recurso de reconsideração concluiu que as alterações causaram prejuízo aos cofres públicos, pois, caso mantivesse o desconto, a obra seria concluída a um custo menor.*

21. *O recorrente afirma que a aplicação da Lei 12.309/2010 (LDO 2011) foi indevida porque, quando publicada, em agosto de 2010, o contrato já estava em vigor (foi assinado em junho de 2010). Cabe ressaltar que a incidência da LDO 2011 se justifica porque o aditivo foi custeado por um segundo ajuste (Convênio 632/2011), que utilizou recursos previstos na Lei Orçamentária de 2011. De todo modo, ainda que assim não se entenda, a Lei 12.017/2009 (LDO 2010) trouxe obrigação semelhante, ao dispor que 'a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI ou do SICRO não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária' (art. 112, § 6º). Portanto, rejeita-se o argumento.*

22. *Por último, a utilização da expressão 'jogo de planilhas' apenas quando do julgamento do recurso de reconsideração não trouxe qualquer prejuízo ao recorrente. A fundamentação para o débito apurado no processo, consistente na celebração de aditivo sem a concessão do desconto concedido na licitação, nunca foi alterada. Portanto, não há que se falar em violação à ampla defesa e ao contraditório, tampouco em cerceamento de defesa.*

13. Portanto, não há razões para modificar a decisão embargada.

14. Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de abril de 2016.

BENJAMIN ZYMLER

Relator