

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 029.786/2008-7

Natureza(s): Recurso de Reconsideração em TCE.

Órgão/Entidade: Funasa – Coordenação Regional/AP – MS.

Recorrente: Gervásio Augusto de Oliveira (ex- Coordenador Regional da Funasa no Estado do Amapá).

Interessado: Secretaria de Controle Externo no Amapá.

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA NA ALDEIA KUMARUMÃ. MULTA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. DIMINUIÇÃO DE MULTA.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração interposto por Gervásio Augusto de Oliveira contra o Acórdão 5.466/2011 – TCU – 2ª Câmara (peça 7, p. 24-26), relativo a julgamento de Tomada de Contas Especial, instaurada por determinação do Acórdão 3.629/2009 – 2ª Câmara, tendo em vista a identificação de irregularidades na construção de sistema de abastecimento de água na Aldeia Kumarumã, no Município de Oiapoque/AP.

ACÓRDÃO RECORRIDO

2. O recorrente teve rejeitadas suas razões de justificativa e foi apenado com multa individual no valor de R\$ 5.000,00, conforme os trechos abaixo do aresto impugnado que interessam a este processo.

“ACÓRDÃO Nº 5.466/2011 – TCU – 2ª Câmara

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada Contas Especial, instaurada por determinação do Acórdão 3.629/2009-2ª Câmara, tendo em vista a identificação de irregularidades na construção de sistema de abastecimento de água na Aldeia Kumarumã, no Município de Oiapoque/AP.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara e ante as razões expostas pelo Relator:

[...]

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gervásio Augusto de Oliveira, então Coordenador Regional da Funasa/AP;

[...]

9.5. com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, aplicar multa individual aos responsáveis abaixo arrolados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, para comprovarem, perante o Tribunal, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a”, da Lei 8.443/1992, e 214, inciso III, alínea “a” do Regimento Interno do TCU, o recolhimento das dívidas aos cofres do

Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

9.5.1. ao Sr. Gervásio Augusto de Oliveira, então Coordenador Regional da Funasa/AP, multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);”

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

3. Procedido o exame de admissibilidade (peça 45), o Recurso de Reconsideração (peça 29) foi conhecido nos termos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, admitido pelo despacho à peça 58, suspendendo-se os efeitos quanto ao recorrente em relação aos subitens 9.2, 9.5.1 e 9.12 do Acórdão 5466/2011 - 2ª Câmara e restituído à Serur para análise de seu mérito, nos termos do § 2º, art. 50, da Resolução TCU 191/2006. Como informação complementar, embora não haja advogado constituído nos autos, o recorrente encontra-se legalmente representado pela Sra. Izabel Souza da Silva (CRC: AP-002026/O-2), conforme consta no processo.

INSTRUÇÃO DA UNIDADE TÉCNICA

4. A Serur, com a concordância uníssona do corpo dirigente, propôs conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pelo recorrente, nos termos da instrução lavrada na peça 59 e que, nos termos do inciso I, §3º do art. 1º da Lei nº 8.443/92, transcrevo a seguir.

“Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto por Gervásio Augusto de Oliveira (peça 29, p. 1-12), por intermédio de procuradora, contra o Acórdão 5.466/2011 – 2ª Câmara (peça 7, p. 24-26, por meio do qual o Tribunal julgou irregulares as presentes contas, condenou os responsáveis em débitos solidários e aplicou-lhes multas, bem como expediu determinações.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

2. Os autos versam sobre tomada de contas especial convertida de representação com vistas à apuração de irregularidades na construção de Sistema de Abastecimento de Água na aldeia Kumarumã, localizada no Município de Oiapoque/AP.

3. Após a instrução regular, no que interessa à presente análise, o Tribunal julgou irregulares as contas de alguns responsáveis, condenou-os responsáveis em débitos solidários e aplicou-lhes multas, bem como expediu determinações.

4. Quanto ao Coordenador Regional ora recorrente, não teve contas julgadas, mas rejeição das razões de justificativa e aplicação da multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92, no valor de R\$ 5.000,00, em razão de (1) assinatura de termo aditivo após a vigência do contrato; (2) sem fundamentação e sendo que o contrato, com prazo inicial de 180 dias, teve mais de 435 dias de execução em razão de sucessivos aditamentos; (3) falta de providências para a instauração de procedimento administrativo quanto aos atrasos da empresa Comerc; (4) inexecução da garantia oferecida pela mesma empresa; (5) não ter sido instaurado processo administrativo, nem aplicada qualquer sanção à empresa Comerc; e (6) também porque não foram apuradas internamente outras irregularidades, como medições por serviços não executados ou a não restituição de valores pagos indevidamente.

5. Inconformado, o responsável interpôs recurso de reconsideração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 45), ratificado pelo E. Relator, Ministro Raimundo Carreiro (peça 58), “suspendendo-se, no entanto, os efeitos em relação aos subitens 9.2, 9.5.1 e 9.12 do Acórdão 5466/2011 - 2ª Câmara (Peça 7, Fls. 24/26)”.

EXAME TÉCNICO

7. A seguir serão expostos os argumentos apresentados pelo Recorrente, de maneira sintética, seguidos de análise.

8. **Argumento.** Insurge-se contra conclusões da decisão recorrida. Contradiz suposta irregularidade consistente na assinatura de termo aditivo após o término da vigência do contrato. Aduz que as conclusões da decisão recorrida seriam no sentido de que o contrato venceu em 22/9/2007, mas que foi prorrogado somente em 24/9/2007, tendo havido ainda nova prorrogação em 21/12/2007, todas por meio de decisões do Recorrente ditas irregulares e não fundamentadas. A respeito disso, propõe uma distinção entre assinatura extemporânea e autorização extemporânea, para aduzir que a autorização fez parte dos procedimentos administrativos que antecedem uma formalização e assinatura do contrato e/ou de seus termos aditivos.

9. Ademais, pondera que 22/9/2007 foi um sábado e, nesse dia, não há expediente na administração pública, de modo que o próximo dia útil seria 24/9/2007, segunda-feira. Menciona o art. 110 da Lei 8.666/93, que trata da contagem dos prazos, para afirmar a exclusão do dia de início e inclusão do dia do vencimento, salvo quando explicitamente disposto em contrário, e, mais especificamente, o parágrafo único daquele dispositivo, no sentido de que só se iniciam e vencem os prazos referidos em dia de expediente no órgão ou na entidade. Portanto, conclui que foi lícita a assinatura do termo aditivo em 24/9/2007.

10. Por outro lado, aponta equívoco na decisão recorrida em se tratar a autorização para prorrogação de vigência como fosse a própria formalização do termo aditivo. Pondera que aquele termo aditivo revestiu-se de todas as formalidades exigidas, estendendo o prazo de vigência para 6/11/2007. A propósito, ressalta que o Recorrente, no exercício do poder discricionário sobre a solicitação feita pela contratada em 16/11/2007, dez dias após a vigência do 4º Termo Aditivo, e mediante o parecer emitido pela procuradoria federal, autorizou a prorrogação da vigência do contrato em 21/12/2007. Pondera que o termo aditivo somente não foi formalizado em virtude de contingências do período de recesso do final de ano.

11. Todavia, menciona que em reunião realizada na primeira semana do mês de janeiro de 2008 declinou da decisão de prorrogar a vigência do Contrato nº. 04/2006 e submeteu à procuradoria federal sua nova decisão no sentido da rescisão contratual. Observa que tal circunstância não foi desprezada pela análise da unidade técnica, a qual, contudo, limitou-se a informar que o Recorrente não havia encaminhado cópia do Termo Aditivo solicitado por meio do Ofício nº. 590/2009-TCU-Secex/AP, bem como que não foi localizada a publicação do correspondente extrato no Diário Oficial da União.

12. A propósito, aduz que tal informação por si só atesta que não houve formalização de novo Termo Aditivo prorrogando a vigência do Contrato nº. 04/2006. Também assevera que a resposta ao ofício supramencionado foi clara no sentido de que não seria atendida a solicitação feita pela contratada pela prorrogação da vigência contratual. Nesse sentido, menciona os Ofícios nº. 652/2009-GAB/CORE-AP/Funasa (fl. 238, vol. P) e nº. 811/2008-SALOG/DIADM/CORE-AP/Funasa (fl. 258, vol. P), encaminhados à Secex/AP.

13. Noutra parte, discorda das afirmações do Relator (itens 43 e 44 do Voto condutor) no sentido de que o Recorrente não adotou providências para a execução da garantia ofertada pela empresa Comerc. Aduz que estão documentados nos autos os procedimentos instaurados na gestão do recorrente visando resguardar a execução integral do objeto contratado e, entre elas, também os procedimentos disciplinares e de punibilidade. A propósito, questiona porque a análise desta Corte enfatizou que não houve instauração do processo administrativo visando aplicar sanções contratuais e legais à empresa e aos servidores da Funasa, desprezando o que foi feito pelo gestor à época para assegurar a execução integral do objeto.

14. Reporta-se ainda às dificuldades de mobilidade e logística enfrentadas numa execução de obras em áreas indígenas da região amazônica.

15. Aduz ser-lhe incabível a penalidade de multa, porquanto inexistem nos autos provas que fundamentem sua aplicação.

16. Requer seja a decisão recorrida reformada ou anulada, com exclusão da multa ou, alternativamente, redução de valor.

17. **Análise.** O recurso merece prosperar.

18. Em nosso entendimento, são razoáveis as alegações no sentido de não tenha havido assinatura de termo aditivo após o término da vigência do contrato, bem como falta de providências do Recorrente para a instauração de procedimento administrativo quanto aos atrasos efetivados pela empresa Comerc e pela inexecução da garantia contratual.

19. Primeiramente, cabe ressaltar que a responsabilidade do Recorrente decorre de ocorrências verificadas na execução do Contrato n.º. 4/2006, celebrado entre a Funasa e a empresa Comércio Empreendimento Representação e Construção Ltda. – Comerc, em 21/8/2006, tendo por objeto a implantação de sistema alternativo de abastecimento de água no valor total de R\$ 853.961,24.

20. No que atine ao Coordenador Regional ora recorrente, foi responsabilizado em razão de (1) assinatura de termo aditivo após a vigência do contrato; (2) sem fundamentação e sendo que o contrato, com prazo inicial de 180 dias, teve mais de 435 dias de execução em razão de sucessivos aditamentos; (3) falta de providências para a instauração de procedimento administrativo quanto aos atrasos da empresa Comerc; (4) inexecução da garantia oferecida pela mesma empresa; (5) não ter sido instaurado processo administrativo, nem aplicada qualquer sanção à empresa Comerc; e (6) também porque não foram apuradas internamente outras irregularidades, como medições por serviços não executados ou a não restituição de valores pagos indevidamente.

21. Quanto ao aditamento supostamente ocorrido após o término da vigência do convênio, entende-se que aproveita ao recorrente o término da vigência ter realmente ocorrido num sábado, 22/9/2007, que não é dia de expediente no órgão, tendo sido o termo aditivo assinado em 24/9/2007. Embora fosse desejável que os gestores se antecipassem ao vencimento do contrato no que tange à formalização do termo aditivo, não se pode desprezar que a dia previsto para o vencimento não era dia de expediente no órgão e, portanto, não era possível aos gestores de fato fazerem uso daquela data para formalizar a prorrogação da avença, momento em que ela ainda vigia para todos os efeitos.

22. Ademais, sem desprezar que a norma contida no art. 110, parágrafo único, da Lei 8.666/93 foi concebida com foco nos “*prazos estipulados*” naquela Lei de Licitações e Contratos, ou seja, aqueles cuja duração encontra-se expressa naquele diploma legal, parece razoável considerar, no caso concreto, para fins de aditamento, que o término da vigência do contrato tenha ocorrido no primeiro dia útil subsequente de expediente, no caso, 24/9/2007. Senão vejamos que a formalização do termo aditivo no primeiro dia útil subsequente ao término da vigência do contrato pressupõe procedimento administrativo no qual houve análise de pleito da contratada e autorização do gestor, circunstâncias que, a nosso ver, favorecem a situação do responsável.

23. Também não deve responder por aditamento irregular supostamente ocorrido posteriormente, menção feita à autorização de prorrogação dada pelo responsável em 21/12/2007. A cópia do termo aditivo resultante e respectivo extrato de publicação. Houve inclusive diligência do Tribunal (Ofício n.º. 590/2009-TCU/Secex/AP, peça 4, p. 32-33) com vistas à obtenção de cópia de documentos que comprovassem as providências adotadas pelo órgão com vistas à aplicação de sanção à empresa Comerc por descumprimento contratual. Por sua vez, a resposta do gestor ora recorrente consta da peça 4, p. 39 destes autos.

24. Ainda sobre o assunto, uma situação que subsiste injustificada diz respeito à ausência de fundamentação para as prorrogações de vigência ocorridas num contrato com prazo inicial de 180 dias, que teve mais de 435 dias de execução em razão de sucessivos aditamentos, culminando, ademais, em execução desconforme e inexecução parcial do objeto. Nada obstante, entende-se que tais circunstâncias não se revestem de suficiente gravidade ou culpabilidade para resultar na responsabilização do gestor ora recorrente. Outra situação seria referente à última autorização para prorrogação, ocorrida em 21/12/2007, mas que não veio a ser formalizado termo aditivo em razão do declínio dessa decisão nos dias seguintes. Portanto, resta concluir que tal prorrogação não ocorreu e, conseqüentemente, não se justifica exigir do gestor cópias do instrumento e do respectivo extrato de publicação oficial, tampouco responsabilizá-lo em razão disso.

25. De outra parte, entende-se que houve providências e intento do gestor em obter o cumprimento do contrato antes de rescindi-lo ou lançar mão da respectiva garantia, bem como em que fossem aplicadas penalidades à empresa contratada. Pela mesma razão, não subsistiriam também as razões de responsabilização consistentes na falta de providências para instauração de processo administrativo, não instauração de processo administrativo, não execução da garantia contratual e não apuração interna de outras irregularidades. Aliás, são apresentadas nos fundamentos da decisão como sendo várias irregularidades, mas pensamos que podem ser resumidas em não adoção de providências assecuratórias do cumprimento do contrato.

26. A propósito, menciona-se o expediente em que o Recorrente, na condição de Coordenador Regional, informa à empresa Comerc que, quanto ao pedido de dilação do prazo para conclusão por mais 60 dias, em 16/11/2007, data em que o termo aditivo já havia expirado, foi encaminhado para apreciação da procuradoria federal quanto à rescisão ou continuidade do contrato, bem como a possibilidade de aplicação de sanções à empresa contratada (peça 29, p. 17). Em 21/12/2007 chegou a autorizar dilação de prazo para conclusão da obra e, conforme o Parecer nº. 68/PGF/PF/Funasa/2007, autorizou também a aplicação de penalidades à contratada em decorrência do atraso na conclusão da obra (Peça 29, p. 14). Contudo, nova decisão declinou da autorização, determinando providências no sentido de apurar responsabilidades.

27. É razoável exigir do gestor a adoção de providências assecuratórias do contrato e apuração de responsabilidades, contudo, sem impor-lhe data para tal realização, tampouco cobrar-lhe um resultado eficaz dessas medidas num determinado momento de realização do controle externo. Ademais, cabe considerar que a adoção de tais providências não depende somente do gestor, pois envolvem outros setores administrativos, bem assim levar em conta a própria sucessão de gestores na CORE-AP/Funasa.

28. Ademais, quanto à aplicação de penalidades e execução da garantia contratual, nada obsta fossem tais medidas adotadas posteriormente, podendo até já existir processos administrativos instaurados com essa finalidade. Aliás, os elementos dos autos levam a crer tenha sido este o derradeiro intento do gestor, com declaração no sentido de que esgotaram os esforços da administração em obter o cumprimento do contrato e melhor resguardo do interesse público, culminando em autorização para que ocorressem as apurações. Nesse sentido, há provas no sentido de que foi pleiteada a instauração de procedimento administrativo em desfavor da empresa Comerc (peça 29, p. 18). Também não se concedeu aditamento do prazo em razão da solicitação da empresa ter sido protocolada fora do tempo hábil para o andamento do processo (Peça 29, p. 13).

29. Desse modo, propomos sejam reformados os itens 9.2 e 9.5 da decisão recorrida, para acolher as razões apresentadas pelo responsável e afastar-lhe a multa aplicada.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

30. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo:

a) conhecer do Recurso de Reconsideração interposto por Gervásio Augusto de Oliveira e, no mérito, **dar-lhe provimento**, para reformar o item 9.2, de modo a acolher as razões apresentadas pelo responsável, e excluir o item 9.5.1 do Acórdão 5.466/2011 – 2ª Câmara, para afastar-lhe a multa aplicada;

b) dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessadas.”

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

5. O ilustre representante do Ministério Público, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, dissentiu da proposta da Unidade Técnica, manifestando-se no sentido de negar provimento ao recurso interposto, nos termos do Parecer transcrito abaixo (peça 62).

“Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo sr. Gervásio Augusto de Oliveira (peça 29) contra o Acórdão 5.466/2011 - 2ª Câmara, por meio do qual o Tribunal deliberou, no que interessa ao presente feito, nos seguintes termos (peça 7, pp. 24/6):

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada Contas Especial, instaurada por determinação do Acórdão 3.629/2009-2ª Câmara, tendo em vista a identificação de irregularidades na construção de sistema de abastecimento de água na Aldeia Kumarumã, no Município de Oiapoque/AP.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara e ante as razões expostas pelo Relator:

(...)

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gervásio Augusto de Oliveira, então Coordenador Regional da Funasa/AP;

(...)

9.5. com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, aplicar multa individual aos responsáveis abaixo arrolados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, para comprovarem, perante o Tribunal, nos termos do art. 23, inciso III, alínea ‘a’, da Lei 8.443/1992, e 214, inciso III, alínea ‘a’ do Regimento Interno do TCU, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

9.5.1. ao Sr. Gervásio Augusto de Oliveira, então Coordenador Regional da Funasa/AP, multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);”

Após análise da peça recursal, a Secretaria de Recursos pronunciou-se, em uníssono, no sentido de (peças 59 a 61):

“a) conhecer do Recurso de Reconsideração interposto por Gervásio Augusto de Oliveira e, no mérito, **dar-lhe provimento**, para reformar o item 9.2, de modo a acolher as razões apresentadas pelo responsável, e excluir o item 9.5.1 do Acórdão 5.466/2011 – 2ª Câmara, para afastar-lhe a multa aplicada;

b) dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessadas.”

II

O Ministério Público dissente do encaminhamento alvitrado pela unidade técnica especializada.

Com vistas ao melhor entendimento da matéria, vale trazer a lume excerto do histórico constante no relatório do Acórdão 5.466/2011 - 2ª Câmara (peça 6, pp. 47/8):

“11. O Contrato 4/2006, celebrado, em 21/8/2006, entre a Funasa/AP e a empresa Comércio Empreendimento Representação e Construção Ltda. - Comerc teve por objeto a implantação de sistema alternativo de abastecimento de água na aldeia Kumarumã, pelo valor total de R\$ 853.961,24 (fls. 417/30, an. 1, v. 2).

12. O prazo para a execução da obra terminaria, originalmente, em 19/2/2007 (fl. 423, an. 1, v. 2, c/c 1.710, an. 1, v. 9). Por meio de dois termos aditivos, este prazo foi sucessivamente prorrogado, passando a findar em 22/9/2007 (fls. 446 e 470/1, an. 1, v. 2). Em 24/9/2007, muito embora a vigência contratual já estivesse vencida, foi firmado novo termo aditivo, prorrogando-a por mais 45 dias, até 6/11/2007 (fls. 498/9, an. 1, v. 2). Em 16/11/2007, a contratada solicitou prorrogação de 60 dias na vigência do contrato. Em 21/12/2007, o Coordenador da Funasa/AP, Sr. Gervásio Augusto de Oliveira, autorizou a dilatação do prazo do contrato (fl. 525, an. 1, v. 2), que passaria a findar, portanto, em 2/1/2008. Não constam dos autos, todavia, o termo aditivo nem a comprovação da publicação de seu extrato em diário oficial.

13. No período de 4 a 6/6/2008, foi realizada visita técnica à obra por uma equipe da Funasa, cujo relatório, firmado pelo Eng. Civil Marco Antônio Gomes Barreto, aponta uma série de irregularidades, notadamente alterações não justificadas no projeto básico, falhas graves nos serviços executados e medição e pagamento de serviços não executados (fls. 604/20, an. 1, v. 3). Em conclusão, o relatório definiu, entre outros aspectos, que não havia nenhuma etapa útil da obra concluída, que não se podia determinar um percentual de execução, haja vista as alterações ocorridas em relação ao projeto básico, e que a qualidade técnica dos serviços não era satisfatória.

14. Em razão das irregularidades apontadas nesse relatório, a Secex/AP promoveu as audiências dos seguintes responsáveis (indicam-se os cargos ou funções que ocupavam à época dos fatos): (...) Gervásio Augusto de Oliveira, coordenador da Funasa/AP (...).”

Consoante bem ressaltou a Serur (peça 59), o sr. Gervásio Augusto de Oliveira foi apenado com multa no aresto impugnado pelas seguintes razões:

“20. No que atine ao Coordenador Regional ora recorrente, foi responsabilizado em razão de (1) assinatura de termo aditivo após a vigência do contrato; (2) sem fundamentação e sendo que o contrato, com prazo inicial de 180 dias, teve mais de 435 dias de execução em razão de sucessivos aditamentos; (3) falta de providências para a instauração de procedimento administrativo quanto aos atrasos da empresa Comerc; (4) inexecução da garantia oferecida pela mesma empresa; (5) não ter sido instaurado processo administrativo, nem aplicada qualquer sanção à empresa Comerc, e (6) também porque não foram apuradas internamente outras irregularidades, como medições por serviços não executados ou a não restituição de valores pagos indevidamente.

No que concerne à assinatura de termos aditivos após a vigência do contrato, o Ministério Público aquiesce ao entendimento da Serur, no sentido de acatar as justificativas do responsável.

Sobre o primeiro termo aditivo questionado, vale citar o seguinte trecho da análise da unidade técnica (peça 59):

“21. Quanto ao aditamento supostamente ocorrido após o término da vigência do convênio, entende-se que aproveita ao recorrente o término da vigência ter realmente ocorrido num sábado, 22/9/2007, que não é dia de expediente no órgão, tendo sido o termo aditivo assinado em 24/9/2007. Embora fosse desejável que os gestores se antecipassem ao vencimento do contrato no que tange à formalização do termo aditivo, não se pode desprezar que o dia previsto para o vencimento não era dia de expediente no órgão e, portanto, não era possível aos gestores, de fato, fazerem uso daquela data para formalizar a prorrogação da avença, momento em que ela ainda vigia para todos os efeitos.”

Todavia, como destacado pela própria Serur (peça 59):

“24. Ainda sobre o assunto, uma situação que subsiste injustificada diz respeito à ausência de fundamentação para as prorrogações de vigência ocorridas num contrato com prazo inicial de 180 dias, que teve mais de 435 dias de execução em razão de sucessivos aditamentos, culminando, ademais, em execução desconforme e inexecução parcial do objeto.”

Sobre o fato, a unidade técnica entendeu que “*tais circunstâncias não se revestem de suficiente gravidade ou culpabilidade para resultar na responsabilização do gestor ora recorrente*” (peça 59).

Ao ver do Ministério Público, contudo, vislumbra-se, no caso, grave afronta ao princípio da motivação dos atos administrativos, eis que não foi comprovado que o responsável tenha apresentado, à época, a necessária justificativa para a assinatura do termo aditivo prorrogando a vigência de um contrato eivado de irregularidades, e que já tinha sofrido sucessivos aditamentos.

É cediço que a Administração Pública Federal deve estrita observância ao princípio da motivação (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal c/c o artigo 2º da Lei 9.784/1999).

Nos termos da Lei 9.784/1999, motivar significa indicar os pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão, e a motivação há de ser explícita, clara e congruente (artigo 2º, parágrafo único, inciso VII, e 50, § 1º).

O princípio da motivação traz em si a necessidade de demonstração da base legal dos atos administrativos. O dever de motivar, leciona Marçal Justen Filho, é “a via para o controle sob o ângulo do princípio da proporcionalidade” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. São Paulo: Dialética, 1999. p. 66).

O ato administrativo é, em regra, de motivação obrigatória, pois assim se torna possível verificar a adequação entre a finalidade almejada e o fim atingido. Constitui, pois, a fundamentação pressuposto de legitimidade, de validade e de eficácia das decisões administrativas.

No que se refere ao princípio da motivação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que (in “Direito Administrativo”, 22ª ed., São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, pp. 80/1):

“O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência (...). A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos.”

A respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que (in “Curso de Direito Administrativo”, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100):

“Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato.”

No respeitante à autorização para nova prorrogação contratual, em 21.12.2007, a Serur sintetizou, com propriedade, as justificativas do recorrente (peça 59):

“10. Por outro lado, aponta equívoco na decisão recorrida em se tratar a autorização para prorrogação de vigência como se fosse a própria formalização do termo aditivo. Pondera que aquele termo aditivo revestiu-se de todas as formalidades exigidas, estendendo o prazo de vigência para 6/11/2007. A propósito, ressalta que o Recorrente, no exercício do poder discricionário, sobre a solicitação feita pela contratada em 16/11/2007, dez dias após a vigência do 4º Termo Aditivo, e mediante o parecer emitido pela Procuradoria Federal, autorizou a prorrogação da vigência do contrato em 21/12/2007. Pondera que o termo aditivo somente não foi formalizado em virtude de contingências do período de recesso do final de ano.

11. Todavia, menciona que, em reunião realizada na primeira semana do mês de janeiro de 2008, declinou da decisão de prorrogar a vigência do Contrato nº. 04/2006 e submeteu à Procuradoria Federal sua nova decisão no sentido da rescisão contratual. Observa que tal circunstância não foi desprezada pela análise da unidade técnica, a qual, contudo, limitou-se a informar que o recorrente não havia encaminhado cópia do termo aditivo solicitado por meio do Ofício nº. 590/2009-TCU-Secex/AP, bem como que não foi localizada a publicação do correspondente extrato no Diário Oficial da União.

12. A propósito, aduz que tal informação, por si só, atesta que não houve formalização de novo termo aditivo prorrogando a vigência do Contrato nº. 04/2006. Também assevera que a resposta ao ofício supramencionado foi clara no sentido de que não seria atendida a solicitação feita pela contratada pela prorrogação da vigência contratual. Nesse sentido, menciona os Ofícios nº. 652/2009-GAB/CORE-AP/Funasa (fl. 238, vol. P) e nº. 811/2008-SALOG/DIADM/CORE-AP/Funasa (fl. 258, vol. P), encaminhados à Secex/AP.”

No caso, considerando que, ao final, o recorrente não celebrou o citado aditivo contratual, cabe acatar suas alegações.

Entretanto, o Ministério Público entende que não foram elididos pelo recorrente os demais ilícitos que fundamentaram o acórdão condenatório.

O recorrente não logrou demonstrar a adoção de medidas efetivas para a instauração de procedimento com vistas a punir a Comerc pelos atrasos e pelas irregularidades na execução da obra, tampouco se verifica a execução da garantia oferecida pela mesma empresa. Na verdade, não houve ação concreta alguma no sentido de aplicar as sanções contratuais e legais à empresa ou mesmo de apurar internamente outros ilícitos, como medições por serviços não executados ou a não restituição de valores pagos indevidamente.

Sobre a questão, permanece, pois, válida a pertinente análise da Secex/AP transcrita no relatório do acórdão recorrido (peça 6, p. 50):

“Em relação à falta de providências para instauração de procedimento administrativo e posterior sanção da empresa COMERC pelo atraso e inexecução de serviços contratados, as justificativas apresentadas não elidem a responsabilidade do gestor.

O gestor foi diversas vezes alertado para a necessidade de aplicar as sanções cabíveis à contratada. No Parecer nº 68/PGF/PF/FUNASA/AP/2007/wfs (fl. 524, An. 1, vol. 2), o Procurador Federal afirma no parágrafo de nº 19: ‘requeiro que seja aplicada à empresa COMERC as penalidades previstas no edital, no contrato e na Lei nº 8.666/93 com suas modificações posteriores, pelo não cumprimento do contrato e atraso na entrega da obra’.

No mesmo sentido o Parecer nº 052/PGF/PF/FUNASA/PA/2008/aca (fl. 547, An. 1, vol. 2), da lavra da Procuradora Federal Ana Cristina Cabral de Abreu, aduz: ‘(...) deve-se instaurar processo administrativo com vistas a aplicar sanções à contratada inadimplente e, se condizente com o interesse público, rescindir o mencionado contrato (...)’.

Apesar de o gestor ter informado que tomou as medidas cabíveis para dar cumprimento às recomendações, e que a empresa, depois de notificada, já regularizou as pendências, tal fato não é verídico. Nenhum processo administrativo foi instaurado e diversas irregularidades não foram apuradas, sancionadas ou sanadas, tais como: medição de serviços não executados ou materiais não entregues, atraso na execução da obra, restituição de valores pagos indevidamente, etc.

Para a ausência de medidas visando à execução da garantia oferecida pela empresa, não apresentou justificativas.”

Diante dos constantes atrasos e das graves irregularidades na execução da obra, cabia ao responsável aplicar tempestivamente as sanções legais e contratuais à Comerc. A mera intenção de fazê-lo não elide o ilícito. O que se verificou, no caso, foi a sua patente omissão em impor àquela empresa as penalidades pelo inadimplemento de suas obrigações contratuais. Deve, assim, o ex-gestor responder por sua desídia, pois lhe era exigida conduta diversa.

De fato, ao gestor probo compete agir proativamente, respaldado no amplo aparato estatal e no ordenamento jurídico vigente, que lhe dão suporte para o pleno exercício da função executiva e que existem para lhe propiciar a pronta tomada de decisões sobre quaisquer assuntos e a todo tempo.

Nessa linha, ponderou o nobre Ministro Augusto Sherman, na proposta de deliberação do Acórdão 680/2009 – Plenário, que *“cabe precipuamente ao gestor, com base em pareceres de órgãos jurídicos e técnicos competentes no âmbito de sua estrutura administrativa, efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda às suas necessidades, às leis e aos princípios constitucionais, para então decidir sobre sua forma de ação”*.

Ao gestor público, portanto, cabe agir.

Nas lúcidas palavras do nobre Ministro Benjamin Zymler no voto revisor (conductor) do Acórdão 949/2010 – Plenário:

“Sobreleva notar que ao gestor público não é dado o direito de se omitir, pois ele detém o poder-dever de agir. A propósito, vale citar Hely Lopes Meirelles (op. cit., pp. 80, 81, 97 e 98):

‘A natureza da administração pública é a de um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito e da Moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado.

No desempenho dos encargos administrativos, o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela de poderes e prerrogativas que lhe são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrada. ...

O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para com a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal atitude importaria fazer liberalidades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas.

... Daí porque a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor.” (destacou-se)

No mesmo sentido, o posicionamento do eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues no voto que precede o Acórdão 1.262/2009-Plenário:

“Ao discorrer sobre os encargos daqueles que administram bens e interesses da comunidade, no tema intitulado ‘poderes e deveres do administrador público’, Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 16ª edição, 1991, Editora Revista dos Tribunais, p. 84/7, ensina que:

‘Os poderes e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade.

(...)

Cada agente administrativo é investido da necessária parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições.

(...)

O poder administrativo, portanto, é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. **Nestas condições, o poder de agir se converte em dever de agir. Assim, se no direito privado o poder de agir é uma faculdade, no direito público é uma imposição, um dever para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem a sua atuação.**” (destaques acrescidos)

Ao ver do Ministério Público, os ilícitos remanescentes ostentam gravidade e justificam a imposição de multa ao recorrente, no valor fixado no acórdão condenatório. Não se vislumbra, pois, razão para alterar o pertinente juízo firmado pelo Tribunal neste julgado.

III

Ante o exposto, o Ministério Público manifesta-se no sentido de conhecer o presente recurso de reconsideração, para, no mérito, negar-lhe provimento, bem como de dar ciência ao recorrente e aos demais interessados da decisão que sobrevier.”

É o relatório.