

**TC-044.045/2012-3**

**Tipo:** tomada de contas especial (recursos de reconsideração).

**Unidade jurisdicionada:** Prefeitura Municipal de Boa Esperança/MG.

**Recorrentes:** Construtora JRN Ltda. (00.501.041/0001-61); Deivison Resende Monteiro (027.461.046-95) e Jair Alves de Oliveira (286.710.586-20).

**Advogados:** André Luis Garoni de Oliveira, OAB/DF 15.786; Jayme B. Sampaio Santiago, OAB/DF 15.398; e Filipe da Silveira Moreira, OAB/DF 34.489; procurações: peças 96, p. 11; 99 e 100.

**Interessado em sustentação oral:** não há.

**Sumário:** Tomada de contas especial decorrente da FOC/Funasa. Termo aditivo sem a manutenção do desconto previsto na proposta da empresa contratada. Rejeição das alegações de defesa. Débito e multa. Recursos de Reconsideração. Manutenção do desconto original nos aditivos, mesmo com a inclusão de itens novos e independente de reajustes contratuais. Possibilidade de aplicação de multa de até 100% do valor do dano causado ao erário. Possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico, quando atue com dolo ou culpa. Permissão de inserção, no acórdão, de informações sobre processos dos responsáveis sem decisão definitiva. Desprovidimento.

## INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por JRN Ltda. (peça 96), Deivison Resende Monteiro (peça 97), ex-Procurador-Geral do Município de Boa Esperança/MG; e Jair Alves de Oliveira (peça 98), ex-prefeito de Boa Esperança/MG, contra o Acórdão 1.114/2014 (peça 63), retificado por inexatidão material pelo Acórdão 1.194/2014 (peça 69), ambos da Primeira Câmara, com o seguinte teor:

9.1. julgar irregulares as contas de Jair Alves de Oliveira e Deivison Resende Monteiro, condenando-os, em solidariedade com a empresa Construtora JRN Ltda., ao pagamento das importâncias abaixo discriminadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das respectivas datas de ocorrência, até a efetiva quitação do débito, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a partir da ciência, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres da Fundação Nacional de Saúde:

Valor (R\$)	Data Ocorrência
179.765,71	22/7/2011
90.051,02	3/8/2011
165.461,06	6/10/2011
62.589,89	18/5/2012

9.2. aplicar aos responsáveis Jair Alves de Oliveira e Deivison Resende Monteiro e à empresa Construtora JRN Ltda. a multa prevista no art. 57, da Lei nº 8.443/1992, no valor individual de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das multas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente da data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, caso não atendidas as notificações;

9.4. remeter cópia do Acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 209, § 7º, do Regimento Interno/TCU, para ajuizamento das ações cabíveis.

## HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de tomada de contas especial convertida a partir de auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Boa Esperança/MG (TC 020.192/2011-8), em atendimento ao Acórdão 6.516/2012 - Primeira Câmara (peça 4), prolatado naqueles autos e transcrito abaixo, com destaque para a irregularidade que deu ensejo à condenação dos ora recorrentes:

9.1. acolher as razões de justificativas relativas as ocorrências tratadas nas alienas “a”, “b” e “c” do Voto condutor deste acórdão;

9.2. com fulcro no art. 252 do Regimento Interno do TCU, converter o processo em tomada de contas especial e autorizar a citação dos responsáveis, Jair Alves de Oliveira e Deivison Resende Monteiro, e da Construtora JRN Ltda., para que no prazo de 15 dias, a contar da ciência, **recolham aos cofres da Fundação Nacional de Saúde a importância de R\$ 500.404,71, atualizada monetariamente, nos termos da legislação vigente, ou apresentem alegações de defesa relativas à assinatura do Termo Aditivo-2 ao Contrato LICI 037/2010, sem que fosse aplicada a proporcionalidade da diferença entre o valor global estimado pela administração e o valor global contratado, em afronta ao art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e ao art. 127, § 6º, inciso IV, da Lei nº 12.309/2010;**

9.3. autorizar a Secex/MG a promover as diligências necessárias ao saneamento dos autos;

9.4. dar ciência desta deliberação à Superintendência Estadual da Funasa no Estado de Minas Gerais e aos responsáveis. (Grifos acrescidos)

2.1. Após citação dos responsáveis e análise das alegações de defesa apresentadas, o Tribunal, por meio do Acórdão 1.114/2014 (peça 63), retificado por inexatidão material pelo Acórdão 1.194/2014 (peça 69), ambos da Primeira Câmara, julgou-lhes irregulares as contas, condenando-os em débito e aplicando-lhes multa, na forma transcrita na introdução acima.

2.2. Insatisfeitos, JRN Ltda., Deivison Resende Monteiro e Jair Alves de Oliveira interuseram recursos de reconsideração, em iniciais praticamente idênticas (peças 96, 97 e 98), requerendo (peças 96, p. 9-10; 97, p. 13-14; e 98, p. 10):

Por todo o exposto, espera a Recorrente que seja dado provimento ao seu recurso para que se determine o arquivamento do processo ou para, ao menos, que seja recalculado o débito pela

comparação efetiva do preço de cada item, e não pela aplicação linear do desconto global, tendo em conta ainda o valor a ser compensado, a título de reajuste contratual, no importe de R\$ 328.154,02 em favor da Construtora JRN.

Não sendo acolhidos os pedidos anteriores, requer o afastamento da multa aplicada, por ser medida de inteira justiça.

## ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 105-108), ratificados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator, na peça 110, que concluíram pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.3 do Acórdão 1.114/2014, retificado por inexatidão material pelo Acórdão 1.194/2014, ambos da Primeira Câmara, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

## MÉRITO

### 4. Delimitação

4.1. Constituem objetos dos recursos as seguintes questões:

a) Se o artigo 65, §1º, da Lei 8.666/1993, em interpretação extensiva; e o artigo 127, §6º, inciso IV, da Lei 12.309/2010, exigem a manutenção, nos aditivos contratuais, da proporcionalidade entre o valor global estimado pela administração e o montante contratado, mesmo que para itens novos não contemplados anteriormente ou com redução no preço anterior, bem como se, nessa conta, os reajustes contratuais previstos devem ser considerados (peças 96, p. 2-8; 97, p. 2-9; e 98, p. 2-9);

b) Se a multa aplicada aos recorrentes foi justa (peças 96, p. 9; 97, p. 12-13; e 98, p. 9-10);

c) Se o parecer elaborado por Deivison Monteiro Resende, questionado nos presentes autos, tinha caráter consultivo, com embasamento em interpretação razoável da Lei, isentando-o de responsabilização (peça 97, p. 9-11);

d) Se, em respeito ao princípio da presunção de inocência, podem constar do acórdão informações acerca de processos a que respondem os gestores, ainda sem decisão definitiva; (peça 97, p. 11-12);

### 5. Manutenção do desconto original nos aditivos e inserção de itens novos ou com redução no valor anterior e reajuste contratual (peças 96, p. 2-8; 97, p. 2-9; e 98, p. 2-9)

5.1. Os recorrentes entendem não ser possível imputar-lhes débito e multa, com base na interpretação dada pela Corte à manutenção de desconto, prevista nos artigos 65, §1º, da Lei 8.666/1993; e 127, §6º, inciso IV, da Lei 12.309/2010, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) Na licitação questionada, a Prefeitura de Boa Esperança adotou, como orçamento-base, o valor de R\$ 9.640.170,42, sendo a proposta vencedora de R\$ 6.728.891,02, portanto, com desconto de 30,199%. O Segundo Termo Aditivo ao ajuste foi firmado em montante de R\$ 1.657.024,12. Os técnicos do Tribunal entendem que essa quantia também deveria ser descontada no mesmo percentual, linearmente, o que resultou no débito de R\$ 500.404,71;

b) O percentual de desconto de 30,199% foi obtido de operação matemática de divisão

de R\$ 6.728.891,02 por R\$ 9.640,170,42, ou seja, preço proposto por preço estimado. Isso não significa que cada item da planilha tenha a mesma proporção. Para tanto, trazem à colação exemplos das planilhas. Trata-se de valor médio ponderado (peças 96, p. 3-4; 97, p. 4-5; e 98, p. 3-5);

c) O desconto final não decorre da aplicação linear do percentual sobre todos os itens do orçamento, mas de proporções variadas de redução. É matemática e logicamente errado aplicar sobre o aditivo o desconto obtido pela média ponderada das exclusões individuais aplicadas sobre os itens;

d) O erro decorrente da aplicação linear do desconto médio se agrava pelo uso, como base de cálculo, de itens novos não contemplados no contrato original (peças 96, p. 5; 97, p. 5; e 98, p. 5);

e) Os itens novos, relacionados na peça recursal da Construtora JRN Ltda. (peça 96, p. 14-17), somam R\$ 854.562,63, não havendo lógica obrigar a empresa a praticar os preços descontados aos quais ela não se vinculou ao apresentar a proposta original;

f) A expressão “nas mesmas condições contratuais”, prevista no §1º do art. 65 da Lei 8.666/1993 não se refere a itens novos, os quais foram inseridos apenas por ocasião do aditivo (peças 96, p. 5-6; 97, p. 6; e 98, p. 5-6);

g) O preço dos itens novos devem obediência aos valores de referência do mercado, como propôs a Construtora e conforme já decidiu o Tribunal em diversos julgados (peças 97, p. 6-7; e 98, p. 6). Somente haveria prejuízo se os valores constantes do aditivo estivessem acima dos preços de mercado, o que não ocorreu na espécie, haja vista o respeito aos dados do Sinapi e Copasa (peças 97, p. 7; e 98, p. 6-7);

h) Todos os preços dos itens inclusos no Aditivo n. 2 estão adequados aos sistemas de referência considerados como parâmetros por esta Corte, sendo que alguns estão até menores do que os constantes do contrato aditado, revelando a boa-fé dos contraentes. Logo, não houve prejuízo. Pode-se discutir distúrbio na equação econômico-financeira, mas não no sentido de configurar débito (peças 96, p. 6; 97, p. 7; e 98, p. 7);

i) Em caso de discussão de eventual desequilíbrio, deve-se considerar, para efeito de encontro de contas e compensação, o reajuste autorizado pela Cláusula Quarta, item 4.3, do contrato, pela variação do INCC, não pago à recorrente pela Prefeitura de Boa Esperança, no montante de R\$ 328.154,02 (peças 96, p. 6-7 e 18-19; 97, p. 8; e 98, p. 7);

j) Como não é possível aplicar de forma linear o desconto sobre o valor do aditivo, faz-se necessário proceder a novo cálculo para apurar a existência de débito, excluindo-se os itens novos, no montante de R\$ 854.562,63. Resta, portanto, a quantia de R\$ 802.461,49. Os itens inseridos nesse valor devem ser confrontados com os preços unitários do contrato original, para se apurar eventual diferença;

l) Nem todos os itens inseridos no Aditivo n. 2 estão com valores maiores do que os preços unitários da proposta da Construtora, o que poderá resultar em diferença em favor da contratada, como está demonstrado em planilha anexa ao recurso da empresa (peças 96, p. 7-8 e 20-24; 97, p. 8-9; e 98, p. 8-9);

m) Caso se entenda pela existência de prejuízo, será necessário recalcular o débito, considerando o preço corrigido pela variação do INCC, medido pela Fundação Getúlio Vargas, conforme autoriza a Cláusula Quarta, item 4.3, do ajuste, sem prejuízo de se compensar o valor de reajuste já devido e não pago.

#### Análise

5.2. Não assiste razão aos recorrentes. Primeiramente, é importante destacar que a discussão que se trava nestes autos não deve envolver questionamentos quanto à aderência ou não dos preços unitários do contrato original ou do aditivo aos valores de mercado, bem como os respectivos descontos individuais. Antes, cabe delinear histórico da questão no Tribunal e no ordenamento pátrio.

5.3. Após intensas discussões, iniciadas no Acórdão 1.755/2004 – Plenário, nos colegiados desta Corte quanto ao melhor método de combater o pernicioso jogo de planilhas, que permeia silenciosamente as contratações de obras públicas, com argumentos favoráveis tanto aos métodos do balanço quanto à técnica do desconto, o legislador se posicionou pelo segundo, como discorre Marçal Justen Filho (**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 778):

A preferência pelo método do desconto parece ter sido albergada pelo próprio legislador. Assim, a Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2009 (Lei nº 11.768/2008) determinou, no §6º, do art. 109, que ‘A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária’.

5.4. Do mesmo modo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO para 2011 (Lei 12.309/2010), com pequena modificação redacional, previu, no *caput* do art. 127, que:

Art. 127. O custo global de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias – SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

5.5. Nota-se que o dispositivo, regente dos fatos ora em debate, trata legalmente e de forma geral de critérios de aceitabilidade de custos unitários empregados em obras e serviços de engenharia contratados com recursos da União, os quais não poderiam superar os números previstos no Sinapi ou no Sicro. Nesse ponto, portanto, agiu corretamente a Prefeitura municipal em manter, nas estimativas tanto do contrato original quanto do aditivo ora em discussão, o respeito aos sistemas de referência.

5.6. Entretanto, a legislação citada avançou e previu, no item IV do §6º, para contratos do tipo empreitada por preço global, como o ajuste ora em análise (TC 020.192/2011-8 – peça 14, p. 32, item 8.1), que:

IV - a formação do preço dos aditivos contratuais contará com orçamento específico detalhado em planilhas elaboradas pelo órgão ou entidade responsável pela licitação, **mantendo-se, em qualquer aditivo contratual, a proporcionalidade da diferença entre o valor global**

**estimado pela administração nos termos deste artigo e o valor global contratado, mantidos os limites do art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993; (Grifos nossos)**

5.7. Assim, além da orçamentação na forma prevista pelo *caput*, com respeito aos referenciais usados pela Administração, em qualquer aditivo contratual, eventuais descontos praticados pela licitante vencedora deveriam ser mantidos, como proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do ajuste e de modo a evitar eventuais jogos de planilha que, ao final, anulassem a proposta mais vantajosa adquirida inicialmente. Trata-se exatamente da materialização em Lei da expressão “mesmas condições contratuais” do §1º do art. 65 do Estatuto, mostrando-se correta a interpretação extensiva dessa norma.

5.8. Destaque-se que o dispositivo da Lei 12.309/2010 foi replicado em todas as LDO subsequentes (Leis 12.465/2011 e 12.708/2012), positivando-se em definitivo a questão, por meio do art. 14 do Decreto 7.983/2013, nos seguintes termos:

Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

5.9. Verifica-se que os dispositivos legais e regulamentares não tratam a questão do desconto sob o prisma dos custos unitários, especialmente pelas dificuldades e artimanhas comumente observadas em competições por preço global. Preocupa-se o legislador com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro com base nos valores globais, como assentou esta Corte no Acórdão 1.120/2010 - Plenário:

9. Quanto à determinação acerca da necessidade de manutenção do desconto inicialmente ofertado no âmbito do Contrato n. 08.0.0152, pondero apenas que o mencionado desconto deve incidir sobre o preço global do ajuste e não nos preços unitários, como proposto pela unidade instrutiva, uma vez que o art. 112, § 6º, da Lei n. 12.017/2009 dispõe 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.

5.10. Observe-se, ainda, que a Lei 12.309/2010 e os normativos que a substituíram não diferenciaram o conteúdo dos aditamentos, para fins de discussão quanto à manutenção do desconto. O normativo se refere a “qualquer aditamento”. O fatiamento preconizado pelos recorrentes, retirando os novos gastos, não tem amparo legal, além de confirmar o julgado em relação aos itens mantidos.

5.11. No presente caso, em relação aos itens novos, é importante informar que o aditivo contratual e o respectivo objeto, com todo o conteúdo dele, eram do conhecimento dos recorrentes. Para tanto, basta consultar trecho da exposição de motivos do ajuste complementar ao contrato, assinado apenas um anos após o acordo original (peça 46, p. 39-40):

A elaboração do termo aditivo se faz necessária, pois, trata de continuidade e complementação da execução do sistema de esgotamento sanitário da referida obra.

A construção do interceptor é de fundamental importância para o pleno funcionamento da estação de tratamento de esgoto, eis que é elo entre a captação do esgoto e a unidade de tratamento.

(...)

Importante ainda destacar que a construção a ser realizada através do aditamento do contrato é perfeitamente coerente com o objeto da licitação original, não se tratando de inovações ao

certame, um vez que, se refere também a obras de saneamento, especificamente voltadas para o esgotamento sanitário, sendo o interceptor uma parte do conjunto do sistema de tratamento de esgoto municipal.

(...)

A realização do aditivo se justifica ainda, frente ao fato de que o objeto da licitação será integralmente atendido sem deixar a Estação de Tratamento de Esgoto ociosa até que se licite e conclua as obras do interceptor final.

5.12. Diante do quadro delineado no pedido de complementação, verifica-se que o interceptor final era parte fundamental das obras objeto do Contrato Lici-037/2010. A relevância era de tal sorte que afirma o Superintendente do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Boa Esperança/MG que, mesmo havendo sistema antigo com funcionamento prejudicado, sem o interceptor final, objeto do Aditivo n. 2, a estação de tratamento de esgoto restaria ociosa.

5.13. Não se pode conceber que tanto a JRN Ltda. quanto os demais recorrentes, não tivessem ciência de que os trabalhos teriam continuidade, utilizando-se de termo aditivo, pois seria questionável para qualquer técnico envolvido a construção de obra sem finalidade. Além disso, como explicitado no trecho transcrito e que se confirma com o cotejo entre as planilhas do aditivo (peça 46, p. 78-83) e do contrato original (peça 47), os serviços eram, de fato, similares e se complementavam. O sistema de esgoto não teria sentido sem o interceptor final.

5.14. A prova inequívoca da ciência dos recorrentes está no fato de que os recursos que lastrearam a construção do interceptor final advieram do Convênio TC/PAC 0362/2010 (Siafi: 666304), conforme informou a unidade técnica (peça 5, p. 1). Em consulta ao Portal da Transparência federal, constata-se que a vigência desse ajuste se iniciou em 31/12/2010.

5.15. Logo, considerando-se que meses se passaram entre a decisão da Administração acerca do objeto de destinação daquele dinheiro, preparação do pedido e solicitação dos valores à União, prazo que aproxima sobremaneira da assinatura do ajuste original, em 11/6/2010, menos de seis meses antes, é forçoso reconhecer que a JRN, ao dar o desconto na concorrência, bem como os demais recorrentes sabiam da continuidade dos trabalhos.

5.16. De todo modo, mesmo que os autos não demonstrassem essa realidade, ainda assim os dispositivos legais aplicáveis à matéria não excluem os itens novos do desconto atribuído inicialmente ao contrato.

5.17. A razão para isso está no fato de que a apresentação de novos itens, especialmente em contratos oriundos de certames sem critérios de aceitabilidade de preços unitários, como no presente caso, é capaz de anular por completo os benefícios que levaram o licitante vencedor a adjudicar o objeto.

5.18. No caso em epígrafe, a Construtora JRN Ltda., na disputa empreendida no bojo da Concorrência 01/2010 da Prefeitura Municipal de Boa Esperança/MG, ofertou proposta vencedora com 30,199% de desconto em relação ao previsto pela contratante, para cumprir o objeto do ajuste, consubstanciado na construção do sistema de esgotamento sanitário, na forma descrita no acordo e respectivos anexos (peça 46, p. 2).

5.19. Apenas um ano após a assinatura do ajuste original, o Contrato, que tinha vigência de 24 meses, foi aditivado para inserir o interceptor final, complemento essencial ao sistema licitado, sendo que sequer há indicação no aditivo de incremento no prazo de conclusão dos trabalhos (peça

46, p. 77), o que demonstra a imbricação entre os serviços. Os indícios constantes dos autos, em conjunto, demonstram que os interessados tinham ciência da complementação do ajuste.

5.20. Esse tipo de conjuntura e os “jogos de planilha” é que levaram os legisladores a inserirem nas LDO e, posteriormente, em Decreto presidencial, a garantia de proporcionalidade entre o valor global previsto pelo contratante e a proposta apresentada pelo licitante vencedor, independentemente de o aditivo constituir-se de itens novos ou repetidos. Essa postura impede que se perca nos aditamentos os ganhos iniciais do Poder Público, razão pela qual o Tribunal tem interpretado de maneira perfeita essa questão (Acórdão 1.015/2011 – Plenário):

9.7. determinar à Prefeitura do Município de Belém/PA que adote providências com vistas a incluir no Contrato nº 001/2008-SEHAB/PMB cláusula estabelecendo que, **caso se faça necessária a celebração de termos aditivos versando sobre a inclusão de novos itens ou acréscimos de quantitativos de itens previstos na planilha de preços do referido contrato, deverão ser observados os preços praticados no mercado, que tenham por limite os referenciais de preço contidos no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil – Sinapi, bem como mantido o desconto inicialmente ofertado pela licitante vencedora, conforme disposto no § 5º, inciso I, do art. 127 da Lei nº 12.309/2010 (LDO 2011), informando ao TCU, no prazo de 30 (trinta) dias, as medidas adotadas;** (Grifos acrescidos)

5.21. Mesmo no precedente citado pelos recorrentes (peças 97, p. 6-7; e 98, p. 6), o Tribunal não se olvidou de discutir a questão da manutenção do desconto. No relatório do Acórdão 1.919/2013 – Plenário, os técnicos concluíram e o Tribunal acolheu que:

Dessa forma, não se pode descartar a possibilidade de jogo de planilha, vez que a contratada sabia da necessidade de aumento nos volumes de terraplanagem. Sem a informação sobre as quantidades e preços dos serviços que perfazem o preço global proposto pela contratada, é impossível a verificação da manutenção do desconto contratual nos serviços ou etapas da obra.

5.22. Diante disso, em não havendo desconto a ser mantido ou não sendo possível identificá-lo com clareza, os valores de mercado, sem dúvida, serão o patamar superior de qualquer aditivo, como explicita o *caput* do art. 127 da Lei 12.309/2010 para qualquer orçamento. Não foi o caso dos autos, em que os técnicos identificaram e os recorrentes não negam o desconto inicial de 30,199% na previsão original do contrato.

5.23. De outra sorte, como destacou adequadamente a unidade técnica (peça 62, p. 8), o possível reajuste nos preços do contrato, se devido pela Administração, não deve interferir no presente caso, devendo ser objeto de ação específica da Construtora JRN Ltda., a qual sequer traz notícia da negativa do pedido administrativo e os eventuais motivos determinantes do ato.

5.24. Assim, na celebração de termos aditivos versando sobre a inclusão de novos itens ou acréscimos de quantitativos de itens previstos na planilha de preços do referido contrato, deverão ser observados os preços praticados no mercado, que tenham por limite os referenciais contidos nos sistemas de referência, bem como mantido o desconto inicialmente ofertado pela licitante vencedora, conforme disposto no art. 14 do Decreto 7.983/2013, independente de eventuais reajustes contratuais.

## **6. Justiça das multas aplicadas (peças 96, p. 9; 97, p. 12-13; e 98, p. 9-10)**

6.1. Os recorrentes consideram que as multas individuais a eles aplicadas, no montante de R\$ 50 mil reais, revelam-se exorbitantes, tendo em vista os seguintes argumentos:

- a) A obra foi concluída;
- b) Não houve desvio de recursos ou locupletamento;
- c) Os preços ajustados no Aditivo n. 2 são compatíveis com o valor de mercado;
- d) Alguns itens do aditivo apresentam preço inferior ao do contrato aditado;
- e) A boa-fé dos contraentes, como decorrência dos aspectos anteriores;
- f) A ausência de culpa ou dolo do recorrente Deivison Resende Monteiro, tendo em vista que o parecer por ele prolatado era juridicamente defensável, sendo que a interpretação do dano depende da interpretação extensiva da Lei 8.666/1993 (peça 97, p. 13).

6.2. Com isso, entendem os recorrentes que, caso não seja provido o recurso quanto à inexistência do débito ou da nova formatação da dívida, sejam afastadas as multas aplicadas, as quais se mostram injustas.

#### Análise

6.3. Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar. Primeiramente, na forma discutida no tópico anterior, a questão da manutenção do desconto que ocasionou o débito ora em debate, não se relaciona à conclusão do objeto, desvio de recursos ou compatibilidade dos preços aos valores de mercado. O dano ao erário está exatamente em os responsáveis não terem garantido o necessário equilíbrio entre o contratado e o previsto inicialmente pela Administração.

6.4. Trata-se, além da interpretação extensiva da Lei 8.666/1993, como discorre um dos recorrentes, da necessária observância de dispositivo legal claro inscrito na Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2011 – Lei 12.309/2010, de conhecimento de todos os operadores de recursos federais.

6.5. Destaque-se que dispositivo semelhante já constava no §6º do art. 112 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano anterior – Lei 12.017/2009, *in verbis*:

§6 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.

6.6. Nessa linha, além dos conhecidos debates nesta Corte acerca dos reflexos nocivos dos “jogos de planilha” nos orçamentos de obras públicas, especialmente empregados em aditivos contratuais, os recorrentes certamente tinham ou deveriam ter ciência da positivação da manutenção dos descontos originais nos aditivos, com alterações na planilha orçamentária, desde 2009.

6.7. Assim, mostra-se de razoável gravidade a execução de aditivo contratual para a continuação de serviços similares, previamente conhecidos, sem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, na forma definida pela Lei 12.309/2010 e por interpretação extensiva do §1º do art. 65 do Estatuto.

6.8. Destaque-se que o art. 57 da Lei 8.443/1993 autoriza o Tribunal, em caso de julgamento em débito, a aplicar multa ao responsável de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário, o qual, no caso, supera meio milhão de reais. Assim, o montante de R\$ 50.000,00 em penalidade pecuniária, ou seja, cerca de 10% do valor devido, não se mostra desarrazoado.

6.9. Logo, uma vez adequadamente valoradas as circunstâncias do caso concreto, o Tribunal, quando o responsável for julgado em débito, poderá aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário.

## 7. Parecer jurídico e isenção de responsabilidade (peça 97, p. 9-11)

7.1. O recorrente Deivison Resende Monteiro afirma não poder ser responsabilizado pelo parecer emitido para fundamentar o Termo Aditivo n. 2 ao Contrato Lici-37/2010, tendo em vista os seguintes argumentos:

- a) A responsabilidade do parecerista somente ocorre quando a opinião é vinculante ou quando restar comprovado dolo ou culpa, o que não ocorreu na espécie;
- b) No presente caso, o parecer não vinculou a decisão do gestor. Seria vinculante se o responsável não tivesse outra alternativa senão a assinatura do aditivo. Não há normativo que dê autoridade ao Procurador-Geral do Município nesse sentido. A decisão de assinar ou não o termo aditivo era exclusivamente do Prefeito (peça 97, p. 10);
- c) Há recente decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, afastando condenação imposta pelo Tribunal a responsável por emissão de parecer, sob o fundamento de firme orientação daquela Corte de que o parecer meramente consultivo não gera responsabilização do autor (Mandado de Segurança 30.892);
- d) Não houve dolo ou culpa e não há, no Acórdão, nenhuma consideração nesse sentido. O desconto aplicado no contrato primitivo deveria ter sido mantido no aditivo, por interpretação extensiva, sendo a não observância desse aspecto o fundamento da condenação do parecerista;
- e) Não há imposição clara em relação ao desconto. Trata-se de interpretação extensiva do art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993, o que está claro no acórdão, impondo-se à contratante a concessão de desconto médio que não consta da proposta original, inclusive com a inclusão de itens que sequer constaram da oferta vencedora;
- f) A tese do parecer, defendida, inclusive, em Acórdão do Tribunal, é razoável, no sentido da regularidade do aditivo, pois os valores apresentados obedeciam aos preços de referência do Sinapi e Copasa, sendo que os valores de mercado afastavam eventual prejuízo à Administração (peça 97, p. 11);
- g) O recorrente, na condição de Procurador do Município, emitiu parecer consultivo, no qual, tendo em vista a adequação dos preços aos valores de mercado e diante da ausência de imposição legal sobre desconto linear em aditivo, recomendou a assinatura do termo. A conclusão é técnica e juridicamente aceitável, não lhe podendo ser atribuída qualquer responsabilidade por interpretação extensiva da Lei de Licitações.

### Análise

7.2. Não assiste razão ao recorrente. O parecerista se refere apenas à interpretação extensiva do §1º do art. 65 da Lei 8.666/1993, um dos fundamentos da irregularidade, mas se esquece de contraditar o inciso IV do §6º do art. 127 da Lei 12.309/2010, o qual se transcreve uma vez mais:

IV - a formação do preço dos aditivos contratuais contará com orçamento específico detalhado em planilhas elaboradas pelo órgão ou entidade responsável pela licitação, **mantendo-se, em qualquer aditivo contratual, a proporcionalidade da diferença entre o valor global estimado pela administração nos termos deste artigo e o valor global contratado, mantidos os limites do art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993;** (Grifos acrescidos)

7.3. Mesmo que não se considere a interpretação extensiva da Lei 8.666/1993, a clareza do dispositivo constante da LDO para 2011, quanto à obrigatoriedade de manutenção, em qualquer aditivo em ajuste para execução de despesas com recursos federais, do desconto ofertado pela licitante vencedora, é significativa.

7.4. No parecer prolatado pelo recorrente (peça 46, p. 71-76), não há qualquer menção ao referido dispositivo, o que constitui conduta culposa por negligência, apta a ensejar a responsabilização do parecerista e não tese defensável que lhe isente de penalidade. O fato de a manifestação ser vinculante ou não é importante para a discussão da responsabilidade do dirigente, mas não tem relevância no presente caso.

7.5. Além disso, é incorreto o caráter consultivo atribuído pelo recorrente ao parecer ora em discussão. De acordo com o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

7.6. Dessa forma, o ora recorrente, como Procurador-Geral do Município de Boa Esperança/MG, na época dos fatos, atuou por expressa disposição legal, em consulta obrigatória, tanto que o parecerista assina, juntamente com os pactuantes, todos os acordos firmados, seja o contrato original (peça 46, p. 6) ou os dois aditivos contratuais (peça 46, p. 37 e 77).

7.7. Dessa forma, o precedente utilizado em defesa pelo recorrente não o acolhe. Ademais, em consulta ao julgado no sítio do STF, verifica-se, inclusive, que a deliberação foi tornada sem efeito em decisão monocrática do Relator, prolatada em 20/8/2014, após agravo interposto pelo Tribunal. Logo, a questão ainda está em discussão.

7.8. De todo modo, esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo.

7.9. Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gere, arrecade, guarde e administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável por este Tribunal, pois o art. 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio “ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”.

7.10. O voto condutor do Acórdão 190/2001-TCU-Plenário expõe com precisão a posição deste Tribunal sobre o tema, nos seguintes termos:

O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica,

por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais antijurídica que fosse, situação **que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos, e poderia levar a um caos generalizado na administração** (grifos acrescentados).

7.11. A responsabilização solidária do parecerista por **dolo ou culpa** decorre da própria Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), a qual, em seu art. 32, dispõe que o “advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

7.12. A disciplina do art. 186 do Código Civil conduz à mesma conclusão, ao estatuir o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ademais, complementando o dispositivo citado, o art. 927 do mesmo código traz a seguinte previsão: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

7.13. Assim, existindo parecer que, por dolo ou culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, poderá ensejar a responsabilização pelas irregularidades e prejuízos aos quais tenha dado causa.

7.14. O Supremo Tribunal Federal, tratando sobre a responsabilização de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico, admitiu a responsabilidade solidária do parecerista em conjunto com o gestor, ao prever, no julgamento do Mandado de Segurança 24.631/DF, de 9/8/2007, Relator Ministro Joaquim Barbosa, o qual também é fundamento do Mandado de Segurança 30.892, trazido à colação pelo recorrente, que:

(...)

II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

(...)

7.15. Em relação ao parecer obrigatório, previsto no art. 38 do Estatuto, como a manifestação ora em debate, o Ministro Marco Aurélio, ao discorrer sobre a responsabilidade do consultor jurídico nesse caso, assim se pronunciou no voto condutor do MS 24.584/DF, de 9/8/2007, de sua relatoria:

Daí a lição de Marçal Justen Filho em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, página 392, citada no parecer da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, no sentido de que, **‘ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado’**.

(...)

Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade. Fica sujeita, na Administração Pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. **Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que pratiquem.** (grifos acrescentados)

7.16. A jurisprudência desta Corte de Contas há muito consolidou esse entendimento, conforme consignado nos acórdãos 1.674/2008-Plenário e 157/2008-1ª Câmara.

7.17. Logo, o recorrente, ao prolatar manifestação sobre aditivo contratual destinado à execução de despesas com recursos federais, sem atentar minimamente para claro dispositivo previsto na Lei de Diretrizes Orçamentárias, de amplo conhecimento dos profissionais atuantes na área, agiu culposamente, por negligência, devendo responder solidariamente pelo dano ao erário.

7.18. Assim, é possível a responsabilização de parecerista jurídico quando seu parecer, por dolo ou culpa, induzir o administrador público à prática de irregularidade ou causar prejuízos ao erário.

## **8. Informações sobre prisões ou processos ainda sem decisão definitiva e presunção de inocência (peça 97, p. 11-12)**

8.1. Destaca o recorrente Deivison Resende Monteiro o seguinte trecho do relatório do acórdão recorrido (peça 97, p. 12):

72. Informa-se que, nos últimos anos, segundo notícias veiculadas por órgãos de imprensa (peças 49 e 50), o Sr. Deivison Resende Monteiro foi preso, por duas vezes, no curso de ações da Polícia Federal que buscaram dismantlar organização criminosa especializada em fraudar licitações públicas. As ações ocorreram no âmbito da Operação Convite Certo, deflagrada em 2011.

8.2. O recorrente aduz, contudo, que essas informações são inverídicas e têm a função de desqualificá-lo, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) Ele foi vítima de arranjos políticos;

b) O processo criminal aberto para apurar tais fatos sequer teve denúncia analisada pelo Juiz da 5ª Vara Criminal do foro de Belo Horizonte/MG (Processo 0196284.86.2011.8.13.0024);

c) Os fatos não guardam relação com o presente caso e violam a garantia constitucional da presunção de inocência.

8.3. Diante disso, requer a exclusão dessas informações do acórdão recorrido e a desconsideração de todos os efeitos dela decorrentes.

### Análise

8.4. Os argumentos do recorrente não merecem prosperar. Não há qualquer óbice a que conste esse tipo de informação nos relatórios técnicos e acórdãos emanados desta Corte, desde que os fatos não fundamentem os julgamentos desta Corte. Especialmente em inspeções, os dados são relevantes para instruir procedimentos de auditoria futuros e eventuais cotejos entre as diversas irregularidades.

8.5. Em consulta ao voto condutor da deliberação recorrida (peça 62), não se verifica qualquer menção às informações adicionais apresentadas pela unidade técnica, o que demonstra que o Relator e o colegiado tiveram parcimônia na interpretação dos dados e respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

8.6. Dessa forma, não há óbice a que constem dados sobre processos ainda em curso, vinculados aos responsáveis, desde que os fatos não julgados não fundamentem penalidades aos gestores, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

## **CONCLUSÃO**

9. Das análises anteriores, conclui-se que:
- a) Na celebração de termos aditivos versando sobre a inclusão de novos itens ou acréscimos de quantitativos de itens previstos na planilha de preços do referido contrato, deverão ser observados os preços praticados no mercado, que tenham por limite os referenciais contidos nos sistemas de referência, bem como mantido o desconto inicialmente ofertado pela licitante vencedora, independente de eventuais reajustes contratuais;
  - b) Uma vez adequadamente valoradas as circunstâncias do caso concreto, o Tribunal, quando o responsável for julgado em débito, poderá aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário;
  - c) É possível a responsabilização de parecerista jurídico quando seu parecer, por dolo ou culpa, induzir o administrador público à prática de irregularidade ou causar prejuízos ao erário;
  - d) Não há óbice a que constem dados sobre processos ainda em curso, vinculados aos responsáveis, desde que os fatos não julgados não fundamentem penalidades aos gestores, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.
- 9.1. Assim, os elementos apresentados pelos recorrentes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, devendo-se mantê-la em seus exatos termos.

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

10. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, I, e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao TCU e ao Gabinete do Relator, propondo:

- a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) comunicar aos recorrentes, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 1º de outubro de 2014.

*[assinado eletronicamente]*

Judson dos Santos  
AUFC – mat. 5677-4