



Acórdão 00982/2022-5 - Plenário

Processo: 02267/2016-6

Classificação: Tomada de Contas Especial Convertida

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Serra

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: VICTOR LEITE WANICK MATTOS

Responsável: AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS, ALVARO ROQUE TOSTA DA CUNHA, ANDREA TONGO AMORIM, FLAVIO NARCISO CAMPOS, HERMAN MATTOS DE SOUZA, JEFFERSON ZANDONADI, JOAO CARLOS MENESES, JOSE MARIA DE ABREU JUNIOR, KLODAILSON MARTINHO MACHADO ROLLA, MARCELO BORGES DE CARVALHO, SAMUEL DIAS DE SOUZA FILHO, TANIA LUCIA COUTINHO DE OLIVEIRA, EMEC - OBRAS E SERVICOS LTDA, ANTONIO SERGIO ALVES VIDIGAL, HALPHER LUIGGI MONICO ROSA

Procuradores: ALINE DUTRA DE FARIA (OAB: 12031-ES), CLAUDIA RODRIGUES NASCIMENTO (OAB: 9787-ES), FELIPE OSORIO DOS SANTOS (OAB: 6381-ES), KARLA LYRIO DE OLIVEIRA (OAB: 19807-ES), LUCIANA DE OLIVEIRA SACRAMENTO (OAB: 19260-ES), MILENA GOTARDO COSME (OAB: 19148-ES), THIAGO LOPES PIEROTE (OAB: 14845-ES), MARIANA GOMES AGUIAR (OAB: 22270-ES), POLIANE DIAS COCO (OAB: 26492-ES), RODRIGO BARCELLOS GONCALVES (OAB: 15053-ES), TALYTTA DAHER RANGEL FORATTINI PEDRA (OAB: 16120-ES), ANDERSON SANT ANA PEDRA (OAB: 9712-ES)

**DENÚNCIA – CONVERSÃO EM TOMADA DE
CONTAS – REJEITAR PRELIMINARES -
IMPUTAÇÃO DE RESSARCIMENTO – AFASTAR E
MANTER IRREGULARIDADES – APLICAÇÃO DE
MULTA – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por cidadão, em face do Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos, Prefeito Municipal do Município da Serra, noticiando irregularidades cometidas quando da execução da reforma da praça “Encontro das Águas”, localizada no bairro Jacaraípe.

Por meio da Decisão 03164/2016 do Plenário decidiu-se pela inclusão da denúncia como objeto de inspeção no Plano Anual de Fiscalização de 2017, desde que atestada a viabilidade de procedimento pela Secretaria Geral de Controle Externo.

Realizada a inspeção, foi gerado o Relatório de Inspeção 00008/2017, seguida da Instrução Técnica Inicial 00585/2017, que, dentro outras medidas, sugeriu a citação dos responsáveis.

Em seguida, foi prolatada a Decisão 03239/2017 do Plenário, que indeferiu a suspensão cautelar da execução do contrato n° 157/2015 e pagamentos decorrentes, sem prejuízo da retenção cautelar da garantia, bem como determinou a citação dos responsáveis, dentre outras medidas.

Por meio da Manifestação Técnica 00414/2018, a Área Técnica solicitou ao eminente Relator a autorização quanto à realização de diligência *in loco* para avaliação dos serviços executados pela empresa EMEC Obras e Serviços Ltda. para correção e complementação em determinada obra analisada, bem como diligências na Prefeitura Municipal, caso necessário, para dirimir dúvidas sobre o assunto, o que foi autorizado pelo Despacho 35366/2018.

Assim foi gerada a Manifestação Técnica 837/2018, que, analisando toda a situação posta nos autos, inclusive as justificativas apresentadas, sugere a confecção de análise conclusiva, o que foi feito pela Instrução Técnica Conclusiva 00627/2020, que conclui nos seguintes termos:

Ante o exposto, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

*A **conversão** do processo de fiscalização em tomada de contas especial, nos termos do artigo 115, caput, da Lei Complementar 621/2012 e do artigo 207, Vi c/c art. 317, caput e §2º, do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013, em razão dos achados que resultaram em dano ao erário;*

Tendo em vista o cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, dispostos no quadro abaixo, com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da LC 621/2012, impondo-se, solidariamente, com base no art. 87, II e V da LC 621/2012, a responsabilidade pelo ressarcimento ao erário municipal da Serra dos valores dispostos no quadro abaixo, bem como a aplicação de multa com amparo no art. 135, III, da LC 621/2012;

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS	SUBITENS/ IRREGULARIDADES	IMPORTÂNCIA DEVIDA	
		R\$	VRTE
<p>Sr. Herman Mattos de Souza Secretário de Obras</p> <p>Sr. Jefferson Zandonadi Presidente da Comissão Permanente de Licitação – SEOB</p> <p>Emec Obras e Serviços Ltda Empresa Contratada</p>	2.3 – Alteração de cláusula de reajustamento no momento da contratação, através da modificação da data-base constante no edital de licitação, gerando dano ao erário.	346.973,43	125.331,68
<p>Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos Prefeito Municipal</p> <p>Sra. Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira Gestora do</p>	2.4 – Foram pagos serviços inseridos na planilha orçamentária através do 1º Termo Aditivo, no qual constam: (i) serviços já existente na planilha, porém com preços superiores e (ii) serviços novos com preços superfaturados.	90.207,43	33.570,55

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS	SUBITENS/ IRREGULARIDADES	IMPORTÂNCIA DEVIDA	
Contrato			
<p>Sr. João Carlos Menezes</p> <p>Secretário de Obras</p> <p>Sra. Andréa Tongo Amorim</p> <p>Diretora do Depto de Medições e Gerenciamento de Contratos</p> <p>Sr. Marcelo Borges de Carvalho</p> <p>Fiscal do Contrato</p> <p>Emec Obras e Serviços Ltda</p> <p>Empresa Contratada</p>	<p>2.4 – Foram pagos serviços inseridos na planilha orçamentária através dos 1º e 2º Termos Aditivos, no qual constam: (i) serviços já existente na planilha, porém com preços superiores; (ii) serviços novos com preços superfaturados e (iii) serviços com quantitativos superestimados.</p>	479.372,37	165.316,70
<p>Sra. Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira</p> <p>Gestora do Contrato</p>	<p>2.5 – Foram pagos serviços com quantidades superiores às executadas até a 8ª medição complementar.</p>	224.573,48	83.574,66
<p>Sr. Marcelo Borges de Carvalho</p> <p>Fiscal do Contrato</p> <p>Emec Obras e Serviços Ltda</p> <p>Empresa Contratada</p>	<p>2.5 – Foram pagos serviços com quantidades superiores às executadas até a 9ª medição complementar.</p>	247.414,47	91.307,15
<p>Sra. Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira</p> <p>Gestora do Contrato</p> <p>Sr. Marcelo Borges de</p>	<p>2.6 – Foram pagos serviços com qualidade inferior ao especificado em projetos e planilha orçamentária.</p>	15.723,75	5.851,57

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS	SUBITENS/ IRREGULARIDADES	IMPORTÂNCIA DEVIDA	
<p>Carvalho</p> <p>Fiscal do Contrato</p> <p>Emec Obras e Serviços Ltda</p> <p>Empresa Contratada</p>			

Rejeitar parcialmente as justificativas dos agentes do quadro abaixo, tendo em vista a prática de atos ilegais dispostos nesta ITC, sugerindo-se a aplicação de multa com amparo no art. 135, II, da LC 621/2012;

RESPONSÁVEIS	SUBITENS/ IRREGULARIDADES
<p>Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos</p> <p>Prefeito Municipal</p> <p>Sr. Herman Mattos de Souza</p> <p>Secretário de Obras</p> <p>Sr. Samuel Dias de Souza Filho</p> <p>Secretário de Serviços</p> <p>Sr. Flávio Narciso Campos</p> <p>Procurador Adjunto do Município</p> <p>Sr. Álvaro Roque Tosta da Cunha</p> <p>Diretor do Depto. de Projetos e Obras Públicas da Secretaria de Obras</p> <p>Sr. Jefferson Zandonadi</p> <p>Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria de Obras</p>	<p>2.1. Contratação direta em situação diversa das previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93.</p>
<p>Sr. Marcelo Borges de Carvalho</p> <p>Fiscal do Contrato</p>	<p>2.7 – Atestou que os serviços da 9ª medição, realizados em dezembro de 2015 e fevereiro de 2016, foram executados em novembro de 2016, provocando um cálculo de reajuste indevido.</p>

Sr. João Carlos Menezes Secretário de Obras Sra. Andréia Tongo Amorim Diretora do Depto de Medições e Gestão de Contratos	2.8 - Percentual de aditivos acima do limite estabelecido na lei 8.666/93.
--	--

A esse posicionamento, o *Parquet* de Contas anuiu, conforme Parecer do Ministério Público de Contas 01465/2020-3.

Após requerimento de um dos responsáveis, proferi a Decisão em Protocolo 00437/2020, no sentido de autorizar o adiamento do julgamento em uma sessão.

Considerando a realização de sustentações orais e juntadas de memoriais, foram os autos remetidos à Área Técnica, que procedeu à Manifestação Técnica de Defesa Oral 00014/2021, que concluiu pelo prosseguimento da tramitação processual, mantendo-se inalterados os termos da ITC 627/2020.

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer do Ministério Público de Contas 00508/2021, anuiu ao posicionamento técnico, e ainda trouxe as seguintes considerações:

Consoante se depreende da análise empreendida pelo corpo técnico desta Corte de Contas, os documentos apresentados pelo responsável não preenchem os requisitos previstos no art. 328, § 1º, do RITCEES, tendo induzido ao erro o eminente conselheiro relator e provocado a desnecessária reabertura da instrução processual com o objetivo de postergar o julgamento do feito no intuito de manipular o exercício da atividade de controle externo, razão pela qual este Parquet de Contas, em complemento à primorosa Manifestação Técnica de Defesa Oral 14/2021-6, pugna no seguinte sentido:

a) Para que o colegiado acolha a manifestação da área técnica e declare que os documentos juntados pelo responsável não se enquadram no conceito de documento novo definido no § 1º do art. 328 do RITCEES;

b) Pela conseqüente cominação de multa ao senhor Audifax Charles Barcelos, nos termos do art. 328, § 3º, do RITCEES, considerando, para tanto, o fato de que a aferição do enquadramento dos documentos apresentados no conceito de "documento novo", realizada mediante juízo sumário do relator, haja vista não terem sido aferidos os requisitos autorizativos, não se submete à preclusão processual, devendo, portanto, ser necessariamente reavaliada pelo colegiado e confirmada (ou não) após o exame exauriente conduzido pelo corpo técnico desta Corte de Contas.

c) Caso não sejam acolhidos os pedidos anteriores, pugna-se para que o colegiado declare expressamente que os documentos juntados pelo responsável preenchem os requisitos contidos no § 1.º do art. 328 do RITCEES, demonstrando que os documentos trazidos ao conhecimento desta Corte de Contas satisfazem simultaneamente às duas exigências previstas no referido dispositivo, quais sejam: não constar do processo e guardar pertinência com o mesmo;

Por meio da Decisão 1042/2021-4 – Plenário foi instaurada diligência para esclarecimentos quanto a determinados itens.

Ato contínuo, A Manifestação Técnica MT 1178/2021 propôs expedir comunicação de diligência ao Sr.Sérgio Vidigal (Prefeito Municipal de Serra), e do Sr.Halpher Luiggi Mônico Rosa (Secretário Municipal de Obras), para apresentação de:

- Processo completo de Sindicância instaurada pela Portaria 47/2017, nestes incluídos:
 - ❖ Planilhas detalhadas de medições, com apresentação de memorial e detalhamento de todos os serviços corrigidos e seus respectivos valores de reajustamentos;
 - ❖ Comprovação da liquidação e pagamento da compensação efetuada, indicada pela Comissão.
- Documentação completa de liquidação e pagamento que guarde relação com o Contrato 157/2015, nesta inclusas:
 - ❖ Planilhas detalhadas de todas as medições realizadas, com respectivas documentações probatórias, memoriais de cálculo e pagamentos efetuados, bem como estornos e compensações, em favor da empresa Emec Obras e Serviços Ltda.
- Demais informações relacionadas, que julgarem pertinentes, relacionados ao conteúdo dos itens 2.4 a 2.7 da Manifestação Técnica 837/2018-9.

Através do OFÍCIO Nº 171 /SEOB/2021 a Secretaria Municipal de Obras (SEOB) da Serra enviou em resposta ao Termo de Diligência 00027/2021-3 os documentos solicitados nos itens a, a.1, a.2, b, b.1.

Com o encaminhamento dos autos ao Núcleo de Controle Externo e Edificações – NED, houve a elaboração da Instrução Técnica Conclusiva 4241/2021 que:

Conclui-se pela manutenção dos itens 2.1, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7 e 2.8 expostos no Relatório de Inspeção 8/2017-2, na Manifestação Técnica 837/2018-9 e na Instrução Técnica Conclusiva 627/2020-1.

Conclui-se ainda, pelo afastamento das irregularidade referentes aos itens 2.3, considerando que o relatório da comissão de sindicância apurou que o total de pagamentos dos reajustamentos foi de R\$ 1.378.963,82 e não de R\$ 1.920.765,59 conforme apontado no relatório de auditoria.

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer nº 04216/2021, da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuiu à proposição técnica.

Após, houve a Decisão 03781/2021 - Plenário que considerou a data base para o reajuste devido o mês de dezembro de 2009, em relação à irregularidade de “superfaturamento motivado por alteração de cláusula de reajustamento [QA 03]”, sendo encaminhados os autos à área técnica para fins de cálculos de eventual ressarcimento decorrente desta irregularidade.

A área técnica, por meio da Instrução Técnica Conclusiva 00094/2022, pontou que “considerando a data base para o reajustamento do contrato o mês de **Dezembro/2009**, que o valor devido relativo aos reajustamentos das parcelas dos pagamentos era de **R\$ 1.717.778,24**”, ressaltou, ainda, tal instrução, “que o valor total pago referente ao reajustamento das parcelas das medições de 1º a 9º foi de **R\$ 1.378.963,82**, se concluiu que foi pago um valor menos referente ao reajustamento do contrato”, mantendo inalterada as conclusões da Instrução Técnica Conclusiva 4241/2021.

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer nº 00188/2022, da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuiu à proposição técnica.

Após submissão do feito ao Plenário, este procedeu à Decisão TC-1836/2022, cujo dispositivo foi o seguinte:

1.1. ACOLHER A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DESTES TCEES, a fim de considerar prescrita exclusivamente a análise da irregularidade de —Ausência de composições unitárias no processo de licitação, restringindo a análise de enquadramento ao preço de mercado, nos termos deste Voto;

1.2. RETORNAR para fins de regularização do cadastramento das partes, com a posterior designação de nova pauta para oportunizar as sustentações orais, a fim de evitar a ocorrência de nulidades em razão da ausência de contraditório, nos termos deste voto;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados.

2. Unânime, nos termos do voto-vista do conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, anuído pelo relator.

3. Data da Sessão: 09/06/2022 - 27ª Sessão Ordinária do Plenário.

(...)

Por meio de petição juntada aos autos (158 - Petição Intercorrente 00579/2022-2), a empresa EMEC – OBRAS E SERVIÇOS LTDA defende que a ausência de procuração nos autos, por ter impedido a correta intimação, não teria proporcionado o contraditório, e requer a juntada de instrumento procuratório, bem como a apreciação de pedidos constantes em petição anterior.

Por meio da Petição Intercorrente 00598/2022-5, a EMEC – OBRAS E SERVIÇOS LTDA solicita juntada de vídeo de sustentação oral realizada, o que se procedeu, conforme consta dos autos eletrônicos.

É o relatório.

V O T O

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1) PRELIMINARMENTE

Regularizado o cadastramento das partes, e tendo sido designada nova pauta para oportunizar eventuais sustentações orais, o feito se encontra saneado, pronto para receber, por parte desta Corte, resposta meritória. Antes de analisar o mérito do presente processo, entretanto, cabe adentrar em questões preliminares trazidas aos autos.

a) Da argumentação de prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal

Conforme bem mencionado na Instrução Técnica Conclusiva 627/2020, os fatos narrados no Relatório de Inspeção 008/2017 ocorreram no ano de 2015, considerando que o prazo prescricional foi interrompido com a citação válida dos responsáveis (agosto e setembro de 2017), na forma do inciso I, §4º do art. 373 do RITCEES, não há que se falar na ocorrência de prescrição, pois não transcorreu cinco anos desde a citação válida dos agentes.

Ressalta-se que um apontamento remete a 2009, qual seja, “Ausência de composições unitárias no processo de licitação, restringido a análise de enquadramento ao preço de mercado. [QA 02]”, de modo que, em relação especificamente a essa irregularidade, ocorreu o transcurso de cinco anos entre o ato realizado e a citação válida, ocasionando a prescrição.

Assim, rejeito a alegação de prescrição da pretensão punitiva deste TCEES, exceto quanto à irregularidade de “Ausência de composições unitárias no processo de licitação, restringido a análise de enquadramento ao preço de mercado. [QA 02]”.

b) Ilegitimidade passiva *ad causam* do sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos, Prefeito Municipal.

O Prefeito Municipal, Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos alegou que:

III – DA ILEGITIMIDADE **AD CAUSAM** DO PREFEITO MUNICIPAL

Inicialmente, ressalta-se que o ora Defendente vem recebendo notificações emanadas desse Egrégio Tribunal de Contas para se manifestar acerca de "processos" e/ou representações realizadas nessa esfera. Entrentes, cabe salientar que tais notificações devem, salvo melhor juízo, ser endereçadas aos ordenadores de despesas e demais servidores que possuem estrita ligação com o ato, ou melhor, que praticaram o ato administrativo. Isso porque, o Município da Serra possui norma de desconcentração de poderes, mais precisamente a Lei n.º 3479/2009, a qual dispôs em seu artigo 10 e parágrafos, que:

Art. 10. Aos Secretários Municipais e Autoridades de igual hierarquia competem ordenar despesas e autorizar pagamentos, na forma definida em ato do Chefe do Poder Executivo Municipal.

§ 1º. O Chefe do Poder Executivo Municipal poderá estabelecer limites de valores de ordenação de despesas e de autorizações de pagamento.

§ 2º. Os Secretários Municipais e Autoridades de igual hierarquia são responsáveis civil, administrativa e criminalmente pelas despesas ordenadas e pelos pagamentos autorizados, inclusive perante o Tribunal de Contas do Estado.

A referida Lei n.º 3.479/2009, que "altera a estrutura organizacional da Prefeitura Municipal da Serra e dá outras providências", transfere competência aos secretários municipais e autoridades de igual hierarquia para ordenar despesas, autorizar pagamentos, enfim, praticar todos os atos de gestão. Assim, pode-se dizer que os secretários municipais da Serra são ordenadores de despesas primários, pois lhes foi outorgada competência por meio de lei.

Na mesma linha é o então [vigente] Decreto n.º 2207/2009, cuja redação, no que é pertinente, encontra-se transcrita abaixo pelo próprio NEC desse Eg. TCES.

O Decreto n.º 5404, de 07 de janeiro de 2014, por sua vez, substituindo o Decreto n.º 2207/2009, ao regulamentar o dispositivo legal supra, dispôs sobre a delegação de competência para ordenar despesas no âmbito do Executivo daquele Município, dispondo em seu art. 1º:

Art. 1º. No âmbito do Poder Executivo Municipal, são ordenadores de despesas: I. Gestor do Fundo Municipal de Saúde; II. O Secretário Municipal de Educação; III. O Secretário Municipal de Serviços; IV. O Secretário Municipal de Obras; V. O Secretário Municipal de Assistência Social; VI. O Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos.

§ 1º. Ficam vinculadas ao Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos todas as unidades orçamentárias, exceto: Secretaria Municipal de Saúde, Secretaria Municipal de Educação, Secretaria Municipal de Serviços, Secretaria Municipal de Obras e Secretaria Municipal de Assistência Social, vinculadas, respectivamente, aos ordenadores mencionados nos incisos I a V.

§ 2º. A competência de que trata o "caput" deste artigo se estenderá aos substitutos legais, enquanto durar os impedimentos dos titulares dos órgãos mencionados nos incisos I a VI, em razão de férias, licença de saúde e outros afastamentos que a lei estabelecer, bem assim no caso de ausência da sede do Município por motivo de missão oficial.

Destaca-se, ademais, que o referido decreto prevê ainda em seu artigo 3º que:

Art. 3º. Os Secretários Municipais e Autoridades de igual hierarquia, indicados no art. 1º, são responsáveis civil, administrativa e criminalmente pelas despesas ordenadas e pelos pagamentos autorizados, inclusive perante o Tribunal de Contas do Estado, nos limites definidos no presente Decreto.

Enfim, o ordenador de despesas no caso em comento se trata do Secretário da pasta, cabendo a ele responder os atos que lhe compete. De igual modo, os demais servidores que praticam os atos devem responder e/ou prestar as informações necessárias em razão dos mesmos.

No que tange à ilegitimidade passiva de quem não ordenou despesas e/ou não praticou o ato, colhe-se também a seguinte passagem no corpo da decisão monocrática da lavra do Ministro Benedito Gonçalves – integrante do STJ -, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1078079, o que se deu em abril de 2009. Veja-se:

"(...) Comprovado que o requerido não praticou qualquer ato que pudesse causar dano ao erário municipal, não sendo o ordenador das despesas, é de se acolher a preliminar suscitada de ilegitimidade passiva (...)"

Nessa circunstância, houve delegação de autoridade administrativa junto aos Secretários para dispor quanto aos serviços a serem contratados por cada Secretaria, tornando-se o Secretário o ordenador de despesas de sua pasta e, portanto, o agente indicado, por dicção legal, para responder por tais atos. Igualmente os servidores que possuem estrita ligação com o caso objetivo de "impugnação", sobretudo por ter praticado o ato administrativo, devem, pela técnica de raciocínio lógico, responderem e/ou prestarem as informações necessárias de seus atos.

Ressalta-se, por oportuno, que existem decisões desse Tribunal de Contas do Espírito Santo que já reconheceram a ilegitimidade do Prefeito Municipal em casos em que há lei de desconcentração, isto é, em que não é ordenador de despesa. Segue acórdão nesse sentido:

ACÓRDÃO TC-285/2011

PROCESSO – TC-7753/2010

INTERESSADO – PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA

ASSUNTO – DENÚNCIA

DENÚNCIA – DENUNCIANTE: LABCLIM DIAGNÓSTICOS LABORATORIAIS LTDA – DENUNCIADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA – RESPONSÁVEIS: JOÃO CARLOS COSER (PREFEITO MUNICIPAL) E ANDRÉA BAZHUNI NIMRICHTER MARQUES (GERENTE DE LOGÍSTICA DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE) – EXERCÍCIO DE 2010 – IMPROCEDÊNCIA.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC- 7753/2010, em que a sociedade empresária Labclim Diagnósticos Laboratoriais Ltda, representada pelo sócio-proprietário Sr. José Carlos dos Santos Júnior, apresenta denúncia em face da Prefeitura Municipal de Vitória, tendo em vista possíveis ilegalidades contidas no Edital de Credenciamento nº 02/2010, que tem por objeto o "credenciamento de empresas especializadas

com vistas à prestação de Diagnósticos Laboratoriais de Análise Clínica Ambulatorial, de forma complementar ao Sistema Único de Saúde".

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada, conforme artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar nº 32/93;

Considerando que a 4ª Controladoria Técnica concluiu pela improcedência da denúncia;

Considerando que a Procuradoria Especial de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia dezessete de maio de dois mil e onze, à unanimidade, acompanhando o voto do Relator, Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, preliminarmente, acolher o pedido de ilegitimidade passiva suscitada pelo Sr. João Carlos Coser, Prefeito Municipal de Vitória, tendo em vista que a Lei Municipal nº 6.987/2007 afastou a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo do Município de Vitória nos atos praticados pelos ordenadores de despesas nela indicados e, quanto ao mérito, julgar improcedente a presente denúncia.

Integram este Acórdão a Instrução Técnica Conclusiva nº 1207/2011, da 4ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 2500/2011, da Procuradoria Especial de Contas, e o voto do Relator. Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Umberto Messias de Souza, Presidente, José Antônio Almeida Pimentel, Relator, Marcos Miranda Madureira, Elcy de Souza, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Domingos Augusto Taufner, Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas. Sala das Sessões, 17 de maio de 2011. Conselheiro Umberto Messias, Presidente.

Destaca-se, ademais, que o Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de arrostar o problema da vida em questão, momento em que firmou entendimento no seguinte sentido:

GRUPO II – CLASSE II – Segunda Câmara, TC 001.429/2001-3 (com 1 anexo), Natureza: Tomada de Contas Especial, Unidade: Governo do Estado de Rondônia, Responsável: Valdir Raupp de Matos, ex-governador (CPF 343.473.649-20) Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO SIGNATÁRIO DE CONVÊNIO POR IRREGULARIDADES OPERACIONAIS NA EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE AUDIÊNCIA DE RESPONSÁVEL QUE NÃO FIGURAVA NOS AUTOS. FATOS OCORRIDOS HÁ MAIS DE DEZ ANOS. IN TCU 56/2007, ART. 5º, § 4º ARQUIVAMENTO. 1.

Governador de Estado não pode ser responsabilizado por irregularidades operacionais na execução de convênio em que não ficou diretamente incumbido desta execução ou em que não praticou ato de gestão dos recursos transferidos. 2 – Arquiva-se a tomada de contas especial quando inexistente débito e necessária realização de audiência prévia de responsável que não figurava no processo no instante da instauração acerca de fatos ocorridos há mais de dez anos. (grifos pessoais)

A propósito, existe, inclusive, manifestação do Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC – desse Egrégio Sodalício, exarada nos autos do TC 2875/2013, originário do Município da Serra/ES. Confira-se, a propósito, trecho pertinente ao tema:

"Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC INSTRUÇÃO TÉCNICA CONCLUSIVA ITC 3841/2013

PROCESSO: TC 2875/2013 (apenso: TC 2963/2013)

JURISDICIONADO: Prefeitura Municipal de Serra

INTERESSADO: Francisco Barbosa Salles Douglas Antônio Mol Silva – ME

ASSUNTO: Denúncia

EXERCÍCIO: 2013

RESPONSÁVEIS: Audifax Charles Pimentel Barcelos Prefeito Municipal de Serra (....)

RELATOR: Conselheiro Sérgio Adoudib Ferreira Pinto

1. Da Preliminar de Ilegitimidade Passiva ad causam do Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos, Prefeito Municipal

Nos termos da Decisão TC-2266/2013 (fls. 120/122), o Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos, Prefeito Municipal de Serra, foi citado como um dos responsáveis pelas possíveis irregularidades tratadas nesta denúncia.

Em sua defesa (fls. 138/153), alegou que não teve qualquer participação na tramitação do referido procedimento licitatório, esclarecendo que o ordenador de despesa em tal caso é o secretário da pasta.

O defendente citou entendimento do STJ de que, se o Prefeito Municipal assume função política e administrativa, submete-se a duplo julgamento: um político, perante o Legislativo precedido de parecer prévio; outro técnico, a cargo da Corte de Contas. Citou também decisão monocrática do Ministro Benedito Gonçalves (STJ), quando do julgamento do AI nº 1078079 em 2009, in verbis:

(...) Comprovado que o requerido não praticou qualquer ato que pudesse causar dano ao erário municipal, não sendo o ordenador das despesas, é de se acolher a preliminar suscitada de ilegitimidade passiva (...)

Transcreveu também o Acórdão TC-285/2011, deste Tribunal de Contas, que acolheu o pedido de ilegitimidade passiva suscitada por prefeito municipal, tendo em vista lei municipal que afastou a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo nos atos praticados pelos ordenadores de despesa nela indicados.

Trouxe decisões do TCU apontando a impossibilidade de responsabilização do Chefe do Executivo por irregularidades operacionais na execução de convênio, quando não é seu executor direto ou não praticou ato de gestão dos recursos transferidos.

Expôs que o Decreto nº 2207, de 29 de dezembro de 2009, dispõe sobre a delegação de competência para ordenar despesas no âmbito do Executivo daquele Município, dispondo seu art. 1º:

Art. 1º. No âmbito do Poder Executivo Municipal, são ordenadores de despesas, além do Prefeito Municipal: I – Os Secretários Municipais; II – O Secretário-Chefe da Coordenadoria de Comunicações; III – O Secretário Especial; IV – O Coordenador de Governo; V – O Secretário Chefe do Gabinete do Prefeito; VI – O Auditor Geral; VII – O Procurador Geral.

Aduziu que o artigo 4º do decreto seria claro ao prescrever a responsabilidade destes ordenadores secundários perante as despesas por eles ordenadas:

Art. 4º. Os Secretários Municipais e Autoridades de igual hierarquia, indicados no art. 1º, são responsáveis civil, administrativa e criminalmente pelas despesas ordenadas e pelos pagamentos autorizados inclusive perante o Tribunal de Contas do Estado, nos limites definidos no presente decreto.

Concluiu justificando que a despesa não foi por ele ordenada e que não participou de qualquer ato de elaboração do edital, requerendo a declaração de sua ilegitimidade para figurar no presente processo.

O Decreto nº 2.207, do Executivo Municipal, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2010, estabeleceu normas para execução do art. 10 e parágrafos da Lei Municipal nº 3.479/2009, que assim dispõe, in verbis:

Art. 10. Aos Secretários Municipais e Autoridades de igual hierarquia competem ordenar despesas e autorizar pagamentos, na forma definida em ato do Chefe do Poder Executivo.

§ 1º. O Chefe do Poder Executivo Municipal poderá estabelecer limites de valores de ordenação de despesas e de autorizações de pagamento.

§ 2º. Os Secretários Municipais e Autoridades de igual hierarquia são responsáveis civil, administrativa e criminalmente pelas despesas ordenadas e pelos pagamentos autorizados, inclusive perante o Tribunal de Contas do Estado.

A referida Lei nº 3.479/2009, que "altera a estrutura organizacional da Prefeitura Municipal da Serra e dá outras providências", transfere competência aos secretários municipais e autoridades de igual hierarquia para ordenar despesas e autorizar pagamentos. Assim, pode-se dizer que os secretários municipais de Serra são ordenadores de despesas primários, pois lhes foi outorgada competência por meio de lei.

Para firmar o entendimento, oportuno citar trecho do Parecer em Consulta nº 002/03, proferido por este Tribunal:

[...]. Ao lado desses institutos temos a outorga, que sempre se perfaz por lei, que é a transferência de titularidade de uma competência para outro agente público. Por sua vez, a delegação de competência é feita por ato administrativo que autoriza o subordinado a realizar, transitória e precariamente, as atribuições do rol de competências da autoridade delegante, na forma e limites de lei, restando tanto o agente delegante quanto o agente delegado solidariamente responsáveis pelos atos deste último, no exercício das atribuições delegadas.

Os secretários municipais de Serra, pois, são ordenadores de despesas por expressa disposição de lei. O Decreto nº 2.207/2009, por sua vez, explicita, em seu art. 2º, as competências dos ordenadores de despesas, entre elas: autorizar as despesas procedentes de sua Unidade Orçamentária ou de Unidade Orçamentária em que vinculam as despesas de sua Pasta (inciso I); homologar, revogar ou anular as licitações, bem como ratificar as dispensas ou inexigibilidades (inciso II); autorizar empenhos e pagamentos (inciso IV); determinar para que, no âmbito de sua competência, sejam observadas com rigor as normas da Lei Federal nº 4.320/64, especialmente as contidas no art. 63, no que pertine à fase da liquidação da despesa, e das Leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002 e suas alterações, no que se refere a licitações e contratos (inciso V).

Assim, considerando a existência de lei municipal dando aos secretários municipais a competência de ordenar despesas, bem como considerando que não há evidências que tenha havido conduta culposa ou dolosa do defendente Prefeito Municipal, configurada está a sua ilegitimidade para figurar no presente feito.

Em razão do exposto, opina-se pelo acolhimento da preliminar aduzida pelo defendente Audifax Charles Pimentel Barcelos, afastando a sua responsabilidade pelas irregularidades apontadas nestes autos".

Em face do arrazoado externado, e rogando *venia* à eventual entendimento em sentido contrário, o ora Defendente solicita a sua não inclusão e/ou exclusão de pronto do presente processo, por ser parte ilegítima para neles figurar, haja vista a existência de normas (Lei n.º 3479 e Decreto n.º 2207/2009, alterado pelo Decreto n.º 5404/2015) de desconcentração de poderes, o que, aliás, como já restou reconhecido pelo NEC nos autos do TC 2875/2013, havendo, ademais, arestos do TCES e do TCU no mesmo sentido, figurando, desta feita, em tais processos, quem de direito, tais como ordenadores de despesas, presidentes de CPL's, enfim, servidores que efetivamente praticaram os atos objeto de "análise/impugnação".

Ademais é digno de nota, como registrado alhures, que o Colendo TCU já pacificou o entendimento no sentido de que o Chefe do Poder Executivo não pode ser responsabilizado pela execução e/ou gestão quando não praticou nenhum dos atos de gestão, tal como na hipótese dos autos.

Pelo acolhimento da presente preliminar!

A Instrução Técnica Conclusiva 00627/2020 assim analisou tal preliminar:

ANÁLISE:

De pronto, é importante salientar que a existência de norma municipal delegando autonomia aos secretários para ordenar despesas em sua respectiva pasta, **não afasta a responsabilidade do Prefeito Municipal objetivamente**, seja pelo desempenho de suas funções, seja pelo dever de direção ou supervisão de sua equipe de trabalho.

Ainda que delegue competências administrativas, não pode o agente político delegar suas competências governamentais, que lhe são exclusivas.

Da mesma forma que **a responsabilidade do agente público não pode ser objetiva**, pelo simples fato de ser superior hierárquico, a existência de norma de descentralização administrativa **não deve se travestir de instrumento de irresponsabilidade objetiva**. Deve-se, em todos os casos, observar a conduta do agente, ou seja, proceder à análise do caso concreto.

Da análise dos autos é possível verificar que a equipe responsável pelo [Relatório de Inspeção 8/2017-2](#) **não apontou a responsabilização do Prefeito Municipal de forma objetiva**, pelo simples fato de ser superior hierárquico.

A responsabilidade apontada pela equipe de auditoria partiu da análise da conduta do agente em contraponto com a esperada de um agente médio.

Esse agente incorreu em descumprimento da legislação por produzir ato administrativo insuficientemente motivado ao:

- Contratar (aposição de assinatura) empresa por contratação direta em situação divergente das estabelecidas nos Art. 24 e 25 da Lei 8.666/93, o Prefeito incorreu em descumprimento da legislação¹.

Serra/ES, 27 de maio de 2015.

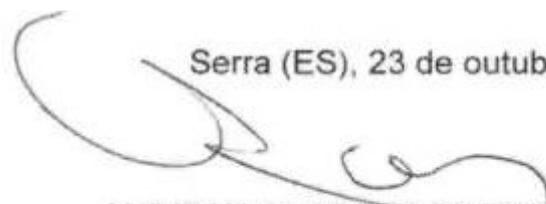


AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS
PREFEITO DO MUNICÍPIO DA SERRA
CONTRATANTE

Figura 1 – Assinatura do agente responsável no Instrumento Contratual

- Assinar o 1º Termo Aditivo sem observar as recomendações do Parecer Jurídico, o Prefeito Municipal permitiu a formalização do 1º Termo Aditivo sem as devidas verificações de possibilidades de jogos de planilha apontadas pela Proger, gerando um dano de 33.570,55 VRTE, sujeito a devolução em caso de não comprovação de regularidade².

Serra (ES), 23 de outubro de 2015



AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS
Prefeito Municipal

Figura 2 – Assinatura do agente responsável no 1º Termo Aditivo

Observa-se que nas duas situações de responsabilização apontadas houve um **ato voluntário do agente**.

Mesmo nos excertos trazidos aos autos pelo Responsável, verifica-se que a jurisprudência aponta que para afastar a Responsabilidade do agente seria

¹ **Item 2.1** – “CONTRATAÇÃO DIRETA, EM SITUAÇÃO DIVERSA DAS PREVISTAS NOS ART. 24 E 25 DA LEI 8.666/93 [QA 01]” do [Relatório de Inspeção 8/2017-2](#)

² **Item 2.4** – “PAGAMENTOS SUPERFATURADOS DE SERVIÇOS INCLUÍDOS ATRAVÉS DE ADITIVOS. [Q 03]” do [Relatório de Inspeção 8/2017-2](#)

necessário que esse agente não houvesse praticado atos de gestão que concorressem para o fato:

No que tange à ilegitimidade passiva de quem não ordenou despesas **e/ou não praticou o ato**, colhe-se também a seguinte passagem no corpo da decisão monocrática da lavra do Ministro Benedito Gonçalves – integrante do STJ -, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1078079, o que se deu em abril de 2009. Veja-se:

(...) comprovado que o requerido **não praticou qualquer ato** que pudesse causar dano ao erário municipal, não sendo o ordenador das despesas, é de se acolher a preliminar suscitada de ilegitimidade passiva (...)

[...]

Trouxe decisões do TCU apontando a impossibilidade de responsabilização do Chefe do Executivo por irregularidades operacionais na execução de convênio, quando não é seu **executor direto ou não praticou ato de gestão** dos recursos transferidos.

[...]

Concluiu justificando que a despesa não foi por ele ordenada e que **não participou de qualquer ato de elaboração do edital**, requerendo a declaração de sua ilegitimidade para figurar no presente processo.

(g.n.)

Pode-se verificar também que os atos acima aconteceram em momentos processuais distintos, demonstrando que o Prefeito Municipal acompanhou o andamento da contratação.

Não se pode admitir, por óbvio, a hipótese em que o gestor médio assinaria documentos de tal importância sem analisá-los.

Assim, é razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticou. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável.

Não foram constatados excludentes de ilicitude, como, por exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito e força maior.

Ante o exposto, propõe-se a **manutenção da responsabilidade**, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do agente.

Corroboro com o entendimento técnico acima no sentido de que a imputação de responsabilidade a tal agente público não se deu de forma objetiva, ou seja, não foi simplesmente por ele ser superior hierárquico, mas sim, por ter participado ativamente em atos administrativos que deram origem às irregularidades imputadas, como a assinatura do 1º Termo Aditivo.

De forma que adoto a fundamentação técnica para não acolher a alegação de ilegitimidade passiva do senhor Audifax Charles Pimentel Barcelos.

c) Legalidade das alterações da planilha orçamentária antes da celebração do contrato

Esta preliminar está relacionada à irregularidade de “Contratação direta, em situação diversa das previstas nos art. 24 e 25 da lei 8.666/93 [QA 01]”, porém adianto que, no mérito, tal irregularidade será afastada em relação aos agentes citados, razão pela qual considero prejudicada tal preliminar.

d) Das providências requeridas pela empresa EMEC – OBRAS E SERVIÇOS LTDA, bem como da alegada ausência de contraditório

Por meio de petição juntada aos autos (Petição Intercorrente 00579/2022-2), a empresa EMEC – OBRAS E SERVIÇOS LTDA defende que a ausência de procuração nos autos, por ter impedido a correta intimação, não teria proporcionado o contraditório. *In verbis*:

Registra-se ainda que com relação a ausência do contraditório em razão da não correta intimação se revela em decorrência de diversas decisões ocorridas nos autos e de documentos juntados pela área técnica posteriormente às nossas manifestações.

Deve-se ressaltar que nessa petição acima mencionada, a requerente solicita a apreciação dos pedidos constantes em petição anterior (Petição Intercorrente 00540/2022-1). Tais pedidos são os seguintes:

i) a imediata retirada de pauta a fim de homenagear o princípio do contraditório e da ampla defesa;

ii) que seja decretada a invalidação de todos os atos e decisões praticados sem a devida intimação (publicação) dos

patronos que representam a aqui Requerente (conferir Acórdão TC 1028/2017-Plenário);

iii) a intimação do Município de Serra para que traga aos autos os documentos que ensejaram a formulação do Termo de Rescisão Amigável, notadamente o Relatório Final da Sindicância instituída pela Portaria nº 47/2017, eventual planilha comparativa analítica (“encontro de contas”) e a manifestação completa da Procuradoria Geral do Município, além de outros documentos indispensáveis para o cotejamento pela área técnica desse Tribunal;

iv) análise pela área técnica a fim de subsidiar o Plenário, inclusive, sobre a natureza jurídica e sua legitimidade de eventuais termos, documentos e consensos que antecederam e culminaram com o Termo de Rescisão Amigável, se pode ou não ser considerado como alteração contratual pactuada pelo Município e se mesmo assim há de se cogitar em restituição de valores relacionados a serviços executados que antes do término do contrato foram acatados pela municipalidade ao invés de glosado;

v) que a área técnica individualize cada um dos valores apontados para efeito de restituição e se foram considerados, ou não, pelo “encontro de contas” que serviu de fundamento para o Termo de Rescisão Amigável celebrado com a Municipalidade;

vi) que em todas as futuras publicações conste o nome dos patronos elencados em todas as Justificativas e, também, nesse Requerimento.

Por meio de sustentação oral realizada por meio de seu procurador, a empresa em questão requer, preliminarmente, a invalidação de todos os atos decisórios (inclusive da instrução processual e juntada de novos documentos) em relação aos quais não

teria havido qualquer comunicação processual/intimação dos defendentes da empresa.

Ainda alegada que o presente processo é originado por uma denúncia apresentada quando o contrato ainda estaria em execução, e que após apontamentos realizados por este Tribunal, teria havido um encontro de contas entre a empresa e o Município, e celebrado entre ambos um termo de rescisão amigável com quitação recíproca, com apreciação por parte do controle interno e da procuradoria geral do Município.

Entretanto, esse procedimento de encontro de contas teria sido acostado aos autos apenas parcialmente, não havendo análise pela Área Técnica do termo de rescisão amigável.

No seu entender, resta indispensável que esse Tribunal exija do Município todo o processo de encontro de contas, e proceda a análise do termo de rescisão amigável, que teria, inclusive, a natureza de termo aditivo ao contrato, diante da consensualidade entre as partes, observando que caso este Tribunal conclua pela necessidade de indenização por serviço não executado e pago, com força executiva do acórdão, a empresa apresentaria em juízo a quitação.

Passa-se à análise dessas alegações.

Considerando a Petição Intercorrente 00540/2022-1, em relação ao pedido quanto à imediata retirada de pauta a fim de homenagear o princípio do contraditório e da ampla defesa (item i), na ocasião, e ao pedido para que em todas as futuras publicações constasse o nome dos patronos elencados em todas as justificativas e no próprio requerimento, verifico que por meio da Decisão Monocrática 00817/2022-1, o Plenário determinou a a NOTIFICAÇÃO da empresa EMEC – OBRAS E SERVICOS LTDA, preferencialmente por e-mail, para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresentasse o instrumento procuratório outorgando poderes aos seus advogados, tendo havido, portanto o saneamento em relação à ausência de devido instrumento convocatório, proporcionando-se ainda a realização posterior de sustentação oral, por parte do procurador da empresa.

Quanto à defesa quanto à decretação da invalidação de todos os atos e decisões praticados sem a devida intimação (publicação) dos patronos que representam a empresa requerente, verifico o seguinte:

Vige no âmbito das Cortes de Contas o princípio do contraditório e da ampla defesa, por mandamento constitucional, conforme artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5 (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Esse mandamento é exercitado, em sua amplitude máxima, na Lei Orgânica deste Tribunal, no seu artigo 63, inciso I, cuja redação é a seguinte:

Art. 63. O chamamento ao processo, bem como a comunicação dos atos e termos processuais, far-se-á mediante:

I - citação, pela qual o Tribunal dará ciência ao responsável de processo contra ele instaurado, chamando-o para se defender e/ou recolher a importância devida;

Nesse sentido, verifica-se que a empresa Emec Obras e Serviços Ltda, após a confecção do Relatório de Inspeção 00008/2017-2 e da Instrução Técnica Inicial 00585/2017, que apontaram os indícios de irregularidades, foi devidamente citada e notificada, por determinação da Decisão 03239/2017-9, conforme comprova a juntada do AR/Contrafé 05548/2017-1.

Dessa forma, não apenas se oportunizou a apresentação de defesa por parte da empresa, como essa assim o fez, conforme demonstra a Defesa/Justificativa 01120/2017-8.

Assim, não se verifica dos requerimentos formulados pela empresa a alegação de qualquer ato concreto de cunho decisório que deveria ter procedido à sua comunicação para a apresentação de razões adicionais. Inclusive, quando a empresa alegou a ausência de comunicações processuais, houve decisão no sentido de notificá-la para a sua apresentação, proporcionando assim a realização de sustentação oral, o que foi realizado.

Assim, não verifico a presença de qualquer prejuízo para a defesa da empresa Emec Obras e Serviços Ltda, não havendo justo motivo para a decretação de invalidade de qualquer ato processual/decisório.

Em relação à fundamentação trazida pela empresa que culminou nos pedidos para que houvesse a intimação do Município de Serra para que trouxesse aos autos os documentos que ensejaram a formulação do termo de rescisão amigável, para posterior análise por parte da Área Técnica, é preciso observar que o Tribunal não se encontra vinculado a qualquer conclusão ou decisão exarada no âmbito da Administração Pública municipal. Ainda assim, a apresentação de qualquer documentação no intuito de proporcionar a sua análise, caso se verifique a sua fundamentalidade para o deslinde da matéria, é ônus que recai sobre os defendentes, estejam na figura de autoridade responsável ou pessoa jurídica sujeita à jurisdição do Tribunal.

Destarte, eventual procedimento executório, a ser manuseado pelos serviços jurídicos do próprio município, poderá desencadear a apreciação de eventuais valores já ressarcidos pelos responsáveis ou compensados, servindo, inclusive, de matéria de defesa.

Concluo, portanto, pela rejeição das questões apresentadas e tratadas no presente item.

2.2) DO MÉRITO

Para a estrutura do presente voto será mostrada a instrução da área técnica para, após, expor as conclusões do presente ato decisório.

a) Contratação direta em situação diversa das previstas nos art. 24 e 25 da Lei 8.666/93

Vejamos a análise da Manifestação Técnica 837/2018:

ACHADOS DE AUDITORIA

CONTRATAÇÃO DIRETA, EM SITUAÇÃO DIVERSA DAS PREVISTAS NOS ART. 24 E 25 DA LEI 8.666/93 [QA 01]

Critério: Arts. 21 - § 4º, 24, 25, 43 e 65 da Lei 8.666/93.

Responsável: Audifax Charles Pimentel Barcelos – Prefeito Municipal

Conduta: Contratou empresa por contratação direta em situação divergente dos Arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93, sem observar que não foram adotadas todas as recomendações da Procuradoria Geral do Município – Proger.

Nexo: Ao contratar (aposição de assinatura) empresa por contratação direta em situação divergente das estabelecidas nos Art. 24 e 25 da Lei 8.666/93, o Prefeito incorreu em descumprimento da legislação.

Responsável: Herman Mattos de Souza – Secretário de Obras.

Conduta: Criou as condições para uma contratação direta ao solicitar ajustes no escopo do objeto não contratado; negociar, em 2015, com a empresa vencedora da licitação a redução do valor do objeto licitado em 2010; não adotar todas as recomendações da Proger, autorizar empenho de recursos para a contratação e assinar contrato.

Nexo: Ao solicitar ajustes no escopo do objeto não contratado, negociar, em 2015, a redução do escopo da contratação com a empresa vencedora da licitação realizada em 2010, não cumprir todas as recomendações da Proger e autorizar o empenho, o Secretário de Obras corroborou para a contratação direta sem configuração de quaisquer hipóteses previstas nos art. 24 e 25 da Lei 8.666/93.

Responsável: Samuel Dias de Souza Filho – Secretário de Serviços

Conduta: Autorizou empenho de recursos para a contratação sem observar as recomendações da Proger.

Nexo: Ao autorizar o empenho, sem observar as recomendações da Proger, o Secretário de Serviços corroborou para a contratação por dispensa de licitação, sem configuração de quaisquer hipóteses previstas no art. 24 da Lei 8.666/93.

Responsável: Flávio Narciso Campos – Procurador Adjunto do Município

Conduta: Opinou pela legalidade de se promover alterações no objeto licitado em 2010, sem a existência de contrato entre as partes e sem quaisquer justificativas que se configurasse nas hipóteses previstas nos arts. 24 e 25 da Lei de Federal 8.666/93 para efetuar a contratação direta.

Nexo: Ao opinar sobre a legalidade das alterações, o Procurador corroborou para a contratação direta, sem cumprimento das situações apontadas nos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93.

Responsável: Álvaro Roque Tosta da Cunha, Diretor do Departamento de Projetos e Obras Públicas da Secretaria de Obras – DPO/SEOB

Conduta: Promoveu em 2015, as alterações no projeto de engenharia e na planilha orçamentária de empresa vencedora da licitação realizada em junho de 2010, configurando alteração de objeto antes da contratação.

Nexo: Ao promover o ajuste na planilha com a manutenção de preços da empresa vencedora da licitação, o Diretor do DPO forneceu elementos para uma contratação direta, sem configuração de quaisquer hipóteses previstas nos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93.

Responsável: Jefferson Zandonadi, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria de Obras.

Conduta: Elaborou instrumento contratual de contratação direta, em situação diversa das previstas nos arts. 24 e 43 da Lei 8.666/93 e em descumprimento ao rito de licitação estabelecido no art. 43 da mesma lei.

Nexo: Ao não observar o art. 43 da Lei 8.666/93 e elaborar o contrato, o Presidente da CPL corroborou para a contratação direta, em situação diversa das estabelecida nos arts. 2º e 25 da mesma Lei.

RELATÓRIO DE AUDITORIA:

A licitação da obra de Reforma da Praça Encontro das Águas no bairro Jacaraípe ocorreu em **junho de 2010**, tendo como vencedora a empresa Emec Obras e Serviços Ltda, que apresentou proposta de R\$ 8.312.367,88, conforme ata de julgamento nº 078/2010, as fls. 890 do processo 37.869/2009, Anexo 03.

Em **fevereiro de 2013**, a Assessora Especial de Captação de Recursos, solicitou parecer à Procuradoria Geral do Município – Proger, quanto à revogação da licitação, uma vez que a Secretaria de Estado de Turismo não poderia formalizar convênio de repasse de recursos para obras já licitadas, conforme Anexo 04.

O Procurador Municipal, Charles Pagani, em seu parecer às **fls. 900-903**, constante do Anexo 05, opina:

[...]

Ao que tudo indica, a licitação que se pretende revogar ainda **não se convolou em contrato, tendo-se suspenso os procedimentos na homologação do certame.** (g.n.)

[...]

A questão levantada cinge-se a possibilidade de revogação de licitação, já ultimada e **homologada**, ou ainda à rescisão de contrato já firmado pela administração. (g.n.)

No primeiro caso, ou seja, revogação da licitação, a disciplina legal encontra-se no art. 49 da Lei 8.666/93 [...]:

[...]

No segundo caso, considerar-se-ia haver contrato assinado referente à licitação em discussão. Nesse **caso hipotético** encontramos o regime legal no art. 78, XII da Lei 8.666/93 [...] (g.n.)

[...]

Conclusão:

Por todo o exposto, entendo possível a revogação do certame, com fulcro no art. 49, § 3º da Lei 8.666/93 ou rescisão contratual, nos termos do art. 78, XII do mesmo diploma legal, desde que **registrado e ratificado pela autoridade competente** o interesse público que levou ao ato administrativo, **garantindo aos licitantes/contratado o direito ao contraditório e ampla defesa**. (g.n.)

[...]

Além dos despachos constantes do processo, que evidenciam a existência somente da homologação da licitação, não foi encontrada no Portal da Transparência da Prefeitura da Serra, qualquer indicio de empenho vinculado ao processo 37869/2009, no ano de 2013 em favor da EMEC Obras e Serviços, ou mesmo contrato nos anos compreendidos entre 2010 e 2014.

Após homologação do parecer pelo Procurador Geral Adjunto, Sr. Flávio Narciso Campos, as fls. 904, o Secretário de Obras à época, Sr Evaristo de Angelo, encaminhou processo à Comissão Permanente de Licitação (SEOB/CPL), fls. 905, para providências de acordo com o parecer.

Em **20 setembro de 2013**, foi publicada a intenção de revogar conforme **fls. 906-907** do processo 37.869/2009, Anexo 06. No dia **30 de setembro, as fls. 908**, a Presidente da CPL, Lorrana Souza Assis, encaminhou processo à CG/Captação de Recursos:

Devolvo os presentes autos para **ciência da revogação, caso haja interesse no prosseguimento do processo**, solicitamos que seja **autorizado à despesa e a realização do procedimento licitatório pela autoridade competente em exercício**, em ato contínuo, favor anexar o termo de referência, a planilha de preços atualizada e a reserva para o exercício 2013, juntamente com o respectivo cronograma físico e financeiro para realização dos serviços, conforme disposto no §2º, CAPUT do art. 7 da Lei 8.66/93. (g.n.)

Em **março de 2015**, o Secretário de Obras, Sr. Herman Mattos de Souza, solicitou ao Departamento de Projetos de Obras Públicas (DPO) a alteração na planilha orçamentária, conforme despacho as **fls. 909**, transcrito abaixo:

Considerando que não logrou êxito a intenção do Governo do Estado, através da Secretaria de Estado de Turismo de repassar recursos, através de convênio e tendo em vista o momento difícil por que passa o país, refletindo diretamente no município, com queda na receita e dificuldade de

captação de recursos, o que levou o Exmo Sr. Prefeito a editar o Decreto nº 5836, de 20 de março de 2015, **solicitamos que seja feito um estudo de viabilidade de redução de custo para a obra de Reforma da Praça Encontro das Águas, mantendo as características originais do objeto.** Em 26/03/2015 (g.n.)

Em 01 de abril, o Diretor do DPO, Sr. Álvaro Roque Tosta da Cunha retorna o processo com o seguinte despacho:

A SEOB/Secretario

Conforme solicitação, foi feito uma **revisão do projeto e da planilha de orçamento** em anexo e CD com todos os projetos e planilha orçamentária, sem alteração do objeto contratual **deste processo de contratação, o novo valor dessa contratação será de R\$ 5.709.625,75.** Em 01 de Abril de 2015 (g.n.)

A planilha ajustada consta das **fls 914 – 926** ou **fls 944-956** (numeração rasurada)

O referido ajuste, conforme apurado no processo nº 37.869/2009, foi feito sobre a planilha orçamentária da empresa vencedora (data base: dezembro/2009), tendo importado numa redução financeira da ordem de 30%, conforme Quadro 5.

Quadro 5: Ajuste financeiro promovido na planilha licitada em 2010.

VALORES DA PLANILHA DA EMEC (LICITAÇÃO EM 2010)			ALTERAÇÃO DE VALORES (EM 2015)		VALORES CONTRATADOS COM EMEC (EM 2015)		
Item	Descrição	Valor	Acréscimos	Descréscimos	Valor	% Acrésc.	% Decres.
1	Instalação de Canteiro	181.255,36	-	6.600,00	174.655,36	-	0,08
2	Serviços Preliminares	203.033,01	45.000,00	-	248.033,01	0,54	-
3	Pista de Skate	32.549,16	-	28.877,17	3.671,99	-	0,35
4	Palco	194.369,09	-	192.339,65	2.029,44	-	2,31
5	Escada	51.692,77	-	-	51.692,77	-	-
6	Quadra Poliesportiva	28.983,22	-	1.003,13	27.980,09	-	0,01
7	Quadra de Futebol Society	128.524,62	-	-	128.524,62	-	-
8	Playground	112.605,15	56.302,57	-	168.907,72	0,68	-
9	Recuperação Deck de Madeira	487.354,93	-	15.000,00	472.354,93	-	0,18
10	Reforma da Peixaria	169.330,27	-	2.347,59	166.982,68	-	0,03
11	Casa de Máquinas	78.233,14	-	78.233,14	-	-	0,94
12	Drenagem	262.296,10	-	92.015,62	170.280,48	-	1,11
13	Pavimentação	1.941.942,74	-	624.293,06	1.317.649,68	-	7,51
14	Instalações elétricas da praça	3.004.574,20	-	1.140.943,74	1.863.630,46	-	13,73
15	Serviços Complementares Externos	788.099,42	-	479.009,00	309.090,42	-	5,76
16	Pergolados	202.354,71	-	-	202.354,71	-	-
17	Paisagismo	435.701,21	-	43.382,60	392.318,61	-	0,52
18	Limpeza da Obras	9.468,78	-	-	9.468,78	-	-
19	Monumento de Iemanjá	-	-	-	-	-	-
VALOR		8.312.367,88	101.302,57	2.704.044,70	5.709.625,75	1,22	32,53

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras.

Às **fls 927** (fls. 957 – rasura) o Sr. Herman Mattos de Souza consultou a empresa sobre o interesse em executar a obra após redução promovida pela Prefeitura, cuja resposta segue abaixo:

Em resposta ao ofício nº 089/2015 expedido no dia 07 de Abril de 2015 pela Secretaria Municipal de Obras, vimos pelo presente manifestar interesse em realizar os serviços objeto dessa licitação no valor global de **R\$ 5.709.625,75** (cinco milhões, setecentos e nove mil, seiscentos e vinte e cinco reais e setenta e cinco centavos), conforme projeto e planilha. (g.n.)

Entendemos que esse valor está determinado na forma P0, ou seja, não está contemplado o índice de reajuste. (g.n.)

Em tempo, informamos que ao analisarmos a planilha de quantitativos e preços apresentada, **dos itens 13.04 ao 13.11, estão especificados na descrição o Fornecimento e Assentamento Cerâmico, marca GAIL. Porém, conforme conversado em reunião, será fornecido o Piso de argamassa de alta resistência tipo Granilite, que fica compatível com os valores em planilha.** (g.n.)

Por oportuno informamos ser imperioso o equilíbrio financeiro do contrato, já para sua fase inicial, para que se evitem atropelos e descompassos. (g.n.)

Com base na resposta da empresa, **fls 928** (fls. 958 – rasura), o Secretário de Obras encaminhou o processo para análise da Procuradoria Geral do Município - Proger, **fls. 929** (fls. 959 – rasura):

À PROGER

O Município da Serra apresentou proposta de redução do valor para execução da obra de Reforma da Praça Encontro das Águas – em Jacaraípe -, **à empresa vencedora do certame licitatório – EMEC Obras e Serviços Ltda**, que, na ocasião, manifestou interesse em realizar os serviços **[fl. 958]**. (g.n.)

Diante do exposto, solicitamos **análise e parecer jurídico quanto à possibilidade de efetuar o decréscimo pretendido**, bem como o **replanilhamento de itens/custos** em face da **superveniência dos fatos relatados à fl. 957 [recursos financeiros que não puderam ser repassados ao Município, pelo Governo do Estado]**. (g.n.)

O parecer da Proger, Anexo 07, inicia-se relatando os fatos utilizados para a análise,

[...]

Às fls. 895/896 constam, respectivamente, **o despacho que declarou a empresa EMEC OBRAS E SERVIÇOS LTDA, vencedora do certame**, com o valor global de **R\$ 8.312.367,88**[...] e a homologação chancelada pelo **Prefeito Municipal**. (g.n.)

À **fl. 957**, encontra-se o Ofício SEOB/SEC nº 089/2015, endereçada à Empresa vencedora da Licitação, contendo as seguintes informações:

[...]

Por fim, à **fl. 958** está o “aceite” exarado pela empresa EMEC OBRAS E SERVIÇOS LTDA, quanto à redução proposta pelo Município.

Este é o breve e suficiente relato dos fatos.

Cabe salientar que no breve relato dos fatos suficientes para a construção do parecer jurídico, não figura a existência do “termo de adjudicação” ou do

“contrato”, demonstrando que esses documentos não existiam no processo, como constatado pela equipe de auditoria.

Na conclusão do parecer jurídico, o Procurador Adjunto Flávio Narciso Campos opina:

Ante a todo o exposto, e DESDE QUE OBSERVADAS TODAS AS RECOMENDAÇÕES EXPLICITADAS NESTE PARECER, opinamos pela:

a) Possibilidade de inclusão de itens novos na planilha desde que (i) essa inclusão **não transfigure o objeto contratado** e que os mesmos sejam **necessários à plena execução do contrato**; (ii) que os limites legais para se efetuar o acréscimo contratual sejam respeitados; e (iii) que a Secretaria **atesta a inexistência de “jogo de planilhas”**; (g.n.)

b) Possibilidade em, CARÁTER EXCEPCIONAL, de compensar o conjunto de acréscimos com decréscimos, no que se refere aos contratos celebrados em data pretérita a este Parecer, desde que: (i) seja a compensação devidamente justificada pelo órgão ou entidade competente; (ii) sejam mantidas as características fundamentais estabelecidas no projeto básico; (iii) sejam demonstrados os **riscos de rescisão contratual e de paralisação de obras, bem como a preservação do interesse público**; (g.n.)

c) Possibilidade da Administração Pública proceder supressão contratual acima do limite de 25% (vinte e cinco por cento), nos termos do **artigo 65, §1º, II, da Lei 8.666/93, desde haja expressa concordância/anuência da Empresa.** (g.n.)

Assim, mesmo conhecedor, conforme parecer jurídico:

- Da inexistência de contrato, visto que a etapa de licitação foi paralisada na homologação da mesma;
- Da alteração de valor da ordem de 30% do valor do licitado (de R\$ 8.312.367,88 para R\$ 5.709.625,75), o que por si só caracterizou a alteração de objeto.

Ao exarar o parecer, o Procurador feriu ao art. 2º, caput, da Lei 8.666/93 e art. 37, inciso XXI, da CF/88, e criou as condições para uma contratação direta sem atendimento aos arts. 24 e 25 da mesma lei.

A cerca da responsabilização do parecerista, o Tribunal de Contas da União – TCU firma os seguintes entendimentos:

Na hipótese de o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública. Acórdão 1730/2015 - Primeira Câmara.

É possível a responsabilização do parecerista jurídico quando o parecer não estiver devidamente fundamentado. Caso o parecer induza o administrador público à prática de irregularidades ou legalidades, haverá solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática dos atos inquinados. Acórdão 1443/2013 - Plenário.

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. Acórdão 4996/2012 – Primeira Câmara.

Há responsabilização solidária de parecerista que induza administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios como os da moralidade, da legalidade ou da publicidade, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades. Acórdão 1801/2007 - Plenário

Considerando em tese, que o ato de contratar estivesse correto, a Secretaria de Obras não se pronunciou sobre as recomendações apontadas no parecer sobre a inexistência do jogo de planilha; e que a inclusão de itens novos (um deles evidenciado na resposta da empresa, anexo 08) não transfiguraria o objeto, bem como que a inclusão dos mesmos seria necessária à plena execução do contrato.

Dessa forma o Secretário de Obras, deu encaminhamento para a contratação sem atendimento aos condicionantes do parecer jurídico encaminhando o processo para reserva e empenho.

O Secretário de Serviços, ordenador de despesa de parte do contrato (itens relacionados a iluminação da praça), também autorizou a reserva e empenho orçamentário para execução da obra de Reforma da Praça Encontro das Águas em favor da empresa Emec Obras e Serviços Ltda, as **fls. 942** (fls. 972 – rasura), conforme Anexo 09, sem observar que as recomendações apresentadas no parecer do Proger, não foram atendidas pelo Secretário de Obras.

Após a realização dos empenhos, o processo nº 37.869/2009 foi encaminhado diretamente à CPL/SEOB, conforme despachos as **fls. 950-verso** (fls 9720-rasura), **fls. 951** (fls 9721-rasura), **fls. 953** (fls 9723-rasura) e fls 988, conforme Anexos 10, e 11.

A contratação foi efetivada em 27 de maio de 2015, tendo como representantes da administração o Prefeito Municipal e o Secretário de Obras. O contrato nº 157/2015, às fls. 973-986, consta do Anexo 12.

O Prefeito Municipal assinou o contrato sem observar que as recomendações apresentadas no parecer jurídico da Proger não foram atendidas pelo Secretário de Obras.

Após a assinatura e publicação do contrato, o Presidente da Comissão de Licitação, encaminhou o processo ao Secretário de Obras, conforme despacho, às fls. 988, transcrito abaixo:

Encaminhamos a V.S.^a, **contrato nº 157/2015**, firmado com a empresa **EMEC Obras e Serviços Ltda**, devidamente assinado e publicado. Informamos que deverá ser nomeado o gestor e/ou fiscal do contrato através de portaria, e dar ciência ao responsável (gestor/fiscal) pelo acompanhamento do mesmo, conforme determina o Art.67 da Lei 8.666/93 [...] (g.n.)

Em 01 de junho de 2015.

Apesar de constar somente a assinatura do representante da CPL no despacho supracitado, por semelhança de assinatura com ata da abertura de licitação nº 09/2015 (Anexo 13), disponibilizadas no Sistema Geo-Obras, foi possível verificar que o despacho foi realizado pelo Presidente da CPL, cuja Portaria de nomeação consta do Anexo 14.

Além dos despachos que configuram que o contrato foi elaborado pela CPL, consta o carimbo do setor nas páginas dos despachos supracitados e também no contrato nº 157/2015.

Decorrente das análises do processo nº 37.869/2009, verificou-se que as alterações promovidas pela Prefeitura, quase 5 anos após o julgamento das propostas (junho/2010 - março/2015), foram quantitativas (redução e acréscimo de serviços existentes na planilha original) e também qualitativas (alteração de especificação de serviços), totalizando 1,22% de acréscimo e 32,53% de decréscimo (Quadro 5).

As alterações promovidas no objeto foram substanciais, conforme Quadro 6, não constando justificativa para a contratação direta nos moldes previstos nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93.

Quadro 6 Ajuste de escopo promovido na planilha licitada em 2010.

SERVIÇOS LICITADOS (2010)			SERVIÇOS INCLUÍDOS/EXCLUÍDOS (2015)	SERVIÇOS CONTRATADOS (2015)
Item	Descrição	Valor	Descrição das alterações	Valor
1	Instalação de Canteiro	181.255,36	Redução de 60 m do tapume	174.655,36
2	Serviços Preliminares	203.033,01	Inclusão de projeto executivo	248.033,01
3	Pista de Skate	32.549,16	Exclusão de serviços preliminares, serviços em terra, infraestrutura, superestrutura, pavimentação (definiu-pela reforma da pista existente)	3.671,99
4	Palco	194.369,09	Considerou-se somente a demolição do palco existente	2.029,44
5	Escada	51.692,77	Nenhuma alteração	51.692,77
6	Quadra Poliesportiva	28.983,22	Exclusão da substituição de rede e poste de voleibol	27.980,09
7	Quadra de Futebol Society	128.524,62	Nenhuma alteração	128.524,62
8	Playground	112.605,15	Acréscimo de área (mais 144,26m ²) e equipamentos	168.907,72
9	Recuperação Deck de Madeira	487.354,93	Exclusão de elaboração de projetos executivos	472.354,93
10	Reforma da Peixaria	169.330,27	Alteração da especificação e preço unitário da pavimentação	166.982,68
11	Casa de Máquinas	78.233,14	Exclusão da casa de máquinas	-
12	Drenagem	262.296,10	Redução nos quantitativos de tubulação, canaleta, envelopamento e caixas	170.280,48
13	Pavimentação	1.941.942,74	Alterações de especificações e preços unitários de 11 itens	1.317.649,68
14	Instalações elétricas da praça	3.004.574,20	Retirada de led de piso (R\$176.379,00), retirada de projetores de pequenas dimensões e barra à led (R\$964.564,74)	1.863.630,46
15	Serviços Complementares Externos	788.099,42	Exclusão da Fonte Luminosa Interativa e Pórticos Borrifadores (projeto e execução)	309.090,42
16	Pergolados	202.354,71	Nenhuma alteração	202.354,71
17	Paisagismo	435.701,21	Redução no quantitativo de manutenção do paisagismo	392.318,61
18	Limpeza da Obras	9.468,78	Nenhuma alteração	9.468,78
		8.312.367,88		5.709.625,75

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras.

Tais alterações, por si só, em qualquer tempo, seriam suficientes para retornar a licitação ao marco inicial, com nova publicação de edital e reabertura de prazos, conforme previsto no art. 21, §4º, uma vez que alterações substanciais de quantitativos e de especificações implicariam em consideráveis modificações no orçamento e conseqüentemente na apresentação das propostas por parte das empresas participantes do certame licitatório.

Art 21 [...]

§4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Além disto, haveria que se preparar parecer quanto à viabilidade econômico-financeira deste reaproveitamento, tendo em vista a situação do mercado, com as empresas dispostas para contratar com a Administração, visto que a falta de obras no mercado local, fatalmente acarretaria numa melhor proposta para a Administração sem a necessidade de se onerar a contratação com reajuste de 42% já na assinatura do contrato.

Assim, em 2015, ao tomar a decisão de executar a obra da Praça Encontro das Águas e considerando a situação financeira adversa, a Administração deveria rever o projeto básico, elaborar nova planilha orçamentária e proceder a nova licitação, de modo a atender ao art. 37, caput e inciso XXI da Constituição Federal e o princípio da Lei 8.666/93, que é a de seleção da melhor proposta a Administração Pública.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (g.n.)

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (g.n.)

Outrossim, não existindo a adjudicação ao licitante vencedor, a **fase de licitação externa não estava concluída** conforme “Recomendações Básicas para Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas” (TCU, 2013) e art. 43 da Lei 8.666/93

Art. 43. A licitação será **processada e julgada** com observância dos seguintes procedimentos: (g.n.)

I – abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

[...]

VI – deliberação da autoridade competente quanto à homologação e **adjudicação do objeto da licitação**. (g.n.)

Assim qualquer alteração no objeto ensejaria nova publicação de edital, conforme Art. 21, § 4º de modo a garantir o cumprimento do Art. 3º da Lei 8.666/93,

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e **julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos**. (g.n.)

Salienta-se ainda, que a alterações no objeto, sem a necessidade de nova publicação de edital (retomada ao início do procedimento licitatório), **está vinculada ao instrumento contratual**, conforme estabelece o Art. 65 da Lei 8.666/93.

Art. 65. **Os contratos** regidos por esta Lei **poderão ser alterados**, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (g.n.)

[...]

Considerando a não existência, no processo nº 37.869/2009, de contrato firmado com a empresa EMEC Obras e Serviços Ltda, no valor de R\$ 8.312.367,88 (proposta vencedora), fica evidenciada a contratação

direta, sem o enquadramento nas situações estabelecidas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93.

JUSTIFICATIVAS:

Audifax Charles Pimentel Barcelos – Prefeito Municipal:

IV - DOS ESCLARECIMENTOS E IMPUGNAÇÃO EXPRESSA AO ITEM 2.1 "CONTRATAÇÃO DIRETA, EM SITUAÇÃO DIVERSA DAS PREVISTAS NOS ARTIGOS 24 E 25 DA LEI 8.666/93"

Para melhor exposição da tese defensiva propõem-se a análise individual da CONDOTA e do NEXO CAUSAL correlatos ao Prefeito, com espoco de evidenciar, dentre outras, a contradição abarcada nas assertivas trazidas pela d. Secretaria de Controle Externo de Obras, conforme segue:

IV.1 - DA EXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO: AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DIRETA E VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 24 E 25 DA LEI 8.666/93

A Secretaria de Controle Externo de Obras e Engenharia, à fl. 15 do Relatório de Inspeção *sub examen*, sedimenta sua pretensão em responsabilizar o Prefeito Municipal da Serra por suposta prática de contratação direta, em detrimento dos artigos 24 e 25, da Lei 8.666/93. Cita-se, a título de *obiter dictum*, o excerto que capitula a conduta em questão:

Responsável: Sr Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal.

Conduta: Contratou empresa por contratação direta em situação divergente dos Arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93, sem observar que não foram adotadas todas as recomendações da Procuradoria Geral do Município - Proger.

Ab initio, não há o que falar em contratação direta, ou mesmo violação aos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações, **uma vez que a própria Secretaria de Controle Externo, em seu Relatório de Inspeção, RECONHECE a existência de procedimento licitatório vinculado à Reforma da Praça Encontro das Águas, no bairro Jacaraípe, do qual, inclusive, originou o contrato nº 157/2015:**

A licitação da obra de Reforma da Praça Encontro das Águas no bairro Jacaraípe ocorreu em junho de 2010, tendo como vencedora a empresa Emec Obras e Serviços Ltda, que apresentou proposta de R\$ 8.312.367,88, conforme ata de julgamento nº 078/2010, as fls. 890 do processo 37.869/2009, Anexo 03.

(...)

A contratação foi efetivada em 27 de maio de 2015, tendo como representantes da administração o Prefeito Municipal e o Secretário de Obras. O contrato nº 157/2015, às fls. 973-986, consta do Anexo 12. (destaque nosso)

Data maxima venia, parece-nos que o relatório de inspeção não subsiste por seus próprios fundamentos, pois, ao tempo em que atribui ao Defendente uma acusação grave de contratação ilegal/indireta, ou seja, fora

dos permissivos legais [artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93], **reconhece, sem embargos, que o objeto contratado foi, de fato, precedido de regular procedimento licitatório.**

Se existiu procedimento licitatório apto a ensejar a celebração do Contrato nº 17/2015, **como admitiu a d. Secretaria de Controle Externo**, não há que falar em conduta irregular e tampouco violação às normas abarcadas pelos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93. Portanto, salvo melhor juízo, quer nos parecer que a lógica perfilhada pela Auditoria, além de contraditória, não abarca os elementos mínimos que possam levar à configuração da responsabilidade pessoal do Prefeito, ou de qualquer outro comportamento antijurídico doloso, ou culposo, lesivo ou atentador à Lei 8.666/93.

Destarte, em atendimento ao Termo de Citação nº 02267/2016-6, limitando-nos aos aspectos das possíveis irregularidades indicadas na conduta capitulada no item 2.1 do Relatório de Auditoria, pugnamos pela improcedência do feito em relação ao Prefeito Municipal da Serra, porquanto não há conduta ilícita e tampouco nexos causais decorrentes do suposto descumprimento da legislação.

IV.2 - QUANTO A AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL - DAS INSUBSISTÊNCIAS CONTIDAS NOS ACHADOS DE AUDITORIA - OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

No que concerne ao nexo causal, a Auditoria valeu-se dos seguintes argumentos:

Responsável: Sr Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal.

(...)

Nexo: Ao contratar (aposição de assinatura) empresa por contratação direta em situação divergente das estabelecidas nos Art. 24 e 25 da Lei 8.666/93, o Prefeito incorreu em descumprimento da legislação.

Em apertada síntese, verifica-se que a d. Secretaria de Controle Externo de Obras, ao estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta e a suposta irregularidade praticada pelo Defendente, concluiu, salvo melhor juízo, que a "aposição de assinatura" no contrato nº 157/2015, pelo Prefeito Municipal, **por si só**, seria suficientemente bastante para reputá-lo responsável por possível prática ilegal atrelada à contratação direta.

Embora a conduta do Defendente já tenha sido arrostada e desqualificada no tópico anterior - **por ausência de tipicidade e/ou infringência à Lei 8.666/93** - o que, ao nosso ver, seria satisfatório para o arquivamento desta Representação, entendemos, de outro ângulo, que o enfrentamento pontual do nexo de causalidade importa em maior alcance desta defesa, principalmente para que sejam dirimidas as controvérsias residuais atinentes aos limites da responsabilidade do Prefeito.

Concessa venia, em que pese o respeitoso ponto de vista consignado pela área técnica da Corte de Contas Estadual, não podemos ignorar o fato de que no âmbito do Município da Serra está em vigor o Decreto nº 2.757/2002, o qual, ao instituir a COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL/SEOB, transferiu àquela COMISSÃO o dever precípua de **implantar e fazer cumprir as normas e procedimentos** correlacionados à (i) **preparação de certames licitatórios para contratação de obras e serviços**, à (ii) solicitação providências ao Secretário nos casos de

inobservância de condições contratuais por empreiteiras de obras contratadas pela Prefeitura; à (iii) **elaboração de contratos e aditivos das obras**; e à (iv) realização de licitação de projetos. Com efeito, é exatamente essa a redação do artigo 1º, do Diploma legal em tela:

Art. 1º Fica instituída a COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

- CPL/SEOB, no âmbito da Secretaria Municipal de Obras, com objetivo de implantar e fazer cumprir normas e procedimentos, com as seguintes atribuições:
- Providenciar licitações de contratos de obras e serviços;
- Encaminhar ao Secretário, para providências, os casos de inobservância de condições contratuais por empreiteiras de obras contratadas pela Prefeitura;
- Elaborar os contratos e aditivos das obras;
- Fazer licitação de projetos.

Aliado a isso, a Lei 2356/2000, que dispõe sobre a estrutura organizacional do Poder Executivo do Município de Serra, destaca em seu artigo 35 que a Secretaria Municipal de Obras tem como objetivo **planejar** as atividades relacionadas à execução das obras de pavimentação e drenagem do Município, sua conservação e manutenção; a execução e manutenção de obras de construção civil e das edificações municipais. Confira-se:

Art. 35 A Secretaria Municipal de Obras tem como **objetivo planejar**, coordenar, executar e avaliar as atividades relacionadas à execução das obras de pavimentação e drenagem do Município, sua conservação e manutenção; a execução e manutenção de obras de construção civil e das edificações municipais.

Percebe-se, daí, que a intenção de transferir ao Prefeito Municipal - **como se este fosse o responsável TÉCNICO pela realização da licitação**, bem como pelo (des)cumprimento das recomendações abordadas pela Procuradoria Geral - não se mostra sensata, e tampouco proporcional/razoável. Isto porque, como visto nas linhas acima, a Administração Municipal é também constituída por órgãos **técnicos** habilitados para a consecução desses propósitos, como, por exemplo, a COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO e a SECRETARIA MUNICIPAL DE OBRAS.

Ora, nessa órbita, deve-se levar em conta que entre a fase licitatória e a regular assinatura do contrato administrativo, como ocorreu *in casu*, foram superadas - passo a passo - diversas etapas internas, o que, indiscutivelmente, à luz da boa-fé objetiva, **realçam a presunção da legalidade e legitimidade dos atos/procedimentos que foram praticados até a celebração do pacto**. Logo, com máxima deferência, o nexos causal ponderado pela Secretaria de Controle Externo - **que deliberadamente pretende concentrar todo o mote das prenuiciadas irregularidades ao momento de assinatura do contrato**, é no mínimo desarrazoado, visto que despreza e ignora todo o iter procedimental e **técnico** que antecedeu o ato de formalização do contrato. Destaca-se, ademais, que o Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de arrostar o problema da vida em questão, momento em que firmou entendimento no sentido de **excluir a responsabilidade do Agente Público, na qualidade de signatário de determinado ajuste**, caso em que restou constatada a ausência de irregularidades operacionais de sua parte ou em atos próprios de gestão:

GRUPO II - CLASSE II - Segunda Câmara, TC 001.429/2001-3 (com 1 anexo), Natureza: Tomada de Contas Especial, Unidade: Governo do Estado de Rondônia, Responsável: Valdir Raupp de Matos, ex-governador (CPF 343.473.649-20) Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO SIGNATÁRIO DE CONVÊNIO POR IRREGULARIDADES OPERACIONAIS NA EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE AUDIÊNCIA DE RESPONSÁVEL QUE NÃO FIGURAVA NOS AUTOS. FATOS OCORRIDOS HÁ MAIS DE DEZ ANOS. IN TCU 56/2007, ART. 5º, § 4º ARQUIVAMENTO. 1. **Governador de Estado não pode ser responsabilizado por irregularidades operacionais na execução de convênio em que não ficou diretamente incumbido desta execução ou em que não praticou ato de gestão dos recursos transferidos.** 2 - Arquia-se a tomada de contas especial quando inexistente débito e necessária realização de audiência prévia de responsável que não figurava no processo no instante da instauração acerca de fatos ocorridos há mais de dez anos. (grifos pessoais)

O que realmente importa ressaltar, é que a anuência grafada pelo Prefeito Municipal (aposição de assinatura) está revestida de boa-fé objetiva, porquanto, como dito anteriormente, **todas as fases do certame licitatório foram submetidas ao crivo dos órgãos técnicos responsáveis (Secretaria Municipal de Obras e respectiva CPL)**, dos quais, o mínimo que se espera, é a presunção de legalidade/legitimidade dos seus atos. **E se não fosse assim, não haveria contratação!**

É válido mencionar que o C. Superior Tribunal Justiça reputa a "presunção da legalidade" como um dos mais importantes atributos do ato administrativo, permanecendo seus efeitos até que haja prova **definitiva** em contrário:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE REMUNERAÇÃO. LEI ESTADUAL FLUMINENSE 1.206/87. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. AGRAVO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DESPROVIDO. 1. (...) 5. **Um dos mais importantes atributos do ato administrativo é a sua presunção de legalidade**, motivo pelo qual não se pode apenar, de modo algum, o Servidor que, ao não perceber determinada vantagem econômica em seus proventos, não ajuíza de imediato ação judicial. **É cediço que o Servidor crê na boa-fé da Administração Pública, o que o conduz a não travar uma relação de desconfiança para com os entes públicos.** 6. Recurso Especial do ESTADO DO RIO DE JANEIRO a que se nega provimento. (REsp 1537137/RJ, Rei. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 31/03/2016)

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. I) DISCUSSÃO DE QUESTÕES REFERENTES AO MÉRITO DA CAUSA PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA SUSPENSIVA VOCACIONADA A TUTELAR APENAS A ORDEM, A ECONOMIA, A SEGURANÇA E A SAÚDE PÚBLICAS. II) GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA. **PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO PODER PÚBLICO QUE PREVALECE ATÉ PROVA DEFINITIVA EM CONTRÁRIO.** (...)5. A interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola gravemente a ordem pública. **A legalidade estrita orienta que, até prova definitiva em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público (STF, RE n.º**

75.567/SP, Rei. Min. DJACI FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 20/11/1973, DJ de 19/4/1974, v.g.) - mormente em hipóteses como a presente, em que houve o esclarecimento da Fazenda estadual de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica. 11. Agravo interno desprovido. (Aglnt no Aglnt na SLS 2.240/SP, Rei. Ministra UURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 20/06/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - REVOGAÇÃO DO ATO DE ANISTIA - DECADÊNCIA - LEI 9.784/99 - AUSÊNCIA DE PROVA. (...) 5. **O ato administrativo goza da presunção de legalidade, que pode ser afastada pelo interessado, mediante prova. 6. Não demonstrado o erro da Administração, nega-se a pretensão de anulação dos atos administrativos.** 7. Segurança denegada. (MS 8.819/DF, Rei. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2007, DJ 19/03/2007, p. 270)

Nas palavras da Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³, diversos são as razões para justificar a presunção de legalidade dos atos da Administração:

o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei; o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos; a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular; o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade; **a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.**

Reafirmando esse posicionamento, lecionava o mestre HELY LOPES MEIRELLES⁴:

Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. *Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental.*

Na lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁵:

“Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a **presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais**, como bem anota DIEZ. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado. Vários são os fundamentos dados a essa característica. **O fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do poder público, imbuídos, como é**

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2001.

natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave apostado por pessoas de interesses contrários. **Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei."**

É essa a lógica que socorre ao subscritor do contrato, pois a positivação de sua manifestação de vontade condiz com a presunção - leia-se: **legítima e perfeitamente admitida pela jurisprudência e doutrina de escol** - de que os atos praticados no transcurso do certame licitatório estão em conformidade com a lei. Afinal, toda a atividade estatal em um Estado Democrático de Direito é e deve ser, necessariamente, sempre regida pelo princípio da legalidade.

Nessa baila, tem-se que o ponto de vista adotado pela d. Secretaria de Controle, data vertia, denota extrema inversão aos limites de competências **legais** e responsabilidades dos Agentes, o que, certamente, acaba navegando na contramão da busca pela escoreita Justiça.

Girou outro, a conduta imputada ao Prefeito, a saber, de contratar "*empresa por contratação direta em situação divergente dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, sem observar que não foram adotadas as recomendações da Procuradoria Geral do Município*", reproduz a temerária ideia de que foi ele quem, a despeito de todo procedimento licitatório antecedente, resolveu, por *sponte propria*, anuir com a hipotética contratação direta. Todavia, não foi isso o que aconteceu!

E não aconteceu porque, como já frisado, o contrato objeto desta denúncia foi originado através de procedimento **licitatório regular**, inclusive reconhecido pela Secretaria de Controle Externo, à fl. 16, do relatório de auditoria: "A licitação da obra de Reforma da Praça Encontro das Águas no bairro Jacaraípe ocorreu em junho de 2010, tendo como vencedora a empresa Emec Obras e Serviços Ltda, que apresentou proposta de R\$ 8.312.367,88, conforme ata de julgamento n° 078/2010, as fls. 890 do processo 37.869/2009, Anexo 03."

Além do mais, não é crível admitir a tese de responsabilização do Chefe do Executivo por não adotar "as recomendações da Procuradoria Geral do Município", se - SEQUER - foi ele o destinatário daquelas recomendações!

Desta forma, em atendimento ao Termo de Citação n° 01330/2017, limitando- nos aos aspectos das possíveis irregularidades indicadas no item 2.1 do Relatório de Auditoria, lançamos mão, nesta oportunidade, da presunção de legalidade dos atos da administração e da boa-fé objetiva, para, sob a ótica do ora Defendente, rechaçar a suposta conduta irregular imputada, assim como pugnar pela ausência de nexos de causalidade, visto que, de sua parte, não houve descumprimento de quaisquer recomendações da Procuradoria Geral e tampouco à lei 8.666/93.

Pelo arquivamento da denúncia em relação ao ora Subscritor!

Herman Mattos de Souza – Secretário de Obras, Samuel Dias de Souza Filho – Secretário de Serviços, Álvaro Roque Tosta da Cunha, Diretor do Departamento de Projetos e Obras Públicas da Secretaria de Obras – DPO/SEOB e Jefferson Zandonadi, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria de Obras:

Apresentaram as mesmas alegações do Prefeito Municipal, apresentadas no item - IV.1 - DA EXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO: AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DIRETA E VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 24 E 25 DA LEI 8.666/93 - da justificativa e colacionadas anteriormente, com exceção da parte final:

[...]

Desta forma, em atendimento ao Termo de Citação n° 01330/2017, limitando-nos aos aspectos das possíveis irregularidades indicadas no item 2.1 do Relatório de Inspeção, rechaçamos as supostas condutas irregulares imputadas aos Defendentes, para, no mérito, pugnar pela IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO/DENÚNCIA em relação a HERMAN MATTOS SOUZA, SAMUEL DIAS DE SOUZA FILHO, ÁLVARO ROQUE TOSTA DA CUNHA E JEFFERSON ZANDONADI.

Flávio Narciso Campos – Procurador Adjunto do Município:

Apresentaram em suma, as mesmas alegações do Prefeito Municipal, apresentadas no item - IV.1 - DA EXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO: AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DIRETA E VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 24 E 25 DA LEI 8.666/93 - da justificativa e colacionadas anteriormente, com exceção da parte final:

[...]

Diante dessas circunstâncias, e salvo melhor juízo, quer nos parecer que a lógica perfilhada pela Auditoria, além de contraditória, não abarca os elementos mínimos que possam levar à configuração da responsabilidade do Parecerista, ou de qualquer outro comportamento antijurídico doloso, ou culposos, lesivo ou atentador à Lei 8.666/93. Até porque, como vimos nos parágrafos anteriores, a análise técnica produzida por Advogado Público não se considera ato administrativo, traduzindo-se numa opinião de cunho jurídico, que pode, ou não, ser acatada pelo órgão consulente.

Vale mais uma vez lembrar que o parecer arrostado pela Secretaria de Controle Externo - em todo seu conteúdo - enfatiza que as alterações sugeridas pela Secretaria Municipal de Obras somente seriam realizáveis após a celebração do respectivo contrato.

Destarte, em atendimento ao Termo de Citação n° 02267/2016-6, limitando-nos aos aspectos das possíveis irregularidades indicadas na conduta capitulada no item 2.1 do Relatório de Auditoria, pugnamos pela improcedência do feito em relação ao Procurador Adjunto do Município da Serra, pois não há conduta ilícita e tampouco nexos causais decorrentes do suposto descumprimento da legislação.

ANÁLISE:

Em suma, as justificativas alegam que, não há o que falar em contratação direta, ou mesmo violação aos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações, uma vez que a própria Secretaria de Controle Externo, em seu Relatório de Inspeção, RECONHECE a existência de procedimento licitatório vinculado à Reforma da Praça Encontro das Águas, no bairro Jacaraípe, do qual, inclusive, originou o contrato n° 157/2015 e que o relatório de inspeção não subsiste por seus próprios fundamentos, pois, ao tempo em que atribui ao Defendente uma acusação grave de contratação ilegal/indireta, ou seja, fora dos permissivos legais [artigos 24 e 25

da Lei 8.666/93], reconhece, sem embargos, que o objeto contratado foi, de fato, precedido de regular procedimento licitatório e se existiu procedimento licitatório apto a ensejar a celebração do Contrato nº 17/2015, como admitiu a d. Secretaria de Controle Externo, não há que falar em conduta irregular e tampouco violação às normas abarcadas pelos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93.

De início, a equipe técnica, em nenhum momento, se furtou a dizer que não houve um procedimento licitatório anterior à contratação em tela, a questão é, como se deu essa contratação, após tanto tempo se passado da licitação e alterado vários itens e quantidades contratadas sem que houvesse ainda um contrato assinado, tampouco tinha sido adjudicado. Tal procedimento não possui previsão legal.

Em primeiro lugar, não houve adjudicação à licitante vencedora, apenas a homologação da licitação, por conseguinte, não houve contrato à época da licitação.

Após cerca de 5 anos, a Prefeitura Municipal, resolveu executar a obra, aproveitando a licitação que tratava do mesmo objeto, ao invés de realizar nova licitação, com reanálise dos projetos e planilha orçamentária.

Ao invés disso, realizou modificações na planilha orçamentária, da ordem de 30% do valor do licitado (de R\$ 8.312.367,88 para R\$ 5.709.625,75), tanto quantitativa, quanto qualitativa.

Ressalta-se ainda que a situação econômica do país, é completamente diferente, no prazo de 5 anos, e que, a realidade desse orçamento, realizado à época da licitação, de certo, não condiz com o mercado atual, simplesmente atualizando os valores por índices econômicos. Essa atualização, de início, onerou a contratação com reajuste de 42% já na assinatura do contrato

Quanto ao parecer jurídico, como já comentado no relatório inicial, o Procurador Adjunto Flávio Narciso Campos, tinha ciência da não existência do “termo de adjudicação” e do “contrato”, conforme aprova parecer constante no Anexo 03007/2017-3, demonstrando que esses documentos não existiam no processo, como constatado pela equipe de auditoria.

Na conclusão do parecer jurídico, o Procurador Adjunto Flávio Narciso Campos opina:

Ante a todo o exposto, e DESDE QUE OBSERVADAS TODAS AS RECOMENDAÇÕES EXPLICITADAS NESTE PARECER, opinamos pela:

a) Possibilidade de inclusão de itens novos na planilha desde que (i) essa inclusão **não transfigure o objeto contratado** e que os mesmos sejam **necessários à plena execução do contrato**; (ii) que os limites legais para se efetuar o acréscimo contratual sejam respeitados; e (iii) que a Secretaria **atesta a inexistência de “jogo de planilhas”**; (g.n.)

b) Possibilidade em, CARÁTER EXCEPCIONAL, de compensar o conjunto de acréscimos com decréscimos, no que se refere aos contratos celebrados em data pretérita a este Parecer, desde que: (i) seja a compensação devidamente justificada pelo órgão ou entidade competente; (ii) sejam mantidas as características fundamentais estabelecidas no projeto básico; (iii) sejam demonstrados os **riscos de rescisão contratual e de paralisação de obras, bem como a preservação do interesse público**; (g.n.)

c) Possibilidade da Administração Pública proceder supressão contratual acima do limite de 25% (vinte e cinco por cento), nos termos do **artigo 65, §1º, II, da Lei 8.666/93, desde haja expressa concordância/anuência da Empresa.** (g.n.)

Essa questão se reveste de parte jurídica, parte técnica.

Quanto a parte técnica, temos a informar que as modificações qualitativas, que são as alterações de especificações, não podemos concluir, baseado no relatório de inspeção, que houve alteração do objeto inicial, pois não há informações sobre mudanças significativas de métodos de construção e o objeto seja diferente do inicial.

A questão maior, é se, a administração municipal poderia realizar alterações antes da efetivação do contrato, caracterizando a contratação direta? O que é uma questão jurídica.

Quanto a parte jurídica, encaminhamos a análise desse item ao Núcleo de Normatização da Fiscalização – NNF, por ser o setor competente para a elaboração da Instrução Técnica Conclusiva dos autos, de acordo com o art. 10 da Emenda Regimental TC nº 008, de 14 de novembro de 2017:

Art. 10. A elaboração das instruções técnicas conclusivas de competência do extinto Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, exclusivamente nos processos autuados até 31 de dezembro de 2017, ficarão sob a responsabilidade do Núcleo de Normatização da Fiscalização – NNF.

Pois bem, em junho de 2010 houve licitação para obra de Reforma da Praça Encontro das Águas (no bairro Jacaraípe). Sagrou-se vencedora a empresa Emec Obras e Serviços Ltda, apresentando esta, proposta de R\$ 8.312.367,88.

Apenas após 05 (cinco) anos de tal licitação houve a contratação. Ressalta-se que antes dessa contratação não havia sequer adjudicação da licitação.

Outro ponto importante foi que ocorreu alteração de itens e quantidades previstas no procedimento licitatório sem que houvesse contrato prévio, já que houve reanálise dos projetos e planilha orçamentária.

O que a presente irregularidade examina é se estamos, ou não, diante de uma contratação direta sem amparo nos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93, isso em razão do tempo que transcorreu entre a disputa licitatória e a efetiva assinatura do contrato, sendo que, como mencionado, houve alterações na planilha orçamentária antes da assinatura contratual.

Ressalta-se que quando ocorreu, no ano de 2015, a solicitação de emissão de parecer jurídico pela Procuradoria do Município da Serra em relação a contratação, tal órgão jurídico manifestou-se nos seguintes termos:

Ante a todo o exposto, e DESDE QUE OBSERVADAS TODAS AS RECOMENDAÇÕES EXPLICITADAS NESTE PARECER, opinamos pela:

a) Possibilidade de inclusão de itens novos na planilha desde que (i) essa inclusão **não transfigure o objeto contratado** e que os mesmos sejam **necessários à plena execução do contrato**; (ii) que os limites legais para se efetuar o acréscimo contratual sejam respeitados; e (iii) que a Secretaria **ateste a inexistência de “jogo de planilhas”**; (g.n.)

b) Possibilidade em, CARÁTER EXCEPCIONAL, de compensar o conjunto de acréscimos com decréscimos, no que se refere aos contratos celebrados em data pretérita a este Parecer, desde que: (i) seja a compensação devidamente justificada pelo órgão ou entidade competente; (ii) sejam mantidas as características fundamentais estabelecidas no projeto básico; (iii) sejam demonstrados os **riscos de rescisão contratual e de paralisação de obras, bem como a preservação do interesse público**; (g.n.)

c) Possibilidade da Administração Pública proceder supressão contratual acima do limite de 25% (vinte e cinco por cento), nos termos **do artigo 65, §1º, II, da Lei 8.666/93, desde haja expressa concordância/anuência da Empresa.** (g.n.)

Constata-se que o Parecer Jurídico foi pela possibilidade da contratação, desde que obedecidos certos requisitos, como a Secretaria atestar a inexistência de “jogo de planilhas”, o que não foi realizado.

Realizando uma análise jurídica da questão, a Instrução Técnica Conclusiva 627/2020 apontou o seguinte:

Ou seja, o apontamento da equipe de fiscalização **levou em consideração a situação fática do processo.**

A irregularidade foi justamente o “aproveitamento” de uma licitação não adjudicada, defasada em cerca de cinco anos, quando a conduta esperada seria a **realização de nova licitação, submetendo o objeto – já ajustado – ao crivo do mercado no momento da necessidade da contratação.**

Em outros termos, **a obrigação da Administração é licitar**, exceto nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, que não se amoldam ao caso.

Ainda que fosse aceitável o aproveitamento de uma licitação defasada em cerca de cinco anos, realizada sob uma situação mercadológica e econômica diversa do momento da necessidade de contratação, as **alterações realizadas no projeto básico e conseqüentemente no orçamento tornariam obrigatória a repetição do certame.**

Isso porque, conforme art. 21, §4º da Lei de Licitações e Contratos, **qualquer modificação** de quantitativos ou de especificações que impliquem em modificações no orçamento e conseqüentemente na apresentação das propostas por parte das empresas participantes do certame licitatório, **exige a divulgação e reabertura de prazo para apresentação das propostas.**

Art 21 [...]

§4º **Qualquer modificação** no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, **reabrindo-se o prazo** inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

De toda forma, a Administração teria **o dever de realizar o procedimento licitatório** contemporâneo à necessidade de contratação, seja pela repetição do certame, seja pela abertura de um novo processo administrativo. **Ao não o fazer, fugiu da obrigação de licitar, realizando contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.**

Ante o exposto, no mérito, **permanece a irregularidade.**

De início, discordo da aplicação do §4º, do art. 21 da Lei 8.666/93 como fundamento para a constatação da irregularidade no presente caso, isso porque tal dispositivo legal refere-se à necessidade de republicação do Edital de licitação no caso de modificações editalícias antes da formulação das propostas. No caso concreto já havia ocorrido até mesmo o julgamento do certame.

De fato, as alterações feitas deveriam ser realizadas após a assinatura contratual, no caso concreto houve tais alterações antes da lavratura do mesmo, porém, a princípio, não haveria impeditivo, em tese, de assinar o contrato conforme originalmente previsto e, posteriormente, alterá-lo.

Quanto às modificações realizadas no projeto básico e, conseqüentemente, no orçamento, isso não necessariamente demanda um novo certame, sob pena de afirmamos a impossibilidade de aditivos contratuais para tais situações.

O ponto irregular que enxergo foi o de utilizar uma licitação ocorrida há mais de cinco anos, sem uma comprovação nos autos da situação do mercado atual, porém, apesar de entender pela irregularidade em razão desse ponto, penso pela a inexistência de erro grosseiro por não existir na legislação um prazo mínimo entre o julgamento da licitação e a efetiva contratação, dependendo, então, de uma interpretação, razão pela qual, não seria razoável estender tal raciocínio para fatos pretéritos.

Frisa-se que isso não afasta outras irregularidades, como a decorrente de “jogo de planilhas”, que será analisada em momento próprio.

Dessa forma, divergindo da área técnica e do Ministério Público de Contas, entendo por afastar a presente irregularidade em relação aos agentes citados.

b) Ausência de composições unitárias no processo de licitação, restringindo a análise de enquadramento ao preço de mercado.

Conforme Instrução Técnica Conclusiva 0627/2020, já ocorreu a prescrição da pretensão punitiva quanto a esta irregularidade. Vejamos:

Nos processos de fiscalização, inclusive aqueles convertidos em Tomadas de Contas Especiais, a contagem do prazo prescricional inicia-se na ocorrência do fato e é interrompida pela citação válida dos responsáveis.

Após a citação válida, o Tribunal de Contas tem cinco anos para o julgamento do processo pelo Colegiado competente.

Os fatos narrados no [Relatório de Inspeção 8/2017-2](#) e que foram objetos de apontamento ocorreram no ano de **2015**, à exceção do **item 2.2** – “Ausência de composições unitárias no processo de licitação, restringido a análise de enquadramento ao preço de mercado. [QA 02]”, que ocorreu em **2009**:

Em março de 2015, a PMS, através da Secretaria Municipal de Obras (SEOB), promoveu a redução de serviços da planilha licitada e assinou contrato com a empresa vencedora da licitação de 2010, no valor de R\$ 5.709.625,75, com preços na data base de dezembro de 2009 (P0). Essa alteração promoveu, na planilha licitada, um acréscimo de 1,22% e um decréscimo de 32,53%.

A obra teve início em junho de 2015, após assinatura do contrato em 27/05/2015, sendo indicado através da Portaria SEOB nº 29, o Fiscal do Contrato, Srº Marcelo Borges de Carvalho e o Gestor de Contrato, Srª Tânia Lucia Coutinho.

O primeiro aditivo de valor foi assinado em outubro do mesmo ano e em dezembro de 2015, parte da obra foi inaugurada (Lado A). O segundo aditivo de valor foi assinado em fevereiro de 2016.

[...]

2.2 – “Ausência de composições unitárias no processo de licitação, restringido a análise de enquadramento ao preço de mercado. [QA 02]”

[...]

A Concorrência Pública nº 017/2010 foi iniciada com a autorização do Sr. Antônio Alves Sérgio Vidigal, no ofício CG/DPO nº 067/2009 (Anexo 15), no qual há a informação, emitida pelo Diretor do Departamento de Projetos de Obras Públicas Sr. Klodailson Martins Machado Rola, de que a Planilha de Custos estava inserida no processo.

Nesta Planilha, que consta do processo nº 37.869/2009, há vários preços unitários que possuem como fonte o “Mercado”. Quando solicitada, pela equipe de auditoria, as pesquisas ou formas de obtenção destes valores, o jurisdicionado informou a não localização das mesmas nos setores envolvidos, conforme Anexo 16.

Na planilha orçamentária contratada, os serviços identificados com referência “Mercado”, assim como as referências “C-URB”, representam cerca de 53% do valor global contratado. Assim como as informações sobre os itens de “Mercado”, também não foram disponibilizadas as informações sobre as composições de referência “C-URB”.

Apesar da restrição, a verificação de adequação do valor contratado ao praticado no mercado, foi realizada, a partir da Instrução Técnica TCEES nº 15/2009, juntamente com a verificação dos preços relativos aos serviços com referência “Labor” sendo adotados os demais, conforme fornecido na planilha contratada.

As citações dos responsáveis ocorreram nas seguintes datas:

TERMO DE CITAÇÃO	DATA DO A.R.
Termo de Citação 01330/2017-7 Audifax Charles Pimentel Barcelos	29/08/2017 15:54
Termo de Citação 01331/2017-1 Herman Mattos de Souza	06/09/2017 15:58
Termo de Citação 01332/2017-6 João Carlos Meneses	29/08/2017 16:00
Termo de Citação 01333/2017-1 Jefferson Zandonadi	29/08/2017 16:02
Termo de Citação 01334/2017-5 Marcelo Borges de Carvalho	29/08/2017 16:03
Termo de Citação 01335/2017-1 Tania Lucia Coutinho de Oliveira	26/09/2017 16:04
Termo de Citação 01336/2017-4 Andrea Tongo Amorim	29/08/2017 16:05
Termo de Citação 01337/2017-9 Emec Obras e Serviços Ltda., por seu representante legal	30/08/2017 16:06
Termo de Citação 01338/2017-3 Samuel Dias de Souza Filho	11/09/2017 16:07
Termo de Citação 01339/2017-8 Flavio Narciso Campos	28/08/2017 16:08
Termo de Citação 01340/2017-1 Alvaro Roque Tosta da Cunha	03/09/2017 16:21
Termo de Citação 01341/2017-5 Klodailson Martins Machado Rola	01/09/2017 16:23
Termo de Citação 01342/2017-1 José Maria de Abreu Júnior	31/08/2017 16:24

Verifica-se, portanto, que **houve prescrição** da pretensão punitiva deste Tribunal **para o item 2.2** – “Ausência de composições unitárias no processo de licitação, restringido a análise de enquadramento ao preço de mercado. [QA 02]”, uma vez que se passaram cerca de sete anos entre a ocorrência do fato e a citação válida.

Para os demais itens do presente processo **não houve prescrição**, seja da data da ocorrência até a citação válida, seja após a citação.

Salienta-se que o julgamento em colegiado deve se dar até agosto de 2022, sob pena de prescrição.

Dessa forma, acompanhando o opinamento técnico e do Ministério Público de Contas, entendo pela prescrição da pretensão punitiva em relação a esse item.

c) Superfaturamento motivado por alteração de cláusula de reajustamento

Quanto a este tópico de irregularidade, já houve manifestação na **Decisão 3781/2018 - Plenário**. Vejamos:

Algumas considerações devem ser feitas para melhor compreensão do tema.

Percebe-se que a Instrução Técnica Conclusiva 4241/2021 afastou a irregularidade não por entender que o contrato não possuía índice de reajuste indevido, mas sim, por, pela tabela apresentada pelo Município, ter sido pago um valor a menor do que o devido de reajuste (mesmo considerando a data do índice que o setor técnico entende como correta, qual seja, maio de 2010).

Vejamos os números:

O valor do reajuste considerando a data base em novembro de 2009 ficou em **R\$ 1.920.765,57**. Já ao se considerar a data base para reajuste constante em contrato (maio de 2010), o valor devido fica em **R\$ 1.573.792,14**.

Como o valor de reajuste pago pela Administração Municipal foi de **R\$ 1.378.963,82** (menor que o valor devido), entendeu a área técnica por afastar a irregularidade. Acontece que foi pago este valor por ter ocorrido compensação em relação a outras irregularidades, conforme será visto mais a frente.

Entendo que no caso em exame houve um erro no Edital ao constar a data base de maio de 2010, isso porque **o próprio Edital faz menção, em outras passagens, a dezembro de 2009**. Vejamos a Planilha de Estimativa de Custos presente no Edital:

27.869/09

PREFEITURA MUNICIPAL DA SERRA COORDENADORIA DE GOVERNO DEPARTAMENTO DE PROJETOS DE OBRAS PÚBLICAS PLANILHA ESTIMATIVA DE CUSTOS									
OBRA: REFORMA DA PRAÇA ENCONTRO DAS ÁGUAS						DATA BASE: Dezembro / 2009			
LOCAL: JACARAÍPE - SERRA						BID: 25%			
RESPONSÁVEL: Leonardo Magrini - CREA: 5286/D-DF Visto 11º Registo						L.S.: 129,83%			
REF.	CÓDIGO	ITEM	DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS	UNID.	QUANT.	PREÇOS			TOTAL
						UNIT.	SUBTOTAL		
		01	INSTALAÇÃO DO CANTIERO DE OBRAS						184.134,86
IOPEs	020302	01.01	Tapume de chapa de compensado laminado esp. 6 mm, 2,20 x 1,10 m disposto de aberturas e perfis, com 2,20 m de altura	m ²	910,00	120,05	108.245,50		
IOPEs	020701	01.02	Barracão para escritório com sanitário e cobertura de chapa de compens. 12mm e portabancs Bsdcm, piso cimentado e cobertura de telha de fibroc. 6mm, incl. ponto de luz e ca. de inspeção, conf. projeto (1 utilização)	m ²	30,00	374,47	11.234,10		
IOPEs	020702	01.03	Barracão para armazenamento de chapa de compensado de 12mm e portabancs Bsdcm, piso cimentado e cobertura de telhas de fibrocimento de 6mm, incl. ponto de luz, conf. projeto (1 utilização)	m ²	60,00	270,63	16.237,80		
IOPEs	020703	01.04	Barracão para depósito de cimento de chapa de compensado 12mm e portabancs Bsdcm, piso cimentado e cobertura de telhas de fibrocimento de 6mm, incl. ponto de luz, conf. projeto (1 utilização)	m ²	10,90	239,59	2.611,53		
IOPEs	020707	01.05	Unidade de sanitário e vestidário de 40 a 60 funcionários, paredes de chapa compens. 12mm e portabancs Bsdcm, piso cimentado, cobert. telha fibroc. 6mm, incl. inst. de luz e ca. de inspeção, conf. projeto (1 utilização)	und	1,00	13.515,01	13.515,01		
IOPEs	020704	01.06	Releatório com paredes de chapa de compens. 12mm e portabancs Bsdcm, piso ciment. e cob. de telhas fibroc. 6mm, incl. ponto de luz e ca. de inspeção (cons. 1-21 m2/30m2/hum), conf. projeto (1 utilização)	m ²	80,00	231,74	13.904,40		
IOPEs	020708	01.07	Galpão para sanatório e captação área 12,00m ² , em piso de madeira Bsdcm e contraventamento de 5x7cm, cobertura de telha de fibroc. de 6mm, inclusive porta e cabo de alimentação da máquina, conf. projeto (1 utilização)	m ²	12,00	110,08	1.320,72		
IOPEs	020711	01.08	Reservatório de fibra de vidro de 1000 L, incl. suporte em madeira de 7x12cm e 6x7cm, elevado de 4m, conf. projeto (1 utilização)	und	3,00	970,35	2.911,05		
IOPEs	020712	01.09	CEBAN, incl. tubos e conexões para alimentação, distribuição, extravasor e limpeza, cons. o padrão a 20m, conf. projeto (1 utilização)	m	20,00	23,03	460,60		
IOPEs	020713	01.10	Rede de luz, incl. padrão entrada de energia limpa, cabo de ligação até barracões, quadro de distrib. (ca.) e chave de força (quando necessário), cons. 20m entre padrão entrada e QDG, conf. projeto (1 utilização)	m	20,00	276,80	5.536,00		
IOPEs	020714	01.11	Rede de esgoto, contendo fôse e filtro, inclusive tubos e conexões de ligação entre cabas, considerando distância de 20m, conforme projeto (1 utilização)	m	20,00	169,40	3.388,00		
IOPEs	020305	01.12	Placa de obra nas dimensões de 6,0 x 3,0 m padrão PMS - 02 unidades.	m ²	38,00	138,88	4.995,68		
IOPEs	010512	01.13	Equip. topográfico para serviços simples de locação e nivelamento (incluindo equipamento, transporte e profissional nível médio)	mês	1,00	8.770,57	8.770,57		
		02	SERVIÇOS PRELIMINARES						272.298,01
IOPEs	010203	02.01	Demolição de piso existente	m ²	20.584,30	10,46	215.311,78		
IOPEs	030304	02.02	Índice de preço para remoção de entulho decorrente da execução de obras, incluindo aluguel de caminhão, carga, descarga e transporte	m ³	2.058,43	26,03	53.580,63		
IOPEs	010404	02.03	Corte e desmontagem de concreto com diâmetro superior a 30 cm	und	25,00	49,09	1.227,25		
IOPEs	010229	02.04	Retirada de poste de aço de 4 a 6 m	und	90,00	15,27	1.374,30		
MERCADO	*	02.05	Retirada de poste com 10m e luminária	und	25,00	30,55	763,75		
		03	PISTA DE SKATE						32.548,16
		03.01	SERVIÇOS PRELIMINARES						
MERCADO	010211	03.01.01	Demolição de concreto armado, com utilização do compressor pneumático	m ³	25,21	447,80	11.289,04		
IOPEs	030304	03.01.02	Índice de preço para remoção de entulho decorrente da execução de obras, incluindo aluguel de caminhão, carga, descarga e transporte	m ³	37,81	26,03	984,19		
		03.02	SERVIÇOS EM TERRA						
IOPEs	030101	03.02.01	Escavação manual em material de 1ª categoria, até 1,50m de profundidade	m ³	5,20	21,39	111,23		
IOPEs	030201	03.02.02	Releatório subleito de cimento de fundação, em camadas de 20cm	m ²	3,12	23,03	71,85		
IOPEs	030206	03.02.03	Alamo em cimento com areia, inclusive adensamento hidráulico e fornecimento do material	m ²	32,10	61,84	1.985,06		
		03.03	INFRAESTRUTURA						
IOPEs	040231	03.03.01	Fornecimento, preparo e aplicação de concreto magro com consumo mínimo de cimento de 250kg/m ³ (tubo 1 e 2) - 5% de perda já incluído no custo	m ³	3,71	326,30	1.210,57		
IOPEs	040224, 040205, 040243, 040248	03.03.02	Fornecimento, preparo e aplicação de concreto armado Fck=30MPa, inclusive forma, armação, lançamento e desforma para infra-estrutura	m ³	1,76	1.690,13	2.974,83		
		03.04	SUPERESTRUTURA						
IOPEs	050501	03.04.01	Alvenaria de blocos de concreto estrut. (14,0 x 19,0 x 39,0cm, chales com concreto, com resistência mín. compr. 15MPa, assentados com argamassa de cimento e areia no traço 1:4, esp. juntas 10mm e esp. de parede sem revestimento 14,0cm	m ²	21,90	60,79	1.360,96		
IOPEs	040334, 040315, 040328, 040333	03.04.02	Fornecimento, preparo e aplicação de concreto armado Fck=25MPa, inclusive forma, armação, lançamento e desforma para super-estrutura	m ³	1,41	1.948,13	2.746,04		
		03.05	REVESTIMENTOS						
IOPEs	120101	03.05.01	Chapisco com argamassa de cimento e areia média ou grossa lavada, no traço 1:3 espessura de 5mm	m ²	33,56	3,32	111,42		
IOPEs	120303	03.05.02	Raboco tipo paulista com argamassa de cimento, cai hidratada CH1 e areia média ou grossa lavada no traço 1:0,5:6, espessura 25mm	m ²	33,56	24,34	816,85		

A área técnica, por meio da Manifestação Técnica 00837/2018, menciona jurisprudência de que quando há contradição entre o Edital e o Contrato assinado, deve prevalecer o Edital. Quanto a isso, não discordo. A questão é que no caso concreto havia contradição dentro do próprio Edital, o que indica a possibilidade de erro material. Isso porque a Planilha de Estimativa de Custos integra o Edital, dele fazendo parte.

Dessa forma, constato que nem a data base de reajuste em maio de 2010 está correta nem em novembro de 2009, **devendo ser dezembro de 2009 (data base constante na Planilha de Estimativa de Custos anexa ao Edital)**. Inclusive a empresa concorda com esse parâmetro.

Aqui pode surgir uma pergunta: **Por que essa análise se o Município pagou um valor menor de reajuste pela tabela apresentada?**

Primeiramente, porque estabelecer a data base para reajuste em dezembro de 2009 pode vir a modificar os valores calculados pela área técnica para fins de ressarcimento no que toca a irregularidade em questão e também a outras.

Segundamente, em razão de possíveis compensações realizadas pelo Município. O relatório da comissão de sindicância corrigiu o reajuste das medições 1ª a 9ª alterando a data base do mês de novembro/ 2009 para dezembro/2009 e concluiu que o valor do reajuste totalizaria um valor de **R\$ 1.677.933,91** (considerando a data-base de dezembro de 2009).

A partir do momento em que o relatório da comissão de sindicância indicou o valor de R\$ 1.677.933,91 como devido, não restou justificada a razão de ter sido pago apenas R\$ 1.378.963,82, o que pode acarretar a ideia de que haverá crédito a ser ressarcido ou compensação. Vejamos como consta no Relatório de sindicância do Município:

- Os reajustes das medições 1ª a 9ª devido ao erro nas medições foram elaboradas e executadas com falhas, totalizando um, valor de R\$1.920.765,59 (um, milhões, novecentos e vinte mil, setecentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e nove centavos), porém foi pago o valor de R\$1.378.963,82 (um milhões, trezentos e setenta e oito mil, novecentos e sessenta e três reais e oitenta e dois centavos).

Os reajustes corrigidos e devidos das medições 1ª à 9ª totaliza um valor de R\$1.677.933,91 (um milhões, seiscentos e setenta e sete mil, novecentos e trinta e três reais e noventa e um centavos) ficando um saldo a pagar a empresa de R\$298.970,09 (duzentos e noventa e oito mil, novecentos e setenta reais e nove centavos). (grifo nosso).

Nota-se que o Município não pagou o valor de R\$ 1.677.933,91, mas considerou haver um saldo para a empresa em razão disso. O que dá a entender que o Município não pagou o valor do reajuste integral em razão da constatação de outras possíveis causas de superfaturamento não relacionadas ao reajuste. Mostra-se abaixo:

5. os serviços de: Quadro de comando para iluminação externa com placa de montagem nas dimensões 60x50x20cm - fornecimento e instalação; Relé fotoelétrico para comando de iluminação externa 220V/1000w fornecimento e instalação; Contador tripolar I nominal 36A - fornecimento e instalação; Disjuntor tripolar 25A - Norma DIN; Disjuntor tripolar 32A - Norma DIN; Disjuntor tripolar 40A - Norma DIN; Disjuntor tripolar 50A - Norma DIN; Disjuntor tripolar 63A – Norma DIN; Eletroduto de aço galvanizado eletrolítico tipo semi-pesado 2", inclusive conexões - fornecimento e instalação; Fio ou cabo de cobre termoplástico, com isolamento para 750V, seção de 16.0mm²; Fio ou cabo de cobre termoplástico, com isolamento para 1000v, seção de 16.0mm² não estão planilhados no contrato, porém foram **autorizados pelo Engenheiro Fiscal Marcelo Borges de Carvalho e executados pela empresa contratada** no mês de novembro de 2016 no valor total de R\$14.141,60, mais o valor de reajuste de R\$7.663,25 totalizando um valor de R\$21.804,85, mais os serviços de: Caixa de drenagem em bloco de concreto 9x19x39cm, dim. Interna 0,60x0,20m, lastro de concreto esp. 10 cm, revest., Interno c/chapisco e reboco impermeabilizado, inclusive escavação e reaterro; Grelha largura 60cm de ferro redondo de 1/2" a cada 3 cm, contorno com barra de ferro de 3/4"x1/8" e caixilho de cantoneira de 1"x3/16" não estão planilhados no contrato, porém **foram autorizados pelo Engenheiro Fiscal Marcelo Borges de Carvalho e executados pela empresa contratada** no período de agosto

de 2015 a setembro de 2015 no valor total de R\$41.371,01 mais o valor de reajuste de R\$17.978,49 totalizando um valor de R\$59.349,50. Estes valores de R\$21.804,85 mais o valor de R\$59.349,50 deverão ser pagos por indenização após encerramento do contrato. A empresa deverá solicitar o pagamento através de processo administrativo;

No processo administrativo nº 68229 de reajuste da 6ª medição existe um saldo a pagar a empresa no valor de R\$541.801,77, porém após os fatos apurados nesta sindicância o valor corrigido devido a empresa é de R\$112.974,22 menos o valor que será pago através de indenização de R\$81.154,5, totalizando o valor de R\$31.819,87 (trinta e um mil, oitocentos e dezenove reais) a ser pago a empresa.

(grifo nosso)

O que se permite compreender, então, é que havia um saldo referente ao reajuste da 6ª medição, de forma que o Município não pagou tal valor para eventualmente compensar com possíveis danos ao erário decorrentes de outras irregularidades:

COMPATIBILIZAÇÃO DOS SALDOS				
PAGO A EMPRESA DATA BASE NOV/2009				
	MEDIÇÃO	FATOR DE REAJUSTE	REAJUSTE	PAGO
1ª	290.821,91	0,434792634944786	126.447,22	126.447,22
2ª	124.000,56	0,434792634944786	53.914,53	53.914,53
3ª	180.981,22	0,434792634944786	78.689,30	78.689,30
4ª	133.410,77	0,434792634944786	58.006,02	58.006,02
5ª	329.172,88	0,434792634944786	143.121,94	143.121,94
6ª	1.402.681,85	0,541816539279898	759.996,23	218.194,46
7ª	352.391,44	0,541816539279898	190.931,51	190.931,51
8ª	752.502,67	0,541816539279898	407.718,39	407.718,39
9ª	161.218,92	0,63231067314893	101.940,45	101.940,45
TOTAL GERAL	3.727.182,22		1.920.765,59	1.378.963,82

Por mais que não tenha ocorrido o pagamento integral de R\$ 1.677.933,91, mas apenas de R\$ 1.378.963,82, o Município considera o valor restante como saldo ou como forma de compensação para outros valores.

Dessa forma, divergindo da área técnica e do Ministério Público de Contas, entendo que a data base para o reajuste do Contrato nº 157/2015 é o mês de dezembro/2009, devendo ser realizados os cálculos de eventuais ressarcimentos decorrentes das irregularidades presentes no processo com base nesta fixação.

Pois bem, foi fixado acima que a data base para o reajuste do Contrato nº 157/2015 é o mês de dezembro de 2009, sendo os autos encaminhados à área técnica para os cálculos referentes ao reajuste devido considerando essa constatação.

Assim, a Instrução Técnica Conclusiva 0094/2022 apontou que, considerando a data base para o reajustamento do contrato o mês de Dezembro/2009, o valor total

devido relativo aos reajustamentos das parcelas dos pagamentos é de **R\$ 1.717.778,24**.

Fato é que foi pago, para fins de reajustamento, o valor total de **R\$ 1.378.963,82**.

De modo que, além de ser afastada a presente irregularidade, deve ser considerado esse valor a menor pago à Contratada (**R\$ 338.814,42**) quando da imputação de eventuais ressarcimentos por este TCEES, para fins de encontro de contas. Ressalta-se que a Comissão de Sindicância do Município já havia apurado um valor de pagamento indevido de R\$ 185.995,87.

d) Pagamentos superfaturados de serviços incluídos através de aditivo

Mostra-se a análise da **Manifestação Técnica 00837/2018** em relação a tal item:

PAGAMENTOS SUPERFATURADOS DE SERVIÇOS INCLUÍDOS ATRAVÉS DE ADITIVOS. [Q 03]

Critério: Arts. 58, III e 70 da Lei 8.666/93

Art. 58 - O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

III - fiscalizar-lhes a execução;

Art. 65. [...]

§ 1º

O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Acórdãos TCU nº 2440/2014 e nº 467/2015, ambos Plenário.

Quando houver a celebração de aditivos contratuais para a inclusão de novos serviços, tanto nos regimes baseados em preço global quanto nos regimes de empreitada por preço unitário e tarefa, o preço desses serviços deve ser calculado considerando as referências de custo e taxa de BDI especificadas no orçamento-base da licitação, subtraindo desse preço de referência a diferença percentual entre o valor do orçamento-base e o valor global obtido na licitação, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a manutenção do percentual de desconto oferecido pelo contratado (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e arts. 14 e 15 do Decreto 7.983/2013). (Acórdão 2440/2014-Plenário)

Responsável: Audifax Charles Pimentel Barcelos – Prefeito Municipal.

Conduta: Assinou o 1º Termo Aditivo sem observar as recomendações da Procuradoria Geral do Município - Proger, em especial relativas às formas de jogo de planilha.

Nexo: Ao não observar as recomendações do Parecer Jurídico, o Prefeito Municipal permitiu a formalização do 1º Termo Aditivo sem as devidas verificações de possibilidades de jogos de planilha apontadas pela Proger, gerando um dano de 33.570,55 VRTE, sujeito a devolução em caso de não comprovação de regularidade.

Responsável: João Carlos Meneses – Secretário de Obras.

Conduta: Autorizou a formalização e assinou os termos aditivos sem observar as recomendações da Proger, em especial relativas às formas de jogo de planilha e limite de aditivo contratual.

Nexo: Ao não observar as recomendações da Procuradoria Geral do Município, o Secretário de Obras permitiu a formalização do aditivo sem as devidas verificações de possibilidades de jogos de planilha apontadas pela Proger, gerando um dano de 165.316,70 VRTE, sujeito a devolução em caso de não comprovação de regularidade.

Responsável: Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira – Diretora do Departamento de Obras Públicas e Gestora do Contrato.

Conduta: Atestou os documentos (relatório de replanilhamentos, justificativa e relatório fotográfico) que embasaram o 1º aditivo ao Contrato nº 157/2015.

Nexo: Ao atestar a documentação, a Diretora do Departamento de Obras Públicas corroborou para a elaboração do 1º termo aditivo com preços superfaturados de determinados serviços, gerando um dano ao erário de 33.570,55 VRTE, sujeito a devolução em caso de não comprovação de regularidade.

Responsável: Andréia Tongo Amorim – Diretora do Departamento de Medições e Gerenciamento de Contratos - DMGC.

Conduta: Elaborou os termos aditivos ao contrato nº 157/2015 sem observar os pareceres da Proger.

Nexo: Ao elaborar os termos aditivos ao contrato nº 157/2015 sem observar o parecer da Proger, a Diretora do DMGC, deu condições para a legalização do superfaturamento de determinados serviços do contrato e pagamento indevidos em favor da Administração Pública Municipal, gerando um dano ao erário de

165.316,70 VRTE, sujeito a devolução em caso de não comprovação de regularidade.

Responsável: Marcelo Borges de Carvalho – Fiscal do Contrato.

Conduta: Elaborou documentação (planilhas, quantitativos, justificativas, preços) referente aos dois (2) aditivos ao contrato nº 157/2015, incluindo preços novos para serviços já existentes na planilha orçamentária e preços unitários acima do preço de mercado para os serviços novos.

Nexo: Ao elaborar a documentação para os aditivos sem observar os preços já vigentes no contrato e preços de mercado, o Fiscal do Contrato gerou a possibilidade de superfaturamento de determinados serviços do contrato e pagamento indevidos em desfavor da Administração Pública Municipal, gerando um dano ao erário de 165.316,70 VRTE, sujeito a devolução em caso de não comprovação de regularidade.

Responsável: Emec Obras e Serviços Ltda – Empresa Contratada.

Conduta: Assinou Termos Aditivos com preços unitários acima dos existentes em planilha orçamentária vigente ou acima do valor de mercado e recebeu pagamentos pela execução dos serviços com preços superfaturados.

Nexo: Ao assinar os Termos Aditivos, o representante legal da empresa foi conivente com o superfaturamento de determinados serviços do contrato e, por consequência o recebimento indevido destes serviços, gerando um dano ao erário de 165.316,70 VRTE, sujeito a devolução em caso de não comprovação.

RELATÓRIO DE AUDITORIA:

A transcrição do Relatório se encontra, a seguir, na parte de análise de cada termo aditivo.

JUSTIFICATIVAS:

Audifax Charles Pimentel Barcelos – Prefeito Municipal:

A Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia, ao que se defluiu à fl. 34, do Relatório de Inspeção, pretende atribuir ao Prefeito Municipal da Serra a responsabilidade quanto à suposta *"formalização do 1º Termo Aditivo sem as devidas verificações de possibilidades de jogos de planilha apontadas pela Proger, gerando um dano de 33.570,55 VRTE, sujeito a devolução em caso de não comprovação de regularidade"*.

Pois bem.

Inicialmente cumpre salientar a preliminar de ilegitimidade já suscitada no item III, desta peça - DA ILEGITIMIDADE AD CAUSAM, cujos fundamentos precípuos estão alicerçados na Lei de desconcentração de poderes do Município, bem como pela Jurisprudência e pelo próprio Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, os quais, salvo melhor juízo, vem admitindo e encampando a tese de ilegitimidade, para, em tal desiderato, afastar a responsabilidade do

Chefe do Poder Executivo, no que concerne aos atos praticados pelos ordenadores de despesas, como parecer ser o presente caso.

Aliás, à luz do ordenamento Jurídico Municipal vigente, como se vê através da dicção do artigo 1º do Decreto Municipal 5.404/2015, é possível constatar, sem qualquer embargo, que o Prefeito Municipal **NÃO** figura entre aqueles que **ordenam despesas**, como, dentre outros, é o caso Secretário Municipal de Obras:

Art. 1º No âmbito do Poder Executivo Municipal, são ordenadores de despesas:

- I - O Gestor do Fundo Municipal de Saúde;
- II - O Secretário Municipal de Educação;
- III - O Secretário Municipal de Serviços;
- IV - O Secretário Municipal de Obras;
- V - O Secretário Municipal de Assistência Social;
- VI - O Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos.

E nessa perspectiva, o Decreto Municipal tratou de estabelecer e fixar pontualmente as competências dos ordenadores de despesas, conforme se infere através da redação do artigo 2º, do Diploma legal em voga:

Art. 2º Aos ordenadores de despesas compete:

I - Autorizar as despesas procedentes de sua unidade gestora ou de unidade orçamentária vinculada a sua respectiva unidade gestora.

II - Homologar, revogar ou anular as licitações, bem como ratificar as dispensas ou inexigibilidades.

III - Assinar contratos, acordos, convênios e outros instrumentos congêneres, bem como designar formalmente servidor para acompanhar a execução e fiscalização dos mesmos e, ainda, emitir ordem de serviço, paralisação e reinício da execução do contrato.

IV - Autorizar empenhos e pagamentos.

V - Determinar para que, no âmbito de sua competência, sejam observadas com rigor as normas da Lei Federal nº 4.320/64, especialmente as contidas no artigo 63, no que pertine à fase da liquidação da despesa, e das Leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002 e suas alterações, no que se refere a licitações e contratos;

VI - Autorizar adiantamento, estabelecido no artigo 68 da Lei Federal nº 4.320/64, em casos excepcionais, quando não for possível a realização da despesa pelo processo normal, nos precisos termos da legislação vigente;

VII - Delegar competência, através de portaria devidamente publicada, ao seu substituto legal, para exercer as atribuições mencionadas neste artigo, quando entender necessário.

Ora, diante dessas considerações, e em adstringência ao conteúdo do artigo acima transcrito, parece-nos que a intenção da Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia, registre-se, além de desproporcional e irrazoável, é deveras ofensiva ao princípio da Legalidade, sobre o qual está erguida a espinha dorsal do nosso Estado Democrático de Direito. E dizemos isso porque a simples intenção de imputar ao Defendente a responsabilidade, a conduta e o nexos causais por ter, em tese, realizado "pagamentos superfaturados de serviços incluídos através de aditivos", ressoa medida injusta e contrária ao ordenamento jurídico do Município da Serra.

Outrossim, é válido realçar que compete exclusivamente aos Ordenadores de Despesas a assinatura de contratos, acordos, convênios e outros instrumentos congêneres, bem como autorizar empenhos e pagamentos. Desta forma, a conclusão lógica que podemos alcançar é que, por força de "lei", o Prefeito Municipal está automaticamente fora do alcance das acusações exaradas no Relatório de Inspeção.

Demais disso, é importante esclarecer que os atos consubstanciados na elaboração e execução dos respectivos termos aditivos foram formalmente chancelados pelo limo Sr Secretário Municipal de Obras, o qual, por *sponte própria*, **atestou o cumprimento das condicionantes exigidas no parecer da Procuradoria Geral**. Confira-se, na íntegra, como constou a redação dos referidos despachos, tanto em relação ao 1º termo aditivo, quanto ao 2º termo aditivo:

• DESPACHO PROFERIDO PELO SR SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS POR OCASIÃO DO 1º TERMO ADITIVO - PROCESSO Nº 61.213/2015, ATESTANDO O CUMPRIMENTO DAS CONDICIONANTES DO PARECER E DETERMINADO A ELABORAÇÃO DO TERMO ADITIVO

Em atenção ao parecer do Douto Procurador Adjunto, e considerando que as justificativas para replanilhamento estão anexadas ao processo (fls. 41 a 48), que **não houve descaracterização do objeto**, ou seja, o processo básico não foi alterado, que o replanilhamento é de suma importância para que a obra não seja interrompida e venha a ser objeto de rescisão contratual, preservando assim o interesse público, nos termos do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/923, **favor providenciar o termo aditivo**.

• DESPACHO PROFERIDO PELO SR SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS POR OCASIÃO DO 2º TERMO ADITIVO - PROCESSO Nº 4921/2016 ATESTANDO O CUMPRIMENTO DAS CONDICIONANTES DO PARECER E DETERMINADO A ELABORAÇÃO DO TERMO ADITIVO

Em atenção ao parecer do Douto Procurador Adjunto, e considerando que as justificativas para replanilhamento estão anexadas ao processo (fls. 68 a 72 **que não houve descaracterização do objeto, ou seja, o processo básico não foi alterado**), que o replanilhamento é de suma importância para que a obra não seja interrompida e venha a ser objeto de rescisão contratual, preservando assim o interesse público, nos termos do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/923, **favor providenciar o termo aditivo**.

Infere-se, portanto, que a elaboração dos termos aditivos fora precedida da análise e do prévio consentimento do Secretário da Pasta, a quem, quer nos parecer, avocou a responsabilidade técnica para dar prosseguimento às alterações contratuais.

Na esteira do que fora exposto alhures, não houve a prática de qualquer conduta ilícita pelo Defendente, sobretudo porque não foi ele o responsável por atestar o cumprimento das exigências, condicionantes ou orientações vertidas pela análise jurídica da Procuradoria Geral. Isso, na verdade, é fato INCONTROVERSO!

Em face do arazoado externado, e rogando venia à eventual entendimento em sentido contrário, o ora Defendente solicita a sua não inclusão e/ou exclusão de pronto do presente processo, por ser parte ilegítima para neles figurar, haja vista a existência de normas (Lei n.º 3479 e Decreto n.º 2207/2009, alterado pelo Decreto n.º 5404/2015) de desconcentração de poderes, ou caso assim não entendam, que seja, pelas razões de fato e de direito acima narradas julgada inteiramente IMPROCEDENTE a presente denúncia/representação em face do Prefeito Municipal da Serra.

João Carlos Meneses – Secretário de Obras:

Com relação a este item, o Defendente, na qualidade de Secretário Municipal de Obras, está sendo responsabilizado por supostamente autorizar "a formalização e assinou os termos aditivos sem observar as recomendações da Proger, em especial relativas às formas de jogo de planilha e limite de aditivo contratual."

Segundo disciplina o art. 67 da Lei 8.666/1993, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Desse modo, entendemos que o "ato de fiscalizar" significa, na prática, verificar e atestar se a efetiva execução do objeto do contrato está em conformidade com as especificações predeterminadas, com seu projeto, com sua boa técnica, em harmonia às normas e procedimentos previstos no contrato. Noutras palavras, o processo de fiscalização tem como pressuposto basilar a nomeação/designação de responsável, sob o prisma da conveniência e oportunidade da Administração, tecnicamente apto à leitura do projeto, à interpretação das especificações e conhecedor das normas e procedimentos de execução recomendados.

Todavia, *in casu*, deve ficar claro que a FISCALIZAÇÃO do contrato 157/2015 competia a pessoas DIVERSAS do Defendente. consoante se constata da Portaria SEOB n° 29. de 01 de junho de 2015, que assim dispõe em seu artigo 1°:

Art. 1º Fica designado como gestor do Contrato n° 157/2015, Processo n° 37.869/2015, firmado com a empresa EMEC Obras e Serviços LTDA referente a Reforma da Praça Encontro das Águas, no bairro Jacaraipe a Sra Tânia Lúcia Coutinho e como Fiscal o Sr Marcelo Borges de Carvalho.

Na esteira do que ora exposto alhures, não houve a prática de qualquer conduta ilícita pelo Defendente. Sobretudo porque não foi o Secretário Municipal de Obras o responsável por atestar o cumprimento das exigências, condicionantes ou orientações vertidas pela análise jurídica da Procuradoria Geral, até porque, salvo melhor juízo, essas funções, ao teor da Portaria retro transcritas, correspondem às funções TÍPICAS de FISCALIZAÇÃO E GESTÃO DO CONTRATO.

Confrontando-se a prova documental anexa, com o Relatório de Auditoria, percebe-se que não há configuração de quaisquer condutas típicas irregulares, ou sequer indícios, de que tenha havido alguma conduta do ora

defendente no sentido de provocar, de forma dolosa, ou culposa, dano ao erário.

Eis a aí a atipia; a ausência de tipicidade.

Aplicam-se, inescusavelmente, ao processo administrativo de índole punitiva, subsidiariamente, as normas de direito processual penal e de direito penal, visto que não há diferença substancial e ontológica entre o ilícito penal, civil ou administrativo. Segundo DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 143), a diferença é de grau ou de quantidade e reside na gravidade da violação ao ordenamento jurídico.

É cediço que o tipo penal é a descrição legal abstrata de uma conduta proibida e que, para verificação da tipicidade (elemento necessário à configuração do ilícito) deve haver perfeita adequação do fato praticado àquela descrição constante na lei.

O fato típico se diferencia do fato material, que é o conjunto dos elementos de natureza objetiva descritos pela norma incriminadora. Ainda segundo DAMÁSIO, os componentes do fato típico são: a conduta dolosa ou culposa; o resultado (salvo nos crimes de mera conduta); o nexó de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais); e a tipicidade.

No caso em apreço, não se verifica, nos atos praticados pelo ora Defendente, a subsunção à conduta taxada como irregular pela Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia.

O ato praticado pelo defendente, de maneira alguma, se amolda à conduta que lhe fora imputada nos achados de Auditoria, do que decorre, logicamente, a conclusão de que NÃO HOUVE A PRÁTICA DO SUPOSTO ILÍCITO ora analisado, manifestando atipicidade, ao lado da já avultada ausência de materialidade, o que enseja o arquivamento do processo em tela no que concerne à ora signatária

Ante todo exposto, e *ad argumentandum tantum*, entende-se que os achados de Auditoria encontram-se despidos de elementos fáticos e probatórios em relação ao ora Defendente, razão pela qual pugnamos pela sua total IMPROCEDÊNCIA.

Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira – Diretora do Departamento de Obras Públicas e Gestora do Contrato e Marcelo Borges de Carvalho – Fiscal do Contrato:

Concessa venia, em que pesem os respeitáveis argumentos consignados pela r. área técnica da Corte de Contas Estadual, é importante elucidar que os atos consubstanciados na elaboração e execução dos respectivos termos aditivos foram formalmente cancelados pelo limo Sr Secretário Municipal de Obras, o qual, por *sponte própria*, **atestou o cumprimento das condicionantes exigidas no parecer da Procuradoria Geral**. Confirase, na íntegra, como constou a redação dos referidos despachos, tanto em relação ao 1º termo aditivo, quanto ao 2º termo aditivo:

• DESPACHO PROFERIDO PELO SR SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS POR OCASIÃO DO 1º TERMO ADITIVO - PROCESSO Nº 61.213/2015, ATESTANDO O CUMPRIMENTO DAS CONDICIONANTES DO PARECER E DETERMINADO A ELABORAÇÃO DO TERMO ADITIVO

Em atenção ao parecer do Douto Procurador Adjunto, e considerando que as justificativas para replanilhamento estão anexadas ao processo (fls. 41 a 48), que **não houve descaracterização do objeto**, ou seja, o processo básico não foi alterado, que o replanilhamento é de suma importância para que a obra não seja interrompida e venha a ser objeto de rescisão contratual, preservando assim o interesse público, nos termos do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/923, **favor providenciar o termo aditivo**.

• DESPACHO PROFERIDO PELO SR SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS POR OCASIÃO DO 2º TERMO ADITIVO - PROCESSO Nº 4921/2016 ATESTANDO O CUMPRIMENTO DAS CONDICIONANTES DO PARECER E DETERMINADO A ELABORAÇÃO DO TERMO ADITIVO

Em atenção ao parecer do Douto Procurador Adjunto, e considerando que as justificativas para replanilhamento estão anexadas ao processo (fls. 68 a 72 **que não houve descaracterização do objeto, ou seja, o processo básico não foi alterado**), que o replanilhamento é de suma importância para que a obra não seja interrompida e venha a ser objeto de rescisão contratual, preservando assim o interesse público, nos termos do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/923, **favor providenciar o termo aditivo**.

Inferre-se, portanto, que a elaboração dos termos aditivos fora precedida da análise e do prévio consentimento do Secretário da Pasta, a quem, quer nos parecer, avocou a responsabilidade técnica para dar prosseguimento às alterações contratuais.

Diante dessas considerações, temos, então, que os Defendentes, quando da confecção dos termos aditivos, estavam apenas cumprindo ordens superiores, de forma que os seus atos, ao contrário do que fora assentado no Relatório de Auditoria, jamais puderam contribuir para a suposta legalização do superfaturamento de determinados serviços do contrato e pagamento indevidos em desfavor da Administração pública Municipal.

Na esteira do que fora exposto alhures, **não houve a prática de qualquer conduta ilícita pelas Defendentes, sobretudo porque não foram eles os responsáveis por atestar o cumprimento das exigências, condicionantes ou orientações vertidas pela análise jurídica da Procuradoria Geral. Isso, na verdade, é fato INCONTROVERSO!**

Confrontando-se a prova documental anexa, com o Relatório de Auditoria, percebe-se que não há configuração de quaisquer condutas típicas irregulares, ou sequer indícios, de que tenha havido alguma conduta dos defendentes no sentido de provocar, de forma dolosa, ou culposa, dano ao erário, até porque, como frisado nas linhas acima, foi o Secretário Municipal de Obras quem se manifestou através de despacho sobre o atendimento das recomendações explicitadas no parecer da Procuradoria Geral.

Eis a aí a atipia; a ausência de tipicidade.

Aplicam-se, inescusavelmente, ao processo administrativo de índole punitiva, subsidiariamente, as normas de direito processual penal e de direito penal, visto que não há diferença substancial e ontológica entre o ilícito penal, civil ou administrativo. Segundo DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (*Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 143), a diferença é de grau ou de quantidade e reside na gravidade da violação ao ordenamento jurídico.

É cediço que o tipo penal é a descrição legal abstrata de uma conduta proibida e que, para verificação da **tipicidade** (elemento necessário à configuração do ilícito) deve haver perfeita adequação do fato praticado àquela descrição constante na lei.

O fato típico se diferencia do fato material, que é o conjunto dos elementos de natureza objetiva descritos pela norma incriminadora. Ainda segundo DAMÁSIO, os componentes do fato típico são: a conduta dolosa ou culposa; o resultado (salvo nos crimes de mera conduta); o nexó de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais); e a tipicidade.

No caso em apreço, **não se verifica, nos atos praticados pela ora signatária, a subsunção à conduta taxada como irregular pela Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia.**

O ato praticado pelo defendente, de maneira alguma, se amolda à conduta que lhe fora imputada nos achados de Auditoria, do que decorre, logicamente, a conclusão de que **NÃO HOUVE A PRÁTICA DO SUPOSTO ILÍCITO** ora analisado, manifestando atipicidade, ao lado da já avultada ausência de materialidade, o que enseja o arquivamento do processo em tela no que concerne à ora signatária.

Ante todo exposto, e *ad argumentandum tamtum*, entende-se que os achados de Auditoria encontram-se despidos de elementos fáticos e probatórios em relação aos Defendentes, razão pela qual razão pela qual pugnamos pela sua total **IMPROCEDÊNCIA**.

Emec Obras e Serviços Ltda:

A transcrição da defesa da Empresa se encontra, a seguir, na parte de análise de cada termo aditivo.

ANÁLISE:

Excetuando a defesa da empresa, todos os demais defendentes, seguem a mesma linha de raciocínio, inclusive com o texto praticamente igual, a não ser pelo fato de que cada um tenta imputar a responsabilidade ao outro, e sequer adentrando na abordagem dos itens questionados. Somente a empresa Emec apresenta, de fato, alegações sobre os pontos apontados como irregulares no Relatório de Inspeção.

Antes de adentrarmos à análise das composições, temos a esclarecer que as composições dos serviços devem ser elaboradas pela administração pública, utilizando valores de mercado, sendo parte integrante da licitação, conforme ditames legais, e as licitantes deverão tê-las como parâmetros para elaborarem suas propostas.

Para isso, o TCEES, normatizou como parâmetro as tabelas referenciais adotadas pela Instrução Normativa nº 15/2009, a qual disciplina a metodologia para análise dos preços das obras e serviços de engenharia.

A empresa contratada não pode, em hipótese alguma, apresentar uma composição para a administração e determinar que esse seja o valor do serviço, se o mesmo não representa o valor de mercado, o que geralmente ocorre em casos de aditivos, principalmente.

Quanto às responsabilizações questionadas pelos defendentes, recomendamos manter os responsáveis apontados na inicial, com exceção do Prefeito, no momento, cuja responsabilidade depende da preliminar a ser analisada pelo NNF, e quanto aos demais, a aposição das assinaturas, em cada documento de responsabilidade inerente ao cargo, contribuiu, de alguma forma, para a ocorrência da irregularidade.

Ademais, conforme já apontado no Relatório de Inspeção, não foi encontrado no processo qualquer despacho dos responsáveis, quanto ao não atendimento, das recomendações contidas no Parecer Jurídico.

2.4.1. 1º Termo Aditivo

Relatório de Fiscalização:

2.4.1. 1º Termo Aditivo

O processo referente ao 1º Termo Aditivo ao contrato nº 157/2015 foi formalizado em outubro de 2015, sob o nº 61.213/2015, contendo a documentação técnica produzida pelo Engº Fiscal do Contrato e pela Gestora do Contrato, nomeados através da Portaria nº 29/2015 (Anexo 17), conforme assinaturas apostas na planilha de replanilhamento (fls. 03-40), relatório de replanilhamento (fls. 41-48), memória de cálculo (fls. 49-53), e “relatório fotográfico das justificativas dos aditivos” (fls. 54-58), conforme Anexo 18.

O valor acrescido no aditivo foi de R\$ 426.555,75, que representa 7,47%, passando o contrato para o valor de R\$ 6.136.181,50.

A solicitação de replanilhamento/aditivo foi submetida à Proger, através do ofício SEOB/SC nº 198/2015 do Secretário de Obras (fls. 02). O Procurador, às fls. 86, alerta sobre o jogo de planilhas e trás em seu parecer a doutrina do Auditor Federal de Controle Externo do TCU – André Pachioni Baeta,

O “jogo de planilhas” ou “superfaturamento por desequilíbrio econômico-financeiro” verifica-se quando “[...] há rompimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor do contratante por meio de alterações das cláusulas de serviço (mudanças de quantitativos, inclusões ou exclusões de serviços e etc) e/ou das cláusulas financeiras (mudança dos serviços, prazo de pagamento, reajustamento, etc.) durante a execução da obra”.

Para o referido Autor, o chamado “Jogo de Planilhas” geralmente ocorre quando:

- a) Há acréscimo de quantitativos de itens originais com sobrepreços;
- b) Há decréscimo ou supressão de quantidades de itens originais com subpreços;
- c) **Há alteração dos preços originais por meio de termos aditivos (reequilíbrio econômico-financeiro); (g.n.)**
- d) **Há Inclusão de itens novos com sobrepreços ou com descontos inferiores ao ponto de equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (g.n.)**
- e) [...];

As fls. 92-93, o Procurador conclui:

Dito isso, considerando as particularidades do caso em tela e DESDE QUE OBSERVADAS TODAS AS RECOMENDAÇÕES EXPLICITADAS NESTE PARECER, opino pela:

- a) Legalidade da alteração da planilha do **Contrato nº 157/2015**, desde que haja: (i) prévia e devida justificação nos autos; (ii) e que se observe o limite de acréscimo previsto no artigo 65, §1º, da Lei 8.666/93, qual seja, 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato;
- b) Possibilidade, em tese, de inclusão de itens novos na planilha desde que (i) essa inclusão **NÃO transfigure o objeto contratado** e que os mesmos sejam necessários à plena execução do contrato; (ii) que os limites legais para se efetuar o acréscimo contratual sejam respeitados; e (iii) que a Secretaria **ateste a inexistência de “jogo de planilhas”** (g.n.);
- c) [...]

Após o Parecer da Proger, constante do Anexo 19, não existe nenhum despacho atestando a inexistência de jogo de planilha. O Secretário de Obras, às fls. 106, faz o encaminhamento do processo para o setor responsável pela elaboração do aditivo, com o seguinte teor transcrito abaixo:

À SEOB/DMGC

Em atenção ao parecer do Douto procurador Adjunto, e considerando que as justificativas para o replanejamento estão anexadas ao processo (fls. 41 a 48), que não houve descaracterização do objeto, ou seja, **o projeto básico não foi alterado**, que o replanejamento é de suma importância para que a obra não seja interrompida e venha a ser objeto de rescisão contratual, preservando assim o interesse público, nos termos do art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93, favor providenciar o respectivo Termo Aditivo. (g.n.)

A elaboração do aditivo foi realizada pelo Departamento de Medições e Gerenciamento de Contratos – DMGC, conforme despacho do Secretário de Obras (Anexo 20), não constando no processo qualquer questionamento do setor quanto ao não atendimento a todos os condicionantes apontados no Parecer Jurídico. Após elaboração do 1º termo aditivo pelo DMGC, o mesmo foi assinado pelo Sr. Prefeito, pelo Secretário de Obras e pelo Representante da empresa EMEC Obras e Serviços Ltda (Anexo 21).

Não foi encontrado no processo qualquer despacho do Prefeito quanto ao não atendimento, pelo Secretário de Obras, das recomendações contidas no Parecer Jurídico.

Ao analisar a documentação relativa ao aditivo, duas situações de superfaturamento, ou de “jogo de planilha” foram constatadas, conforme entendimento explicitado no parecer do Procurador da Proger:

- a) Inclusão de serviços existentes na planilha licitada, com preços unitários superiores.

O Fiscal do Contrato, Sr. Marcelo Borges Carvalho, ao elaborar o aditivo, incluiu serviços já existentes na planilha, com preços unitários a maior.

Com as medições efetuadas de serviços existentes na planilha com valores unitários superiores ao licitado, gerou-se um dano ao erário de R\$ 45.060,02, sendo R\$ 31.769,36 referentes à medição e R\$ 13.290,66 referente ao reajustamento, conforme Apêndice 01-A.

b) Serviços novos com preços unitários superiores ao preço de mercado

Para a definição do preço unitário, no caso de serviços novos, foi adotada a seguinte metodologia por esta equipe de auditoria, cujas composições encontram-se no Apêndice 2:

- Preços com BDI de 25% e Leis Sociais de 129,88%, conforme planilha da administração à época da Licitação;
- Preços unitários dos serviços do Labor;
- Composição Unitária do Labor, nos casos em que o serviço apresentado pela PMS sofreu alguma alteração na especificação;
- Preço de serviços semelhantes a serviços já existentes em planilha;
- Percentual de desconto ofertado pela empresa à época da licitação;
- Todos os preços referenciais à data base de Dez 2009.

A metodologia adotada visa atender ao art. 65, §1º da Lei 8.666/93 e Acórdãos do TCU 2.440/2014 – Plenário e 467/2015 – Plenário e Cláusula Sexta do Contrato nº 157/2015,

Art. 65 [...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, **nas mesmas condições contratuais**, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (g.n)

Acórdão 467/2015 - Plenário

Os preços dos serviços novos acrescidos por termo aditivo, embora derivem de prévio acordo entre as partes (art. 65, § 3º, da Lei 8.666/1993), **devem ser parametrizados pelos preços referenciais da Administração vigentes à época da licitação** (sistemas oficiais de custos e taxa de BDI do orçamento base), e não pelos preços em vigor à época do aditamento, **observando-se ainda a manutenção do mesmo percentual de desconto entre o valor global do contrato original e o obtido a partir dos preços referenciais à época da licitação.** (g.n.)

Com os pagamentos das medições de serviços novos com preços unitários superiores ao valor de mercado, gerou-se um dano ao erário de R\$ 45.147,41, sendo R\$ 31.830,97 referentes à medição e R\$ 13.316,44 referente ao reajustamento, conforme Apêndice 01-B.

Assim, as medições dos serviços referentes ao **1º Termo Aditivo** totalizaram um dano ao erário de **R\$ 90.207,43**, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Caso ocorram novas medições dos serviços incluídos no 1º aditivo, sem a correção dos preços unitários, há potencialidade para gerar ainda um dano ao erário de R\$ 94.626,74, a preços iniciais (dez/2009).

Emec Obras e Serviços Ltda:

2.4.1. 1º Termo Aditivo

a) Inclusão de serviços existentes na planilha licitada/com preços unitários superiores.

Tem-se de forma inconteste que foram inseridos no 1º Termo Aditivo serviços já existentes na planilha licitada, porém com preços divergentes da mesma, conforme demonstrado no Apêndice 1-A elaborado pelos técnicos deste Tribunal.

Os itens, 35.01 referente à "Execução de camada de pedra de mão (40 cm) e 36.01 e 36.02 referentes à "Gabião com 1m de base e 1m de altura", respectivamente existentes na planilha licitada como itens 09.02.02 e 09.03.04, foram inseridos com preços menores que o licitado e foram medidos, em sua integralidade, fato este que comprova um erro material de digitação por parte do Município e não qualquer ação deliberada objetivando qualquer tipo de lesão ou proveito.

Assim, evitando delongas despiciendas, tem-se uma diferença de R\$ 31.769,36 referente aos serviços e R\$ 13.290,66 referente ao reajustamento totalizando R\$ 45.060,02.

b) Serviços novos com preços unitários superiores ao preço de mercado.

Comparando os preços unitários dos novos serviços com os preços unitários de mercado (IOPES) referentes a dezembro de 2009, chega-se a uma diferença de R\$ 31.830,97 referentes à medição e R\$ 13.316,44 referente ao reajustamento, totalizando R\$ 45.147,41, conforme demonstrado no Apêndice 1-B elaborado pelos técnicos deste TCEES.

Fazendo o mesmo comparativo (IOPES - Dezembro 2009) e aplicando o mesmo percentual de desconto (6,4425%) ofertado à época da licitação, chegamos a uma diferença de R\$ 30.903,51 referentes à medição e, R\$ 12.928,41 referentes ao reajustamento, totalizando uma diferença de R\$ 43.831,92, conforme demonstrado no Apêndice 1 (DOC. 05).

Quando comparado com as composições de preços unitários referenciando os insumos e os índices aos preços do IOPES de dezembro de 2009 a diferença encontrada passa a ser de R\$ 15.509,66 referentes à medição e R\$ 6.739,98 referentes ao reajustamento, totalizando uma diferença, de R\$ 22.249,64, tal como demonstrado na planilha resumo do Apêndice 2 (DOC. 05) e detalhado nas composições de preço unitário demonstradas no Apêndice 3 (DOC. 05).

Para elaboração das composições de preços unitários referentes aos serviços novos do 1º Termo Aditivo foram adotadas as seguintes premissas:

- ✓ preços com B.D.I. de 25% e Leis Sociais de 129,88%, conforme planilha do IOPES à época da Licitação;

- ✓ preços unitários dos insumos e serviços do Labor, identificando o código em cada composição;
- ✓ percentual de desconto ofertado pela empresa à época da licitação 6,4425%;
- ✓ inclusão de equipamentos e outros recursos de acordo com o executado, porém com os índices e preços unitários de acordo com o labor Dez.2009.

A partir de tais premissas, tem-se o seguinte resumo financeiro referente ao 1º Termo Aditivo:

a) Inclusão de serviços existentes na planilha licitada, com preços unitários superiores:

- ✓ Diferença questionada pelo TCEES: R\$ 45.060,02;
- ✓ Diferença reconhecida pela Justificante: R\$ 45.060,02.

b) Serviços novos com preços unitários superiores ao preço de mercado:

- ✓ Diferença questionada pelo TCEES: R\$45.147,41;
- ✓ Diferença reconhecida pela Justificante: R\$ 22.249,64.

Pelo exposto, requer o reconhecimento do valor de **R\$ 67.309,66** como sendo a quantia calculada e paga indevidamente e que deverá ser objeto de "encontro de contas" com a municipalidade.

ANÁLISE:

Inclusão de serviços existentes na planilha licitada, com preços unitários superiores.

De acordo com o evidenciado no Relatório de Fiscalização, o Fiscal do Contrato, Sr. Marcelo Borges Carvalho, ao elaborar o aditivo, não eximindo, claro, as responsabilidades dos demais, incluiu serviços já existentes na planilha, com preços unitários a maior.

A empresa Emec não contesta o Relatório de Inspeção nesse item, permanecendo o valor apontado na inicial como irregular.

Conforme aponta o Relatório de Inspeção, com as medições efetuadas de serviços existentes na planilha com valores unitários superiores ao licitado, gerou-se um dano ao erário de R\$ 45.060,02, sendo R\$ 31.769,36 referentes à medição e R\$ 13.290,66 referente ao reajustamento, conforme Apêndice 2-A.

Serviços novos com preços unitários superiores ao preço de mercado

Nesse item, a empresa Emec contesta algumas composições de serviços adotadas pela equipe técnica, alegando que o valor a ser ressarcido é menor do que o apontado.

A equipe técnica, em sua grande maioria, utilizou as composições da planilha LABOR do ITUFES, adotadas pela IN15/2009, a qual disciplina a metodologia

para análise dos preços das obras e serviços de engenharia, utilizada por este Tribunal de Contas.

A empresa Emec apresenta composições, que alega ter utilizado para realizar os serviços, sem, no entanto, a administração municipal aceitar tais composições e valores de serviços, ainda mais que não representam valores de mercado, conforme determina a lei de licitações.

Ademais, as composições apresentadas pela empresa, levam em conta insumos que fazem parte de outros itens, já contemplados na planilha contratual, senão vejamos:

Item 06.01.02 – 34.01 - Demolição de concreto armado, com utilização de rompedor pneumático (e=8cm) (piso e mureta)

A empresa Emec apresenta como composição no DOC 5. (Peça Complementar 9478-2017-5):

COMPOSIÇÃO ANALÍTICA DE PREÇO UNITÁRIO						COD.010211
DESCRIÇÃO DO SERVIÇO:	Demolição de concreto armado com rompedor				UNIDADE:	m³
COMPOSIÇÃO ANALÍTICA DO PREÇO UNITÁRIO						
CATEGORIAS PROFISSIONAIS	UNID.	COD.	COEF.	PREÇO UNIT.	SUB - TOTAIS	TOTAL A
Encarregado de Turma	hh	01.01.67	0,02	9,98	0,20	14,34
Ajudante	hh	01.01.01	0,50	6,07	3,03	
Pedreiro	hh	01.01.39	1,50	7,17	10,76	
Adc.M.O. - Ferramentas	%		5,51%	6,43	0,35	
SUB - TOTAL (A)						14,34
BENEFICIOS COM PESSOAL (ALIMENTAÇÃO/TRANSPORTE/EPI'S/FERRAMENTAS)						
DESCRIÇÃO	UNID.	COD.	COEF.	PREÇO UNIT.	SUB - TOTAIS	TOTAL B
SUB - TOTAL (B)						-
MATERIAL DE APLICAÇÃO DIRETA/CONSUMO						
DESCRIÇÃO	UNID.	COD.	COEF.	PREÇO UNIT.	SUB - TOTAIS	TOTAL C
SUB - TOTAL (C)						-
EQUIPAMENTOS/VEÍCULOS/UTENSÍLIOS						
DESCRIÇÃO	UNID.	COD.	COEF.	PREÇO UNIT.	SUB - TOTAIS	TOTAL D
Compressor ar atlas copo	hh	08.01.83	5,00	42,20	211,00	454,25
Martelete atlas copo	hh	08.01.91	15,00	9,10	136,50	
Retro escavadeira retirada de entulho	hh	08.01.24	1,00	59,55	59,55	
Caminhão caçamba toco 6m³	hh	08.60.49	0,50	94,40	47,20	
SUB - TOTAL (D)						454,25
RESUMO						
DESCRIÇÃO	TAXA	VALORES				
MÃO-DE-OBRA (TOTAL A)		14,34				
BENEFICIOS (TOTAL B)		-				
MATERIAIS (TOTAL C)		-				
EQUIPAMENTOS (TOTAL D)		454,25				
L. SOCIAIS (SOBRE O TOTAL A)		-				
SUB TOTAL (E)		468,59				
DESCONTO OFERTADO 6,4425%		438,40				
BDI (SOBRE O TOTAL E)	25,00%	109,60				

Os insumos **Retro escavadeira para retirada de entulho e Caminhão caçamba toco 6m³** dessa composição, já estão contemplados no item 06.02.01.01 - Índice de preço para remoção de entulho decorrente da execução de obras (Classe A CONAMA - NBR 10.004 - Classe II-B), incluindo aluguel da caçamba, carga, transporte e descarga em área licenciada, portanto, não podem ser considerados nessa composição.

As demais composições apresentadas pela empresa Emec, conforme podem ser verificadas no DOC 5 da Peça Complementar 9478-2017-5, possuem a mesma sistemática, não devendo serem levadas em consideração.

Dessa forma, entendemos que permanece a irregularidade, com os pagamentos das medições de serviços novos com preços unitários superiores ao valor de mercado, gerando um dano ao erário de R\$ 45.147,41, sendo R\$ 31.830,97 referentes à medição e R\$ 13.316,44 referente ao reajustamento, conforme Apêndice 2-B.

Assim, as medições dos serviços referentes ao **1º Termo Aditivo** totalizaram um dano ao erário de **R\$ 90.207,43**, sujeito a ressarcimento.

Caso ocorram novas medições dos serviços incluídos no 1º aditivo, sem a correção dos preços unitários, há potencialidade para gerar ainda um dano ao erário, que deve ser calculado, de acordo com a quantidade medida e valores unitários mencionados nessa manifestação técnica.

2.4.2. 2º Termo Aditivo

Relatório de Fiscalização:

2.4.2. 2º Termo Aditivo

O processo referente ao 2º Termo Aditivo ao contrato nº 157/2015 foi formalizado em janeiro de 2016, sob o nº 4921/2016, contendo a documentação técnica, Anexo 22, elaborada pelo Engº Fiscal do Contrato, conforme assinatura aposta na planilha de replanilhamento (fls. 03-44), “composições unitárias” (fls. 45-67), relatório de replanilhamento (fls. 68-72) e memória de cálculo (fls. 73-76).

A solicitação de replanilhamento/aditivo foi submetida à Proger, através do ofício SEOB/SC nº 17/2016 do Secretário de Obras (fls. 02), com a documentação técnica e cópia do contrato nº 157/2015 e 1º aditivo ao contrato. Na planilha do aditivo, às fls. 44, consta o resumo do contrato acrescido dos aditivos, explicitando os percentuais de 27,27% de acréscimo e 12,86% de decréscimo.

O Parecer Jurídico (Anexo 23), às fls. 96-105, traz orientações sobre o jogo de planilha, com mesmo teor já apresentado no parecer jurídico do 1º Termo Aditivo, destacado neste relatório, às fls. 36-37. O procurador, às fls. 105, conclui:

Dito isso, considerando as particularidades do caso em tela e DESDE QUE OBSERVADAS TODAS AS RECOMENDAÇÕES EXPLICITADAS NESSE PARECER, opino pela:

- a) Legalidade da alteração da Planilha, desde que haja: (i) prévia e devida justificação nos autos; (ii) e que se observe o limite de acréscimo previsto no artigo 65, §1º, da Lei 8.666/93, qual seja, 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, **sendo vedada a possibilidade de efetuar compensações entre acréscimos e decréscimos**;
- b) Possibilidade, em tese, de inclusão de itens novos na planilha, desde que (i) essa inclusão **NÃO transfigure/desnature/modifique**

o objeto contratado e que os mesmos sejam necessários á plena execução do contrato; (ii) que os limites legais para efetuar o acréscimo contratual sejam respeitados; e (iii) **que a Secretaria ateste a inexistência Ode “jogo de planilhas”**; (g.n.)

Às fls. 106, o Secretário de Obras despacha o processo para o DMGC, conforme Anexo 24:

À SEOB/DMGC

Em atenção ao parecer do Douto procurador Adjunto, e considerando que as justificativas para o replanilhamento estão anexadas ao processo (fls. 68 a 72), que não houve descaracterização do objeto, ou seja, **o projeto básico não foi alterado**, que o replanilhamento é de suma importância para que a obra não seja interrompida e venha a ser objeto de rescisão contratual, preservando assim o interesse público, nos termos do art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93, favor providenciar o respectivo Termo Aditivo (g.n..

Não foi encontrado no processo qualquer despacho da Sra. Andrea Tongo Amorim, Diretora do DMGC, quanto ao não atendimento a todas as recomendações contidas no Parecer Jurídico. Dessa forma, o 2º Termo Aditivo ao contrato nº 157/2015 foi preparado pelo DMGC e consta das fls. 107-108 do processo nº 4921/2016, assinado pelo Secretário de Obras e pelo representante legal da empresa, com acréscimo de R\$ 395.910,58, resultado da diferença entre o acréscimo de R\$ 1.130.307,08 e decréscimo de R\$ 734.396,50 de serviços. Dessa forma, considerando o acréscimo já realizado através do 1º Termo Aditivo, o percentual de acréscimo ao contrato ficou em **27,27%** e o percentual de decréscimo em 12,86%, em total desobediência ao art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93, evidenciado no despacho do Procurador, as fls. 105 e destacado neste relatório.

O Secretário de Obras em seu despacho também não se pronunciou quanto ao “jogo de planilha”, ação em desfavor da administração que foi amplamente discutida no parecer jurídico, nos trechos constantes às fls. 102-104 (Anexo 23). No entanto, constataram-se as seguintes situações de superfaturamento ou “jogo de planilha” na documentação técnica referente ao Segundo Termo Aditivo:

- a) Inclusão de serviços existentes na planilha licitada, com preços unitários superiores.

O fiscal da obra, Sr. Marcelo Borges Carvalho, ao elaborar a planilha do aditivo, incluiu serviços já existentes na planilha contratual, com preços unitários superiores aos contratados, conforme Quadro 8.

Quadro 8: Serviços com preços unitários superiores ao valor de referência.

DISCRIMINAÇÃO DOS SERVIÇOS	UNID	PL. CONTRATADA		2º ADITIVO				V. A MAIOR (4)-[(2)*(1)]
		ITEM	V. UNIT (1)	ITEM	QUANT. (2)	V. UNIT. (3)	V. TOTAL (4)	
Balizadores em tubos de aço galvanizado, com dim. 10cm, h= 47cm	m	14.01.06	45,00	13.20	53,00	56,00	2.968,00	583,00
Eletroduto PEAD, cor preta, diam. 2", marca ref. Kanaflex ou equivalente	m	14.02.01	16,10	14.05.18	750,00	19,52	14.640,00	2.565,00
Eletroduto PEAD, cor preta, diam. 3", marca ref. Kanaflex ou equivalente	m	14.02.02	18,00	14.05.19	380,00	31,00	11.780,00	4.940,00
								8.088,00

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras.

Esses serviços ainda não foram medidos na obra. No entanto constam na planilha vigente (após aditivos), podendo gerar um dano de R\$ 8.088,00, se medidos e concretizados os pagamentos.

b) Serviços novos com preços unitários superiores ao preço de mercado

Para a definição do preço unitário, no caso de serviços novos (Apêndice 2), tomando como critério o art. 65, §1º da Lei 8.666/93 e Acórdãos do TCU 2.240/2014 – Plenário e 467/2015 – Plenário, foi adotada pela equipe de auditoria a seguinte metodologia:

- Preço com data base de dezembro de 2009, com BDI de 25% e Leis Sociais de 129,88%, conforme planilha da administração à época da Licitação;
- Preços unitários dos serviços do Labor;
- Preços unitários de equipamentos do DNIT/ES, retroagidos a dezembro de 2009 com os índices específicos de obras rodoviárias;
- Composição Unitária do Labor, nos casos em que o serviço apresentado pela PMS sofreu alguma alteração na especificação;
- Preço de serviços semelhantes a serviços já existentes em planilha;
- Desconto de preços ofertado pela empresa à época da licitação.

Com as medições de serviços novos incluídos através do 2º Termo Aditivo, gerou-se um dano ao erário de R\$ 179.108,26, sendo R\$ 124.342,23 referentes à medição e R\$ 54.766,03 referente ao reajustamento, conforme Apêndice 01-C, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

c) Inclusão de itens novos com sobrepreços e exclusão de serviços com subpreços

Na alteração da planilha orçamentária realizada para a efetivação da contratação, alguns serviços do item “Pavimentação” sofreram alteração de preços e de especificação que preparam o jogo de planilha concretizado no Segundo Termo Aditivo.

As alterações realizadas na planilha orçamentária para a contratação são apresentadas no Quadro 9 e demonstram a redução de preços unitários e modificações de especificação, nos itens identificados em vermelho.

Quadro 9: Alterações de especificação e preços unitários no item Pavimentação.

SERVIÇOS - PLANILHA VENCEDORA NA LICITAÇÃO				SERVIÇOS - PLANILHA CONTRATADA EM 2015	
12	PAVIMENTAÇÃO	UN.	P.UNIT	PAVIMENTAÇÃO	P.UNIT
12.01	Lastro regularizado de concreto não estrutural, espessura de 8 cm	m²	30,50	Lastro regularizado de concreto não estrutural, espessura de 8 cm	23,77
12.02	Regularização de base p/ revestimento cerâmico, com argamassa de cimento e areia no traço 1:5, esp. 3,0cm.	m²	11,96	Regularização de base p/ revestimento cerâmico, com argamassa de cimento e areia no traço 1:5, esp. 3,0cm.	11,96
12.03	Fornecimento e assentamento de placa de granito bege levigado medidas indicadas na planta de pag. de piso	m²	360,00	Piso de argamassa de alta resistência tipo granilite ou equivalente de qualidade comprovada, espessura de 10mm, com juntas plástica em quadros de 1 m, na cor natural c/ acabamento anti-derrapante inclusive regularização	50,49
12.04	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Gail - Formato: 1009 – cor: 1230 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	64,14	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Gail - Formato: 1009 – cor: 1230 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	50,49
12.05	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1275 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	63,81	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1275 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	50,49
12.06	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1305 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	66,68	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1305 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	50,49
12.07	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1400 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	62,53	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1400 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	50,49
12.08	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1074 – cor: 1230 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	63,77	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1074 – cor: 1230 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	50,49
12.09	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1074 – cor: 1400 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	62,53	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1074 – cor: 1400 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	50,49
12.10	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1000 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	63,52	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1000 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	50,49
12.11	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1074 – cor: 1000 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	63,39	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1074 – cor: 1000 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	50,49
12.12	Fornecimento e assentamento de ladrilho hidráulico pastilhado Podotátil 20x20cm, cor cinza inclusive lastro de concreto regularizado com 8cm de espessura.	m²	85,00	Fornecimento e assentamento de ladrilho hidráulico pastilhado Podotátil 20x20cm, cor cinza inclusive lastro de concreto regularizado com 8cm de espessura.	85,00
12.13	Fornecimento e assentamento de ladrilho hidráulico ranhurado Podotátil 20x20cm, cor cinza inclusive lastro de concreto regularizado com 8cm de espessura.	m²	85,00	Fornecimento e assentamento de ladrilho hidráulico ranhurado Podotátil 20x20cm, cor cinza inclusive lastro de concreto regularizado com 8cm de espessura.	85,00
12.14	Fornecimento e assentamento de placas de granilite antiderrapante 40x40cm (cor natural)	m²	95,51	Fornecimento e assentamento de placas de granilite antiderrapante 40x40cm (cor natural)	50,49
12.15	Meio-fio de concreto pré-moldado com dimensões de 15x12x30x100 cm, rejuntados com argamassa de cimento e areia no traço 1:3	m	25,00	Meio-fio de concreto pré-moldado com dimensões de 15x12x30x100 cm, rejuntados com argamassa de cimento e areia no traço 1:3	25,00
12.16	Fornecimento e assentamento de deck de madeira Parajú ou equivalente com larg=15 cm peças de espessura 3 cm com bízotado no canto, inclusive pintura em verniz marítimo fosco e incolor.	m²	162,50	Fornecimento e instalação de deck de madeira de lei parajú ou equivalente com assoalho de (10x2)cm bízotado no canto inclusive pintura com verniz filtro solar fosco em madeira a três demãos, marcas de referência SuviniI, Coral ou Metalatex	162,50

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras.

No replanejamento do segundo aditivo, às fls 3-44 (Anexo 22), foram promovidas as alterações destacadas em azul no Quadro 10.

Quadro 10: Alterações promovidas com o segundo aditivo no item Pavimentação.

12	PAVIMENTAÇÃO	UN.	PLANILHA CONTRATADA			APÓS ADITIVO		
			QUANT	P.UNIT	P.TOTAL	QUANT	P.UNIT	P.TOTAL
12.01	Lastro regularizado de concreto não estrutural, espessura de 8 cm	m²	20.584,30	23,77	489.288,81	14.158,30	23,77	336.542,79
12.02	Regularização de base p/ revestimento cerâmico, com argamassa de cimento e areia no traço 1:5, esp. 3,0cm.	m²	11.098,40	11,96	132.736,86	4.672,40	11,96	55.881,90
12.03	Piso de argamassa de alta resistência tipo granilite ou equivalente de qualidade comprovada, espessura de 10mm, com juntas plástica em quadros de 1 m, na cor natural c/ acabamento anti-derrapante inclusive regularização	m²	992,75	50,49	50.123,95	992,75	50,49	50.123,95
12.04	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Gail - Formato: 1009 – cor: 1230 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	174,00	50,49	8.785,26	0,00	50,49	0,00
12.05	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1275 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	2.202,00	50,49	111.178,98	0,00	50,49	0,00
12.06	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1305 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	553,00	50,49	27.920,97	0,00	50,49	0,00
12.07	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1400 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	2.826,00	50,49	142.684,74	0,00	50,49	0,00
12.08	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1074 – cor: 1230 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	433,00	50,49	21.862,17	0,00	50,49	0,00
12.09	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1074 – cor: 1400 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	297,00	50,49	14.995,53	0,00	50,49	0,00
12.10	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1009 – cor: 1000 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	1.405,00	50,49	70.938,45	0,00	50,49	0,00
12.11	Fornecimento e assentamento de cerâmica 24 x 11,6cm, marca de referência Cerâmica Gail - Formato: 1074 – cor: 1000 ou equivalente, inclusive argamassa de assentamento para uso externo e rejunte flexível.	m²	192,00	50,49	9.694,08	0,00	50,49	0,00
12.12	Fornecimento e assentamento de ladrilho hidráulico pastilhado Podotátil 20x20cm, cor cinza inclusive lastro de concreto regularizado com 8cm de espessura.	m²	390,00	85,00	33.150,00	390,00	85,00	33.150,00
12.13	Fornecimento e assentamento de ladrilho hidráulico ranhurado Podotátil 20x20cm, cor cinza inclusive lastro de concreto regularizado com 8cm de espessura.	m²	21,15	85,00	1.797,75	21,15	85,00	1.797,75
12.14	Fornecimento e assentamento de placas de granilite antiderrapante 40x40cm (cor natural)	m²	1.612,50	50,49	81.415,13	1.612,50	50,49	81.415,13
12.15	Meio-fio de concreto pré-moldado com dimensões de 15x12x30x100 cm, rejuntados com argamassa de cimento e areia no traço 1:3	m	2.735,00	25,00	68.375,00	2.802,00	25,00	70.050,00
12.16	Fornecimento e instalação de deck de madeira de lei parajú ou equivalente com assoalho de (10x2)cm bizotado no cantoinclusive pintura com verniz filtro solar fosco em madeira a três demãos, marcas de referência Suviniil, Coral ou Metalatex	m²	324,32	162,50	52.702,00	324,32	162,50	52.702,00
38.01	Aterro com areia compactada com placa vibratória	m³	-	-	-	4.600,00	61,84	284.464,00
38.02	Fornecimento, preparo e aplicação de solobrita - Aplicado em toda área de piso (regularização - sub-base)	m²	-	-	-	465,00	58,55	27.225,75
39.01	Blocos pré-moldados de concreto colorido tipo pavi-s ou equivalente, espessura 8cm e resistência a compressão mínima de 35MPa, assentados sobre colchão de pó de pedra na espessura de 10 cm	m²	-	-	-	4.378,50	93,44	409.127,04
39.02	Blocos pré-moldados de concreto tipo pavi-s ou equivalente, espessura de 8 cm e resistência a compressão mínima de 35MPa, assentados sobre colchão de pó de pedra na espessura de 10 cm	m²	-	-	-	1.776,50	48,03	85.325,30
TOTAL			1.317.649,68			1.487.805,60		

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras e Planilhas de Preços e Composição Unitária do Labor e Dnit.

A maioria dos itens cujos preços unitários foram alterados para menor na contração da obra, foi decrescida no aditivo e alterou-se o material de “pavimentação cerâmica” para “pavimentação com bloco pré-moldado de concreto”. Com essa alteração, os serviços de lastro (item 12.01) e regularização da base (item 12.02) serão substancialmente reduzidos, uma vez o item 12.01 foi utilizado nas calçadas e nos pergolados com pavimentação em deck de madeira; e o item 12.02, no serviço de piso podotátil. Esses serviços foram medidos no lado A da Praça que foi concluída em fevereiro de 2016. Assim, até a 9ª medição a situação é a seguinte:

Quadro 11: Quantitativo dos serviços de lastro e regularização de base.

12 PAVIMENTAÇÃO		APÓS ADITIVO			MEDIDO	
		QUANT	P.UNIT	P.TOTAL	QUANT	P.TOTAL
12.01	Lastro regularizado de concreto não estrutural, espessura de 8 cm	14.158,30	23,77	336.542,79	1.050,00	24.958,50
12.02	Regularização de base p/ revestimento cerâmico, com argamassa de cimento e areia no traço 1:5, esp. 3,0cm.	4.672,40	11,96	55.881,90	287,05	3.433,12

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras,

Outro superfaturamento apurado foi por sobrepreço nos serviços “blocos pré-moldados de concreto (..) tipo pavi-s ou equivalente...”, conforme detalhamento apresentado no Apêndice 01-C e destacado no Quadro abaixo:

Quadro 12: Sobrepreço dos blocos pré-moldados de concreto.

Serviço	Quant. (m ²)	Preço de Referência TCCES	Preço Planilha EMEC	Valor a maior planilhado
Blocos pré-moldados de concreto tipo pavi-s ou equivalente, espessura de 8 cm e resistência a compressão mínima de 35MPa, assentados sobre colchão de pó de pedra na espessura de 10 cm	1.776,50	R\$ 45,65	R\$ 48,03	R\$ 4.228,07
Blocos pré-moldados de concreto colorido tipo pavi-s ou equivalente, espessura 8cm e resistência a compressão mínima de 35MPa, assentados sobre colchão de pó de pedra na espessura de 10 cm	4.378,50	R\$ 66,19	R\$ 93,44	R\$ 119.314,13
Total				R\$ 123.52,20

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras, Planilhas de preço Labor e planilhas de obras paradigmas obtidas no Sistema Geo-Obras.

O preço unitário do serviço referente ao bloco pré-moldado cor natural foi obtido da planilha Labor (dez/2009), item 220206, BDI de 25% e desconto de 6,4425% da licitação.

O preço unitário do serviço referente ao bloco pré-moldado colorido foi obtido a partir da relação entre o preço de execução de blocos pré-moldados colorido e natural, adotando-se obras paradigmas, conforme Quadro 13.

Quadro 13: Relação dos Preços de pavimentação com blocos coloridos e cor natural.

Item	Obra	Município/Bairro	Data base	Preço Bloco Colorido	Preço Bloco Natural	custo relativo bloco colorido e natural
1	Construção da Praça de Campinho da Serra I	Serra/Campinho da Serra I	fev/09	42,42	35,85	1,18
2	Construção do Parque Público Municipal Chácara Paraíso	Vitória/Barro Vermelho	mai/11	75,20	51,61	1,46
3	Urbanização da Orla de Nova Palestina - ligação Etapa 1 e Etapa 2	Vitória/Nova Palestina	jul/13	94,04	66,37	1,42
4	Execução de obras de Edificações e Requalificação da Praça Trajano Gonçalves	Guarapari/Centro	ago/12	88,08	59,80	1,47
Média itens 2, 3 e 4						1,45

Fonte: Planilhas de obras paradigmas disponibilizadas pelos jurisdicionados no Sistema Geo-Obras

Nota: A obra indicada no item 1 foi desprezada para determinação da média do custo relativo entre blocos coloridos e natural, pois seu valor apresentou um grande desvio em relação as demais obras.

O superfaturamento decorrente da medição dos serviços de pavimentação já encontram-se contabilizados no item 2.4.2-b.

d) Inclusão de quantitativos superestimados de serviços

Foi incluído serviço “aterro com areia compactada com placa vibratória” (item 38.01) quantificado conforme memória de cálculo apresentada pela PMS (fls. 74 do Anexo 22). A memória de cálculo indica uma altura média de aterro de **62 cm** e a justificativa foi que **“serviço originalmente não contratado sendo necessário para nivelamento da área de piso. A demolição do piso existente retirou uma camada grande de material.”** (g.n)

No entanto, constatou-se que a quantificação do volume de aterro para fins de regularização do piso foi superestimada. Para tal constatação utilizou-se como referência os níveis das edificações já existentes na praça (quadra poliesportiva, píer, monumento a Iemanjá) e as fotos da fase de execução da obra.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Dessa forma, considerando a média das alturas identificadas nas fotos fornecidas pela Prefeitura, adotou-se a altura média de 29,5 cm de aterro de argila, apurou-se o seguinte superfaturamento:

Quadro 14: Sobrepreço por superestimativa de volume de aterro de areia.

Item	DISCRIMINAÇÃO DOS SERVIÇOS	UNID	2º ADITIVO			CONSIDERANDO 30cm DE ATERRO		MEDIDO ATÉ 8ª MEDIÇÃO	
			QUANT. (1)	V. UNIT. (2)	V. TOTAL (3)	QUANT.	V. TOTAL (3)	QUANT.	VALOR A MAIOR
38.02	Aterro com areia compactada com placa vibratória	m²	4.600,00	61,84	284.464,00	2.188,71	135.349,81	4.568,70	148.099,57

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado.

O valor do reajustamento, referente ao quantitativo pago a maior pelo aterro é de R\$ 61.957,11.

As medições de serviços constantes do **2º Termo Aditivo** ocorreram no período da 8ª a 9ª medição. Assim, até a última medição realizada na obra (9ª medição), foi apurado um **dano ao erário de R\$ 389.164,94**.

Destaca-se que caso ocorram novas medições dos serviços incluídos no 2º aditivo, sem a correção dos preços unitários, há potencialidade para gerar ainda um dano ao erário de R\$ 81.077,79, a preços iniciais (dez/2009).

Emec Obras e Serviços Ltda:

2.4.2. 2º Termo Aditivo

a) Inclusão de serviços existentes na planilha licitada, com preços unitários superiores.

Foram inseridos no 2º Termo Aditivo serviços já existentes na planilha licitada com preço superior, conforme demonstrado nos autos, porém os mesmos não ocasionaram qualquer lesão ao erário, tendo em vista que não foram executados/medidos até a 9ª (nona) medição referente a novembro de 2016, mais uma vez demonstrando um erro de digitação por parte dos prepostos do município.

b) Serviços novos com preços unitários superiores ao preço de mercado.

Comparando os preços unitários dos novos serviços com os preços unitários de mercado (IOPES) referentes a dezembro de 2009, chega-se a uma diferença de R\$ 124.342,23 referentes à medição e R\$ 54.766,03 referente ao reajustamento, totalizando R\$ 179.108,26, conforme demonstrado no Apêndice 1-C elaborado pelos técnicos deste Tribunal.

Contudo, quando se compara com os preços do IOPES de dezembro de 2009 e DER-ES ofertando o mesmo desconto (6,4425%) à época da licitação e utilizando a mesma proporcionalidade adotada por este Tribunal; encontra-se; a seguinte diferença: R\$ 115.228,26 referente à medição e R\$ 48.205,55 referente ao reajustamento, totalizando R\$ 163.433,81, conforme demonstrado no Apêndice 4 (DOC. 06).

Quando comparados com a composição de preço unitário (Apêndice 5 - DOC. 06) tem-se a seguinte diferença: R\$ 19.417,77 referente à medição e R\$ 10.522,37 referente ao reajustamento, totalizando uma diferença de R\$ 29.940,14, conforme demonstrado na planilha resumo do Apêndice 6 (DOC. 06).

Para elaboração das composições de preços unitários referentes aos serviços novos do 2º Termo Aditivo foram adotadas as seguintes premissas:

- ✓ preços com BDI de 25% e Leis Sociais de 129,88%, conforme planilha do IOPES à época da licitação;
- ✓ preços dos insumos/recursos com data de dezembro de 2009;
- ✓ composições do labor dezembro 09 referenciando os itens;
- ✓ preços e composições do DER-ES dezembro 2009, bem como preços unitários do equipamentos DER-ES dezembro 2009;
- ✓ desconto de preços ofertados pela empresa à época da licitação 6,4425%.

c) Inclusão de itens novos com sobrepreços e exclusão de serviços com subpreços.

A ora Justificante não possui condições de trazer qualquer esclarecimento pertinente ao Quadro 9 trazido à fl. 43 dos autos e ao Quadro 10 trazido à fl. 44, entendendo ainda que qualquer explicação deve ser trazida pelos prepostos da municipalidade.

Já o Quadro11 trazido à fl. 45 apenas evidencia as quantidades que foram medidas versus a quantidade prevista, não tendo a configuração de qualquer dano ao erário.

d) Inclusão de quantitativos superestimados de serviços.

De acordo com a norma "DNIT 108/2009-E.S. Terraplenagem-Aterros-Especificação de Serviço", que detalha os critérios de medição para os serviços de aterros compactados, tem-se que:

"Item 8 pag.10 - Critérios de Medição alínea 8.1.2

A cubação dos materiais compactados deve ser efetivada com base no apoio topográfico e referências de nível (RN) integrantes do Projeto de Engenharia, devendo as seções primitivas ser objetos de checagem e dos devidos tratamentos focalizados nas subseções 4.2.1, 4.2.2, 4.2.4 da Norma DNIT 104/2009-E.S. Serviços Preliminares e na subseção 4.2 desta Norma.

Assim, para efeito de cálculo dos volumes deve ser aplicado o método da média das áreas, devendo as seções transversais finais a ter lugar após a conclusão do aterro, ser levantada dentro de adequado grau de precisão e de forma solidária com os RNs que referenciam as seções primitivas, bem como aquelas seções transversais levantadas em sequência ao desmatamento/limpeza, na forma da subseção 4.2 desta Norma, seções transversais estas que passam a ser consideradas como as seções primitivas a serem efetivamente adotadas, para efeito de controle e medição dos serviços.

Tais seções transversais constituir-se-ão, então, nas "seções primitivas" a serem efetivamente consideradas, para efeito de elaboração e de marcação da "Nota de Serviço de Terraplenagem" (respeitadas as cotas do projeto geométrico), do controle geométrico dos serviços e da medição dos serviços executados."

Nos termos que determina a norma para critérios de medição de aterro, a Justificante adotou as seções primitivas as quais se encontram disponíveis na Secretaria de Obras do Município e estas por sua vez formam com o levantamento topográfico do *As Built* as áreas para o cálculo dos volumes, os quais são determinados multiplicando a área de cada seção pela semi-distância entre elas.

O relatório dos técnicos do TCEES adotou como parâmetro algumas cotas pontuais, levantadas por fotos e trenas, e após multiplicou sua média pela área total, método este não recomendado para grandes áreas.

As seções transversais estão no Apêndice 7 (DOC. 07).

Tem-se então o seguinte resumo financeiro referente ao 2º Termo Aditivo:

a) inclusão de serviços existentes na planilha licitada, com preços unitários superiores:

✓ Não houve qualquer dano ao erário conforme demonstrado no Quadro 8 trazido à fl. 41 dos autos;

b) Serviços novos com preços unitários superiores ao preço de mercado:

✓ Diferença questionada pelo TCEES: R\$ 179.108,26

✓ Diferença reconhecida pela Justificante: R\$ 29.940,14

c) Inclusão de itens novos com sobrepreços e exclusão de serviços com subpreços:

✓ Não houve qualquer dano ao erário conforme demonstrado no Quadro 11 trazido à fl. 45 dos autos;

d) Inclusão de quantitativos superestimados de serviços:

✓ Não houve qualquer dano ao erário conforme demonstrado pela correta fórmula de cálculo a ser utilizada.

Pelo exposto, requer o reconhecimento do valor de R\$ 29.940,14 como sendo a quantia calculada e paga indevidamente e que deverá ser objeto de "encontro de contas" com a municipalidade.

ANÁLISE:

a) *Inclusão de serviços existentes na planilha licitada, com preços unitários superiores.*

De acordo com o evidenciado no Relatório de Fiscalização, o Fiscal do Contrato, Sr. Marcelo Borges Carvalho, ao elaborar o aditivo, não eximindo, claro, as responsabilidades dos demais, incluiu serviços já existentes na planilha, com preços unitários a maior.

A empresa Emec não contesta o Relatório de Inspeção nesse item, permanecendo o valor apontado na inicial como potencialmente irregular.

Os serviços apontados no quadro 8 do Relatório de Inspeção - Serviços com preços unitários superiores ao valor de referência, ainda não foram medidos na obra. No entanto, constam na planilha vigente (após aditivos), podendo gerar um dano de R\$ 8.088,00, se medidos e concretizados os pagamentos.

Serviços novos com preços unitários superiores ao preço de mercado

Nesse item, a empresa Emec contesta os valores de serviços adotadas pela equipe técnica, alegando que o valor a ser ressarcido é menor do que o apontado.

Nesse item, cita 2 planilhas no DOC 06, no entanto, encontramos apenas uma, a transcrita a seguir, em que não acrescenta nada diferente do que está no processo administrativo do 2º aditivo:

ACRÉSCIMOS - 2º ADITIVO						
Item	Comparação com IOPES Dez.2009					Reaj.
	2º Adit.	Ref. Dez.2009 - TCE		Medido até 9º Med.		
	Unit.	Unit.	Item	Quant.	Dif. T.C.E.	
38.02	58,55	56,85	D.E.R. - Item 13.02.007	419,00	712,30	297,99
39.01	93,44	67,79	45% do valor item 39.02	4.378,50	112.308,53	46.984,09
39.02	48,03	46,75	Labor-220206	1.684,34	2.155,96	901,94
40.01	2.077,43	2.025,95		1,00	51,48	21,54
TOTAL GERAL MEDIÇÃO E REAJUSTAMENTO					115.228,26	48.205,55

Dessa forma, não há como averiguarmos as demais alegações da empresa.

A equipe técnica, no entanto, utilizou as composições constante no 2º aditivo, que são composições da planilha LABOR do ITUFES, adotadas pela IN15/2009, a qual disciplina a metodologia para análise dos preços das obras e serviços de engenharia, utilizada por este Tribunal de Contas.

E retroagiram preços unitários de equipamentos do DNIT/ES, de dezembro/15 para dezembro/09, com os índices específicos de obras rodoviárias.

Na planilha consta a quantidade de 64 un. de Painel Nylofor 5x20-1.03-Branco, no entanto, são 64 placas de 1m. Já o painel vendido pelas empresas de siderurgia, possui 2,5m, por isso, a diferença de valor apresentado no orçamento municipal.

No item Poste Nylofor BM 60x40mm 1.5 Branco, a equipe técnica cometeu um equívoco na composição, ao invés do valor 0,4 un., como o Painel Nyfolor, o correto é 1 un, dessa forma o valor unitário é de R\$ 53,08, conforme a seguir:

Poste Nylofor BM 60x40mm 1.5 Branco	Referência	Unid	Quant.	Preço Unit.	Preço Total
MÃO DE OBRA					
Ajudante	10101	h	0,22	6,07	1,34
Pedreiro	10139	h	0,98	7,17	7,03
Subtotal 1					8,36
MATERIAL					
Poste Nylofor BM 60x40mm 1.5 Branco (preço retroagido de dez/15 para dez/09)		un.	1,00	37,03	37,03
Subtotal 2					37,03
Total (Subtotal 1 + subtotal 2)*1,25*93, 5575%					53,08

Como ainda não houve pagamento, esse item não altera o valor constante no Relatório de Inspeção, no entanto, caso, seja pago posteriormente, a administração municipal deve considerar o valor da composição apresentada acima.

Conclusão:

Sendo assim, entendemos que permanece a irregularidade, com os pagamentos das medições de serviços novos incluídos através do 2º Termo Aditivo, com

preços unitários superiores ao valor de mercado, gerando um dano ao erário de R\$ 179.108,26, sendo R\$ 124.342,23 referentes à medição e R\$ 54.766,03 referente ao reajustamento, conforme Apêndice 2-C.

Inclusão de itens novos com sobrepreços e exclusão de serviços com subpreços

O superfaturamento decorrente da medição dos serviços de pavimentação já se encontram contabilizados no item 2.4.2-b.

Inclusão de quantitativos superestimados de serviços.

De acordo com o Relatório de Inspeção, foi incluído serviço “aterro com areia compactada com placa vibratória” (item 38.01) quantificado conforme memória de cálculo apresentada pela PMS (fls. 74 do Anexo 22). A memória de cálculo indica uma altura média de aterro de **62 cm** e a justificativa foi que “**serviço originalmente não contratado sendo necessário para nivelamento da área de piso. A demolição do piso existente retirou uma camada grande de material.**” (g.n)

No entanto, contactou-se que a quantificação do volume de aterro para fins de regularização do piso foi superestimada. Para tal constatação utilizou-se como referência os níveis das edificações já existentes na praça (quadra poliesportiva, pier, monumento a Iemanjá) e as fotos da fase de execução da obra.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Dessa forma, considerando a média das alturas identificadas nas fotos fornecidas pela Prefeitura, adotou-se a altura média de 29,5 cm de aterro de argila, apurando-se o superfaturamento do Quadro 10 do Relatório de Inspeção e colacionado adiante.

A empresa Emec contesta os cálculos apresentados pela equipe técnica, apresentando seções transversais do terreno, obtidas com levantamento topográfico e requer o reconhecimento do valor de R\$ 29.940,14 como sendo a quantia calculada e paga indevidamente e que deverá ser objeto de "encontro de contas" com a municipalidade.

A responsabilidade por fazer o levantamento do quantitativo da planilha orçamentária é do órgão público, seja direta ou indiretamente, no entanto, não foi encontrado no processo administrativo municipal nenhum levantamento topográfico a respeito.

Sendo assim, entendemos que deve ser mantida a irregularidade, permanecendo irregular o valor devido ao quantitativo de aterro pago a maior de R\$ 148.099,57, sendo o valor do reajustamento, referente a esse quantitativo, de R\$ 61.957,11.

Quadro 1: Sobrepreço por superestimativa de volume de aterro de areia.

Item	DISCRIMINAÇÃO DOS SERVIÇOS	UNID	2º ADITIVO			CONSIDERANDO 30cm DE ATERRO		MEDIDO ATÉ 8ª MEDIÇÃO	
			QUANT. (1)	V. UNIT. (2)	V. TOTAL (3)	QUANT.	V. TOTAL (3)	QUANT.	VALOR A MAIOR
38.02	Aterro com areia compactada com placa vibratória	m²	4.600,00	61,84	284.464,00	2.188,71	135.349,81	4.568,70	148.099,57

Destaca-se que caso ocorram novas medições dos serviços incluídos no 2º aditivo, sem a correção dos preços unitários, há potencialidade para gerar ainda um dano ao erário, que deve ser calculado, de acordo com a quantidade medida e valores unitários mencionados nessa manifestação técnica.

2.4.3. Total dos aditivos

Relatório de Fiscalização:

Após análise dos processos relativos aos dois aditivos contratuais, constatou-se que não houve cumprimento do inciso III do art. 58 da Lei 8.666/93, visto que a fiscalização das modificações promovidas no contrato não foi exercida pelos diversos agentes públicos que tinham o dever de agir, tendo nos pareceres jurídicos as recomendações específicas para evitarem os danos apurados no pagamento dos serviços oriundos dos aditivos. Dessa forma, o dano ao erário total em função dos aditivos é de **165.316,70 VRTE**, conforme é apresentado no Quadro 15, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade:

Quadro 15: Valor pago a maior nos aditivos.

	Aditivo 1	Aditivo 2	Total (R\$)
Medição	63.600,33	272.441,80	336.042,13
Reajuste	26.607,10	116.723,14	143.330,24
Total	<u>90.207,43</u>	<u>389.164,94</u>	<u>479.372,37</u>
VRTE	33.570,55	131.746,15	165.316,70

Fonte: Documentos fornecidos pelo jurisdicionado ou disponibilizados pelo Geo-Obras.

A empresa Emec feriu ao art. 65, § 1º da Lei 8.666/93 ao assinar Termos Aditivos e receber por serviços com preços superiores aos de mercado, explicitados por serviços já existentes na planilha contratada com valor unitário superior ao existente e serviços novos, cuja formulação do preço não manteve a situação inicial do contrato, respondendo pelo ato conforme art. 70 da Lei 8.666/93, em caso de não comprovação do dano apurado na auditoria.

ANÁLISE:

Após análise das justificativas, relativas aos serviços e quantitativos dos dois termos aditivos contratuais, entendemos que não houve cumprimento do inciso III do art. 58 da Lei 8.666/93, visto que a fiscalização das modificações promovidas no contrato não foi exercida pelos diversos agentes públicos que tinham o dever de agir, tendo nos pareceres jurídicos as recomendações específicas para evitarem os danos apurados no pagamento dos serviços oriundos dos aditivos. Dessa forma, o dano ao erário total em função dos aditivos é de 165.316,70 VRTE, conforme é apresentado no Quadro a seguir:

Quadro 2: Valor pago a maior nos aditivos

	Aditivo 1	Aditivo 2	Total (R\$)
Medição	63.600,33	272.441,80	336.042,13
Reajuste	26.607,10	116.723,14	143.330,24
Total	<u>90.207,43</u>	<u>389.164,94</u>	<u>479.372,37</u>
VRTE	33.570,55	131.746,15	165.316,70

Também entendemos que, a empresa Emec feriu ao art. 65, § 1º da Lei 8.666/93 ao assinar Termos Aditivos e receber por serviços com preços superiores aos de mercado, explicitados por serviços já existentes na planilha contratada com valor unitário superior ao existente e serviços novos, cuja formulação do preço não manteve a situação inicial do contrato, respondendo pelo ato conforme art. 70 da Lei 8.666/93.

A legitimidade passiva do senhor Audifax Charles Pimentel Barcellos já foi analisada acima, sendo que sua responsabilidade, em tese, decorre de ter assinado o 1º Termo Aditivo ao Contrato.

O Secretário de Obras, senhor João Carlos Meneses, atribui a responsabilidade à gestora do Contrato nº 157/2015 e ao Fiscal deste, enquanto estes atribuem a reponsabilidade ao Secretário de Obras (por ter afirmado que não houve descaracterização do objeto).

Tais agentes não entram no mérito da irregularidade, porém é fato que todos contribuíram com elaboração de documentos inerentes a seus cargos, **mesmo com as advertências do Parecer Jurídico.**

Minha divergência é apenas quanto à presença de erro grosseiro do então Prefeito Municipal, erro grosseiro esse, que conforme art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (incluído pela Lei 13.655/2018) é condição para responsabilidade do agente público.

Ora, os cargos dos agentes públicos citados, além de Prefeito Municipal, foram de Secretário de Obras, Diretor do Departamento de Obras Públicas, Gestor de Contratos, Diretor do Departamento de Medições e Gerenciamento de Contratos e Fiscal do Contrato.

Exceto o cargo político de Prefeito Municipal, todos os demais estão intimamente relacionados à prestação do serviço em questão. Tanto é assim, que o Secretário Municipal de Obras, quando da celebração do Primeiro Termo Aditivo, proferiu o seguinte despacho:

Em atenção ao parecer do Douto Procurador Adjunto, e considerando que as justificativas para replanilhamento estão anexadas ao processo (fls. 41 a 48), que não houve descaracterização do objeto, ou seja, o processo básico não foi alterado, que o replanilhamento é de suma importância para que a obra não seja interrompida e venha a ser objeto de rescisão contratual, preservando assim o interesse público, nos termos do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/923, favor providenciar o termo aditivo.

Constata-se que o documento acima foi expresso em informar que as justificativas para o replanilhamento estão presentes e que não houve descaracterização do objeto, despacho esse emitido por ocupante de Cargo específico pelas obras do Município, qual seja, Secretário Municipal de Obras.

Os demais cargos públicos relacionados com a irregularidade em questão também possuem forte relação com os atos de engenharia que ocasionaram o presente dano ao erário, como atestar documentos (relatório de replanilhamentos, justificativa e relatório fotográfico) que embasaram o 1º aditivo ao Contrato nº 157/2015, elaborar os termos aditivos ao contrato nº 157/2015 e elaborar documentação (planilhas, quantitativos, justificativas, preços) referente aos dois (2) aditivos ao contrato nº 157/2015, incluindo preços novos para serviços já existentes na planilha orçamentária e preços unitários acima do preço de mercado para os serviços novos.

No que pese o despacho do Secretário Municipal de Obras atestando as justificativas para o replanilhamento, os demais agentes citados também possuíam competência técnica para tal análise, sendo que a Portaria SEOB SEOB nº 29 de 01 de junho de 2015 consignou em seu artigo 1º que:

Art. 1º Fica designado como gestor do Contrato nº 157/2015, Processo nº 37.869/2015, firmado com a empresa EMEC Obras e Serviços LTDA referente a Reforma da Praça Encontro das Águas, no bairro Jacaraipe a Sra Tânia Lúcia Coutinho e como Fiscal o Sr Marcelo Borges de Carvalho.

De forma que o único agente público que não seria razoável exigir conhecimento técnico para averiguar as regularidades referentes ao aditivo contratual é o Prefeito Municipal, motivo pelo qual afasto a responsabilidade do senhor Audifax Charles Pimentel Barcelos por ausência de erro grosseiro.

Cabe ressaltar que apenas a empresa Emec Obras e Serviços Ltda adentrou no mérito da irregularidade. No que toca ao primeiro aditivo, a Contratada concorda com o valor de R\$ 67.309,66, enquanto a Instrução Técnica Conclusiva 00837/2018 considera um dano ao erário de R\$ 90.207,43.

Já em relação ao segundo aditivo a Contratada concorda com o valor de R\$ 29.940,14, enquanto a Instrução Técnica Conclusiva 00837/2018 considera um dano ao erário de R\$ 389.164,94.

Adoto integralmente a fundamentação da Manifestação Técnica 00837/2018 quanto a este item para manter a irregularidade quanto aos agentes citados, imputando ressarcimento solidário na ordem de 165.316,70 VRTE; dirirjo apenas do setor técnico quanto ao senhor Audifax Charles Pimentel Barcelos, haja vista que afasto a responsabilidade deste.

e) Superfaturamento por pagamento de quantidades superiores às efetivamente executadas.

Vejamos o exame da área técnica, por meio da **Manifestação Técnica 00837/2018**, em relação a tal item:

Critério: Arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64.

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

Arts. 58, III e 70 da Lei 8.666/93

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

III - fiscalizar-lhes a execução;

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Responsável: Marcelo Borges de Carvalho – Fiscal do Contrato.

Conduta: Atestou a realização de serviços com quantidades superiores ao executado pela empresa contratada ou de forma divergente do contratado.

Nexo: Ao atestar a execução dos serviços com quantitativos a maior do que realizado pela empresa contratada ou de forma divergente do projeto contratado, o Fiscal do Contrato levou a municipalidade a efetuar o pagamento de serviços não recebidos, em descumprimento aos artigos 62 e 63 da lei 4.320/64, gerando um dano ao erário de 91.307,15 VRTE, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Responsável: Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira – Gestora do Contrato e Diretora do Departamento de Obras Públicas.

Conduta: Atestou a realização de serviços com quantidades superiores ao executado pela empresa contratada ou de forma divergente do contratado, exceto na 9ª medição.

Nexo: Ao atestar a execução dos serviços com quantitativos a maior do que realizado pela empresa contratada ou de forma divergente do projeto contratado, a Gestora do Contrato levou a municipalidade a efetuar o pagamento de serviços não recebidos, em descumprimento aos artigos 62 e 63 da lei 4.320/64, gerando um dano ao erário de 83.574,67 VRTE, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Responsável: Emec Obras e Serviços Ltda – Empresa contratada.

Conduta: Recebeu por quantidades de serviços não executados ou por serviços executados de forma divergente ao especificado em projeto.

Nexo: Ao receber por serviços não prestados ou executados em desconformidade com o projeto, a empresa gerou um dano ao erário de 91.307,15 VRTE, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

RELATÓRIO DE AUDITORIA:

Com base no saldo de serviços apresentados pela PMS na planilha da 9ª medição, elaborou a curva S dos serviços medidos e se identificou os serviços correspondentes à faixa até 80% (faixas A e B). Com base nessa planilha verificou-se a execução dos serviços através de vistoria em campo

e através memórias de medição e fotos da execução, fornecidos pela SEOB.

As divergências encontradas na vistoria em campo e na análise dos documentos fornecido pela SEOB são identificadas abaixo, sendo apresentados os valores a preços iniciais e no final os valores de reajustamento:

[...]

Os itens serão discriminados um a um na parte de análise.

JUSTIFICATIVAS:

Marcelo Borges de Carvalho – Fiscal do Contrato e Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira – Diretora do Departamento de Obras Públicas e Gestora do Contrato:

Com relação a este item, a Defendente, então Diretora do Departamento de Obras Públicas, está sendo responsabilizada por supostamente "atestar a execução dos serviços com quantitativos a maior do que realizado pela empresa contratada ou de forma divergente do projeto contratado, a gestora do Contrato levou a municipalidade a efetuar o pagamento de serviços não recebidos, em descumprimento aos artigos 62 e 63 da lei 4.320/64". Segundo disciplina o art. 67 da Lei 8.666/1993, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Desse modo, entendemos que o "ato de fiscalizar" significa, na prática, verificar e atestar se a efetiva execução do objeto do contrato está em conformidade com as especificações predeterminadas, com seu projeto, com sua boa técnica, em harmonia às normas e procedimentos previstos no contrato. Noutras palavras, o processo de fiscalização tem como pressuposto basilar a nomeação/designação de responsável, sob o prisma da conveniência e oportunidade da Administração, tecnicamente apto à leitura do projeto, à interpretação das especificações e conhecedor das normas e procedimentos de execução recomendados.

Todavia, há de ser ressaltado que as funções exercidas pela Defendente (Diretora do Departamento de Obras Públicas) não guardavam similitude com atos típicos de fiscalização, nem tampouco com qualquer outra atribuição vinculada à cotação de preços, ou pesquisa de mercado. In casu deve ficar claro que a FISCALIZAÇÃO do contrato 157/2015 competia a pessoa DIVERSA da Defendente, consoante se abebera da documentação anexa.

Logo, se abate sobre a Instrução Técnica Inicial, e conseqüentemente sobre o Termo de Citação dela decorrente, a mácula de inépcia, já que não é possível verificar qualquer irregularidade e muito menos definir a responsabilidade individual da ora defendente quanto aos atos apontados como irregulares; à ausência de definição de conduta com indicação de ato, autoria e materialidade.

Assim, pelo fato da Instrução Técnica Inicial não ter apontado um ato sequer do ora defendente que fosse capaz de ensejar sua responsabilização, estando ausente qualquer indício de autoria ou materialidade, padece a referida ITI, e a citação dela decorrente, de inépcia, acarretando o

arquivamento dos autos em relação ao ora signatário, o que se requer desde já.

Ante o exposto, acaso ultrapassada a hipótese de inépcia aventada no parágrafo retro, limitando-nos aos aspectos das possíveis irregularidades indicadas no item 2.5 do Relatório de Inspeção, rejeitamos as supostas condutas irregulares imputadas à Defendente, para, no mérito, pugnar pela **IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO/DENÚNCIA** em relação a TANIA LÚCIA CUTINHO DE OLIVEIRA.

Apesar de não constar o nome do Sr. Marcelo Borges de Carvalho – Fiscal do Contrato no final da defesa, por se tratar do mesmo advogado e mesma peça de defesa, entendemos que a defesa do item serve para ambos.

Emec Obras e Serviços Ltda:

As impropriedades trazidas nos itens 2.5 e 2.6 serão trabalhadas conjuntamente, pois todas elas se convertem, na essência, à **consequência da forma apressada** com que o contrato foi executado diante dos feitos e das circunstâncias trazidas no tópico III ("DOS FATOS E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONTRATAÇÃO E DA EXECUÇÃO DA OBRA DE REFORMA DA PRAÇA ENCONTRO DAS ÁGUAS") desta Justificativa.

Como demonstrado no tópico IV desta Justificativa o Contrato n° 157/2015 está vigente e não ocorreu o recebimento definitivo: das obras de reforma da Praça Encontro das Águas, sendo dever da ora Justificante, nos termos da ordem jurídica posta, proceder com os ajustes necessários a fim de cumprir o contrato e os projetos técnicos que o integram.

Como já afirmado (tópico IV), dentro da política de integridade da empresa a efetivação do seu controle interno ocorre no término dos contratos, até para possibilitar a verificação integral das obrigações acessórias (pagamento) cotejando com o que foi efetivamente executado (quantidade e qualidade).

Contudo, primando pela responsabilidade e qualidade que são os pilares da EMEC, imediatamente após tomar conhecimento do relatório do TCEES, a equipe de engenheiros da Justificante foi *in loco*⁶ verificar as supostas irregularidades apontadas pelo TCEES, antecipando-se ao momento de aferição da qualidade técnica dos serviços executados e do controle financeiro do Contrato, procedendo, inclusive, com uma perícia nos serviços executados e, realmente, algumas impropriedades foram verificadas.

Diante dessas impropriedades técnicas (quantitativa e qualitativamente) verificadas e por estar o Contrato em vigência e os serviços executados em garantia, a Justificante requereu (DOC. 03) perante o Município de Serra autorização para a execução dos serviços de adequação ao projeto contido no Contrato n° 157/2015.

Deve restar assente que as irregularidades de execução verificadas não se trataram de atos intencionais, mas, infelizmente, de consequência de quem tentou atender o interesse público dentro do curtíssimo prazo estipulado pela municipalidade.

⁶ Em alguns momentos da visita à praça para a coleta de dados e informações os engenheiros da Justificante estavam acompanhados do fiscal do contrato à época - Sr. MARCELO BORGES DE CARVALHO também citado nesses autos.

Os engenheiros da Justificante quando da perícia realizada verificaram como que o tempo comprometeu a execução dos serviços prejudicando "ambos os lados", já que, por exemplo, foram instalados postes mais altos (18 m) (e também mais caros) do que aqueles discriminados pelo projeto (12 m) **sem ter sido medido (cobrado) o valor correspondente!**

Alguns equívocos são vistos facilmente a olho nu, todos passíveis de adequação, como nos itens 2.5.10 (canaleta em concreto), 2.6.1 (gola quadrada de árvores) e 2.6.2 (gola circular de árvores).

A ausência de intenção da Justificante se apresenta insofismável quando se observa as impropriedades das madeiras instaladas (vigas) com as quantidades discrepantes do projeto com a nota fiscal (DOC. 04) do fornecedor da peça - o Justificante, infelizmente, pagou o fornecedor por uma quantidade do produto que ao ser instalado não foi conferido pelo encarregado da Justificante⁷.

Rompidas essas considerações gerais aplicáveis aos itens 2.5 e 2.6, passa-se então a analisar cada uma das supostas impropriedades apontadas pela equipe de auditoria do TCEES no item 2.5, registrando que as deficiências qualitativas elencadas no item 2.6 e que aqui não serão enfocadas passarão por adequações técnicas nos termos do DOC. 03.

[...]

Os itens serão discriminados um a um na parte de análise.

ANÁLISE:

2.5.1. Demolição de piso revestido com cerâmica (item 02.01)

Relatório de Fiscalização:

A área total do lado A, medido em projeto, é de 13.270,19 m² (excluindo-se calçada, estacionamento e pier). Na praça já existiam áreas ajardinadas (fotos abaixo) e equipamentos (quadra, playground, monumento a lemanjá, pista de skate, escada e palco). Assim, considerou-se, que cerca de 85% da área estava pavimentada, chegando a área de demolição de piso de 11.280,51 m². No Lado B da praça foi iniciada a demolição do piso, que conforme verificado em fotos e projeto, chegou-se a uma área de 1.756,15 m², perfazendo um total de 13.036,66 m² e não 18.067,62 m² pagos, gerando um dano ao erário de R\$ 37.732,20, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade. Constatou-se também que o piso existente é em cimentado e não cerâmico conforme planilha. No entanto, considerando que o preço encontra-se de acordo com o mercado, essa divergência não gerou dano ao erário. (*fotos no Relatório de Inspeção*).

Emec Obras e Serviços Ltda:

Tem-se que a área total do Lado A é de 15.144,08 m² descontando os seguintes eventos: jardim 01 inclusive rampa skate 1.334,58 m², jardim 02 1.114,43 m², jardim 03 529,56 m², quadra 542,73 m², Jardim lemanjá 449,36 m², estacionamento 1.110,72 m² e calçada 520,44 m².

⁷ Fique claro que não se está aqui falando de subcontratação, mas apenas de fornecedor e da desídia dos prepostos da Justificante ao receber e instalar as peças sem conferir se estavam de acordo com o que exigia o contrato e que foi pago ao fornecedor.

Área total a ser descontada no Lado A é de 5.601,82 m².

A área total do Lado B é de 6.775,29 m² descontando peixaria, estacionamento da peixaria esta área chega a 5.030,00 m², porém a área demolida foi de 3.775,00 m². Somando-se o Lado A e B temos um total de 13.282,05 m².

2.5.1. Demolição de piso revestido com cerâmica (item 02.01)	m ²	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE	13.036,66		7,50 37.732,20
Medido Planilha	18.067,62		
Desvio TCE	5.030,96		
Área levantada EMEC	13.282,05		
Desvio Área Levantada EMEC	4.785,57		
Valor justificado	R\$ 1.840,43	A ser compensado	35.891,78

ANÁLISE:

A empresa alega que a área demolida no lado B foi de 3.775,00m², o que, de acordo com as fotos mostradas a seguir, retiradas do Google Earth em março de 2015 e outra em agosto de 2017, portanto, anterior e posterior à execução do serviço, podemos observar claramente a área demolida e as áreas que não haviam concreto para ser demolido, estando de acordo com a área apresentada pela equipe de auditoria. Dessa forma, a alegação da empresa não possui fundamento para ser acolhida.



Foto 1 – Lado B da Praça Encontro das Águas, antes da demolição (março/2015)

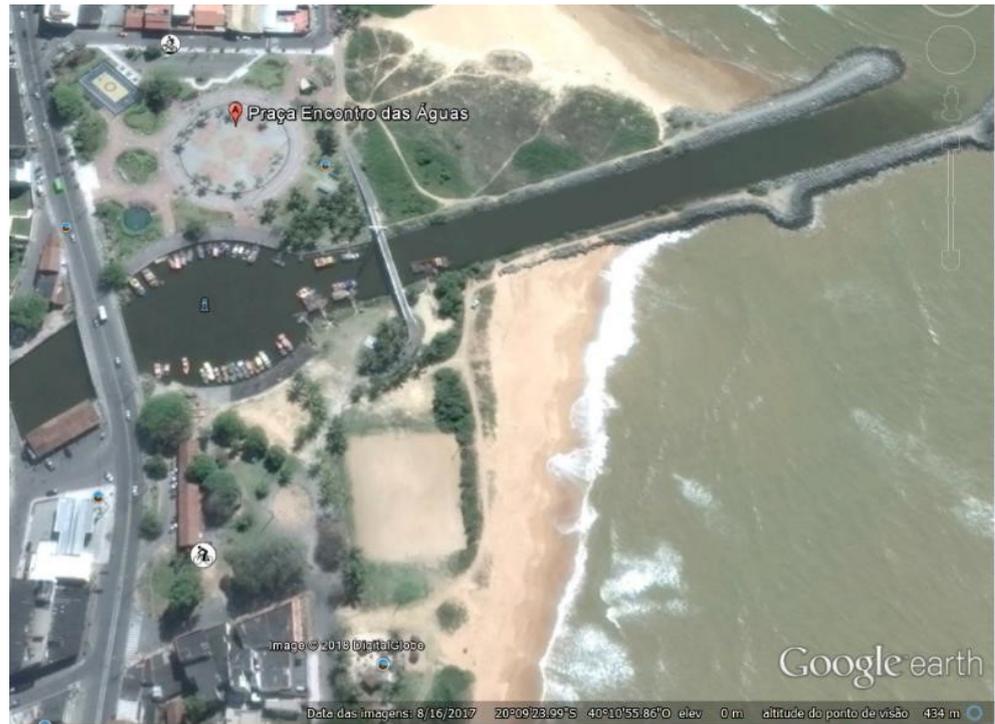


Foto 2 – Lado B da Praça Encontro das Águas, após a demolição (agosto/2017)



Foto 3: Indicação da área de demolição de piso, utilizando o site Geobases.

Dessa forma permanece irregular, portanto, R\$ 37.732,20, equivalente a 5.030,96m² pagos a maior, por serviços não executados.

2.5.2. Projetor de Piso (itens 14.05.01 e 14.05.05)

Relatório de Fiscalização:

Foram localizados no lado A da praça, 111 projetores de piso e pagos 113, conforme Apêndice 4, gerando um dano ao erário de R\$ 7.200,00, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

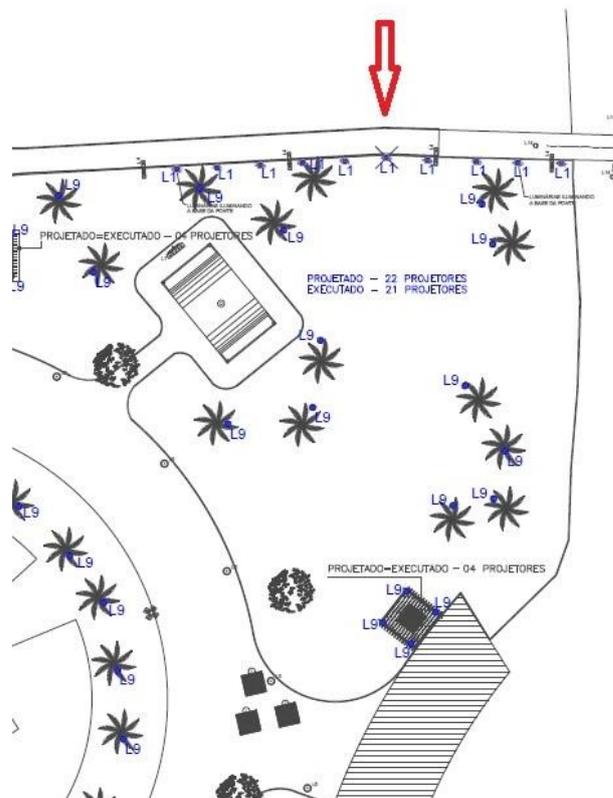
Emec Obras e Serviços Ltda:

Foram instalados 112 refletores conforme apuração realizada pela Justificante.

2.5.2. Projetor de Piso (itens 14.05.01 e 14.05.05)	und	P unt	Custo (R\$)	
Levantamento TCE		111	3.600,00	7.200,00
Medido Planilha		113		
Desvio TCE		2		
Unidade levantada EMEC		112		
Desvio Unidade Levantada EMEC		1		
Valor justificado		3.600,00	A ser compensado	3.600,00

ANÁLISE:

Nesse item, a equipe de auditoria elaborou o Apêndice 04 – Projetores de piso (Apêndice 00289/2017-1), indicando em planta os locais onde não encontraram os 2 Projetores de piso, pagos e não executados (marcados com um X). A empresa alega que faltou apenas 1 para executar, mas infelizmente, não indica o local, ou comprova com fotos. Portanto, não há como aceitar tal justificativa, permanecendo irregular, portanto, R\$ 7.200,00, equivalente a 2 Projetores de piso.



APÊNDICE 4:
PROJETORES
DE PISO

- ILUMINAÇÃO:
- L1 Projetor embutido no piso, fabricante Schröder, Terra Maxi, equipado com lâmpada Vapor de Metalico 150w
 - L3 Poste com luminária Epsilon - fabricante Schröder - equipada com lâmpada Vapor Metalico 150w H=4,00m. Espaçamento aprox. 10-12m
 - L4 Poste tipo Neo-Sextant altura útil =13,00m - fabricante Schröder - equipado com 3 Projetor Radial 3 pilâmpada Vapor Metalico de 400w
 - L5 Poste com luminária Isola - fabricante Schröder - equipado com lâmpada Vapor Metalico 150w H=4,00m Espaçamento de 10-12m aprox.
 - L6 Poste com luminária Hestia Midil equipada com lâmpada Vapor Metalico 250w, fabricante Schröder H=12,00m - simples, duplo ou triplo
 - L7 03 Projetor Radial - Marca Schröder - Vapor Metalico 400w Poste H=12,00m

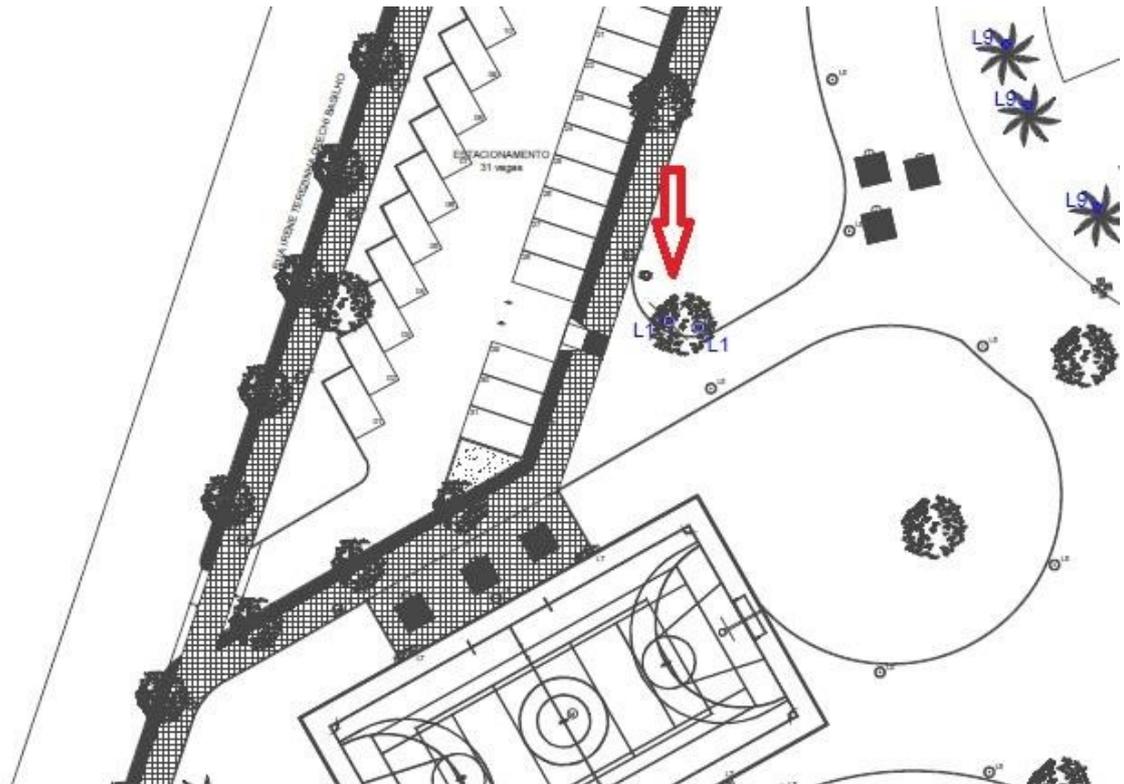


Figura 3 – Apêndice 04, indicando os locais com ausência dos Projetores de piso.

2.5.3. Deck de madeira (item 13.16)

Relatório de Fiscalização:

O serviço “fornecimento e instalação de deck de madeira de lei parajú ou equivalente com assoalho de (10x2)cm[...]” executado no piso de quatro pergolados, conforme indicado no Apêndice 5, totalizou 118,54 m² e não 162,16 m² conforme pago. Assim, foram pagos 43,62 m² a mais, gerando um dano ao erário de R\$ 7.088,25, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

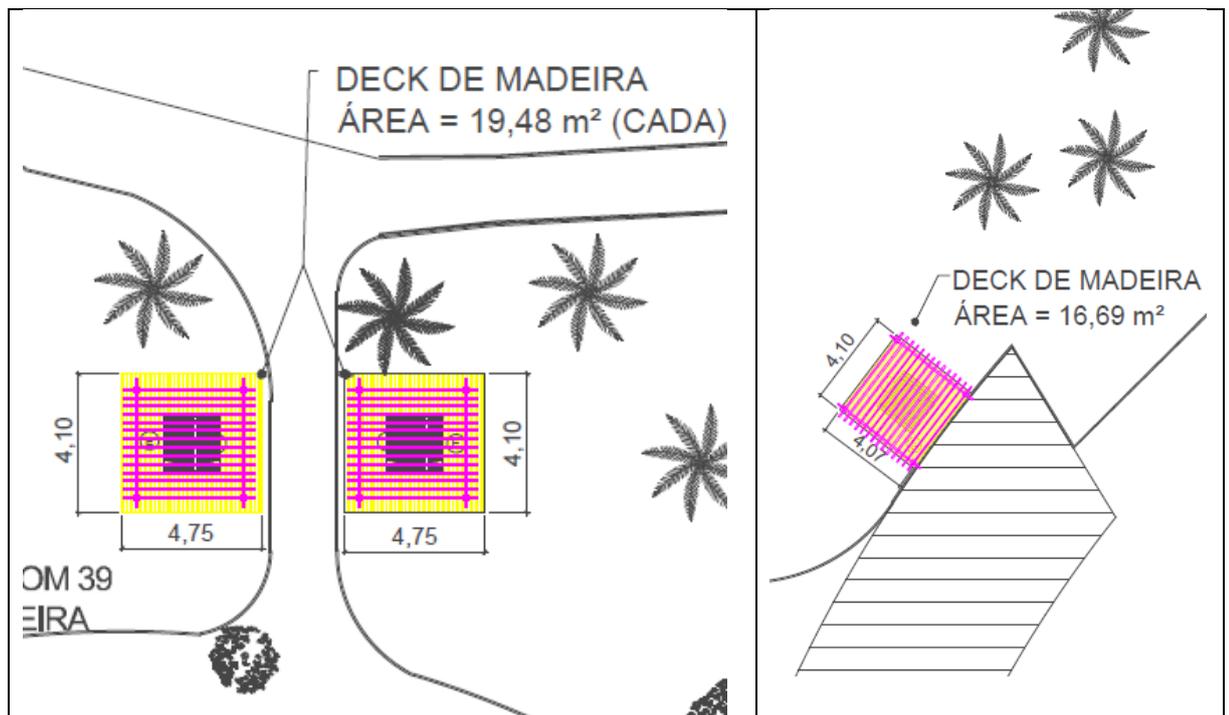
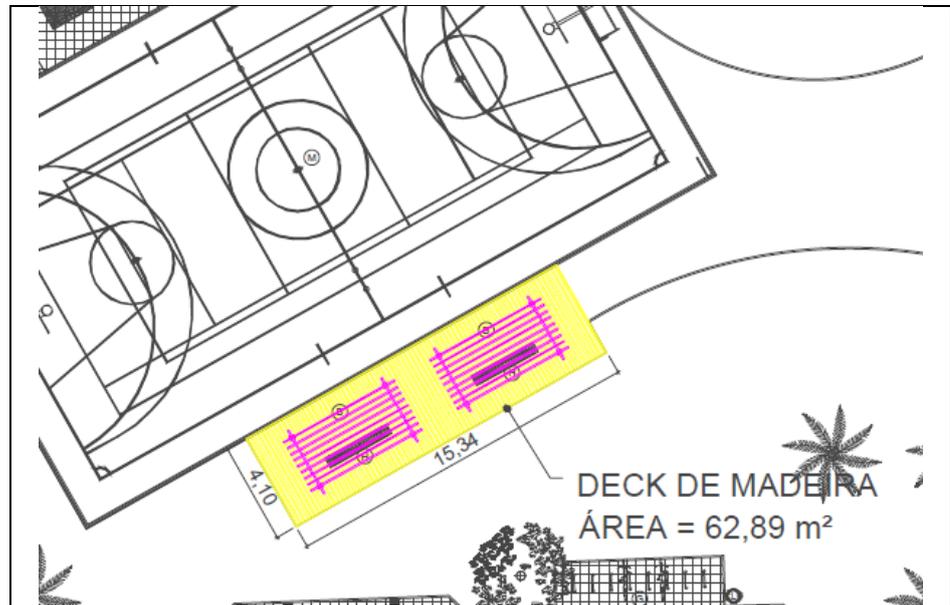
Emec Obras e Serviços Ltda:

Os decks de madeiras em pergolados são: quadra com 66,86m², 02 entre a pista de skate e iemanjá 50m², e 1 próximo ao deck 25m²; totalizando 141,86m²

2.5.3. Deck de madeira (item 13.16)			
pergolado	m ²	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE	118,54	162,50	7.088,25
Medido Planilha	162,16		
Desvio TCE	43,62		
Área levantada EMEC	141,86		
Desvio Área Levantada EMEC	20,30		
Valor justificado	3.789,50	A ser compensado	3.298,75

ANÁLISE:

As áreas levantadas pela equipe de auditoria para os deck's de madeira são as seguintes (constantes no Apêndice 05 - :Deck's e vigas dos pergolados):



Exatamente as citadas pela empresa, no entanto, diverge do quantitativo de áreas.

A empresa não apresenta nenhuma comprovação das medidas alegadas, dessa forma permanece irregular, portanto, R\$ 7.088,25, equivalente a 43,62m² pagos a maior, por serviços não executados.

2.5.4. Canaleta com largura de 60 cm (item 12.08)

Relatório de Fiscalização:

Esse serviço foi executado no centro da praça, cujo raio medido no local foi de 26,40 m (até o eixo), perfazendo uma extensão de 165,90 m (valor próximo ao verificado em projeto – 161,60 m). Assim, foi pago 37,62 m a mais do que o verificado em campo, gerando um dano ao erário de R\$ 10.420,74, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

O raio levantado após a devida medição é de 26,57 m

2.5.4. Canaleta com largura de 60 cm (item 12.08)	m	P unt	Custo (R\$)	
Levantamento TCE		165,9	276,98	10.420,00
Medido Planilha		203,52		
Desvio TCE		37,62		
Metro levantado EMEC		166,96		
Desvio Metro levantado EMEC		36,56		
Valor justificado		293,60	A ser compensado	10.126,40

ANÁLISE:

Pela diferença ser muito pequena, o valor apresentado é aceitável, permanecendo irregular o valor de R\$ 10.126,40 nesse item.

2.5.5. Pintura do piso da quadra (item 06.02.03)

Relatório de Fiscalização:

A área do piso efetivamente pintado foi de (17,85 m x 29,80 m), ou seja 531,93 m² e não 558 m², conforme pago. Assim, foi pago 26,07 m², gerando um dano ao erário de 453,62, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

A medição ocorreu de forma equivocada.

2.5.5. Pintura do piso da quadra (item 06.02.03)	m ²	P unt	Custo (R\$)	
Levantamento TCE		531,93	17,40	453,62
Medido Planilha		558		
Desvio TCE		26,07		
Área levantada EMEC		531,93		
Desvio Área Levantada EMEC		26,07		
Valor justificado		0,00	A ser compensado	453,62

ANÁLISE:

A própria empresa reconheceu o equívoco, permanecendo irregular o valor de R\$ 453,62 nesse item.

2.5.6. Viga de madeira – Pergolado Tipo 2 (item 16.03.02)

Relatório de Fiscalização:

Foram pagas 135 vigas, no entanto *in loco* foram encontradas 114 vigas conforme indicado no Apêndice 5, gerando-se um dano ao erário de R\$ 6.138,51, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

Este subitem será recuperado pela Justificante com a adequação do serviço de acordo com o projeto nos termos do DOC 03.

ANÁLISE:

Conforme justificado no DOC 03 apresentado pela empresa, e conferido *in loco* pelos técnicos desse Tribunal, o serviço foi complementado, não restando irregularidade nesse item.

2.5.7. Poste com 12 m de altura e 4 projetores (item 14.05.14)

Relatório de Fiscalização:

Foram pagos 8 postes com altura de 12 m e 4 projetores, no entanto *in loco* foi verificada a execução de 5 postes com 4 refletores (4 para iluminação da quadra poliesportiva e 1 para a iluminação da pista de skate), conforme fotos:

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Assim apurou-se um dano ao erário de R\$ 12.936,00 sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

Existe um equívoco na medição dos postes de 12m. Em contrapartida, os postes de 18m foram medidos 02 und e instalados 5 und no círculo central da praça perfazendo 3 postes a menos na medição.

O valor unitário de cada poste de 18m é de R\$ 6.430,00 enquanto o poste de 12m custa R\$ 4.312,00, o que perfaz uma diferença de R\$ 2.118,00 que multiplicado por 03 und poste totaliza um desvio de R\$ 6.354,00 em valor histórico.

2.5.7. Poste com 12 m de altura e 4 projetores (item 14.05.14)			
	und	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		5	4.312,00
Medido Planilha		8	
Desvio TCE		3	
Unidade levantada EMEC		5	
Desvio Unidade Levantada EMEC		3	
Valor justificado			12.936,00
		A ser compensado	0,00

2.5.7. Poste 18m de altura (item 14.05.13)			
	und	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		0	6.430,00
Medido Planilha		2	
Desvio TCE		0	
Unidade levantada EMEC		5	
Desvio Unidade Levantada EMEC		3	
Valor justificado			28.935,00
		A ser compensado	0,00

ANÁLISE:

O que a Justificante pretende com esse item, é uma antiga prática conhecida como “química”, há muito não mais admitida em contratos públicos, onde há pagamento de um serviço não realizado em troca de outro serviço, pois, conforme determina a lei de licitações, qualquer alteração de serviços deve ser precedida de termo aditivo. Não há aditivos para essa alteração alegada pela Justificante.

Portanto, não há embasamento legal para aceitar a alegação da empresa, permanecendo, assim, irregular o valor de R\$ 12.936,00 nesse item, relativos a 3 postes de 12m, pagos e não executados.

2.5.8. Concreto magro no playground (item 08.02.01 e 08.03.01)

Relatório de Fiscalização:

O serviço de “fornecimento, preparo e aplicação de concreto magro” não foi executado, conforme verificado nas fotos da execução do playground, gerando um dano ao erário de R\$ 2.528,83, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Emec Obras e Serviços Ltda:

A função do concreto magro restringe-se a isolar o terreno natural da estrutura no caso específico, está previsto 1,04 m³ de concreto magro que dividido pela área encontrada *in loco* 153,94m² formando uma espessura de 0,0067m (0,67cm).

Esta espessura é inexecutável para concreto magro e por este motivo foi aplicada a lona plástica para evitar a fuga do cimento e sua desidratação garantindo o fator água-cimento durante sua cura. Somando o concreto estrutural e o concreto magro medidos pela Justificante tem-se 11,33 m³ o que totaliza R\$ 16.228,85 e o executado pela Justificante de concreto estrutural para atender o projeto foi 15,3 m³ que perfaz o total de R\$ 23.715,00, verificando uma diferença de R\$ 7.486,15.

Vale ressaltar que estes volumes citados eram para os 03 *playgrounds*:

2.5.8. Concreto magro no playground (item 08.02.01 e 08.03.01)	m ³	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		0	2.528,83
Medido Planilha		0	
Desvio TCE		0	
Volume levantado EMEC		0	
Desvio Volume Levantado EMEC		0	
Valor justificado		2.528,83	A ser compensado R\$ 0,00

ANÁLISE:

Da mesma forma que o item 2.5.7, a Justificante mistura os serviços, tentando compensar um pelo outro, no entanto, as funções são diferentes. Não há respaldo na lei para esse tipo de justificativa. Ademais foram pagos ao todo 7,75m³ de concreto magro, além 15,50m³ de concreto estrutural (08.03.02 e 08.02.02) na 6ª medição, portanto, não aduz razão à Justificante.

Permanecendo, assim, irregular o valor de R\$ 2.528,83 nesse item, relativos a 7,75m³ de concreto magro, pagos e não executados.

2.5.9. Lastro de concreto no playground (item 08.04.01)

Relatório de Fiscalização:

Foram pagos 432,78 m² de lastro de concreto e verificada a execução *in loco* e através de levantamento, projeto e fotos de 153,94 m² (raio=7m), gerando um dano ao erário de R\$ 8.722,12, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Emec Obras e Serviços Ltda:

A medição ocorreu de forma equivocada.

2.5.9. Lastro de concreto no playground (item 08.04.01)	m ²	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		153,94	R\$ 31,28
Medido Planilha		432,78	
Desvio TCE		278,84	
Área levantada EMEC		153,94	
Desvio Área Levantada EMEC		278,84	
Valor justificado		0,00	A ser compensado 8.722,12

ANÁLISE:

A própria empresa reconheceu o equívoco, permanecendo irregular o valor de R\$ 8.722,12 nesse item.

2.5.10. Canaleta em concreto 20 x 10 cm (item 06.04.01.03.02)

Relatório de Fiscalização:

A canaleta 20x10 cm prevista em projeto para ser executada no entorno de todo o perímetro da quadra poliesportiva (102 m), foi executada somente em duas laterais, num total de 60,32 m, gerando um dano ao erário de R\$ 7.085,18, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Emec Obras e Serviços Ltda:

A extensão executada nas duas laterais perfaz um total de 57,80 m.

De acordo com o cronograma de execução protocolizado no município (DOC. 03), será realizada a adequação do serviço de acordo com o projeto, perfazendo um total de 93,40 m.

A partir dessa nova medição após a devida adequação do serviço, será ainda devida uma compensação ("encontro de contas") nos termos do quadro abaixo.

2.5.10. Canaleta em concreto 20 x 10 cm			
(item 06.04.01.03.02	m	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		60,32	169,99 7.085,18
Medido Planilha		102	
Desvio TCE		41,68	
Metro levantado EMEC		93,4	
Desvio Metro levantado EMEC		8,6	
Valor justificado		5.623,27	A ser compensado 1.461,91

ANÁLISE:

Conforme justificado no DOC 03 apresentado pela empresa, e conferido *in loco* pelos técnicos desse Tribunal, o serviço foi complementado, restando apenas R\$ 1.461,91, equivalentes a 8,6m de canaleta, como irregulares nesse item.

2.5.11. Gabiões (item 09.03.04)

Relatório de Fiscalização:

O volume contratado contempla a execução de contenção em gabiões nos dois lados da praça. Até a 9ª medição foi executado somente a contenção no lado A, com um volume total de 55 m³, conforme verificado em projeto (Apêndice 3), e não 110 m³, conforme medido pela fiscalização. Assim, forma pagos 55 m³ a mais, gerando um dano ao erário de R\$ 29.174,20, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

As dimensões do gabião executado são 51,85 m extensão, 1,5 m de largura e 1,00 m de altura. Perfazendo um volume de 77,77m³.

2.5.11. Gabiões (item 09.03.04)	m ³	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		55	530,44
Medido Planilha		110	
Desvio TCE		55	
Volume levantado EMEC		77,77	
Desvio Volume levantado EMEC		32,23	
Valor justificado		12.078,12	A ser compensado 17.096,08

ANÁLISE:

Pelas fotos a seguir, também constante do Relatório de Inspeção, é possível verificar que a largura do gabião não há como ser 1,50m, conforme alega a Justificante. Comparando com altura e o braço da pessoa em cima do gabião, a largura não pode ser superior a 1m, não aduzindo razão à Justificante.



Permanece irregular o valor de R\$ 29.174,20 nesse item, relativos a 55 m³ de gabião.

2.5.12. Escavação manual – Contenção de erosão nos decks (09.02.01)

Relatório de Fiscalização:

O volume previsto na planilha orçamentária, de 820 m³ se refere à escavação necessária para execução dos dois lados da praça. Assim, conforme registro fotográfico de execução da obra e quantitativos levantados em projeto, o volume estimado para os serviços executados no lado A da Praça é de 162 m³ [extensão (81,0 m) x largura média (2,0 m) x profundidade (1,0 m)]. Considerando que foi pago 820 m³, gerou um dano ao erário de R\$ 14.074,62, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Emec Obras e Serviços Ltda:

A medição ocorreu de forma equivocada.

2.5.12. Escavação manual – Contenção de erosão nos decks (09.02.01)			
	m ³	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		162	21,39
Medido Planilha		820	
Desvio TCE		658	
Volume levantado EMEC		162	
Desvio Volume levantado EMEC		658	
Valor justificado		0,00	A ser compensado 14.074,62

ANÁLISE:

A própria empresa reconheceu o equívoco, permanecendo irregular o valor de R\$ 14.074,62 nesse item.

2.5.13. Fornecimento, preparo e aplicação de concreto 30 MPa- Contenção de erosão nos decks (09.02.03)

Relatório de Fiscalização:

Considerando a calçada de 1,5 m de largura média, 10 cm de espessura e extensão de 81 m, chegou-se a um volume de concreto de 12,15 m³. Considerando que foi pago 18 m³ desse serviço, gerou um dano ao erário de R\$ 9.067,50, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Emec Obras e Serviços Ltda:

A medição ocorreu de forma equivocada.

2.5.13. Fornecimento, preparo e aplicação de concreto 30 MPa- Contenção de erosão nos decks (09.02.03)			
	m ³	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		12,15	1.550,00
Medido Planilha		18	
Desvio TCE		5,85	
Volume levantado EMEC		12,15	
Desvio Volume levantado EMEC		5,85	
Valor justificado		0,00	A ser compensado 9.067,50

ANÁLISE:

A própria empresa reconheceu o equívoco, permanecendo irregular o valor de R\$ 9.067,50 nesse item.

2.5.14. Aterro com areia - Contenção de erosão nos decks (09.02.05)

Relatório de Fiscalização:

Considerando as medidas da escavação do item 2.5.12 deste relatório, chegou-se a um volume de aterro com areia de 129,60 m³ [2,0 m (largura) x 0,8 m (profundidade) x 81,0 m (extensão)]. Considerando que foi pago 285 m³ desse serviço, gerou um dano ao erário de R\$ 9.609,94, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Emec Obras e Serviços Ltda:

Neste subitem temos a seguinte memória de cálculo: 81 m extensão; 2m largura e 1,20 m de altura; perfazendo 194,40m³.

2.5.14. Aterro com areia - Contenção de erosão nos decks (09.02.05)	m ³	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		129,6	61,84
Medido Planilha		285	
Desvio TCE		155,4	
Volume levantado EMEC		194,4	
Desvio volume levantado EMEC		90,6	
Valor justificado		4.007,23	A ser compensado
			5.602,71

ANÁLISE:

No item 2.5.12, conforme registro fotográfico de execução da obra e quantitativos levantados em projeto, o volume estimado para os serviços executados no lado A da Praça foi de 162 m³ [extensão (81,0 m) x largura média (2,0 m) x profundidade (1,0 m)], o que a empresa EMEC não questionou, aceitando o valor apresentado.

Ainda, no item 2.5.15, aterro com argila, com espessura de 10cm, também não questionado pela empresa EMEC e que, por cima desses aterros, executou-se uma calçada cimentada de 10cm.

Dessa forma, temos que a profundidade do aterro com areia, do item 2.5.14 (09.02.05), deverá ter a profundidade de 80cm, que acrescido da altura do aterro de argila de 10cm e da calçada de 10cm, perfazem 1,0m de escavação.

Portanto, o volume de aterro com areia é de 129,60 m³ [2,0 m (largura) x 0,8 m (profundidade) x 81,0 m (extensão)]. Considerando que foi pago 285 m³ desse serviço, permanece irregular o valor de R\$ 9.609,94 nesse item.

2.5.15. Aterro com argila - Contenção de erosão nos decks (09.02.06)**Relatório de Fiscalização:**

Considerando as medidas da escavação do item 2.5.12 deste relatório, chegou-se a um volume de aterro com argila de 16,20 m³ [2,0 m (largura) x 0,1 m (profundidade) x 81 m (extensão)]. Considerando que foi pago 27,5 m³ desse serviço, gerou um dano ao erário de R\$ 697,32, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

A medição ocorreu de forma equivocada.

2.5.15. Aterro com argila - Contenção de erosão nos decks (09.02.06)	m ³	P unt	Custo (R\$)	
Levantamento TCE		16,2	61,71	697,32
Medido Planilha		27,5		
Desvio TCE		11,3		
Volume levantado EMEC		16,2		
Desvio Volume levantado EMEC		11,3		
Valor justificado		R\$ 0,00	A ser compensado	697,32

ANÁLISE:

A própria empresa reconheceu o equívoco, permanecendo irregular o valor de R\$ 697,32 nesse item.

2.5.16. Fornecimento, preparo e aplicação de concreto Fck=20 MPa - Contenção de erosão nos decks (09.02.07)

Relatório de Fiscalização:

Analisando as medições e fotos fornecidas pela SEOB da fase de execução da obra, verificou-se que foi pago 30 m³ do fornecimento e aplicação de concreto de 20 MPa, porém não foi encontrado registro da execução de tal serviço. As fotos indicam a execução de concreto armado sobre lona plástica colocada diretamente sobre solo compactado. Considerando que foi pago 30 m³ desse serviço, gerou um dano ao erário de R\$ 11.023,80, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

O concreto foi executado na área dos decks dos pergolados perfazendo um volume total de 9,93 m³ considerando 0,07 m de espessura e área dos decks de 141,86 m².

2.5.16. Fornecimento, preparo e aplicação de concreto Fck=20 MPa - Contenção de erosão nos decks (09.02.06)	m ³	P unt	Custo (R\$)	
Levantamento TCE		0	367,46	11.023,80
Medido Planilha		30		
Desvio TCE		30		
Volume levantado EMEC		9,93		
Desvio Volume levantado EMEC		20,07		
Valor justificado		3.648,88	A ser compensado	7.374,92

ANÁLISE:

O item - 09.02.07 (erroneamente consta o número 09.02.06 no Relatório, mas a descrição está correta) - Fornecimento, preparo e aplicação de concreto Fck=20 MPa (brita 1), em camadas de 10cm – não foi encontrado em nenhuma foto da obra. O concreto que consta nas fotos é o do item 09.02.03.



Foto 6- Concretagem da contenção de erosão nos decks – lona sobre o solo compactado.



Foto 7- Concretagem da contenção de erosão nos decks



Foto 8- Concretagem da contenção de erosão nos decks

A empresa alega que executou $9,93\text{m}^3$ desse item, na área dos decks dos pergolados, mas infelizmente, não comprova com fotos ou quaisquer meios, ainda alega ter 7cm de camada, enquanto o item prevê camadas de 10cm, acrescido ao fato de que esse serviço era para a contenção do deck, e não para os pergolados. Portanto, não há como aceitar tal justificativa, permanecendo irregular, portanto, R\$ 11.023,80, equivalente a 30m^3 .

2.5.17. Escavação manual – Contenção de erosão faixa de gabião (09.03.02)

Relatório de Fiscalização:

O volume previsto na planilha orçamentária, de 530m^3 se refere a escavação necessária para execução dos dois lados da praça. Assim, conforme registro fotográfico de execução da obra e quantitativos levantados em projeto, o volume estimado para os serviços executados no lado A da Praça é de 150m^3 [extensão (50,0 m) x largura média (2,5 m) x profundidade (1,20 m)]. Considerando que foi pago 265m^3 , gerou um dano ao erário de R\$ 2.459,85, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Emec Obras e Serviços Ltda:

As dimensões dos volumes escavados são as seguintes: 51,85 m de extensão; 2 m de largura e 1,5 m altura; perfazendo um volume de $155,55\text{m}^3$.

2.5.17. Escavação manual – Contenção de erosão faixa de gabião (09.03.02)	m ³	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		150	21,39
Medido Planilha		265	
Medição TCE		115	
Volume levantado EMEC		155,55	
Desvio Volume levantado EMEC		109,45	
Valor justificado		118,71	A ser compensado 2.341,14

ANÁLISE:

Pela diferença ser muito pequena, o valor apresentado é aceitável, permanecendo irregular o valor de R\$ 2.341,14 nesse item.

2.5.18. Aterro com areia - Contenção de erosão faixa de gabião (09.03.06)

Relatório de Fiscalização:

Considerando as medidas da escavação do item 2.5.17 deste relatório, chegou-se a um volume de aterro com areia de 137,50 m³ [2,5 m (largura) x 1,10 m (profundidade) x 50 m (extensão)]. Considerando que foi pago 242,50 m³ desse serviço, gerou-se um dano ao erário de R\$ 6.493,20, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

As dimensões dos volumes escavados são as seguintes: 51,85 m de extensão; 2 m de largura e 1,4 m de altura; perfazendo um volume de 145,18 m³.

2.5.18. Aterro com areia - Contenção de erosão faixa de gabião (09.03.06)	m ³	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		137,5	61,84
Medido Planilha		242,5	
Desvio TCE		105	
Volume levantado EMEC		145,18	
Desvio Volume levantado EMEC		97,32	
Valor justificado		474,93	A ser compensado 6.018,27

ANÁLISE:

Pela diferença ser muito pequena, o valor apresentado é aceitável, permanecendo irregular o valor de R\$ 6.018,27 nesse item.

2.5.19. Paisagismo

Relatório de Fiscalização:

Durante a vistoria in loco, a partir das especificações das plantas e do projeto de paisagismo, ambos fornecidos pela SEOB, não foram localizadas 10 espécies de plantas, que são apontadas no Apêndice 6. Assim, no item paisagismo foi gerado um dano de R\$ 67.424,50, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

Este subitem será recuperado pela Justificante com a adequação do serviço de acordo com o projeto nos termos do DOC. 03.

ANÁLISE:

Conforme justificado no DOC 03 apresentado pela empresa, e conferido *in loco* pelos técnicos desse Tribunal, o serviço foi complementado. O item 17.03.02 - Fornecimento e plantio de herbáceas (Agave attenuata - Agave Dragão), porte da muda 30-40cm, conforme projeto, encontramos apenas 6 mudas, permanecendo irregular 51 mudas, no valor de R\$ 2.040,00 e o item 17.03.33 - Fornecimento e plantio de herbáceas (Hemigraphis colorata - Era roxa), conforme projeto, não foi justificado pela empresa, permanecendo irregular o valor de R\$ 1.180,00.

Restando assim, R\$ 3.220,00 como irregulares nesse item.



Foto 9- Fornecimento e plantio de herbáceas (Strelitzia reginae - Ave do Paraiso).



Foto 10- Fornecimento e plantio de herbáceas (Agave attenuata - Agave Dragão) (6 mudas encontradas)



Foto 11- Concretagem da contenção de erosão nos decks

2.5.20. Demais itens abordados pela empresa no evento 137 dos autos.

No evento 137, a empresa EMEC, vem novamente a esse Egrégio Tribunal, solicitar nova defesa, juntando aos autos um relatório (Peça Complementar 11201-2017-9 e Peça Complementar 11202-2017-3), na qual alega que realizou vários serviços com quantitativo ou qualidade melhor que o contratado, discorrendo item a item, e no final, chega à conclusão que deve ser ressarcido pela municipalidade, ao invés de ter valores retidos nos pagamentos bloqueados.

O que a empresa tenta fazer com essa abordagem é utilizar-se de uma antiga prática conhecida como “química”, há muito não mais admitida em contratos públicos, onde há pagamento de um serviço não realizado em troca de outro serviço, pois, conforme determina a lei de licitações, qualquer alteração de produtos ou serviços devem ser precedidos de termo aditivo. Não há aditivos para

essa alteração alegada pela Justificante, conforme já explicitado nessa manifestação, conforme o item

A jurisprudência sobre essa prática, é vasta, especialmente no Tribunal de Contas da União:

“Abstenha-se de autorizar a execução de serviços sem cobertura contratual, em conformidade com o disposto nos artigos 60, parágrafo único, e 62 da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 452/2008- Plenário)

“Abstenha-se de promover a aquisição de bens ou serviços sem cobertura contratual, bem assim de celebrar contratos com cláusula de vigência retroativa, caracterizando a existência de contrato verbal antes de sua formalização, por contrariar o disposto no parágrafo único do art. 60 da Lei 8.666/1993.” (Acórdão 25/2007 - Plenário)

“Abstenha-se de receber produtos ou serviços ou de realizar despesas sem cobertura contratual, em respeito ao disposto no parágrafo único do art. 60 da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 2386/2006 - Plenário)

Não foi encontrado no processo municipal, qualquer aditivo formal acatando tais alterações alegadas pela empresa defendente, de tal forma que, não há embasamento legal para que esta Corte de Contas, aceite tais justificativas e que determine à administração municipal pagar valores ao contratado.

O caminho para que isso acontecesse seria primeiramente a empresa defendente dar entrada na administração municipal, solicitando a aceitação de tais serviços na execução do contrato, e desde que dentro do permitido na lei de licitações, previsto em seu artigo 65. Só então, com todo o procedimento documentado, é que a administração municipal encaminharia a essa Corte de Contas para apreciação.

2.5.21. Total de ressarcimento apontado no item 2.5.

Relatório de Fiscalização:

Dessa forma, conforme detalhado no Apêndice 7, o dano ao erário total em função do pagamento de quantidades de serviços superiores às efetivamente executadas é de **131.871,07 VRTE**, conforme é apresentado no Quadro 16, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade:

Quadro 16: Valor pago a maior por quantidades superiores às efetivamente executadas.

Ano	Valor Financeiro Pago a Maior (P0)	Valor de Reajust. Pago a Maior	Total (R\$)	Total (VRTE)
2015	235.188,86	98.383,91	333.572,77	124.138,58
2016	15.141,53	7.699,46	22.840,99	7.732,49
Total	<u>250.330,39</u>	<u>106.083,37</u>	<u>356.413,76</u>	131.871,07

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras.

Assim, ao não verificar a efetiva prestação dos serviços contratados e atestar a documentação de medição e notas fiscais, a Gestora e o Fiscal do Contrato infringiram os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64 e também o inciso III do art. 58 da lei 8.666/93, gerando o dano apontado no Quadro 16.

Ao receber por serviços não executados, a empresa Emec Obras e Serviços Ltda infringiu ao art. 62 da Lei 4.320/64, respondendo pelo ato conforme art. 70 da Lei 8.666/93.

Emec Obras e Serviços Ltda:

Considerações finais quanto aos itens 2.5 e 2.6.

Pelo exposto, considerando as justificativas apresentadas referentes aos subitens do item 2.5 do relatório de auditoria do TCEES, requer, a partir de um "encontro de contas" (R\$ 125.827,14)⁸ que será apresentado a municipalidade dentro da daquilo que anteriormente foi apresentado e a ser efetivado quando do pagamento das parcelas ainda em aberto (aproximadamente R\$ 550.000,00) e do aceite dos números pela municipalidade, a extinção do processo sem julgamento do mérito considerando que ao fim e ao cabo não terá ocorrido nenhum prejuízo ao erário⁹, notadamente por estar o Contrato n° 157/2015 em plena vigência (cf. tópico IV).

Por fim, tendo em vista o reconhecimento por parte da Justificante das impropriedades técnicas verificadas durante a execução do contrato e da disponibilidade para a devida adequação, considerando ainda a vigência do Contrato n° 157/2015 e a garantia dos serviços de engenharia¹⁰¹¹, requer a extinção do processo sem julgamento do mérito no que concerne aos subitens 2.5.6, 2.5.10 e 2.5.19 e de todo item 2.6 do relatório técnico.

ANÁLISE:

Analisando as justificativas apresentadas pelos defendentes, concluímos, conforme detalhado no Apêndice 3, que o dano ao erário total em função do pagamento de quantidades de serviços superiores às efetivamente executadas é de **91.307,15 VRTE**, conforme é apresentado no Quadro a seguir:

Quadro 3 Valor pago a maior por quantidades superiores às efetivamente executadas.

Ano	Valor Financeiro Pago a Maior (P0)	Valor de Reajust. Pago a Maior	Total (R\$)	Total (VRTE)
2015	158.334,58	66.238,90	224.573,48	83.574,66
2016	15.141,53	7.699,46	22.840,99	7.732,49

⁸ 22 Trata-se do somatório dos valores apresentados nas tabelas como valor "a ser compensado" quando do encontro de contas com os valores pendentes de pagamento pela municipalidade (aproximadamente R\$ 550.000,00).

⁹ 23 A justificante se compromete a apresentar a este TCEES o requerimento de "encontro de contas" dos valores glosados e aqui explicitados.

¹⁰ "Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo." (Código Civil).

¹¹ Fornecer garantia contra quaisquer defeitos ou falhas na execução da obra, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, contado da data de assinatura do Termo de Recebimento Definitivo da obra." (Cláusula Oitava do Contrato).

Ano	Valor Financeiro Pago a Maior (P0)	Valor de Reajust. Pago a Maior	Total (R\$)	Total (VRTE)
Total	<u>173.476,11</u>	<u>73.938,36</u>	<u>247.414,47</u>	91.307,15

Pois bem, tal item refere-se estritamente à execução dos serviços, razão pela qual, além da Contratada (Emec Obras e Serviços Ltda), deve ser imputada responsabilidade apenas ao fiscal do Contrato (Marcelo Borges de Carvalho) e à Gestora do Contrato e Diretora do Departamento de Obras Públicas (Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira).

Adotando a fundamentação da Manifestação Técnica transcrita acima, entendo pela presença de tal irregularidade em relação aos agentes citados, sendo o prejuízo ao erário ocasionado pelo pagamento de quantidades de serviços superiores às efetivamente executadas na ordem de 91.307,15 VRTE.

f) Superfaturamento por deficiência de qualidade

A **Manifestação Técnica 837-2018** expõe nos seguintes termos sobre esse item:

Critério: Arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64.

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

Arts. 58, III e 70 da Lei 8.666/93

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

III - fiscalizar-lhes a execução;

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução

do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Responsável: Marcelo Borges de Carvalho – Fiscal do Contrato.

Conduta: Atestou a realização de serviços executados de forma diferente do estabelecido em projeto e planilha, com problemas de qualidade e redução de vida útil.

Nexo: Ao atestar a execução dos serviços com qualidade inferior ao especificado em projeto e planilha orçamentária, e consequente comprometimento da vida útil do elemento, o Fiscal do Contrato levou a municipalidade a efetuar o pagamento de serviços indevidos, em descumprimento aos artigos 62 e 63 da lei 4.320/64, gerando um dano ao erário de 5.851,57 VRTE, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Responsável: Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira – Gestora do Contrato e Diretora do Departamento de Obras Públicas.

Conduta: Atestou serviços executados de forma diferente do estabelecido em projeto e planilha orçamentária, com problemas de qualidade e consequente redução de vida útil, exceto na 9ª medição.

Nexo: Ao atestar a execução dos serviços com qualidade inferior ao especificado em projeto e planilha orçamentária, e consequente comprometimento da vida útil do elemento, o Fiscal do Contrato levou a municipalidade a efetuar o pagamento de serviços indevidos, em descumprimento aos arts. 62 e 63 da lei 4.320/64, gerando um dano ao erário de 5.851,57 VRTE, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Responsável: Emec Obras e Serviços Ltda – Empresa Contratada.

Conduta: Recebeu por serviços executados de forma diferente do especificado em projeto e planilha orçamentária, com problemas de qualidade e consequente redução de vida útil.

Nexo: Ao receber por serviços executados em desconformidade com o projeto, a empresa gerou um dano ao erário de 5.851,57 VRTE, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

RELATÓRIO DE AUDITORIA:

Os itens serão discriminados um a um na parte de análise.

JUSTIFICATIVAS:

Marcelo Borges de Carvalho – Fiscal do Contrato e Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira – Diretora do Departamento de Obras Públicas e Gestora do Contrato:

Com efeito, acerca deste item, cabe registrar que a empresa EMEC OBRAS E SERVIÇOS LTDA, por meio do processo administrativo nº 57.618/2017 (cópia anexa), não só **RECONHECEU** sua responsabilidade pelos serviços

com qualidade inferior à contratada, como, de fato, já se colocou à disposição da PMS para realizar uma "análise qualitativa daquilo que foi executado, para se verificar o acerto preciso das execuções e os necessários ajustes dos valores cobrados e efetivamente pagos".

Diante disso, parece-nos que a hipótese de dano ao erário se esvai, sendo digno de nota consignar que, verdadeiramente, não houve qualquer ato intencional em lesar os cofres públicos, sobretudo porque há o reconhecimento espontâneo em adequar a obra ao escopo do projeto inicial, inclusive com proposta de novo cronograma para correção destas inconsistências.

Dito isso, em atendimento ao Termo de Citação nº 01330/2017, limitando-nos aos aspectos das possíveis irregularidades indicadas no item 2.6 do Relatório de Inspeção, rechaçamos as supostas condutas irregulares imputadas aos Defendentes, para, no mérito, pugnar pela **IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO/DENÚNCIA** em relação a TÂNIA LÚCIA COUTINHO DE OLIVEIRA e MARCELO BORGES DE CARVALHO.

Emec Obras e Serviços Ltda:

As argumentações para esse item estão inseridas na defesa, conjuntamente com as do item 2.5.

ANÁLISE:

2.6.1. Gola quadrada de árvores (item 15.01.01)

Relatório de Fiscalização:

A gola quadrada existente em projeto, com custo de R\$ 850,00, se difere da executada no lado A da praça, conforme detalhe e fotos indicadas abaixo.

Considerando as medidas verificadas no local e que a gola foi executada com meio fio, chegou-se ao seguinte valor unitário por gola R\$ 55,00 (2,20 m x R\$ 25,00 – custo do serviço de meio-fio existente na planilha).

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Além da diferença de valor, no local foram executadas 31 golas quadradas, conforme Apêndice 8, três a menos do que quantidade paga, gerando um dano ao erário de R\$ 27.195,00, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

DOC 03 apresentado pela empresa (Peça Complementar 02000/2018-8).

ANÁLISE:

Conforme justificado no DOC 03 apresentado pela empresa, e conferido *in loco* pelos técnicos desse Tribunal, o serviço foi complementado, não restando irregularidade nesse item.



Foto 12- Gola quadrada de árvores

2.6.2. Gola circular de árvores (item 15.01.02)

Relatório de Fiscalização:

A gola circular existente em projeto, com custo de R\$ 498,00, difere da executada no lado A da praça, conforme detalhe e fotos indicadas abaixo.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Considerando que a gola foi executada com meio-fio, com circunferência média de 10m, chegou-se ao seguinte valor unitário por gola R\$ 250,00 (10 m x R\$ 25,00 – custo do serviço de meio-fio existente na planilha).

Assim, considerando a diferença de valor unitário, chegou-se a um dano ao erário de R\$ 3.472,00, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação da regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

DOC 03 apresentado pela empresa (Peça Complementar 02000/2018-8).

ANÁLISE:

Conforme justificado no DOC 03 apresentado pela empresa, e conferido *in loco* pelos técnicos desse Tribunal, o serviço foi complementado, não restando irregularidade nesse item.



Foto 13- Gola circular de árvores

2.6.3. Piso da quadra (item 06.04.01.01.05)

Relatório de Fiscalização:

Na vistoria verificou-se uma diferença entre a área de piso efetivamente executada (17,85 m x 29,80 m) e a existente na medição (18 m x 31 m), produzindo um dano ao erário de R\$ 1.977,15 (26,07*R\$ 75,84).

Além da diferença de área, através das fotos de execução foi possível constatar que foi aproveitada a base quadra existente, sendo realizada a demolição da parte superficial do piso da quadra.

Como consequência destas modificações, a qualidade do serviço ficou severamente prejudicada, ao ponto de após apenas 15 meses da inauguração já apresentar trincas e rachaduras, podendo com o tempo proporcionar consequências até para a segurança dos usuários do local (Fotos 41 a 44).

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

A metodologia adotada para a execução da quadra não observou procedimentos técnicos adequados, como: (i) a falta de um elemento estrutural para suportar as condições de variação de temperatura e (ii) espaçamento entre as juntas de dilatação inadequado, acarretando o aparecimento das trincas.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

O estado atual da obra indica que, em pouco tempo, a Prefeitura terá que intervir para na conservação da quadra, tendo que investir recursos em sua recuperação.

Ante a estes fatos indicamos que a Prefeitura convoque a contratada para, sob suas expensas, refazer a quadra, considerando e aplicando as técnicas de execução adequadas para o tipo de obra e anexar a este processo um relatório com fotos, confirmando o atendimento a esta indicação.

Caso não seja refeita, deve a empresa devolver ao erário o valor de R\$ 58.281,94, relativos aos itens 06.04.01.01.05, 06.02.01, 06.02.02 e 06.02.03 referente a execução do piso e pintura da quadra, recebido em medição, como forma de reparação pelo dano causado pela má qualidade do serviço executado, conforme quadro 17.

Quadro 17: Valor pago a maior por serviço na quadra poliesportiva com qualidade inferior

Item	Serviços	Unid.	Quant.	Valor Unit.	Valor Total
06.02.01	Recuperação da pintura à base de epoxi, marcas de referência Suvinil, Coral ou Novacor, em faixas com largura de 5cm, para demarcação de quadras de esportes	m	310,62	15,71	4.879,84
06.02.02	Recuperação da pintura à base de epoxi, marcas de referência Suvinil, Coral ou Metalatex, em faixas com largura de 8 cm, para demarcação de quadra de esportes	m	151,29	25,15	3.804,94
06.02.03	Recuperação da pintura com tinta à base de resinas acrílicas, marcas de referencia Suvinil, Coral ou Novacor, sobre piso de concreto a duas demãos	m ²	531,93	17,40	9.255,58
06.04.01.01.05	Piso quadra poliesp. fck=25MPa, esp.=10 cm, armado c/ tela Q138, concret camada única bombeável c/ brita n. 1, acab. sup. c/ rotoalisador, juntas c/ corte serra diamant. preench. c/ mastique, base 5cm solo brita 30% e resina endure	m ²	531,93	75,84	40.341,57
					58.281,94

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras e documentos produzidos pela equipe de auditoria.

Emec Obras e Serviços Ltda:

DOC 03 apresentado pela empresa (Peça Complementar 02000/2018-8).

ANÁLISE:

Conforme justificado no DOC 03 apresentado pela empresa, e conferido *in loco* pelos técnicos desse Tribunal, o serviço foi complementado, não restando irregularidade nesse item.



Foto 14- Quadra de esportes

2.6.4. Execução do Deck (item 09.02.10)

Relatório de Fiscalização:

A modificação efetuada neste serviço colaborou para a baixa qualidade na execução, uma vez que na planilha licitada havia previsão de utilização de deck de madeira tipo parajú com 15cm de largura por 3cm de espessura, que foi alterada para 10cm de largura por 2cm de espessura quando da assinatura do contrato, como segue:

Planilha Licitada: Fornecimento e assentamento de deck de madeira Parajú ou equivalente, larg.=15cm peças de espessura 3cm com bizotado no canto, inclusive pintura em verniz marítimo fosco e incolor. (g.n.)

Planilha Contratada: Fornecimento e instalação de deck de madeira de lei parajú ou equivalente com assoalho de (10x2)cm bizotado no canto inclusive pintura com verniz filtro solar fosco em madeira a três demãos, marcas de referência Suvnil, Coral ou Metalatex. (g.n.)

Para um local em que há grande possibilidade de sofrer os impactos da umidade do mar, assim como a própria utilização pelos pescadores, entendemos que não foi conveniente esta troca, pois interferiu diretamente na qualidade e consequentemente na durabilidade da estrutura.

A proteção do madeiramento, indicada inicialmente para ser executada com verniz marítimo, foi alterada para verniz comum, sendo mais um item a contribuir para a pouca durabilidade do local.

Nota-se ainda que, após as modificações nas especificações do material, não houve alteração do valor unitário, indicando beneficiamento ao contratado, pois certamente os valores dos insumos seriam menores que o calculado para as especificações iniciais.

Este custo a mais não pode ser devidamente apurado, pois a Prefeitura não forneceu as composições ou mesmo as pesquisas realizadas para se chegar aos valores que, na planilha, tem como fonte o "Mercado".

Para valorar, então a diferença acarretada pela mudança nas especificações, recorreremos ao valor de R\$ 1.866,67 referente ao metro cúbico de madeira para telhado em parajú (data base Dez/2009, IOPES, código 02.10.85) e multiplicamos pela diferença, em metro cúbico, que deveria ser aplicada, caso seguissem o especificado originalmente na licitação.

Assim sendo temos que: 593,89 m² de área, multiplicado por 0,01 (espessura - 0,03m - 0,02m) chegamos ao valor de R\$ 11.085,96 que deverá ser ressarcido ao erário por conta da modificação das especificações sem a devida redução no valor unitário do serviço, em caso de não comprovação de regularidade.

(Ver fotos no Relatório de Inspeção)

Emec Obras e Serviços Ltda:

A mudança de especificação em relação à planilha licitada deve ser respondida pela municipalidade. O que se pode aqui trazer é que as dimensões inicialmente especificadas (15 cm x 3 cm) não são usualmente comercializadas e para tal devem ser programadas antecipadamente com os fornecedores.

Por se tratar de um material natural não existe ainda uma normatização reconhecida pela ABNT para estas estruturas {decks} e as propriedades físicas do material variam de acordo com a qualidade da madeira e suas respectivas dimensões. Os fornecedores determinam algumas faixas de trabalho para a execução da estrutura de apoio e as mesmas variam de acordo com a espessura das régua e a qualidade do material, tais como seguem:

Faixa de trabalho para execução do vão livre:

Régua com 15 cm de largura por 3 cm de espessura em madeira de lei: vigas para apoio das régua do deck 15cm (altura) 6cm (largura) ; - vão livre aproximado de 90 cm.

Régua com 10 cm de largura por 2 cm de espessura em madeira de lei: vigas para apoio das régua do deck 10 cm (altura) 5 cm (largura) - Vão livre aproximado de 70 cm.

Executado: vigas de apoio com 14 cm (altura) e 6 cm (largura) com vão livre de 70 cm.

De acordo com as especificações acima para execução da estrutura de apoio dos decks percebe-se que há um aumento de volume nesta estrutura para as peças mais esbeltas (10 cm x 2 cm) tendo em vista a redução do vão livre, bem como uma redução na produtividade uma vez que, para se cobrir a mesma área, deve-se utilizar uma quantidade maior de peças é parafusos de fixação, tais fatores podem ter influenciado a decisão administrativa.

Registra-se que mesmo com a mudança da especificação do verniz por parte da Administração Pública a Justificante por primazia e manutenção da qualidade de seus serviços aplicou o verniz marítimo, e caso este TCEES

ainda desconfie, que se proceda com uma devida análise técnica do produto aplicado, afinal o ônus probatório é da acusação!

Pelo exposto entende-se não ser devida a diferença de volume, uma vez que o serviço foi contratado por área e o volume decrescido nas tábuas foi compensado pelo acréscimo de volume na estrutura de apoio.

2.6.4. Execução do Deck (item 09.02.10)	m ³	P unt	Custo (R\$)
Levantamento TCE		11,87	R\$ 2.647,10
Medido Planilha		17,81	
Desvio TCE		5,94	
Volume levantado EMEC		17,81	
Desvio Volume levantado EMEC		0	
Reajuste		4.637,79	
Valor justificado		15.723,75	A ser compensado R\$ 0,00

ANÁLISE:

A planilha licitada havia previsão de utilização de deck de madeira tipo parajú com 15cm de largura por 3cm de espessura, sendo alterada para 10cm de largura por 2cm de espessura quando da assinatura do contrato, sem alteração de valor.

A decisão administrativa pela mudança de especificação, sem justificativa técnica, foi, sem dúvida alguma, fator determinante para a execução do serviço da forma que se deu, no entanto, a própria empresa de engenharia, que prima pela manutenção da qualidade de seus serviços, deveria ter questionado a Administração por essa alteração, inclusive questionando o valor.

O cerne da questão na irregularidade em tela, é a quantidade de madeira que foi reduzida sem que haver redução no valor unitário. A equipe técnica demonstrou por meio de cubagem da madeira, que com a alteração da especificação, reduziu o volume de madeira utilizado, mantendo-se o valor unitário.

Dessa forma, entendemos que o procedimento utilizado para apurar a diferença por deficiência de qualidade, apontado no Relatório de Inspeção, deve ser mantido, permanecendo irregular o valor de R\$ 11.085,96 que deverá ser ressarcido ao erário por conta da modificação das especificações sem a devida redução no valor unitário do serviço.

2.6.5. Total de ressarcimento apontado no item 2.6.

Relatório de Fiscalização:

Dessa forma, conforme detalhado quadro 18, o dano ao erário total em função do pagamento de serviços executados com qualidade divergente do especificado é de **53.845,62 VRTE**, sendo 37.963,62 VRTE referente a medição e 15.881,99 VRTE referente ao reajustamento, sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.

Quadro 18: Resumo do Dano por qualidade diversa do especificado.

Itens	Serviços	Valor da Medição	Valor do Reajuste	Total
-------	----------	------------------	-------------------	-------

15.01.01	Gola quadrada	27.195,00	11.376,97	38.571,97
15.01.02	Gola circular	3.472,00	1.452,50	4.924,50
06.04.01.01.05 06.02.01 06.02.02 06.02.03	Quadra Poliesportiva	60.259,09	25.209,25	85.68,34
09.02.10	Deck de madeira	11.085,96	4.637,79	15.723,75
Total (R\$)		<u>102.012,05</u>	<u>42.676,50</u>	<u>144.688,55</u>
Total (VRTE)		37.963,62	15.881,99	53.845,62

Assim, ao não verificar a efetiva prestação dos serviços contratados e atestar a documentação de medição e notas fiscais, a Gestora e o Fiscal do Contrato infringiram os art. 62 e 63 da Lei 4.320/64 e também o inciso III do art. 58 da lei 8.666/93.

Ao receber por serviços com qualidade inferior ao especificado em projeto e planilha orçamentária, a empresa Emec Obras e Serviços Ltda infringiu ao art. 62 da Lei 4.320/64, respondendo pelo ato conforme art. 70 da Lei 8.666/93, em caso de não comprovação de regularidade.

Emec Obras e Serviços Ltda:

Considerações finais quanto aos itens 2.5 e 2.6.

Pelo exposto, considerando as justificativas apresentadas referentes aos subitens do item 2.5 do relatório de auditoria do TCEES, requer, a partir de um "encontro de contas" (R\$ 125.827,14)¹² que será apresentado a municipalidade dentro da daquilo que anteriormente foi apresentado e a ser efetivado quando do pagamento das parcelas ainda em aberto (aproximadamente R\$ 550.000,00) e do aceite dos números pela municipalidade, a extinção do processo sem julgamento do mérito considerando que ao fim e ao cabo não terá ocorrido nenhum prejuízo ao erário¹³, notadamente por estar o Contrato n° 157/2015 em plena vigência (cf. tópico IV).

Por fim, tendo em vista o reconhecimento por parte da Justificante das impropriedades técnicas verificadas durante a execução do contrato e da disponibilidade para a devida adequação, considerando ainda a vigência do Contrato n° 157/2015 e a garantia dos serviços de engenharia¹⁴¹⁵, requer a extinção do processo sem julgamento do mérito no que concerne aos subitens 2.5.6, 2.5.10 e 2.5.19 e de todo item 2.6 do relatório técnico.

¹² 22 Trata-se do somatório dos valores apresentados nas tabelas como valor "a ser compensado" quando do encontro de contas com os valores pendentes de pagamento pela municipalidade (aproximadamente R\$ 550.000,00).

¹³ 23 A justificante se compromete a apresentar a este TCEES o requerimento de "encontro de contas" dos valores glosados e aqui explicitados.

¹⁴ "Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo." (Código Civil).

¹⁵ Fornecer garantia contra quaisquer defeitos ou falhas na execução da obra, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, contado da data de assinatura do Termo de Recebimento Definitivo da obra." (Cláusula Oitava do Contrato).

ANÁLISE:

Analisando as justificativas apresentadas pelos defendentes, concluímos, conforme detalhado no Apêndice 3, que o dano ao erário total em função do pagamento de quantidades de serviços superiores às efetivamente executadas é de **5.851,57 VRTE**, conforme é apresentado no Quadro a seguir:

Quadro 4: Resumo do Dano por qualidade diversa do especificado.

Itens	Serviços	Valor da Medição	Valor do Reajuste	Total
09.02.10	Deck de madeira	11.085,96	4.637,79	15.723,75
Total (R\$)		<u>11.085,96</u>	<u>4.637,79</u>	<u>15.723,75</u>
Total (VRTE)		4.125,62	1.725,95	5.851,57

Pois bem, acima como no item anterior, o presente se refere à execução dos serviços, razão pela qual, além da Contratada (Emec Obras e Serviços Ltda), deve ser imputada responsabilidade apenas ao fiscal do Contrato (Marcelo Borges de Carvalho) e à Gestora do Contrato e Diretora do Departamento de Obras Públicas (Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira).

Adotando a fundamentação da Manifestação Técnica transcrita acima, entendo pela presença de tal irregularidade em relação aos agentes citados, sendo o prejuízo ao erário ocasionado pelo pagamento serviços com qualidade diversa do especificada na ordem de 5.851,57 VRTE.

g) Pagamento de reajustamento da 9ª Medição com índice superior ao devido.

Critério: Art. 40 - XI da Lei 8.666/93 e arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64

[...]

XI - critério de reajuste, **que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção**, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, **até a data do adimplemento de cada parcela**.

[...]

§ 3o Para efeito do disposto nesta Lei, **considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço**, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

Arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64.

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

Responsável: Marcelo Borges de Carvalho – Fiscal do Contrato.

Conduta: Atestou que a realização dos serviços foi em novembro de 2016, quando os mesmos foram executados em dezembro/2015 e fevereiro/2016.

Nexo: Ao atestar que a execução dos serviços aconteceu em novembro de 2016, o fiscal do contrato criou as condições para que fosse calculado um valor de reajustamento maior do que o devido à empresa, tendo em vista que houve alteração na data do adimplemento.

RELATÓRIO DE AUDITORIA:

Os serviços pagos na 9ª medição foram executados em dezembro de 2015 e fevereiro de 2016, conforme registro fotográfico constante do processo de pagamento (Anexo 23) e fotos da disponibilizadas pelo jurisdicionado. No entanto, a informação de execução dos serviços em novembro consta na planilha de medição, assinada pelo fiscal do contrato, e no ateste da nota fiscal (Anexo 24).

Assim, considerando o parágrafo 3º do art. 40 da Lei 8.666/93, o reajustamento deveria ter sido calculado com base no Índice de apresentação da proposta (I_0), de maio de 2010 e o índice do mês de aniversário do reajustamento (I) de maio de 2015.

O processo de pagamento do reajustamento (processo nº 65.053/2016), na data de 31 de maio de 2017, não foi concluído, ou seja, não foi pago. No entanto, caso o pagamento seja efetuado, o dano ao erário será de R\$ 14.534,16, correspondente a **4.920,33 VRTE**.

Destaca-se que o dano promovido pela alteração da cláusula de reajustamento já foi considerando no item 2.2 do relatório.

JUSTIFICATIVAS:

Marcelo Borges de Carvalho – Fiscal do Contrato:

No que concerne ao cálculo indevido do reajuste é imperioso ressaltar que, consoante justificativa apresentada no tópico IV desta peça, a

Administração foi induzida a erro na interpretação da data-base, tendo em vista a ocorrência de erro material/digitação na redação da Minuta do Contrato e do próprio Contrato nº 157/2015.

Por tais motivos, acredita-se na sensibilidade desta E. Corte de Contas para, mediante o acolhimento das justificativas suscitadas, afastar a responsabilidade dos ora Defendentes, visto que, salvo melhor juízo, o vício apontado é perfeitamente sanável.

Revela-se, nesse particular, imperiosa a perda superveniente do interesse e também do objeto da denúncia aqui enfrentada, dado que, s.m.j, seu prosseguimento não representará resultado prático/útil aos Jurisdicionados, pois, afinal, a suposta irregularidade já fora reconhecida pela Empresa Contratada e mais: está sendo corrigida pelos responsáveis, sem qualquer prejuízo à Administração Municipal.

Nessa baila, é importante realçar que o Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante ao desses autos, pacificou o entendimento de que a ausência de resultado prático ao processo induz - de imediato - à perda do interesse processual:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 185089 PA 2012/0111701-0 (STJ) - Data de publicação: 24/09/2013 Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ECA . MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. EXTINÇÃO. PERDA DO OBJETO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RELATOR. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES. POSSIBILIDADE. 1. (...) 2. Se a superveniência de alteração fática faz com que o provimento jurisdicional pretendido no recurso especial não seja mais capaz de surtir efeitos jurídicos, o apelo nobre perde seu objeto, pela ausência de interesse recursal. 3. (...) 6. Agravo regimental improvido. STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 803811 MT 2005/0199532-6 (STJ) - Data de publicação 18/12/2009 Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. PERDA DO OBJETO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. **AGRAVO NÃO CONHECIDO.** 1. (...). 2. Verificando-se que eventual provimento do recurso não trará nenhum resultado prático, constata-se a ausência de interesse recursal. 3. Agravo regimental não conhecido.

De acordo com a jurisprudência acima transcrita, a perda do objeto poderá, entre outras - ser aferida: a) pela impossibilidade da comprovação dos fatos; b) pela ausência de interesse; c) pela ineficácia do provimento jurisdicional; e d) pela ausência de resultado prático. Logo, entende-se que a presença de pelo menos um desses requisitos é suficiente para objurgar a tese vertida pela d. Secretaria de Controle Externo.

Sendo assim, pugnamos pelo o acolhimento da **tese de perda superveniente do objeto**, para o fim de julgar **IMPROCEDENTE** a presente Representação, em relação a TÂNIA LÚCIA COUTINHO DE OLIVEIRA e MARCELO BORGES DE CARVALHO.

ANÁLISE:

De acordo com o Relatório de Inspeção e a justificativa do defendente, o processo de pagamento do reajustamento relativo à 9ª medição (processo nº 65.053/2016), na data de 31 de maio de 2017, não foi concluído, ou seja, não foi pago, até onde se tem conhecimento.

Assim, considerando o parágrafo 3º do art. 40 da Lei 8.666/93, o reajustamento deveria ter sido calculado com base no Índice de apresentação da proposta (I₀) de maio de 2010 e o índice do mês de aniversário do reajustamento (I) de maio de 2015.

No entanto, caso o pagamento seja efetuado, o dano ao erário será de R\$ 14.534,16, correspondente a **4.920,33 VRTE**.

Destaca-se que o dano promovido pela alteração da cláusula de reajustamento já foi considerando no item 2.2 do relatório.

Considerando que não houve pagamentos relativos à 9ª medição, divergindo da área técnica e do Ministério Público de Contas, entendo por afastar a presente irregularidade.

h) Percentual de aditivos acima do limite estabelecido na Lei 8.666/93

Critério: Art. 65 - § 1º e § 2º da Lei 8.666/93

Responsável: João Carlos Meneses – Secretário de Obras

Conduta: Autorizou a elaboração e assinou o 2º termo aditivo com percentual de acréscimos que extrapolou ao limite estabelecido pela Lei 8.666/93, apesar de parecer jurídico que alertava sobre o limite máximo de 25%, sem a possibilidade de compensação entre acréscimos e decréscimos.

Nexo: Ao dar seguimento à formalização do termo aditivo e apor assinatura no referido documento, o Secretário de Obras incorreu em descumprimento do artigo 65 da Lei 8.666/93.

Responsável: Andréia Tongo Amorim – Diretora do Departamento de Medições e Gerenciamento de Contratos - DMGC.

Conduta: Elaborou o termo aditivo ao contrato nº 157/2015 sem observar o parecer da Proger.

Nexo: Ao elaborar o termo aditivo ao contrato nº 157/2015 sem observar o parecer da Proger, a Diretora do DMGC incorreu em descumprimento do artigo 65 da Lei 8.666/93.

RELATÓRIO DE AUDITORIA:

Conforme disponibilizado pela Prefeitura Municipal da Serra no Sistema Geo-Obras, o contrato 157/2015 possui três aditivos, conforme informado no Quadro 19:

Quadro 19: Resumo dos Aditivos do Contrato nº 157/2015.

Aditivo	Objeto	Acréscimo	Decréscimo
1º	Replanilhamento com alteração de valor	426.555,75	-
2º	Replanilhamento com alteração de valor	1.130.307,08	734.396,50
3º	Prazo de Vigência	-	-
Total		<u>1.556.862,83</u>	<u>734.396,50</u>
%		27,27	12,86

Fonte: Documentos do Contrato disponibilizados pelo Jurisdicionado no Sistema Geo-Obras.

O segundo termo aditivo, cujo valor acrescido, elevou o percentual de acréscimo para 27,27%, foi submetido à Proger através do ofício SEOB/SC nº 17/2016 do Secretário de Obras.

No Parecer Jurídico (Anexo 25), as fls. 96-105, o Procurador deixa claro em sua conclusão a necessidade de se observar o limite de 25% de aditivo e a vedação de compensação entre acréscimo e decréscimos:

Dito isso, considerando as particularidades do caso em tela e DESDE QUE OBSERVADAS TODAS AS RECOMENDAÇÕES EXPLICITADAS NESSE PARECER, opino pela:

- a) Legalidade da alteração da Planilha, desde que haja: **(i)** prévia e devida justificação nos autos; **(ii)** e que se observe o limite de acréscimo previsto no artigo 65, §1º, da Lei 8.666/93, qual seja, 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, **sendo vedada a possibilidade de efetuar compensações entre acréscimos e decréscimos;**
- b) Possibilidade, em tese, de inclusão de itens novos na planilha, desde que **(i)** essa inclusão NÃO transfigure/desnature/modifique o objeto contratado e que os mesmos sejam necessários à plena execução do contrato; **(ii) que os limites legais para efetuar o acréscimo contratual sejam respeitados;** e (iii) que a Secretaria ateste a inexistência de “jogo de planilhas”; (g.n.)

Apesar do parecer da Proger, o Secretário de Obras deu prosseguimento ao aditivo, sem solicitar qualquer análise técnica quanto à possibilidade de adequação do aditivo nº 02 ao parecer jurídico, sem prejuízo das necessidades técnicas, conforme despacho (Anexo 26).

À SEOB/DMGC

Em atenção ao parecer do Douto procurador Adjunto, e considerando que as justificativas para o replanilhamento estão anexadas ao processo (fls. 68 a 72), que não houve descaracterização do objeto, ou seja, o projeto básico não foi alterado, que o replanilhamento é de suma importância para que a obra não seja interrompida e venha a ser objeto de rescisão contratual, preservando assim o interesse público, nos termos do art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93, favor providenciar o respectivo Termo Aditivo.

A partir desse despacho não foi constatado no processo qualquer posicionamento do Departamento de Medições e Gestão de Contratos - DMGC quanto ao opinamento da Proger e o extrapolamento do limite do aditivo nº 02. A partir da elaboração pelo DMGC, o 2º Termo Aditivo ao contrato nº 157/2015 foi assinado pelo Secretário de Obras e pelo representante legal da empresa, com acréscimo de R\$ 395.910,58, resultado da diferença entre o acréscimo de R\$ 1.130.307,08 e decréscimo de R\$ 734.396,50 de serviços. Dessa forma, considerando o acréscimo já realizado através do 1º Termo Aditivo, o percentual de acréscimo ao contrato ficou em **27,27%** e o percentual de decréscimo em 12,86%, em total desobediência ao art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93.

JUSTIFICATIVAS:

João Carlos Meneses – Secretário de Obras:

Antes, porém, de adentrarmos aos contornos da suposta irregularidade aqui aventada não podemos olvidar de que no item anterior já foram prestados os esclarecimentos pertinentes aos limites da responsabilidade do Secretário Municipal de Obras, restando, nesse prisma, indene de dúvidas que, se houve irregularidade, esta decorreu por equívoco dos responsáveis pela Gestão e Fiscalização do Contrato nº 157/2015.

Giro outro, pedimos *vertia* a Vossa Excelência, mais uma vez, para fazermos menção à cópia da Portaria SEOB nº 29, de 01 de junho de 2015 (doe. anexo), cujo teor designa como gestor do contrato nº 157/2015 a Sra Tânia Lúcia Coutinho e como fiscal o Sr Marcelo Borges de Carvalho.

Nesse aspecto, temos, então, que os atos de gestão e fiscalização do Contrato, como por exemplo: i) a inserção de dados na planilha; ii) a certificação quanto aos preços praticados nos aditivos (compatibilidade com o mercado); iii) a aferição e manutenção dos limites legais para alteração contratual; fazem, salvo melhor juízo, parte das atribuições precipuas do Gestor e do Fiscal do Contrato.

Desta feita, não há dúvidas de que esse desiderato reproduz flagrante afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa fé objetiva, eis que o Secretário, consoante fundamentação supra, **SEQUER** participou da análise técnica aos contornos legais da alteração contratual, ou mesmo deu azo à prática de qualquer metodologia dolosa ou culposa para favorecer o descumprimento dos limites estabelecidos pelo artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/93. *Ad argumentandum*, para fins de extrapolção aos limites do artigo 65, do diploma legal em comento, poder-se-ia admitir que o objeto contratado, **por se tratar de reforma da praça**, não teria ultrapassado a margem dos 50% (cinquenta por cento) para realização de eventuais acréscimos, ao teor do que preconiza a exceção do seu § 1º. Vejamos:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

§ 2º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, **no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.**

Por fim, vale lembrar, como forma de complementação ao argumento que aqui se expõe, que a matéria em comento tem gerado acaloradas discussões, em especial sobre o limite de 25%, como bem assevera o Mestre Marçal Justem Filho em sua obra: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11a Edição, Dialética, fl. 556:

Por outro lado, aplicar a vedação do § 2º do art. 65 às hipóteses previstas na al. "a" do inc. I conduziria a resultados despropositados, não compatíveis com o princípio da razoabilidade.

É que a al. "a" dispõe sobre situações em que a execução de certo projeto evidencia-se como inviável. **É impossível manter a concepção original do empreendimento, eis que conduziria a resultado desastroso. Portanto, configura-se situação em que a Administração tem o dever de promover a alteração.** Omitir a modificação equivaleria a infringir o princípio da indisponibilidade dos interesses fundamentais. Suponha-se que a modificação importe elevação de custos, superando o valor originalmente contratado em mais de 25%. **Ora, aplicar a vedação do § 2º conduziria a uma de três alternativas, todas potencialmente mais danosas aos interesses fundamentais.**

A **primeira** seria não promover a modificação e manter (se materialmente possível) a execução do projeto original. Essa solução seria um atentado contra a razão e o regime jurídico que disciplina a atividade administrativa. Tomando ciência de que o projeto original é incompatível com a satisfação dos interesses fundamentais, é vedado à Administração manter sua execução. Portanto, essa hipótese é juridicamente indefensável.

A **segunda** seria promover a modificação nos limites do § 1º. **Trata-se de solução formalista, apta a agravar a situação original. Somente terá cabimento na medida em que a alteração, respeitando os limites dos 25%, for suficiente e adequada para atender os interesses fundamentais.** Mas essa resposta é inútil para a questão examinada. O problema reside precisamente nos casos em que a alteração demandada em situação reconduzível à al. "a" envolver custos que superem o limite do § 1º. Numa situação dessa ordem, realizar a modificação parcial poderá conduzir à inutilidade do desembolso, eis que será impossível concluir o projeto original. **Portanto, é perfeitamente possível que o entendimento ora considerado conduza à ampliação do prejuízo para os cofres públicos: gastar-se-á mais para não obter a completa execução do objeto.**

A **terceira** alternativa reside em **rescindir o contrato** e promover nova licitação. Essa é uma alternativa que, eventualmente, poderá ser adotada pela Administração. Mas sua implementação dependerá da observância do princípio da proporcionalidade. **É perfeitamente possível que a rescisão e a nova licitação conduzam a desembolso muito maior para os cofres públicos.** Tal derivará de que o particular originalmente contratado deverá ser indenizado, o que acarretará duplicidade de encargos para a Administração. Ou seja, é perfeitamente possível que a solução mais compatível com o princípio da economicidade seja a manutenção da contratação original, com as alterações necessárias e indispensáveis, ainda que tal importe superação do limite de 25%.

Por sua vez, a orientação do TCU, descrita na mesma página da obra citada, não só torna factível a superação do limite legal de 25% (vinte e

cinco por cento), como traça o caminho necessário à viabilização/concretização desse propósito:

É de justiça destacar-se que esse entendimento foi consagrado, com grande acuidade, pelo próprio Tribunal de Contas da União. Através da Decisão n.º 215/1999, aquele Tribunal adotou solução precisa e irrefutável. Indo ainda além das considerações anteriormente realizadas pela doutrina, deu aplicação ao princípio da proporcionalidade e consagrou o entendimento de que, em situações excepcionalíssimas, podem admitir-se alterações qualitativas que superem os limites legais. **Pede-se licença para reproduzir a conclusão do julgado, em que se definiu a admissibilidade da modificação sobeiente ao limite de 25% dependente de:**

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se — na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea 'a', supra — que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

A decisão merece aplausos, especialmente por seu cunho de inovação em face da doutrina então vigente. O entendimento por ela consagrado refletiu a melhor orientação para questão, tanto que vem sendo amplamente adotado como solução aplicável no âmbito não apenas da União como também de estados. Frise-se que o próprio TCU utiliza a Decisão n.º 215/99 como precedente norteador de seus julgamentos, como se pode comprovar no corpo da Decisão n.º 813/2000, proferida em 27 de setembro de 2000.

Como se vê, tanto a Doutrina de Escol, quanto a própria Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, admitem que, em certos casos, os limites do § 1º, do artigo 65, da Lei 8.666/93 podem ser superados, desde que seja esta a solução mais adequada sob o ponto de vista técnico, econômico, e que não desnature o projeto inicial.

Desta forma, em atendimento ao Termo de Citação em tela, limitando-nos aos aspectos das possíveis irregularidades indicadas no item 2.8 do Relatório de Auditoria, lançamos mão, nesta oportunidade, da presunção de legalidade dos atos da administração e da boa-fé objetiva, para, sob a ótica da Defendente, rechaçar a suposta conduta irregular imputada, assim como

pugnar pela ausência de nexos de causalidade, visto que, de sua parte, não houve descumprimento de quaisquer recomendações da Procuradoria Geral e tampouco à lei 8.666/93.

Pelo arquivamento da denúncia em relação a ora Defendente!

Andréia Tongo Amorim – Diretora do Departamento de Medições e Gerenciamento de Contratos – DMGC:

Antes, porém, de adentrarmos aos contornos da suposta irregularidade aqui aventada não podemos olvidar de que no item anterior já foram prestados os esclarecimentos pertinentes aos limites da responsabilidade da servidora em questão, restando, nesse prisma, indene de dúvidas que foi o Secretário da Pasta quem atestou o atendimento das orientações carreadas no parecer da Procuradoria Geral, determinando, por conseguinte, a elaboração do termo aditivo.

A conduta da Defendente, *in casu* - cumprir regular determinação de superior hierárquico - há de ser sopesada à luz da boa-fé objetiva, porquanto a análise técnica dos termos aditivos, como destacado anteriormente, foi submetida ao crivo do Secretário Municipal de Obras, que por sua vez, repita-se, por ato e vontade própria, chancelou e **determinou** o prosseguimento da alteração contratual. Logo, sob a ótica da Defendente, a elaboração ou confecção do termo aditivo apenas materializou a vontade da autoridade máxima da Pasta, segundo a qual, pelo prisma da boa-fé objetiva, goza de presunção de legalidade e legitimidade.

Giro outro, pedimos *venia* a Vossa Excelência, mais uma vez, para fazermos menção à cópia da Portaria SEOB nº 29, de 01 de junho de 2015 (doe. anexo), cujo teor designa como gestor do contrato nº 157/2015 a Sra Tânia Lúcia Coutinho e como fiscal o Sr Marcelo Borges de Carvalho. Nesse aspecto, temos, então, que os atos de gestão e fiscalização do Contrato, como por exemplo: i) a inserção de dados na planilha; ii) a certificação quanto aos preços praticados nos aditivos (compatibilidade com o mercado); iii) a aferição e manutenção dos limites legais para alteração contratual; fazem, salvo melhor juízo, parte das atribuições precípuas do Gestor e do Fiscal do Contrato.

Desta feita, não há dúvidas de que esse desiderato reproduz flagrante afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa fé objetiva, eis que o Secretário, consoante fundamentação supra, **SEQUER** participou da análise técnica aos contornos legais da alteração contratual, ou mesmo deu azo à prática de qualquer metodologia dolosa ou culposa para favorecer o descumprimento dos limites estabelecidos pelo artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/93. *Ad argumentandum*, para fins de extrapolação aos limites do artigo 65, do diploma legal em comento, poder-se-ia admitir que o objeto contratado, **por se tratar de reforma da praça**, não teria ultrapassado a margem dos 50% (cinquenta por cento) para realização de eventuais acréscimos, ao teor do que preconiza a exceção do seu § 1º. Vejamos:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

§ 2º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, **no caso particular de reforma de edifício**

ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Por fim, vale lembrar, como forma de complementação ao argumento que aqui se expõe, que a matéria em comento tem gerado acaloradas discussões, em especial sobre o limite de 25%, como bem assevera o Mestre Marçal Justem Filho em sua obra: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição, Dialética, fl. 556:

Por outro lado, **aplicar a vedação do § 2º do art. 65 às hipóteses previstas na al. "a" do inc. I conduziria a resultados despropositados, não compatíveis com o princípio da razoabilidade.**

É que a al. "a" dispõe sobre situações em que a execução de certo projeto evidencia-se como inviável. **É impossível manter a concepção original do empreendimento, eis que conduziria a resultado desastroso. Portanto, configura-se situação em que a Administração tem o dever de promover a alteração.** Omitir a modificação equivaleria a infringir o princípio da indisponibilidade dos interesses fundamentais. Suponha-se que a modificação importe elevação de custos, superando o valor originalmente contratado em mais de 25%. **Ora, aplicar a vedação do § 2º conduziria a uma de três alternativas, todas potencialmente mais danosas aos interesses fundamentais.**

A **primeira** seria não promover a modificação e manter (se materialmente possível) a execução do projeto original. Essa solução seria um atentado contra a razão e o regime jurídico que disciplina a atividade administrativa. Tomando ciência de que o projeto original é incompatível com a satisfação dos interesses fundamentais, é vedado à Administração manter sua execução. Portanto, essa hipótese é juridicamente indefensável.

A **segunda** seria promover a modificação nos limites do § 1º. **Trata-se de solução formalista, apta a agravar a situação original. Somente terá cabimento na medida em que a alteração, respeitando os limites dos 25%, for suficiente e adequada para atender os interesses fundamentais.** Mas essa resposta é inútil para a questão examinada. O problema reside precisamente nos casos em que a alteração demandada em situação reconduzível à al. "a" envolver custos que superem o limite do § 1º. Numa situação dessa ordem, realizar a modificação parcial poderá conduzir à inutilidade do desembolso, eis que será impossível concluir o projeto original. **Portanto, é perfeitamente possível que o entendimento ora considerado conduza à ampliação do prejuízo para os cofres públicos: gastar-se-á mais para não obter a completa execução do objeto.**

A **terceira** alternativa reside em **rescindir o contrato** e promover nova licitação. Essa é uma alternativa que, eventualmente, poderá ser adotada pela Administração. Mas sua implementação dependerá da observância do princípio da proporcionalidade. **É perfeitamente possível que a rescisão e a nova licitação conduzam a desembolso muito maior para os cofres públicos.** Tal derivará de que o particular originalmente contratado deverá ser indenizado, o que acarretará duplicidade de encargos para a Administração. Ou seja, é perfeitamente possível que a solução mais compatível com o princípio da economicidade seja a manutenção da contratação original, com as alterações necessárias e indispensáveis, ainda que tal importe superação do limite de 25%.

Por sua vez, a orientação do TCU, descrita na mesma página da obra citada, não só torna factível a superação do limite legal de 25% (vinte e cinco por cento), como traça o caminho necessário à viabilização/concretização desse propósito:

É de justiça destacar-se que esse entendimento foi consagrado, com grande acuidade, pelo próprio Tribunal de Contas da União. Através da Decisão n.º 215/1999, aquele Tribunal adotou solução precisa e irrefutável. Indo ainda além das considerações anteriormente realizadas pela doutrina, deu aplicação ao princípio da proporcionalidade e consagrou o entendimento de que, em situações excepcionalíssimas, podem admitir-se alterações qualitativas que superem os limites legais. **Pede-se licença para reproduzir a conclusão do julgado, em que se definiu a admissibilidade da modificação sobeiente ao limite de 25% dependente de:**

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se — na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea 'a', supra — que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

A decisão merece aplausos, especialmente por seu cunho de inovação em face da doutrina então vigente. O entendimento por ela consagrado refletiu a melhor orientação para questão, tanto que vem sendo amplamente adotado como solução aplicável no âmbito não apenas da União como também de estados. Frise-se que o próprio TCU utiliza a Decisão n.º 215/99 como precedente norteador de seus julgamentos, como se pode comprovar no corpo da Decisão n.º 813/2000, proferida em 27 de setembro de 2000.

Como se vê, tanto a Doutrina de Escol, quanto a própria Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, admitem que, em certos casos, os limites do § 1o, do artigo 65, da Lei 8.666/93 podem ser superados, **desde que a autoridade competente**, salvo melhor juízo, certifique-se que essa é a medida mais adequada e econômica para a Administração. Mas, com todo respeito, essa é uma decisão que refoge às atribuições da ora Defendente, sendo certo que admitimos essa possibilidade apenas em consideração à retórica que este ponto de vista requer.

Desta forma, em atendimento ao Termo de Citação em tela, limitando-nos aos aspectos das possíveis irregularidades indicadas no item 2.8 do Relatório de Auditoria, lançamos mão, nesta oportunidade, da presunção de legalidade dos atos da administração e da boa-fé objetiva, para, sob a ótica da Defendente, rechaçar a suposta conduta irregular imputada, assim como pugnar pela ausência denexo de causalidade, visto que, de sua parte, não houve descumprimento de quaisquer recomendações da Procuradoria Geral e tampouco à lei 8.666/93.

Pelo arquivamento da denúncia em relação a ora Defendente!

ANÁLISE:

Primeiramente, passemos a esclarecer quanto ao percentual de aditamento admitido pela lei de licitações em reforma de praça, para isso recorreremos ao Parecer/Consulta TC-002/2009 deste Tribunal de Contas, abordado no Processo TC-3841/2008:

EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ARTIGO 65, §1º, DA LEI Nº 8.666/93 - DEVE-SE OSBERVAR O LIMITE DE ATÉ 25% PARA REFORMA DE PRAÇAS, ORLAS, SISTEMA VIÁRIO E OUTRAS OBRAS - OBRIGATORIEDADE DE EVIDENCIAR O MOTIVO QUE JUSTIFIQUE SER A ALTERAÇÃO DO CONTRATO A SOLUÇÃO MAIS ADEQUADA - ARTIGO 65, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93.

[...]

IV. CONCLUSÃO Por todo o exposto, opinamos pelo recebimento da presente Consulta para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos: Para fins de aplicação da parte final do §1º, do artigo 65, da Lei nº 8.666/93, **entende-se por reforma de edifício a espécie de obra pública em que se promove o melhoramento de uma edificação, isto é, de uma construção principal destinada à utilização humana pessoal, sem aumentar sua área ou capacidade e sem ampliar as medidas originais de seus elementos, caracterizando-se por colocá-la em condições normais de utilização ou funcionamento.** Por reforma de equipamentos, para os mesmos fins, considera-se o serviço de reparação, conserto ou de colocação em bom estado de conservação de todo objeto ou instrumento que equipe, proveja ou abasteça estrutura maior, da qual seja acessório ou secundário, mas não integrante, e que já se possua. **Assim, o artigo 65, em seu §1º, da Lei nº 8.666/93 estabelece como regra geral o limite de até 25% (vinte e cinco por cento) para alteração dos contratos de obras, serviços e compras e autoriza, excepcionalmente, acréscimos de até 50% quando se tratar de reforma de edifícios e de recuperação de equipamentos, sendo a primeira espécie de obra e esta de serviço,** nos termos dos incisos I e II, do artigo 6º, da Lei nº 8.666/93. Em qualquer caso, a alteração contratual não se traduz em mera discricionariedade administrativa, devendo a Administração, nos termos do caput, do artigo 65, do Estatuto de Licitações, evidenciar o motivo que a justifique e demonstrar ser esta a solução mais adequada, pois a imutabilidade do contrato é a regra geral. Respeitosamente, esta é a nossa manifestação.

Diante desse parecer, fica claro que praça não se enquadra nos termos da lei, quando cita o termo reforma, pelo termo se tratar de reforma de edifícios e de recuperação de equipamentos, sendo a primeira espécie de obra e esta de serviço. Dessa forma, o limite máximo admitido como aditivo para reforma de praças é 25%, e não 50%, como alegam os defendentes.

Acerca da Decisão 215/1999 – Plenário TCU, a qual trata sobre ultrapassar o limite de aditivo estabelecido na lei, temos o seguinte:

[...]

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos **cumulativamente** os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

A determinação dessa decisão do TCU é clara ao dizer **cumulativamente**, o que quer dizer que, todos os pressupostos devem ser preenchidos ao mesmo tempo, e não apenas alguns.

Desses, o que mais chama a atenção, é o pressuposto do item III, em que as alterações devem decorrer de **fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial**. Apenas esse item, por si só, já faz cair por terra a alegação dos defendentes, pois, em nenhum momento, no processo de contratação e execução, ou mesmo perante esse Tribunal de Contas, eles alegam fatos supervenientes ou imprevisíveis para justificar que tenham ultrapassado o limite legal para aditamento do contrato, que é de 25%, no caso em tela, conforme já explanado.

Apenas se atentaram ao fato, após o Relatório de Inspeção dessa Corte de Contas.

Dessa forma, entendemos que permanece a irregularidade.

Conforme mostrado acima, desde 2009 este TCEES já fixou o entendimento, através do Parecer Consulta TC 002/2009, que reforma de praças não entraria no permissivo da lei 8.666/93 de alteração contratual de acréscimo superior a 25% (e

até 50%), além disso, os responsáveis não comprovaram o preenchimentos do requisitos mencionados pela Tribunal de Contas da União (Decisão 215/1999 – Plenário TCU) para ultrapassar o limite de 25% de acréscimo em aditivo, como a presença de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial.

De modo que, adotando a fundamentação técnica acima, mantenho tal irregularidade em relação aos agentes citados.

Por fim, em relação à aplicação da penalidade de multa, ressalta-se que aplicarei apenas a multa do art. 135 da LC 621/2012, sendo aplicada a multa proporcional ao dano (art. 134 da LC 621/2012) apenas à empresa contratada.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanhando parcialmente a área técnica e o Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Acórdão** que submeto à sua apreciação.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-982/2022-5

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas por:

1.1. CONSIDERAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A DENÚNCIA, com fulcro no inciso I e II do art. 178 do Regimento Interno do TCEES – Resolução TC nº 261/2013;

1.2. REJEITAR A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM do sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos, Prefeito Municipal;

1.3. REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE DE INVALIDAÇÃO de atos processuais e decisórios, bem como a preliminar no sentido de requerer a intimação do município da Serra para apresentação do processo de encontro de contas/rescisão amigável, e sua análise pela Área Técnica, conforme item 2.1, “d” do presente *decisum*.

1.4. CONSIDERAR PREJUDICADA A PRELIMINAR de Legalidade das alterações da planilha orçamentária antes da celebração do contrato;

1.5. ACOLHER PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA DA PRETENSÃO PUNITIVA deste TCEES, a fim de considerar prescrita exclusivamente a análise da irregularidade de “Ausência de composições unitárias no processo de licitação, restringindo a análise de enquadramento ao preço de mercado”;

1.6. CONVERTER O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, nos termos do artigo 115, caput, da Lei Complementar 621/2012 e do artigo 207, VI c/c art. 317, caput e § 2º, do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013, em razão dos achados que resultaram em dano ao erário;

1.7. ACOLHER AS JUSTIFICATIVAS DO SENHOR AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS para afastar a irregularidade de pagamento de “serviços inseridos na planilha orçamentária através do 1º Termo Aditivo, no qual constam: (i) serviços já existente na planilha, porém com preços superiores e (ii) serviços novos com preços superfaturados” em relação a tal agente público.

1.8. IMPUTAR SOLIDARIAMENTE, com base no art. 87, II e V da LC 621/2012, a responsabilidade pelo **ressarcimento ao erário** municipal da Serra dos valores dispostos no quadro abaixo, bem como a **aplicação de multa** com amparo nos **arts. 134 e 135, III, da LC 621/2012**, tendo em vista o cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, dispostos no quadro abaixo, com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da LC 621/2012:

RESPONSÁVEIS	SUBITENS/	IMPORTÂNCIA	VALOR DA MULTA	VALOR DA MULTA
--------------	-----------	-------------	----------------	----------------

SOLIDÁRIOS	IRREGULARIDADES	DEVIDA		COM BASE NO ART. 135, III, DA LC 621/2012	PROPORCIONAL AO
		R\$	VRTE		
	2.4 – Foram pagos serviços inseridos na planilha orçamentária através do 1º Termo Aditivo, no qual constam: (i) serviços já existente na planilha, porém com preços superiores e (ii) serviços novos com preços superfaturados.	90.207,43	33.570,55		
Sra. Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira Gestora do Contrato				R\$ 500,00 (quinhentos reais)	
Sr. João Carlos Menezes Secretário de Obras	2.4 – Foram pagos serviços inseridos na planilha orçamentária através dos 1º e 2º Termos Aditivos, no qual constam: (i) serviços já existente na planilha, porém com preços superiores; (ii) serviços novos com preços superfaturados e (iii) serviços com quantitativos superestimados.	479.372,37	165.316,70	R\$ 500,00 (quinhentos reais)	
Sra. Andréa Tongo Amorim Diretora do Dente de Medições e Gerenciamento de Contratos				R\$ 500,00 (quinhentos reais)	
Sr. Marcelo Borges de Carvalho Fiscal do Contrato				R\$ 500,00 (quinhentos reais)	
Emec Obras e Serviços Ltda. Empresa Contratada					
Sra. Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira Gestora do Contrato	2.5 – Foram pagos serviços com quantidades superiores às executadas até a 8ª medição complementar.	224.573,48	83.574,66	R\$ 500,00 (quinhentos reais)	
Sr. Marcelo Borges de Carvalho Fiscal do Contrato	2.5 – Foram pagos serviços com quantidades superiores às executadas até a 9ª medição	247.414,47	91.307,15	R\$ 500,00 (quinhentos reais)	

	complementar.				
Emec Obras e Serviços Ltda. Empresa Contratada					R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais)
Sra. Tânia Lúcia Coutinho de Oliveira Gestora do Contrato	2.6 – Foram pagos serviços com qualidade inferior ao especificado em projetos e planilha orçamentária.	15.723,75	5.851,57	R\$ 500,00 (quinhentos reais)	
Sr. Marcelo Borges de Carvalho Fiscal do Contrato				R\$ 500,00 (quinhentos reais)	
Emec Obras e Serviços Ltda. Empresa Contratada					

1.9. ACOLHER AS JUSTIFICATIVAS DOS AGENTES DO QUADRO ABAIXO para afastar as irregularidades mencionadas, conforme fundamentação acima:

RESPONSÁVEIS	SUBITENS/ IRREGULARIDADES AFASTADAS
<p>Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos Prefeito Municipal</p> <p>Sr. Herman Mattos de Souza Secretário de Obras</p> <p>Sr. Samuel Dias de Souza Filho Secretário de Serviços</p> <p>Sr. Flávio Narciso Campos Procurador Adjunto do Município</p> <p>Sr. Álvaro Roque Tosta da Cunha Diretor do Dente. de Projetos e Obras Públicas da Secretaria de Obras</p> <p>Sr. Jefferson Zandonadi</p>	<p>2.1. Contratação direta em situação diversa das previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93.</p>

Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria de Obras	
Sr. Marcelo Borges de Carvalho Fiscal do Contrato	2.7 – Atestou que os serviços da 9ª medição, realizados em dezembro de 2015 e fevereiro de 2016, foram executados em novembro de 2016, provocando um cálculo de reajuste indevido.

1.10. REJEITAR AS JUSTIFICATIVAS DOS AGENTES DO QUADRO ABAIXO, TENDO EM VISTA A PRÁTICA DE ATOS ILEGAIS DISPOSTOS NA MANIFESTAÇÃO TÉCNICA 837/2018, sendo aplicada multa de R\$ 500,00 reais por irregularidade, com amparo no art. 135, II, da LC 621/2012:

RESPONSÁVEIS	SUBITENS/IRREGULARIDADES	VALOR DA MULTA
Sr. João Carlos Menezes Secretário de Obras Sra. Andréia Tongo Amorim Diretora do Deptº. de Medições e Gestão de Contratos	2.8 – Percentual de aditivos acima do limite estabelecido na lei 8.666/93.	R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada responsável.

1.11. DAR CIÊNCIA aos responsáveis e à Representante;

1.12. REMETER os autos ao Ministério Público de Contas, para acompanhar a execução da multa;

1.13. ARQUIVAR OS PRESENTES AUTOS, na forma do inciso IV, do art. 330 do Regimento Interno deste Tribunal.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 18/08/2022 – 40ª Sessão do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner e Rodrigo Coelho do Carmo.

4.2. Conselheiro Substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição)

5. Ficam os responsáveis obrigados a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO SUBSTITUTO: MARCO ANTONIO DA SILVA (em substituição)

Fui presente:

Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

Secretário-geral das Sessões