



Processo nº	16287-6/2014
Interessada:	Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística - SINFRA
Assunto:	Representação de Natureza Interna – homologação de TAG
Relator:	Conselheiro Waldir Júlio Teis

FUNDAMENTAÇÃO

A medida cautelar expedida neste processo visava garantir que o Contrato nº 22/2013, firmado com a empresa Ensercom Engenharia Ltda., para a reforma do aeroporto de Rondonópolis, não tivesse continuada a sua execução e os seus pagamentos, uma vez que haviam indícios veementes de sobrepreço na obra.

Ademais, em visita ao local, a equipe técnica deste Tribunal constatou diversas irregularidades na execução dos serviços. Por esse motivo, naquela ocasião o Tribunal Pleno aprovou de maneira unânime a homologação dessa medida cautelar.

Todavia, salienta-se que já se passaram mais de dois anos e três meses da expedição dessa decisão de caráter provisório, bem como da sua homologação pelo Tribunal Pleno.

Nesse ínterim, ocorreram diversas situações relatadas pela Sinfra nos documentos acostados aos autos, cuja compreensão pode ser obtida por meio de trecho do pedido para celebração de TAG, feito pelo Excelentíssimo Secretário de Estado de Infraestrutura e Logística, por meio do Documento Digital nº 200584/2016 (às fls. 3/5), que seguem abaixo descritas:

SITUAÇÃO ATUALIZADA DO IC Nº 22/2013

Para melhor compreensão do caso, transcreve-se abaixo trechos do



relatório confeccionado pelo servidor Paulo Fernandes Rodrigue (sic) - SAOB/SINFRA:

"Em atendimento a pedido de informações da situação do Instrumento Contratual nº 022/2013, com a empresa Ensercon Engenharia Ltda, que tem por objeto a Execução dos Serviços de Ampliação e Pavimentação do Aeroporto de Rondonópolis-MT, temos a informar:

Em relação ao instrumento Contratual:

Data de assinatura do Contrato: 14/03/2013

Prazo de Vigência 02/06/2015

Prazo de Execução: 03/05/2015

Ordem de Início: 13/05/2013

Ordem de Paralisação: 30/08/2013

Ordem de Reinício: 01/05/2014

Ordem de Paralisação: 30/09/2014

Ordem de Reinício 06/08/2015

Valor do Contrato: R\$ 20.892.913,14

Aditivo de Valor: R\$ 10.290.870,71

Valor Atual: R\$ 31.183.783,85

Situação Atual:

A Empresa protocolizou em 16/10/2015 pedido de aditivo de 600 dias de execução e 660 de vigência;

Em 17/11/2015 a área técnica se manifestou favoravelmente à prorrogação de prazos, porém o pedido foi indeferido pela Unidade Jurídica da SINFRA em 10/12/2015;

O contrato encontra-se com prazo de vigência e execução vencidos, porém, consta do processo pedido de aditivo em andamento, com parecer jurídico favorável. O termo aditivo ainda não foi assinado e publicado em função das condicionantes incluídas no parecer jurídico para que a empresa Ensercon apresentasse os seguintes documentos:

- a) caução de garantia da execução;
- b) caução de garantia da execução;



c) contrato de subcontratação e certidões da subcontratada.

Em 16/04/2016 foi expedida notificação à Contratada Ensercon para atendimento das exigências do parecer jurídico, sendo providenciada até a presente data a juntada ao processo a caução original e parte das certidões da Ensercon;

Não foram apresentados a caução complementar e o contrato de subcontratação

Em relação à execução da obra

Foi constada inconformidades na execução da obra com pagamento antecipado de medição no valor de R\$ 3.912.531,80 (três milhões, novecentos e doze mil, quinhentos e trinta e um reais e oitenta centavos).

Em decorrência disso foi proferida decisão em Medida Cautelar pelo TCE que suspendeu a execução.

Em 13/11/2014 o próprio TCE comunicou a Secretaria autorizando a continuidade da obra, cuja ordem de reinicio foi emitida pela SINFRA em 06/08/2015. Contudo, em virtude de dificuldades financeira a empresa Ensercon, que se encontra em recuperação judicial, não conseguiu retomar a execução da obra.

Em 29/09/2015 a Contratada protocolizou pedido de autorização de subcontratação de parte dos serviços para empresa Tripolo Engenharia Ltda, sendo indeferida pela Unidade Jurídica em 10/12/2015;

Em 05/05/2016, após nova manifestação da área técnica e reanálise pelo Unidade Jurídica o pedido de subcontratação foi autorizado;

Em 16/05/2016 a Superintendência de Contratos e Convênios da SINFRA notifica a empresa Ensercon a apresentar a documentação exigida no parecer jurídico para fins de aditamento do prazo de vigência:

- a) caução de garantia da execução;
- b) caução de garantia da execução;
- c) contrato de subcontratação e certidões da subcontratada.

Em 31/05/2016 a empresa Ensercon apresenta parte dos documentos exigidos no parecer jurídico: a caução original e parte das certidões;

Em 19/08/2016 em decisão exarada pela Primeira Vara Civil, nos autos de



Recuperação Judicial da Empresa Ensercon, autorização para subcontratação de parte dos serviços à empresa Tripolo, bem como o pagamento das medições pela SINFRA diretamente à subcontratada;

Em 30/08/2016 a empresa Tripolo protocolizou requerimento contendo a minuta de subcontratação, da qual consta Cláusula contendo o valor remanescente de R\$ 1.558.938,58 a ser ressarcido à SINFRA pela empresa Ensercon, referente a medição anterior (7ª medição), no valor de R\$ 3.912.531,80 processada e paga em desconformidade com as normas e regras contratuais, considerando a constatação de que os serviços não teriam sido executados.

(...)

Cuiabá, 13 de setembro de 2.016.

Paulo Fernandes Rodrigues

Assessor Especial II

UGOB/SAOB/SINFRA/MT

Ainda nesse documento, a conclusão dessas informações todas é de que “*o valor total a ser ressarcido pela Empresa **ENSERCON ENGENHARIA LTDA** perfaz o monte de R\$ 4.146.771,28 (quatro milhões cento e quarenta e seis mil setecentos e setenta e um reais e vinte e oito centavos), conforme atesta a Nota Técnica n. 011/2016 (f. 865/868, IC n. 22/2013), elaborada pela Superintendente de Execução e Fiscalização de Obras III, Engª Paula Janayna Fenerich e pelo Secretário Adjunto de Obras, Engº Marcos Catalano Correa.*”

Nesse mesmo pedido (Documento Digital nº 200584/2016, fls. 6), a Sinfra ainda argumentou que

a conclusão da obra vai ao encontro do interesse público e sua importância está evidenciada nos benefícios que resultarão a sociedade, pois a obra elevará a categoria do aeroporto,



possibilitando a operação de aeronaves de grande porte com a consequente redução dos preços das passagens.

Desse modo, a questão que então existia na ocasião, diante do tempo, sofreu substancial alteração. Existe uma outra perspectiva com relação à conclusão da obra, o que atende ao interesse público, haja vista o prejuízo que representa para a sociedade uma obra de tal monta inacabada.

Vê-se dos documentos acostados aos autos que existe formalização adequada para que outra empresa assuma parte das obrigações de conclusão da obra, bem como de que a empresa primitivamente contratada tenha retidos os valores que deveria receber pelos serviços a realizar, como forma de compensação pelas irregularidades constatadas.

Assim, não haverão novos desembolsos de recursos públicos para a conclusão dos serviços, pois os créditos que a empresa originariamente contratada possuiria pela conclusão dos serviços, serão compensados pelos débitos constatados que ela deveria ressarcir em favor do Estado de Mato Grosso, acima mencionados, inclusive advindos deste contrato.

Por outro lado, a empresa que assumirá o compromisso de parte da execução contratual assumirá o ônus, sem que haja a necessidade de desembolso por isso, até o limite do valor que reconhecidamente deve ser ressarcido à SINFRA.

Todos esses compromissos estão devidamente formalizados perante a SINFRA, conforme atestam os seguintes anexos do pedido de formalização do



pretendido TAG: Termo de Compromisso nº 001/2016/SINFRA, Contrato de Prestação de Serviços nº 001/2016 e Planilha de Subcontratação (fls. 11/29, do Documento Digital nº 200584/2016).

Nos referidos documentos constata-se realmente a descrição da assunção das respectivas obrigações, com a demonstração efetiva dos valores a serem compensados e atualizados para a conclusão dos serviços, além do adequado descritivo das obras a serem concluídas. Tudo corroborado por técnicos dos quadros da SINFRA, com a necessária competência para tanto.

Nesse sentido, a proposta de formalização deste TAG, pela SINFRA, visaria justamente assumir esse compromisso formal perante o órgão de controle externo de que os ajustes, já devidamente formalizados internamente por aquele órgão do Poder Executivo, serão efetivamente levados a contento.

Por uma questão de transparência, é necessário enfatizar que previamente à formalização do pedido para a celebração do pretendido TAG, as referidas autoridades e servidores da SINFRA mantiveram contato com o Gabinete deste relator, no sentido de viabilizar tal demanda. Nesse sentido, a equipe deste Gabinete esclareceu os requisitos mínimos para a celebração do pretendido ajuste, além das obrigações a serem assumidas pelos responsáveis da pasta, que o farão com ônus pessoal.

Mas há uma questão de ordem procedural a ser resolvida neste processo antes da apreciação do TAG pretendido, que decorre da concessão da medida cautelar noticiada.



Do ponto de vista estritamente processual, poderia se indagar se seria possível a concessão de uma medida cautelar revogatória ou modificativa de uma outra anteriormente concedida. Não tenho dúvida que a resposta é positiva.

O Regimento Interno deste Tribunal (Resolução Normativa nº 14/2007), prevê expressamente o seguinte, nos artigos 297, *caput*, e 302-A, *caput*, e seu parágrafo único:

Art. 297. No curso de qualquer apuração, o Tribunal Pleno ou o julgador singular poderá determinar medidas cautelares de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público de Contas ou de unidade técnica do Tribunal.

(...)

Art. 302-A. Após homologada a medida cautelar pelo Tribunal Pleno, será dada oportunidade de manifestação aos interessados sobre o incidente específico, com a possibilidade de juntada de documentos, no prazo de 5 dias.

Parágrafo único. Caso seja apresentada manifestação, no prazo de 15 dias o relator poderá se retratar, submetendo a decisão ao Tribunal Pleno para homologação.

A análise que se faz desses dispositivos é a de que o art. 297, do Regimento Interno do TCE-MT, estabelece o poder geral de cautela para o relator dos processos no âmbito do Tribunal. Ou seja, esse artigo regimental por si só já autorizaria a expedição da pretendida contracautela, em razão de ter havido comprovada modificação fática superveniente dos motivos que levaram à expedição da decisão cautelar primitiva.



Mas o art. 302-A, do Regimento Interno, deixa claro que mesmo após a homologação da medida cautelar acaso concedida, diante da manifestação do gestor, devidamente embasada em documentos, poderá o relator se retratar e revogar a medida tomada, submetendo posteriormente tal decisão para homologação do Tribunal Pleno.

Ainda que se argumente que há o estabelecimento do prazo para a manifestação do gestor nesses casos, o qual é de cinco dias, e que há muito se esvaiu, ainda assim nada se altera para que seja possível a aplicação desse dispositivo regimental.

Com efeito, se for lido o art. 302-A, em conjunto com o art. 297, ambos do Regimento Interno do TCE-MT, a interpretação sistemática inarredável é a de que, em decorrência do poder geral de cautela, o prazo para manifestação ali estabelecido não é peremptório, pois serve somente para situações de urgência, de forma a permitir o relator volte atrás na expedição de uma medida cautelar que não deva subsistir em caso concreto, uma vez que se mostre contraproducente, após manifestação da parte interessada.

Em outras palavras, se a parte pode se manifestar em cinco dias da concessão da medida cautelar, e isso permite ao relator que reveja sua posição em seguida, com toda a celeridade, porque não se poderia adotar o mesmo procedimento em momento posterior, quando os fatos que levaram à emissão da decisão tivessem uma modificação de contexto relevante?

Realmente uma interpretação finalística desses dispositivos não pode levar a uma conclusão diversa. É evidente que quando se altera a situação fática



que levou à emissão da medida cautelar, há a possibilidade de se reavaliar o contexto processual para aditar, alterar ou mesmo suprimir a decisão anteriormente expedida.

Isso deriva tanto do poder geral de cautela do relator, quanto da interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos regimentais mencionados.

Por outro lado, ainda é importante mencionar que uma medida de modificação da cautelar originariamente expedida, em nada prejudicaria o órgão nesse momento, o que afastaria qualquer discussão acerca do risco da existência de *periculum in mora in reverso*.

Isso porque, naquela ocasião determinou-se a sustação do contrato e de seus pagamentos, como forma de se preservar o erário. Agora, diversamente do que ocorreu quando se expediu a medida cautelar originária, fatos novos, devidamente documentados, tornam claro que medidas concretas foram tomadas para a solução efetiva do problema.

Finalmente, há que se levar em conta o propósito que anima a atuação dos órgãos de controle externo. A moderna visão acerca do papel dos Tribunais de Contas preconiza que estes têm por missão a proteção ao patrimônio público, mediante a orientação das gestões sob sua fiscalização. Essa diretriz é justamente a que consta do Planejamento Estratégico¹ da instituição para o período de 2017/2021.

Portanto, comprovada a alteração fática do contexto que levou à expedição da cautelar, deve haver a reavaliação do cenário pelo relator, para se verificar

¹ Disponível na web no seguinte endereço eletrônico, cujo acesso se deu em 15/9/2016: <http://www.tce.mt.gov.br/uploads/flipbook/PlanoEstrategico2016-2021/index.html#1/z>.



a necessidade da manutenção da medida outrora concedida, nos mesmos moldes.

Nesse aspecto, está comprovado que a gestão concretamente tomou medidas para a resolução do problema, com vista ao atendimento do interesse público. Assim, se forem permitidas as medidas que a gestão solicita que sejam formalizadas por meio do TAG em questão, a medida cautelar perde sua razão de ser, pelo menos da maneira como então foi expedida.

Os compromissos assumidos, caso haja a formalização do TAG, vincularão pessoalmente os gestores subscritores. Tal instrumento deverá prever a descrição das etapas, bem como dos desembolsos, além de trazer previsão suficiente para a garantia do atendimento do interesse público, com objetivos definidos.

A cautelar, por ter mero caráter provisório, ainda que não houvesse a mudança fática demonstrada, não teria o condão de resolver em definitivo a questão, algo que o TAG pode perfeitamente realizar, e isso com muito mais segurança jurídica e material, dadas as obrigações nele constantes.

Daí, vê-se que esse é o instrumento adequado para a solução do caso, nos moldes do que a doutrina moderna denomina de Direito Administrativo Consensual. Esta a preciosa doutrina de **Diogo de Figueiredo de Moreira Neto**², para quem o interesse público, na modernidade, não pode ser dissociado do resultado para a população, como se observa do seguinte trecho de notável artigo de sua autoria:

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Rio de Janeiro: FGV, Revista de Direito Administrativo, v. 231, Biblioteca Digital. Disponível na web, no seguinte endereço eletrônico, cujo acesso se deu em 19/12/2016: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>.



O interesse público no constitucionalismo de resultado: da eficácia à efetividade

Como se pode observar, conjugando agora as observações sobre *efetividade* com o novo conceito constitucional de *interesse público*, chega-se hoje ao conceito de constitucionalismo de resultado, que tornou obsoleto o de constitucionalismo programático, um fenômeno de tal transcendência que, na expressão de Luís Roberto Barroso passou a ser por isso considerado como "*a mais notável preocupação do constitucionalismo dos últimos tempos*".

Também observável e de modo muito especial, nesse processo de definição jurídica do interesse público sobressai a introdução do resultado da ação administrativa como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da eficácia à eficiência e, desta, à efetividade. (sem destaque no original)

Ou seja, toda a ação da Administração Pública deve ser voltada à busca de resultados efetivos. Ainda que se respeitem os formalismos legais, esses não podem ser desprovidos da busca pelos resultados práticos nas condutas dos agentes estatais.

Todavia, ainda que a situação tenha se modificado e o TAG se mostre como a adequada solução para o caso, há necessariamente que se observar os trâmites legais para a formalização de um termo de ajustamento de gestão.

Assim, há que se adaptar a medida cautelar então expedida às modificações de fato observadas na situação em questão neste processo, de forma a possibilitar a viabilidade da assinatura do TAG, em conjunto com a satisfação do interesse público imediato.



Dessa forma, a medida cautelar expedida deve ser aditada para contemplar a possibilidade de retomada imediata das obras, mas ainda sem desembolso de pagamentos, até mesmo porque a proposta a ser examinada é a de compensação de valores de créditos, com a finalização das obras do aeroporto de Rondonópolis. Por isso, repito, não há no caso o risco de *periculum in mora reverso*.

Como se vê das fls. 1/29, do Documento Digital nº 200584/2016, houve a devida formalização dos ajustes necessários ao cumprimento das obrigações respectivas.

O pedido da SINFRA, que consta especificamente às fls. 1/10, do referido documento, traz o histórico da obra, com o panorama da situação atual, conforme já abordado acima.

O Contrato de Prestação de Serviços nº 001/2016 (às fls. 17/26), por sua vez, foi firmado entre as empresas Ensercon Engenharia Ltda. e Construtora Trípolo Ltda., e prevê a subempreitada da obra em questão, mediante cláusulas e condições bem definidas, correspondente a 30% do total da obra.

Salienta-se que esse percentual era exatamente o limite permitido para a subcontratação do objeto, nos termos do contrato originariamente firmado pela Ensercon com a SINFRA. Ademais, a subcontratada assume a obra com a ciência expressa da exsistência do débito de R\$ 1.558.938,58, da Ensercon perante a SINFRA, além da necessidade de autorização desta para o aditamento contratual necessário para viabilizar sua subcontratação, dentre outras disposições.



Já o Termo de Compromisso nº 001/2016/SINFRA (às fls. 11/16), firmado entre a SINFRA e as empresas Ensercon e Trípolo, detalha o ressarcimento da primeira empresa à SINFRA, no valor total de R\$ 4.146.771,28, com as formas de sua realização, mediante a compensação dos valores em cada medição devidamente especificada (conforme consta detalhado na Cláusula Segunda do referido instrumento).

Por fim, a Planilha de Subcontratação (às fls. 26/29) detalha todas as etapas e respectivas especificidades dos serviços que devem ser ainda realizados nos termos dos ajustes mencionados, com absoluta transparência dos termos avençados pelas partes interessadas.

Nesse sentido, existe comprovado nesses ajustes, todo um detalhamento das obrigações consensualmente entabuladas entre as partes, tanto por parte do setor público quanto da iniciativa privada, em consonância com os ditames da referida doutrina do Direito Administrativo Consensual, pela qual se busca em primeiro lugar o resultado em prol da sociedade, ao invés do formalismo estéril, o que entendo que pode ser perfeitamente alcançado aqui.

Apenas saliento que, como elemento ínsito à efetividade do controle externo, após a retomada das obras, o TCE-MT deve ser informado de cada etapa da realização desses serviços, para que este possa realizar o acompanhamento simultâneo devido.

Com isso, entendo que se possibilitar a retomada de obra tão importante atende ao interesse público imediato, e ao mesmo tempo se preserva o erário, mediante a retenção dos pagamentos pelos serviços respectivos, para que haja futura compensação, e ao mesmo tempo que sejam observadas as etapas legais para que seja



possível formalizar o pretendido TAG, se este Tribunal entender que ele atende aos ditames legais aplicáveis, bem como o interesse público.

Isso posto, passo a proferir meu voto.

DECISÃO

Assim, mediante a competência prevista nos artigos 297 e 299, do Regimento Interno do TCE-MT (Resolução Normativa nº 14/2007), em razão da superveniência de fatos que levaram à modificação fática após a expedição da medida cautelar deferida anteriormente nestes autos, **VOTO** no sentido de:

I – Aditar a medida cautelar expedida por meio do Julgamento Singular nº 1475/AJ/2014, publicado no Diário Oficial Eletrônico de Contas – DOC - em 26/9/2016, que foi devidamente homologado pelo Tribunal Pleno do TCE-MT por meio do Acórdão nº 2.332/2014 – TP, publicado no DOC em 31/10/2014, no sentido de que se permita que sejam retomadas as obras de ampliação e pavimentação do aeroporto de Rondonópolis imediatamente, assegurando-se que os pagamentos respectivos sejam retidos até o limite correspondente ao dano apurado, no valor de R\$ 4.146.771,28;

II – Determinar que a SINFRA envie a este Tribunal, de maneira concomitante, os comprovantes de todas as etapas dos serviços que venham a ser realizados na obra em questão, em especial as medições, para que seja possível realizar o acompanhamento simultâneo do controle externo;

III – Desentranhar destes autos o pedido de formalização de Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, bem como os documentos correspondentes, feito pela SINFRA, representada no ato pelo Secretário de Estado e pelo Secretário Adjunto de



Obras, cujo objeto é a regularização da execução dos serviços de ampliação e pavimentação do aeroporto de Rondonópolis-MT, contratada pela Concorrência Pública nº 15/2012, que originou o Contrato nº 22/2013, firmado com a empresa ENSERCON ENGENHARIA LTDA, para a Gerência de Protocolo, para a devida **autuação deste como processo específico, e o posterior apensamento a estes autos. Após estas providências, que sejam enviados** os autos para a Secex de Obras e Serviços de Engenharia, para que elabore a minuta do TAG, **e em seguida encaminhe os autos ao Ministério Público de Contas**, nos termos do art. 238-E, §§ 2º e 3º, do Regimento Interno do TCE-MT (Resolução Normativa nº 14/2007).

É como voto.

Cuiabá-MT, 15 de dezembro de 2016.

(assinatura digital)

Waldir Júlio Teis

Conselheiro Relator