



PROCESSO 17.504-8/2013
ASSUNTO RECURSOS ORDINÁRIOS
ÓRGÃO SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA DO ESTADO DE MATO GROSSO – SINFRA/MT
RECORRENTES MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ENGEPONTE CONSTRUÇÕES LTDA.
ADVOGADOS LÚCIO FLÁVIO ALVES DE BRITO – OAB/MT 8.669
MAURICIO MAGALHÃES FARIA NETO – OAB/MT 15.436
MAURÍCIO MAGALHAES FARIA JÚNIOR – OAB/MT 9.839
PAULO DA SILVA COSTA – OAB/MT 12.435
JOÃO VITOR SCEDRYZK BRAGA – OAB/MT 15.429
RELATORA CONSELHEIRA INTERINA JAQUELINE JACOBSEN MARQUES

RAZÕES DE MÉRITO DO VOTO

98. De início, cumpre-me registrar que, em análise preliminar, houve a regular verificação do preenchimento de todos os requisitos processuais necessários à admissibilidade dos dois Recursos Ordinários interpostos contra o Acórdão 528/2016-TP¹, motivo porque, neste momento, **ratifico a conclusão quanto ao conhecimento de ambos.**

I. DAS PRELIMINARES SOBRE A CARÊNCIA DO INTERESSE RECURSAL E A FALTA DE TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

99. Preliminarmente, examinando os fundamentos da argumentação difundida nas contrarrazões dos Senhores Cinésio Nunes de Oliveira e José Gonçalo da Costa, respectivamente, ex-Secretário de Estado e então Gerente de Obras, denoto a arguição de duas situações prejudiciais, as quais se não avaliadas detidamente nesta

¹ TCE/MT. Processo 17.504-8/2013. Representação de Natureza Interna. Acórdão 528/2016-TP. Relator Conselheiro Sérgio Ricardo. Sessão de julgamento em 27/09/2016.



fase do julgamento, podem ensejar causa de nulidade absoluta, sobretudo no tocante aos efeitos da apreciação da matéria devolvida, em sede de Recurso Ordinário.

100. Dito isso, é preciso sublinhar que, no Estado de Mato Grosso, os Procuradores de Contas além de possuírem os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vedações inerentes aos membros do Ministério Público Estadual, os quais contemplam no rol de suas atribuições a proteção máxima do interesse público e a atuação na defesa da ordem jurídica, também cumprem um papel essencial ao exercício do Controle Externo a cargo deste Tribunal, conforme preceituam o artigo 51, §4º, da Constituição Estadual, os artigos 92 e 93 da LOTCE-MT, o artigo 94 do RITCE-MT e as demais disposições da recente Resolução MPC-MT 01/2019 (Regimento Interno do MPC).

101. Assim, considerando o envolvimento do interesse público na matéria debatida nestes autos, cujo aspecto, por óbvio, alcança as ações afetas ao campo da prestação de contas, no gerenciamento dos recursos públicos, em virtude da confirmação do prejuízo a partir da imposição da determinação para suprimir valores da execução contratual, denoto que o interesse recursal do *Parquet* de Contas está pressuposto na outorga de legitimação proveniente do próprio regramento pátrio², o qual lhe garante o pleno desempenho das funções junto aos Tribunais de Contas (artigos 73, §2º, I, e 130 da CF/88 c/c artigo 996 do Código de Processo Civil).

102. Por esse motivo, conquanto se reconheça a existência de posicionamento divergente, o qual limita a atuação de *custos legis* do Ministério Público de Contas no rito processual, entendo que o desempenho de tal atividade deve ser avaliado sob a ótica conglobante do ordenamento jurídico, consoante interpretação sistemática e

2 STF. ADIN 789-1/DF, Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. “**O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante na Carta Política (art. 73, §2º, I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. [...] A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República, submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum.**” (Grifou-se).



teleológica das legislações vigentes, alicerçada na tutela dos preceitos republicanos inerentes ao Estado Democrático de Direito, com as devidas modificações intrínsecas às peculiaridades dos processos de Controle Externo.

103. Vejo, assim, que o interesse do *Parquet* de Contas para interposição de recursos não se atém à perspectiva superficial de tal atribuição como fiscal da lei, ocorrida regularmente durante toda instrução do feito³, porquanto tal pressuposto decorre do exercício da competência outorgada à instituição para agir na defesa da ordem jurídica, o que lhe autoriza utilizar dos meios processuais disponíveis para provocar a reapreciação da matéria, com o fito de alcançar o melhor resultado ao interesse público enredado nos autos, como disciplinam o artigo 129, II e IX, da Constituição Federal de 1988⁴ e os artigos 176 e 177 do Código de Processo Civil⁵.

104. Vale dizer, até para consubstanciar esse meu raciocínio, que esta conclusão foi adotada no Acórdão 2852/2013-Plenário do Tribunal de Contas da União, no qual, embora não tenha concebido provimento ao Pedido de Revisão do *Parquet*, em face do decurso do prazo para arguição de vícios no julgamento, reconheceu a sua legitimidade para propor Representação, a fim de suscitar a reanálise da matéria, sobretudo, diante da verificação de dano⁶.

105. Ademais, ainda que se procedesse a aferição do interesse de agir apenas à luz da existência ou não da sucumbência, a meu ver, a interposição do Recurso

3 TCU. Processo 004.999/2005-1. Representação. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues. Acórdão 656/2009-Plenário. Enunciado: “O Ministério Público junto ao TCU atua de duas diferentes formas, como parte e como fiscal da lei. **Ainda que o representante do Ministério Público, atuando como fiscal da lei, tenha assentido com os fundamentos do acórdão recorrido, não se pode emprestar a essa manifestação o aceite tácito ou expresso do decisum pelo Ministério Público agindo como parte.**” (Grifou-se).

4 Constituição Federal de 1988. “Art. 129. SÃO FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: [...] II – ZELAR PELO EFETIVO RESPEITO dos Poderes Públicos e DOS SERVIÇOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA AOS DIREITOS ASSEGURADOS NESTA CONSTITUIÇÃO, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; [...] IX – EXERCER OUTRAS FUNÇÕES QUE LHE FOREM CONFERIDAS, DESDE QUE COMPATÍVEIS COM SUA FINALIDADE, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” (Grifou-se).

5 Código de Processo Civil. “Art. 176. O MINISTÉRIO PÚBLICO ATUARÁ NA DEFESA DA ORDEM JURÍDICA, DO REGIME DEMOCRÁTICO E DOS INTERESSES E DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. Art. 177. O MINISTÉRIO PÚBLICO EXERCERÁ O DIREITO DE AÇÃO EM CONFORMIDADE COM SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS.” (Grifou-se).

6 TCU. Processo 011.143/2002-8. Tomada de Contas Especial. Relator Min. Raimundo Carreiro. Data da sessão: 23/10/2013. Enunciado: “**Ante a impossibilidade de se conhecer de recurso do MP/TCU, o Parquet, em função de sua prerrogativa de postular como fiscal da lei, pode ingressar com Representação para questionar a deliberação do Tribunal em que entende haver algum vício.**” (Grifou-se).



Ordinário, no presente caso, traz ao Recorrente a possibilidade de alcançar uma solução jurídica mais favorável à tutela do interesse público envolto no cerne da Representação, principalmente, porque sobressai da matéria devolvida, elementos capazes de evidenciar a falta de *enforcement* na medida adotada, perante a ausência de imputação do débito aos responsáveis, como irei explicar de forma mais detalhada na análise do mérito recursal.

106. Sob outro viés dessa minha análise, é salutar lembrar que, desde a primeira manifestação ministerial (Parecer 2.206/2015), o *Parquet* tem sinalizado o seu posicionamento quanto à necessidade de impor a supressão de valores, mediante a adequação da planilha orçamentária, por decorrência da prática de sobrepreço (irregularidade GB06), e também da condenação em devolução de recursos aos cofres do Estado, por consequência da constatação do prejuízo na falha diagnosticada na fase de liquidação das despesas (irregularidade JB03).

107. Logo, nas manifestações do Ministério Público de Contas, não houve o requerimento de pedidos alternativos ao Excelentíssimo Conselheiro Relator, mas sim a postulação de medidas adicionais, para garantir a imposição de providências conjugadas, no sentido de impedir a concretização de um dano pontuado pela Unidade Técnica na instrução.

108. Quanto à outra preliminar que questionou a tempestividade do Recurso Ordinário do *Parquet*, denoto a falta de coerência nas alegações do Senhor Nilvo Eduardo Borges de Almeida, então Fiscal de Obras, pois, conforme constam nos autos, o protocolo da peça recursal ocorreu no último dia para interposição (24/10/2016), estando, portanto, dentro do lapso temporal previsto no Regimento Interno deste Tribunal.

109. Isso posto, acompanhando a Secretaria de Controle Externo e o Ministério Público de Contas, **afasto as preliminares atinentes à ausência de legitimidade recursal e à intempestividade.**



II. DO MÉRITO RECURSAL

110. Pois bem, analisando o mérito das razões recursais, em conjunto dos argumentos difundidos nas contrarrazões e das demais informações contantes nos Relatórios Técnicos da Unidade Instrutiva, averíguo a subsistência da necessidade de reforma do Acórdão 258/2016-TP, frente à fragilidade da capacidade de *enforcement* esperada daquele julgamento, cujos termos, evidentemente, também prejudicaram a plenitude do alcance tempestivo dos efeitos da regular responsabilização (*accountability*)⁷, como será exposto de forma pormenorizada adiante.

111. Assim, chamo a atenção, primeiramente, para a comprovação do prejuízo ao erário sinalizado pelos Auditores, na ordem de R\$ 309.831,70, o qual, em tese, teve origem tanto no sobrepreço dos quantitativos do item “Escoramento com madeira OAE” (R\$ 111.294,76) como, também, na aquisição do serviço de “Estaca raiz em Solo”, com preço unitário antieconômico (R\$ 198.536,94), muito embora seja possível identificar uma certa correlação lógica entre o resultado “dano”, a atuação ativa da empresa Contratada na obtenção da vantagem irregular e as falhas carentes de retificação do Projeto Básico da Concorrência 25/2013.

112. É conveniente distinguir, portanto, que, no tocante ao item “**Estaca Raiz em solo de seção circular D=40cm**”, houve, na realidade, o superfaturamento proveniente da execução do serviço com sobrepreço no preço lançado na planilha contratual (R\$ 688,59), conforme se denota da comparação entre a precificação constante no Contrato 279/2013/SETPU e os valores contratados por outros negócios jurídicos celebrados junto à SECOPA, naquele mesmo período.

7 WILLEMANN, Mariana Montebello. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil, *in* RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 263, mai/ago. 2013. Rio de Janeiro: FGV, p. 232: “Apesar de inexistir consenso teórico a respeito do seu conceito, para os fins propostos neste trabalho, aborda-se a ‘*accountability*’ no setor público como a capacidade legal ou política de se assegurar que os agentes públicos, eleitos ou não, sejam responsáveis e responsáveis em sua atuação, sujeitando-se a exigências de justificação e informação aos destinatários acerca de suas posturas e das decisões que adotam e, igualmente, submetendo-se a julgamentos em decorrência de sua boa performance ou em virtude de desvios ou más condutas, culminando com a aplicação de sanções (que pode ser resultados eleitorais adversos ou sanções legalmente previstas).” (Grifou-se).



113. Notadamente, que tal acepção da irregularidade com classificação JB03, cujo tipo reflete uma falha na liquidação de despesa, não traz detrimento ao devido processo legal e ao cumprimento do preceito constitucional consagrado no artigo 5º, LV, da Carta Política, visto que os responsáveis se manifestaram, em diversas ocasiões, apresentando suas justificativas de defesa e demais elementos probatórios, em oposição aos fatos a eles imputados e não contra a capitulação jurídica do achado⁸.

114. Dessa forma, vislumbro carência dos fundamentos aventados pela empresa Recorrente, a qual sugere ter aceito os valores contratados com a SECOPA, na figura de participante do consórcio vencedor dos certames, diante da representatividade ínfima do custo do serviço perante o preço total dos empreendimentos, posto que tal justificativa não concebe quaisquer substratos para a esclarecer a discrepância encontrada no custo unitário daquele item, ao contrário, confirma a sua intenção em assegurar a percepção de montante acima do praticado no mercado regional, aproveitando-se das imperfeições do Projeto Básico e do percentual considerável da execução "Estaca Raiz" na obra objeto do Contrato 279/2013/SETPU.

115. Nesse vértice, vejo também a incongruência das alegações pertinentes ao aumento dos custos decorrente do grau de dificuldade na execução da obra, ante a sujeição de supostas situações extraordinárias identificadas no local do empreendimento, visto que, na hipótese de surgir fatos anormais capazes de majorar indevidamente o custo do serviço estipulado previamente no contrato, a medida correta para conseguir o reequilíbrio econômico do negócio jurídico se faz por meio da Revisão Contratual, com base no artigo 65, II, "d" da Lei 8.666/93, com a demonstração de dados comprobatórios da existência das incorrências relatadas, e não mediante a oferta de preço acima da prática do mercado.

8 **STF.** RE 0192203-59.2015.8.19.0001 RJ. Relator Min. Roberto Barroso. Sessão de julgamento em 04 de julho de 2018 (DJe-113 08/06/2018); HC 0068761-67.2018.1.00.0000 SP. Relator Min. Celso de Mello. Sessão de julgamento em 17 de maio de 2018 (Dje-098 21/05/2018); HC 167982 RS. Relator Min. Celso de Mello. Sessão de julgamento em 29 de abril de 2019 (Dje-091 03/05/2019).



116. A respeito desse argumento, sustentado tanto no recurso interposto pela Engepontes como nas contrarrazões apresentadas, friso que não houve a comprovação de elementos fáticos capazes de afastar o sobrepreço diagnosticado ou de contestar a precificação de referência utilizada no cálculo da Unidade Técnica, tampouco foram revelados os custos indevidos incorridos efetivamente na execução da obra, razão porque deixo de acolher tais alegações⁹.

117. Aliás, especificamente quanto à afirmação da utilização maior de argamassa, acompanho o entendimento dos Auditores, pois, o volume informado somente seria condizente com o empreendimento sob análise, caso o diâmetro da "Estaca Raiz" fosse de 0,55m, o que não reflete a realidade da ponte sobre o Rio Lira.

118. Além disso, é necessário registrar que, por prudência, o cálculo elaborado pelos Auditores não considerou o preço praticado na Concorrência 003/2012/SECOPA (R\$ 452,26), como sugere a empresa Engeponte Construções em sede recursal, porquanto, para o confronto das precificações, foi utilizado de forma bastante conservadora o maior valor encontrado nos contratos avaliados (R\$ 520,01 – Contrato 016/2012/SECOPA), reajustando o preço referencial à data base de 2012 (R\$ 545,49), o qual, inclusive, está acima do custo unitário registrado no Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO), mesmo com o acréscimo do BDI de 27,77% (R\$ 407,80 – Ref. Jan/2017).

9 TCU. Acórdão 9385/2016-Segunda Câmara. Relatora Min. Ana Arraes. Enunciado: *“Para apuração de superfaturamento, a adoção dos custos efetivamente incorridos pela contratada é medida excepcional, a ser utilizada unicamente quando ausentes referenciais de mercado consistentes e quando a diferença ente o valor real e o cobrado for expressiva em relação ao valor total do contrato.”* (Grifou-se).

Acórdão 2149/2014-Primeira Câmara. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues. Enunciado: *“Os preços obtidos pela Administração na fase interna da licitação, em coletas destinadas apenas a formar o preço de referência dos bens e serviços a serem licitados, não vinculam as propostas que eventualmente os fornecedores venham a apresentar no certame. Logo, esses preços não se mostram hábeis a compor o referencial utilizado na quantificação de aparente superfaturamento de preços. A comparação para esse fim há de considerar os preços efetivamente praticados pelo mercado fornecedor em situação semelhante.”* (Grifou-se).

Acórdão 3295/2015-Plenário. Relator Min. Bruno Dantas. Enunciado: *“Para análise de superfaturamento nos contratos, é incabível comparar os custos constantes do orçamento da proposta apresentada na licitação com os custos efetivamente incorridos pela contratada. Para concluir pela ocorrência de dano ao erário, é essencial examinar os preços do contrato em comparação com os preços de mercado.”* (Grifou-se).

Acórdão 201/2018-Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler. Enunciado: *“Nos processos de fiscalização de obras, presume-se que os referenciais oficiais da Administração refletem os preços de mercado, razão pela qual podem e devem ser considerados para a análise de adequação de preços e apuração de eventual superfaturamento. Alegações em contrário devem ser comprovadas com base em elementos fáticos que permitam afastar os preços de referência utilizados pelo TCU.”* (Grifou-se).



119. Rechaçando a outra argumentação da Recorrente, denoto a inviabilidade de se considerar o valor constante no Contrato 351/2008, para o item “Estaca Raiz em Solo” (R\$ 854,00), como base de comparação de preço, já que, nos termos daquele acordo, o custo do serviço correspondia a duas formas singulares de execução, sendo uma em lâmina d’água, com perda de camisas metálicas, e outra em terra, sem a perda de camisas metálicas.

120. Como se observa, a impossibilidade para utilização de tal ajuste como parâmetro de análise da economicidade tem como fundamento, além da considerável distinção nas peculiaridades da própria execução do serviço, o não conhecimento das quantidades efetivamente executadas em cada uma das formas previstas naquele contrato, o que, por consequência, reflete a ausência de apresentação de elementos contundentes para contrapor a conclusão da Unidade Técnica e, assim, demonstrar a alegada validade do preço unitário do serviço “Estaca Raiz” do Contrato 279/2013/SETPU.

121. Ademais, a partir do exame dos dados probatórios circunscritos ao Contrato 351/2008, abordados exclusivamente pela Recorrente, sobressai a existência de indícios de dano decorrente daquela execução contratual, em virtude da discrepância do valor contratado com as demais precificações informadas na pesquisa dos Auditores, motivo pelo qual **determino o envio de cópia dos autos ao Tribunal de Contas da União, para apuração do possível prejuízo fruto do pagamento do serviço de “Estaca Raiz” com recursos federais.**

122. Ainda, tratando do sobrepreço por preço avaliado no Contrato 279/2013/SETPU, não acolho a fundamentação arguida nas contrarrazões pelo Senhor José Gonçalo da Costa (ex-Gerente de Obras), uma vez que, como já especificado anteriormente, a composição do balizamento da precificação levantada teve suporte nos preços praticados no âmbito do Poder Executivo Estadual, dentro daquele mesmo período, em consonância à orientação contida na antiga Resolução de Consulta TCE-MT 41/2010, cujo teor expunha a adoção dessa metodologia de análise.



123. Todavia, até para suprimir eventuais questionamentos, é oportuno alertar que, a partir da revogação da mencionada deliberação pela Resolução de Consulta TCE-MT 20/2016-TP, houve a retificação da forma de elaboração da pesquisa de precificação para estabelecer um critério mais amplo de diagnóstico, com a fixação de parâmetros adequados à formação de uma “cesta de preços aceitáveis”, cujo conceito também não desampara a conclusão da Unidade Instrutiva, porquanto, segundo este último entendimento do Tribunal, a utilização dos valores contratados junto à SECOPA perfaz critério prioritário de análise.

124. Com o fim de preservar a compreensão do meu posicionamento, transcrevo a seguir o teor das mencionadas Resoluções de Consulta:

RESOLUÇÃO DE CONSULTA TCE-MT 41/2010	RESOLUÇÃO DE CONSULTA TCE-MT 20/2016-TP
<p>1. Nos processos de inexigibilidade e dispensa de licitação deve-se justificar o preço, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.666/1993. Nos processos de dispensa de licitação que seguirem as diretrizes do art. 24, I, II, da Lei nº 8.666/1993, e demais incisos quando couber, devem apresentar pesquisa de preços – com no mínimo 03 (três) propostas válidas – para justificar a compatibilidade do preço oferecido pelo fornecedor com o vigente no mercado. 2. O balizamento deve ser efetuado pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, no mercado, no fixado por órgão oficial competente, ou, ainda, por aqueles constantes do sistema de registro de preços.</p>	<p>1. A pesquisa de preços de referência nas aquisições públicas deve ser realizada adotando-se amplitude e rigor metodológico proporcionais à materialidade da contratação e aos riscos envolvidos, não podendo se restringir à obtenção de três orçamentos junto a potenciais fornecedores, devendo-se considerar o seguinte conjunto (cesta) de preços aceitáveis: preços praticados na Administração Pública, como fonte prioritária; consultas em portais oficiais de referenciamento de preços e em mídias e sítios especializados de amplo domínio público; fornecedores; catálogos de fornecedores; analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas; outras fontes idôneas, desde que devidamente detalhadas e justificadas.</p>

125. De mais a mais, não se pode olvidar também que o critério adotado à época pelos Auditores, para pontuar a prática de sobrepreço, observou um parâmetro de maior razoabilidade, pois, embora pudessem utilizar de outros métodos para formulação da pesquisa, como a média ou a mediana dos preços, consideraram, a título de referência, a precificação mais alta contratada pela SECOPA.

126. Por esses motivos, ante a confirmação da aquisição do serviço “Estaca Raiz em Solo” com preços acima da prática do mercado, **concluo pela existência do**



dano ao erário, na ordem de R\$ 198.536,94, ainda desprovido do correspondente ressarcimento.

127. Quanto ao sobrepreço nos quantitativos dos serviços de “Escoramento com Madeira OAE”, o qual trouxe a identificação do prejuízo de R\$ 111.294,76, além da constatação da medição equivocada deste item e da subsequente liquidação irregular da despesa, denoto a falta de coesão nas justificativas empregadas para afastar a determinação de supressão do valor do dano, em contraposição aos argumentos do Recurso interposto pelo *Parquet*, visto que o custo proveniente da cravação de estacas mais profundas para suporte do peso da perfuratriz, não pode ser considerado para alterar a premissa da composição do preço unitário daquele item da planilha contratual, cujo aspecto deve observar a regulamentação DNIT 124/2009-ES¹⁰, tendo como base a altura compreendida entre o fundo da laje e o terreno, em metros cúbicos.

128. Na mesma linha de raciocínio, é a minha conclusão sobre os argumentos relacionados aos custos da “Ponte Branca” e da passarela situada no canteiro da obra, os quais, via de regra, também não podem ser incluídos como itens de pagamento nos contratos, como orienta a normatização contida na DNER-PRO 207/94 do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem¹¹.

129. Apartando esse ponto em particular do achado, observo ainda que, a despeito da “Ponte Branca” não ser item usualmente remunerado, conforme dispôs as mencionadas regulamentações, a “Instalação do canteiro de obras” está inclusa na planilha orçamentária do Contrato 279/2013/SETPU, na quantidade de 425m² e com o

¹⁰ DNIT 124/2009-ES (Pontes e Viadutos Rodoviários – Escoramento: Especificação de Serviço). “8. Critérios de medição. Os escoramentos devem ser medidos pelo volume determinado pela projeção do tabuleiro e altura compreendida entre o fundo da laje e o terreno, em metros cúbicos, ou em área de tabuleiro, nos casos específicos de escoramentos superiores. Não deve ser medido em separado, o estaqueamento provisório se houver, o descimbramento, o levantamento topográfico da estrutura ou quaisquer outros serviços necessários à execução do escoramento.” (Grifou-se).

¹¹ DNER-PRO 207/94. “3.2 Ponte branca. Andaime construído sobre lâmina d’água, geralmente com estacas de madeira, com a finalidade de permitir o acesso de pessoal e equipamentos para construção da infraestrutura da obra definitiva e das fundações dos escoramentos da mesma. A ponte branca não é, em geral, item de pagamento nos contratos. Seu custo deverá ser considerado na instalação da obra ou no preço unitário do escoramento. 3.3 Passarela de serviço. Andaime para cesso de pessoal e equipamento, situado no canteiro da obra. A Passarela de serviço não é, em geral, item de pagamento no contrato. Seu custo deverá ser considerado na instalação da obra ou no preço unitário do escoramento.” (Grifou-se).



valor total de R\$ 92.858,25, o qual, vale frisar, fora 100% medido logo na 1ª medição, conforme informações lançadas no Sistema Geo-Obras.

130. Diante dessa constatação, meu entendimento acerca do sobrepreço adquire maiores substratos, porquanto, mesmo diante da ausência de incorporação do custo dos pranchões na composição do item “Escoramento com Madeira OAE”, a planilha orçamentária da execução contratual dispunha de um valor considerável para instalação completa da obra, o que evidencia a fragilidade da alegação concernente ao suposto prejuízo suportado pela Recorrente, para justificar a validade do acréscimo irregular nos quantitativos.

131. Neste íterim, ressalto que os Termos Aditivos formalizados à época foram insuficientes para adequar os quantitativos de “Escoramento com Madeira OAE” de acordo com o volume real do empreendimento objeto do Contrato 279/2013, até porque, após as alterações, a previsão deste serviço permaneceu com uma diferença de 1.953,225m³ em relação ao numerário correspondente à execução daquela obra, como bem especificou os cálculos dos Auditores, amplamente debatidos durante a instrução processual.

132. Ou seja, enquanto a planilha orçamentária retificada do Contrato 279/2013 estipulou o quantitativo de 3.468,60m³, o qual fora medido e pago (R\$ 197.640,77)¹², o valor real do volume deveria ter se limitado a 1.515,374m³, sendo 1.380m³ da “ponte branca” e 135,374m³ referentes ao cimbramento da viga de apoio central.

133. Atentando para uma outra peculiaridade da impropriedade, cabe enfatizar que, embora tenha ocorrido a segunda retificação da planilha da execução contratual, na data de 7 de agosto de 2014 (Termo Aditivo 279/2013/01/03), com a supressão do volume de “Escoramento com Madeira OAE” para 3.468,599m³, a Unidade Técnica deste Tribunal constatou a realização de medições de quantitativos superiores àqueles objeto de derrogação, já na 4ª medição da obra, procedida em 30 de abril de 2014¹³.

¹² Conforme informado na última planilha da medição constante no Sistema Geo-Obras.

¹³ Fls. 20 do 2º Relatório Técnico de Defesa (Doc. Digital 46210/2015).



134. A propósito, em consulta à planilha de medição final da obra, acostada aos autos em sede de defesa¹⁴, averigui que até a 7ª Medição do empreendimento, referente ao período de 01/06/2014 a 30/06/2014, haviam sido medidos 4.042,50m³ de Escoramento com Madeira OAE”, não obstante a verificação posterior do estorno dos quantitativos medidos acima do numerário referido no Termo Aditivo 279/2013/01/03.

135. Esses aspectos, a meu ver, evidenciam por si só a atuação dos responsáveis, para assegurar o pagamento irregular de recursos mediante o custeio de serviço com sobrepreço de quantidade naquele item da planilha, até porque, mesmo desconsiderando a apuração do equívoco no volume de “Escoramento com Madeira OAE” apurado pelos Auditores, o regime estipulado para execução contratual era por preços unitários, logo, os agentes envolvidos na medição e no processo de despesa, deveriam observar a proporção dos quantitativos medidos em relação às retificações promovidas nos Termos Aditivos do Contrato 279/2013.

136. Com efeito, tendo como base a precificação unitária de R\$ 56,98/m³, o volume da quantidade medida acumulada (3.468,60m³), o quantitativo real apontado pela Unidade Técnica (1.515,374m³) e a percepção da realização do pagamento (R\$ 197.640,77), **concluo pela subsistência do prejuízo de R\$ 111.294,76**,

137. Frente a estes elementos, é relevante acentuar que, anos antes da prolação da decisão recorrida, o saldo do Instrumento Contratual 279/2013 se restringia a apenas R\$ 0,01, motivo porque, com a devida *vênia* ao entendimento do Excelentíssimo Conselheiro Relator original, a determinação imposta à então gestão da SINFRA-MT, para suprimir dos valores contratados o montante de R\$ 309.831,70, dificilmente alcançaria êxito em assegurar o ressarcimento do prejuízo observado na impropriedade.

138. Na verdade, avaliando os efeitos práticos da imposição da determinação, é nítido que o apartamento da condenação sujeitou injustamente o Gestor subsequente

¹⁴ Fls. 16 a 19, Documento Digital 174935/2015.



da Pasta à adoção de uma medida inócua, o qual, inclusive, se encontrava distante da órbita de responsabilidade formada com o acometimento das impropriedades.

139. E, até sobre essa constatação, saliento que os contornos fáticos e probatórios, devidamente sopesados na fase instrutiva da Representação, não só confirmaram o diagnóstico acerca do dano, como consubstanciaram o juízo de convicção do Relator do Voto condutor do Acórdão 258/2016-TP, motivando o seu posicionamento pela inclusão daquela deliberação, malgrado a falta de efetividade prática no cumprimento dela.

140. Nesse contexto, considerando a verificação da procedência das impropriedades, o amplo conhecimento dado aos responsáveis sobre as inconscistências encontradas pela Unidade Instrutiva, desde a fase inicial da Concorrência 25/2013, e a percepção da relação de causa e efeito, entre a inércia deles e o dispêndio irregular de valores, a falta de condenação para propiciar o retorno dos recursos aos cofres do Estado, a meu ver, transparece a imprescindibilidade da retificação do julgamento, até para preservar a efetividade do exercício do Controle Externo outorgado a este Tribunal de Contas¹⁵.

141. Ademais, dada a relevância deste ministério constitucional na proteção de direitos fundamentais, sobrevinda da concepção de defesa dos direitos dos cidadãos perante falhas no gerenciamento da coisa pública e na má utilização dos recursos, é

15 DE CASTRO, José Ricardo Parreira. *Ativismos de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Bahia: Jam-Jurídica, 2015, p. 37, 42 a 43: *“Do próprio dever de obediência à lei decorre a necessidade de existir alguém que possa exigir tal obediência. Do contrário, tal dever restaria absolutamente esvaziado de conteúdo, uma vez que seu descumprimento não daria azo a consequências de qualquer tipo. Em outros termos: a própria noção de ‘Estado de Direito’ exige a existência de instituições capazes de sancionar, de forma punitiva (ou, quando for o caso, de forma premial) condutas e ações que divirjam das normas legais, realizando a atividade que os norte-americanos denominam ‘enforcement’ e que é essencial para qualquer sistema (...). Além disto, urge salientar que a adoção de forma republicana de Estado aponta também para a necessidade de um sistema de controle da ação administrativa, desta feita pela vertente do dever de prestar contas, ou mais exatamente, do conceito que melhor se expressa pelo termo ‘accountability’. (...) Como se percebe, a ‘accountability’ (responsabilidade + responsividade) depende também de ‘enforcement’ (existência de mecanismos de incentivo + existência de sanção punitiva), tal como Estado de Direito e princípio republicano estão intimamente imbricados. A ‘accountability’ abarca o dever de prestar contas; contudo, desincumbir-se do dever de prestar contas não esgota conceito de ‘accountability’, na medida em que este abrange também o ‘enforcement’, o sancionamento, por instituições e sistemas especificamente criados com esta finalidade, das condutas que violem os deveres públicos, no âmbito do que se convencionou denominar ‘accountability’ horizontal, em contraposição à ‘accountability’ vertical, vinculada às relações entre eleitores e eleitos.”* (Grifou-se).



inquestionável que o desempenho das funções provenientes da própria atuação dos Tribunais de Contas se submete à avaliação do cumprimento do regramento jurídico vigente e, também, da legitimidade das escolhas dos administradores públicos (princípio da responsividade), reportando assim uma espécie de *poder-dever*, para impor a implementação de medidas de tutela efetivas, com o condão de restaurar os bens jurídicos supraindividuais violados, aqui incluso o direito fundamental à boa administração do dinheiro público.

142. Por esse motivo, *data maxima vênia* ao entendimento de origem, **acolho as razões do *Parquet*, no tocante à imprescindibilidade da retificação do Acórdão 528/2016-TP, para imputar a condenação de ressarcimento de valores, na ordem de R\$ 309.831,70, considerando como fato gerador o ultimo dia do período da medição final, ocorrida em 31/07/2014.**

143. Contudo, observando exclusivamente as causas da formação daquele prejuízo, vejo que o montante total da condenação não pode recair de forma igualitária a todos os responsáveis, como fora sugerido no pedido da peça recursal.

144. Isso porque, além de, na instrução, ter sido feita uma distinção de dois grupos para imputação dos débitos sobrelevados, sendo um, no superfaturamento do item "Estaca Raiz", e o outro, no sobrepreço dos quantitativos de "Escoramento com Madeira OAE", a responsabilização proveniente desta condenação mantém a necessidade da demonstração do nexos de causalidade, inclusive, sob o prisma da Teoria do Dano Direto e Imediato (Teoria da Interrupção do Nexos Causal), a qual estabelece como causa, entre as várias circunstâncias a que se reporta o resultado, aquela necessária e mais próxima à ocorrência da lesão¹⁶.

16 TCU. Acórdão 1501/2018-Primeira Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Enunciado: "**Para o estabelecimento do nexos de causalidade para fins de responsabilização, aplica-se no TCU a teoria do dano direto e imediato, também chamada teoria da interrupção do nexos causal, em detrimento da teoria da equivalência das causas e da teoria da causalidade adequada.**" (Grifou-se).

STF. RE 409203/RS. Trecho do Voto do Relator Min. Carlos Veloso: "[...] Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim ('Da Inexecução das Obrigações', 5ª ed., nº 226, pág. 370, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim (1. c) : 'os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.' (RE



145. E, sobre esse meu entendimento, sublinho que tal distinção consta até mesmo na última manifestação ministerial (Parecer 910/2016), expedida antes da formulação do voto do Excelentíssimo Conselheiro Relator de origem.

146. Cabe explicar assim, que, em virtude da limitação decorrente da natureza jurídica das imposições de ressarcimento, cuja finalidade permeia a necessidade da consecução de uma reparação civil por um dano causado ao erário, a qual advém despida do caráter punitivo próprio da aplicação das sanções, não é cabível a fixação da condenação de forma indiscriminada para fins de responsabilização, porquanto, como exposto anteriormente, tal deliberação deve perseguir aquele responsável por dar causa à circunstância mais próxima e necessária ao resultado "lesão"¹⁷.

147. Essa acepção da matéria, vale destacar, não só perfaz um vetor substancial ao exame da responsabilização originária das determinações de restituições de valores neste Tribunal de Contas, como também consubstância a minha conclusão acerca da necessidade de reforma do Acórdão combatido, perante a constatação do dano e o caráter cogente do preceito sobrevivendo dos seguintes dispositivos do Regimento Interno:

Art. 189. As contas serão julgadas de acordo com os elementos constantes dos autos e demais provas obtidas através de auditorias, levantamentos, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos, assegurados ao responsável o contraditório e a ampla defesa. [...]

§ 2º. Para fins de ressarcimento de valores ao erário, é pessoal a responsabilidade do gestor e de qualquer pessoa, que pratique ato ou fato em nome da administração pública respectiva, respeitados em todos os casos, o contraditório e a ampla defesa. [...]

Art. 194. As contas serão julgadas irregulares quando comprovadas quaisquer das seguintes ocorrências: [...]

II. Dano ao erário, mesmo que culposo, decorrente de ato de gestão ilegal ou ilegítimo;

III. Desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; [...]

130.764/PR, RTJ 143/270, 283)." (Grifou-se).

17 TCU. Acórdão 5662/2014-Primeira Câmara. Rel. Min. Bruno Dantas. Enunciado: "**A condenação ao pagamento de débito está relacionada à ocorrência de prejuízo ao erário, possuindo, essencialmente, natureza reparadora.**" (Grifou-se).

Acórdão 1465/2016-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Enunciado: "*A responsabilidade pelo dano no âmbito do TCU é subjetiva, de modo que para a imputação de débito devem ser avaliadas a conduta do agente, a culpa em sentido amplo (culpa em sentido estrito ou dolo), o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.*" (Grifou-se).



Art. 195. Nas hipóteses dos incisos II, III e IV, do artigo anterior, a **responsabilidade será pessoal, podendo, para fins de ressarcimento de valores ao erário, ser declarada a responsabilidade solidária do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato**, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. (Grifou-se).

148. Nestes termos, embora haja parcial concordância com a argumentação dos responsáveis exposta nas contrarrazões, quanto à impossibilidade de aplicação da Responsabilidade Objetiva nos processos de Controle Externo, **impede assentar que constam nos autos elementos probatórios suficientes para confirmar a conduta de cada um deles, em conjunto do correspondente nexos de causalidade, da culpa *stricto sensu* e da correlação na consumação do dano**¹⁸.

149. Notadamente, a respeito da verificação desses elementos insubstituíveis na formação da minha convicção, destaco que, **conquanto a culpa dos Senhores Cinésio Nunes de Oliveira (ex-Gestor) e José Gonçalo da Costa (ex-Gerente de Obras)** seja elemento essencial claro na análise em apreço, diante da constatação das **condutas**, tanto comissiva quanto omissiva, da verificação da **assunção do risco** de ocorrer o prejuízo, mesmo perante a **previsibilidade do dano**, e da **violação de um dever mínimo de cuidado (prevenção)**, é nítido o nexos de causalidade existente para a condenação.

150. Registro, portanto, que houve a aprovação daquele Projeto Básico deficiente, bem como a escolha pela continuidade do procedimento licitatório e, posteriormente, a celebração do Contrato 279/2013 com a Engeponte Construções, não obstante a ciência da gravidade das impropriedades assinaladas pela Unidade Técnica deste Tribunal, sobretudo na precificação acima do mercado e na quantificação excessiva dos serviços.

151. Por isso, considerando os claros elementos desse cenário, o Excelentíssimo Conselheiro Relator Originário não afastou o ex-Gestor do polo passivo

18 TCU. Acórdão 2367/2015 Plenário. Tomada de Contas Especial. Relator Ministro Benjamin Zymler. Enunciado: **“A condenação em débito independe da ocorrência de conduta dolosa ou de locupletamento, bastando para tanto a constatação de conduta culposa (stricto sensu) dos responsáveis pela irregularidade que ocasionou o dano ao erário.”** (Grifou-se).



da impropriedade atinente à falha na liquidação das despesas, na qual decorreu o prejuízo informado pelos Auditores.

152. É importante frisar também, que essa minha conclusão não se modifica quanto à parcela do dano vinculada, de certa forma, à falha cometida pelo Fiscal do Contrato, pois, os resultados evidenciados nas duas situações prejudiciais ao erário englobaram peculiaridades adstritas ao campo de ações adotadas pelo ex-Gestor, até porque, enquanto agente responsável da Pasta, havia um domínio do fato tido por irregular¹⁹, bem como uma cegueira deliberada para manter a execução contratual²⁰.

153. Esse meu entendimento se faz relevante, na presente análise, inclusive, sob a perspectiva da Teoria do Dano Direto e Imediato, visto que, a partir de tal diagnóstico concernente aos atos do ex-Gestor, não há como enquadrar as ações cometidas, mesmo as omissas, na roupagem de causas relativamente independentes (ou concausa) para concretização do prejuízo²¹.

19 ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: Parte Geral. São Paulo: Saraiva 2012, p. 348 e 349: *“Teoria do domínio do fato: também distingue autores de partícipes, porém, para os adeptos desta corrente, o conceito de autoria é mais amplo, abrangendo não só aqueles que realizam a conduta descrita no tipo como também os que têm controle pleno do desenrolar do fato criminoso, com poder de decidir sobre sua prática ou interrupção, bem como acerca das circunstâncias de sua execução. Por essa corrente, criada por Hans Welzel, o mandante e o mentor intelectual, por controlarem os comparsas, são também autores do crime, ainda que não realizem pessoalmente atos executórios.”* (Grifou-se).

20 CUNHA, Rogério Sanches. Leis Penais Especiais: comentadas artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 892 e 893: *“Por outro lado, o erro não é capaz de afastar o dolo, quando do agente público e exigível padrão de conduta condizente com senso de responsabilidade compatível com sua gama de funções e com os princípios que regem a matéria. É injustificável que, no atual estágio de desenvolvimento da administração pública, o gestor aja sem empenho para se (in)formar ou conhecer adequadamente a possível gama de ilegalidades que margeiam seus atos. Logo, se a busca pela informação é viável e o agente não se motiva para acessá-la, naquilo que Günter Jakobs denomina de ‘infidelidade ao ordenamento jurídico’, e mais do que isso, em casos em que é seu dever inerente à função pública, não há que se falar em erro de proibição escusável. Tem aplicação, nesses casos, a teoria da cegueira deliberada (willful blindness, conscious avoidance ou deliberate ignorance) que conclui na responsabilidade penal subjetiva, além dos casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta criminosa, aqueles cujo desconhecimento foi, intencionalmente, pretendido pelo agente.”* (Grifou-se).

21 GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 904: *“Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata. (...) Dessa forma, concluímos com TEPEDINO que ‘a causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexos de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessidade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexos de causalidade’.*” (Grifou-se).



154. Dito de outra forma, embora o dano tenha origem no processo de uma despesa irregular e parte desse dispêndio envolva um equívoco do Fiscal do Contrato, **as ações do ex-Gestor e do ex-Gerente de Obras são consideradas como elementos fáticos antecedentes vinculados diretamente ao resultado danoso**, não perfazendo, portanto, espécie de causa relativamente independente.

155. Cabe ressaltar, nesta oportunidade, que a minha conclusão sobre esse ponto específico da matéria não se distancia das orientações prescritas no artigo 189, §3º, do RITCE-MT e no artigo 77 da LOTCE-MT²², cujo teor direciona ao exame da culpabilidade na imputação de débito, malgrado a diferenciação das características próprias dos atos de designação dos Fiscais de Obra e de delegação de competência.

156. Com igual percepção, vejo que meu entendimento acompanha ainda a posição adotada no âmbito do Tribunal de Contas da União, o qual direciona os Ilustres Julgadores ao exame prévio da culpabilidade dos Ordenadores de Despesas, orientando o exame das impropriedades sob a ótica da responsabilidade subjetiva²³, principalmente, porque há a comprovação do desvio de um referencial de "administrador médio", ante a falta de cautela e prevenção no gerenciamento dos recursos pelo então Gestor, além da correlação entre sua inércia e a consumação do dano, conforme disciplina o artigo 28 do Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB)²⁴.

157. A fim de materializar esse meu raciocínio, trago na sequência os julgados deste Tribunal e da Entidade Fiscalização Superior:

TCE-MT. Processo 19.112-4/2017. Representação de Natureza Interna. Relator Conselheiro Substituto Moisés Maciel. Acórdão 237/2018-TP.

22 Lei Orgânica do TCE-MT. "**Art. 77.** O Tribunal de Contas levará em conta, na fixação de multas, entre outras **circunstâncias, as de exercício da função, a relevância da falta, o grau de instrução do servidor e sua qualificação funcional, bem assim se agiu com dolo ou culpa.**" (Grifou-se).

23 ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e Controle. 3ª edição. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 206 e 207: "*Desde já, frise-se que o TCU, ao examinar os atos dos gestores e demais agentes sujeitos a sua 'jurisdição', leva em conta o aspecto subjetivo de suas condutas. (...) O Tribunal de Contas da União, em síntese, ao extrair dos atos que examinam as consequências de natureza civil ou administrativa pondera o elemento subjetivo da conduta do responsável. Ao desempenhar essa tarefa, busca dosar suas decisões levando em consideração o referencial do 'administrador médio'.*"

24 Decreto-Lei 4.657/1942. "**Art. 28.** O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro."



Responsabilidade. Dano ao erário. Superfaturamento de serviços de engenharia. Solidariedade. Gestores públicos e empresa contratada. Compensação administrativa. 1. Respondem, solidariamente, pelo dano ao erário causado por superfaturamento na contratação de serviços de engenharia com preços superiores aos de mercado, em que se caracterize preços incompatíveis com aqueles fixados por órgão oficial competente: a) o ex gestor público que autorizou ordens para os serviços superfaturados; b) o ex secretário de obras e infraestrutura que não adotou medida administrativa para que não se perpetuasse o prejuízo ao erário; e c) a empresa contratada que ofertou preços superiores aos de mercado. 2. A pessoa jurídica de direito privado pode ser responsabilizada solidariamente independente do fato de não participar da elaboração do edital licitatório e do orçamento base do certame, quando da hipótese de ofertar preços incompatíveis com os de mercado. [...]. (Grifou-se).

TCE-MT. Representação de Natureza Interna. Relator Conselheiro Substituto João Batista Camargo. Acórdão nº 506/2018-TP

Responsabilidade. Dano ao erário. Superfaturamento decorrente de sobrepreço de itens licitados. Solidariedade. Empresa contratada. Agentes públicos responsáveis pela planilha de preços. Respondem, solidariamente, pelo prejuízo ao erário causado por superfaturamento decorrente de sobrepreço em itens licitados, a empresa contratada e os agentes públicos responsáveis pela formulação da planilha de preços, visto que a obrigação de verificar a compatibilidade de preços com os praticados no mercado é tanto da Administração Pública quanto da empresa. O fato de a Administração ter apresentado planilha de estimativa com preços elevados não isenta a responsabilidade da empresa contratada por superfaturamento ocorrido. (Grifou-se).

TCU. Acórdão 820/2019-Plenário. Relator Min. Bruno Dantas.

O gestor que aprova projeto básico contendo falhas perceptíveis em função do exercício do cargo ou que não contemple os requisitos mínimos exigidos na legislação torna-se responsável por eventuais prejuízos advindos de sua implementação, mesmo que o projeto tenha sido elaborado por empresa contratada.

TCU. Acórdão 7181/2018-Segunda Câmara. Relator Min. Aroldo Cedraz.

A autoridade que aprova o projeto básico é solidariamente responsável pelos prejuízos advindos de deficiências no documento técnico, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis, pois a aprovação não é ato meramente formal ou chancelatório, e sim ato de fiscalização por meio do qual a autoridade competente referenda os procedimentos adotados e o conteúdo elaborado.



TCU. Acórdão 1628/2018-Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler.

A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o “erro grosseiro” a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) , incluído pela Lei 13.655/2018.

TCU. Acórdão 7437/2018-Segunda Câmara. Relator Min. Augusto Nardes.

O dirigente máximo de órgão ou entidade da Administração Pública pode ser responsabilizado quando comprovada omissão grave no seu dever de regulamentação e supervisão dos subordinados.

TCU. Acórdão 1465/2016-Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler.

A responsabilidade pelo dano no âmbito do TCU é subjetiva, de modo que para a imputação de débito devem ser avaliadas a conduta do agente, a culpa em sentido amplo (culpa em sentido estrito ou dolo), o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

TCU. Acórdão 6660/2015-Segunda Câmara. Relator Min. Augusto Nardes.

A responsabilidade dos gestores perante o TCU é de natureza subjetiva, podendo se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos da União ou, ainda, aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos.

TCU. Acórdão 2373/2008-Segunda Câmara. Relator Min. Aroldo Cedraz.

O fiscal de contrato não exerce as suas atribuições por delegação de competência dada pelo gestor, elas são exercidas por força do próprio cargo que ocupa ou em razão de contrato firmado para essa finalidade. Na hipótese de haver fiscal devidamente capacitado, a responsabilização do gestor municipal ou do secretário de obras somente é possível quando ficar demonstrado que tomaram ciência de irregularidades e não adotaram providências com o objetivo de corrigi-las ou por culpa *'in vigilando'* ou *'in eligendo'* devidamente comprovada.

158. Nesta seara, avalio também o equívoco do **Senhor Nilvo Eduardo Borges de Almeida (Fiscal da Obra) como causa vinculada tão somente ao prejuízo proveniente do superfaturamento por medição equivocada dos quantitativos no custeio dos serviços de "Escoramento com Madeira OAE"**, uma



vez que remanesceu comprovada a falha nas medições, fato este inclusive confirmado por ele durante a instrução (fato incontroverso).

159. Isso porque, trazendo à tona a fundamentação difundida anteriormente, acerca da aplicação da Teoria do Dano Direto e Imediato para aferição do nexo causal, entendo que a imputação do débito de R\$ 198.536,94 ao então Fiscal do Contrato, não perfaz medida proporcional e razoável ao caso, pois a origem deste prejuízo está vinculada à contratação equivocada dos serviços de "Estaca Raiz em Solo" com preço acima do praticado no mercado.

160. Logo, até para manter a coerência da individualização da responsabilidade apurada ainda na fase instrutiva pela Unidade Técnica, conforme constam nos Relatórios Técnicos ventilados nos autos e, também, nos Pareceres Ministeriais 2.026/2015 e 910/2016, friso que o referido dano não guarda qualquer elemento vinculativo com os atos perpetrados pelo Senhor Nilvo Eduardo Borges de Almeida, durante a fiscalização da execução contratual.

161. Prosseguindo com meu raciocínio, denoto a culpabilidade da **Engeponte Construções**, ora Recorrente, a qual, aproveitando-se das deficiências do Projeto Básico, ofertou preço acima da prática de mercado no item "Estaca Raiz em Solo"²⁵, bem como percebeu valores superiores aos quantitativos realmente executados de "Escoramento com Madeira OAE"²⁶.

162. Tendo como substratos esses fundamentos, apresento divergência ao entendimento do *Parquet*, para assinalar a condenação nos seguintes moldes:

25 TCU. Acórdão 1304/2017-Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler: "*O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992) na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois à licitante cabe ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento.*" (Grifou-se).

26 TCU. Acórdão 2262/2015-Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler: "*As empresas que oferecem propostas com valores acima dos praticados pelo mercado, tirando proveito de orçamentos superestimados elaborados pelos órgãos públicos contratantes, contribuem para o superfaturamento dos serviços contratados, sujeitando-se à responsabilização solidária pelo dano evidenciado.*" (Grifou-se).



163. a) **imputar débito**, de forma solidária, aos Senhores Cinésio Nunes de Oliveira e José Gonçalo da Costa, bem como a empresa Engeponte Construções Ltda., na ordem de R\$ 198.536,94, por decorrência do superfaturamento proveniente do pagamento com sobrepreço por preço pela execução do serviço "Estaca Raiz em Solo";

164. b) **imputar débito**, de forma solidária, aos Senhores Cinésio Nunes de Oliveira, José Gonçalo da Costa e Nilvo Eduardo Borges de Almeida, bem como a empresa Engeponte Construções Ltda., na ordem de R\$ 111.294,76, por decorrência do pagamento de quantitativos superiores aos efetivamente executados no serviço "Escoramento com Madeira OAE";

165. Posto isso, cumpre-me esclarecer que as imposições de multas, nos processos de Controle Externo, decorrem do poder sancionador previsto no artigo 71, VIII, da Carta Política, o qual vincula a atuação dos Julgadores, membros dos Tribunais de Contas no Brasil, aos parâmetros de sanções fixados em determinada normatização.

166. Malgrado a vinculação observada, é certo que a obrigatoriedade para impor medidas sancionadoras, diante da constatação de fato irregular, não se confunde com o juízo dos Julgadores para sopesar a aplicação das multas, até porque este último aspecto está atrelado ao deslinde da avaliação dos contornos fáticos e probatórios do caso em concreto, os quais possuem como função subsidiar os motivos para imputação da responsabilidade e, por consequência, a dosimetria da respectiva punição²⁷, em observância ao sistema do livre convencimento motivado (princípio da

27 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manua de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 71: "A correta aplicação da sanção deve obedecer ao princípio da adequação punitiva (ou princípio da proporcionalidade), vale dizer, o agente aplicador da penalidade deve impor a sanção perfeitamente adequada à conduta infratora. Por essa razão, a observância do referido princípio há de ser verificada caso a caso, de modo a serem analisados todos os elementos que cercaram o cometimento do ilícito funcional."



persuasão racional)²⁸ e ao preceito constitucional concernente à motivação das decisões (artigo 93, IX, CF/88 c/c artigo 20, parágrafo único, LINDB).

167. No âmbito de atuação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, esse meu raciocínio encontra respaldo na previsão do já citado artigo 77 da LOTCE-MT.

168. Assim, diante da gravidade das circunstâncias observadas no caso concreto e da nítida necessidade de se impor a condenação em restituição de valores ao erário, na forma explicitada alhures, **entendo pela aplicação de medida sancionatória correspondente à 10% sobre os valores dos prejuízos evidenciados**, como assim autorizam os artigos 189, §2º e 287 da Resolução Normativa TCE-MT 14/2007 (RITCE/MT) c/c o artigo 70, II, da Lei Complementar 269/2007 (LOTCE/MT):

Regimento Interno do TCE/MT

Art. 189. [...]

§ 2º. Para fins de ressarcimento de valores ao erário, é pessoal a responsabilidade do gestor e de qualquer pessoa, que pratique ato ou fato em nome da administração pública respectiva, respeitados em todos os casos, o contraditório e a ampla defesa. [...]

Art. 287. Quando o responsável for condenado à restituição de valores ao erário, além do valor a ser ressarcido, poderá ser aplicada multa de até 10% sobre o valor atualizado do dano, a qual não se submete ao limite de 1.000 UPFs/MT. (Grifou-se).

Lei Orgânica do TCE/MT

Art. 70. O Tribunal de Contas do Estado, em todo e qualquer processo de sua competência em que constatar irregularidades poderá, observado o devido processo legal, aplicar, **cumulativamente**, as seguintes sanções e medidas:

28 STF. 1ª T. RH 91691/SP. Rel. Min. Menezes Direito, J.19/02/2008: “Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova”.

STF. 1ª T. HC 101698/RJ. Rel. Min. Luiz Fux, J. 18/10/11: “5. O sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional permite ao magistrado revelar o seu convencimento sobre as provas dos autos livremente, desde que demonstre o raciocínio desenvolvido. 6. Verificada a anulação do primeiro julgamento, nada impede que o mesmo magistrado, participando de nova apreciação do recurso, revele convencimento diverso, desde que devidamente motivado, até porque o primeiro, ante a anulação, não surte qualquer efeito – muito menos o de condicionar a manifestação do Órgão Julgador.”



I. multa;

II. restituição de valores e impedimento para obtenção de certidão liberatória; (Grifou-se).

169. Portanto, acompanhando o entendimento ministerial, **concluo pela aplicação de multa individual aos Senhores Cinésio Nunes de Oliveira e José Gonçalo da Costa, bem como à empresa Engeponte Construções Ltda., na ordem de 10% sobre o valor do dano de R\$ 198.536,94**, proveniente do superfaturamento do preço do serviço "Estaca Raiz em Solo".

170. Com igual raciocínio, **concluo pela aplicação de multa individual aos Senhores Cinésio Nunes de Oliveira, José Gonçalo da Costa e Nilvo Eduardo Borges de Almeida, bem como à empresa Engeponte Construções Ltda., na ordem de 10% sobre o valor do dano de R\$ 111.294,76**, fruto do pagamento do serviço "Escoramento com Madeira OAE" em quantitativos superiores aos efetivamente executados.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

171. Por último, examinando a documentação probatória acostada pela empresa Engeponte Construções, após a interposição do seu Recurso Ordinário, concernente à cópia de três Notas Fiscais emitidas pela subcontratada Funsolos Construtora e Engenharia Ltda., na execução dos serviços de "Estaca Raiz em Solo, de seção circular D=41cm", denoto a existência de uma discrepância entre os quantitativos previstos na planilha da medição final (**1.387,40m**), os quais ensejaram no subsequente pagamento, e os quantitativos efetivamente executados (**1.178,39m**), discriminados nos referidos documentos (334,67m + 148,38m + 695,34m).

172. Diante disso, verifico que, além do sobrepreço por preço, comprovado naquele item, também há fortes indícios da ocorrência da prática de sobrepreço por quantidade, o qual pode ter ensejado em um aparente dano complementar, na ordem de R\$ 114.012,86.



173. Contudo, como para esse novo fato não fora oportunizado o devido processo legal, mediante o exercício do regular contraditório e da ampla defesa, entendo que essa falha deve ser apartada destes autos, a fim de assegurar a melhor apuração recente achado, inclusive, com a identificação individualizada das responsabilidades.

174. Portanto, acompanhando o entendimento da Unidade Técnica do Ministério Público de Contas, **determino a instauração de Tomada de Contas Ordinária**, com amparo no artigo 155, §2º, e no artigo 157, *caput*, do RITCE-MT, **para que seja apurada a possível concretização do prejuízo ao erário, proveniente de pagamentos realizados por serviços não executados, bem como evidenciadas as condutas dos respectivos responsáveis, tendo como objetivo subsequente assegurar a devida responsabilização e a devolução dos valores aos cofres do Estado.**

DISPOSITIVO DO VOTO

175. Isso posto, frente aos fundamentos explicitados, **ACOLHO o Parecer Ministerial 3.730/2018, que ratificou o 3.642/2017, ambos subscritos pelo Procurador Willian de Almeida Brito Júnior, e VOTO** no sentido de:

176. a) **Conhecer e NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Ordinário interposto pela empresa Engeponte Construções Ltda.;

177. b) **Conhecer e CONCEDER PROVIMENTO** ao Recurso Ordinário interposto pelo *Parquet* de Contas, para alterar o Acórdão 528/2016-TP, a fim de acrescentar a condenação de ressarcimento de R\$ 309.831,70 ao erário do Estado, em conjunto da multa de 10% calculada, individualmente, sobre o valor do prejuízo, com base nos artigos 189, §2º, e 287 do RITCE-MT, no artigo 7º da Resolução Normativa TCE-MT 17/2016 e no artigo 70 da LOTCE-MT, observando a seguinte discriminação:



178. **b.1) CONDENAR os Senhores Cinésio Nunes de Olivera (CPF 174.004.061-91) e José Gonçalo da Costa (CPF 108.310.701-10), bem como a empresa Engeponte Construções Ltda. (CNPJ 05.369.365/0001-01), respectivamente, ex-Secretário de Estado, ex-Gerente de Obras e pessoa jurídica contratada (Contrato 279/2013/SETPU), a restituírem aos cofres do Estado, em solidariedade e com recursos próprios, o montante de R\$ 198.536,94, no prazo de 60 dias**, corrigido pelo IPCA, sendo considerada a data do fato gerador o último dia do período da medição final (31/07/2014), em virtude do superfaturamento oriundo do pagamento de valores com sobrepreço na execução do serviço "Estaca Raiz em Solo, de seção circular D=40cm";

179. **b.2) CONDENAR os Senhores Cinésio Nunes de Olivera (CPF 174.004.061-91), José Gonçalo da Costa (CPF 108.310.701-10) e Nilvo Eduardo Borges de Almeida (CPF 248.454.266-68), bem como a empresa Engeponte Construções Ltda. (CNPJ 05.369.365/0001-01), respectivamente, ex-Secretário de Estado, ex-Gerente de Obras, então Fiscal do contrato e pessoa jurídica contratada (Contrato 279/2013/SETPU), a restituírem aos cofres do Estado, em solidariedade e com recursos próprios, o montante de R\$ 111.294,76, no prazo de 60 dias**, corrigido pelo IPCA, sendo considerada a data do fato gerador o último dia do período da medição final (31/07/2014), em virtude do pagamento de valores por quantitativos não executados no serviço "Escoramento com Madeira OAE";

180. **b.3) APLICAR aos Senhores Cinésio Nunes de Oliveira e José Gonçalo da Costa, bem como à empresa Engeponte Construções Ltda., MULTA individual na quantia de 10% sobre o valor corrigido do dano de R\$ 198.536,94, proveniente do superfaturamento do preço do serviço "Estaca Raiz em Solo", como regulamenta o artigo 287 do RITCE/MT e o artigo 7º da Resolução Normativa TCE-MT 17/2016;**

181. **b.4) APLICAR aos Senhores Cinésio Nunes de Oliveira, José Gonçalo da Costa e Nilvo Eduardo Borges de Almeida, bem como à empresa Engeponte**



Construções Ltda., MULTA individual na quantia de 10% sobre o valor corrigido do dano de R\$ 111.294,76, proveniente do pagamento do serviço "Escoramento com Madeira OAE" em quantitativos superiores aos efetivamente executados, como regulamenta o artigo 287 do RITCE/MT e o artigo 7º da Resolução Normativa TCE-MT 17/2016;

182. **c) DETERMINAR**, com amparo no artigo 155, §2º, e no artigo 157, *caput*, do RITCE-MT, à **Secretaria de Controle Externo de Obras e Infraestrutura que instaure Tomada de Contas Ordinária, para que se apure a possível concretização do prejuízo ao erário, na ordem de R\$ 114.012,86, proveniente de pagamentos realizados por serviços não executados, bem como sejam evidenciadas as condutas e os respectivos responsáveis, para, de forma subsequente, assegurar a devida responsabilização e a devolução dos valores aos cofres do Estado;**

183. **d) REJEITAR** as preliminares suscitadas nas contrarrazões apresentadas pelos Senhores Cinésio Nunes de Oliveira e Nilvo Eduardo Borges de Almeida;

184. **e) DETERMINAR** ao setor competente deste Tribunal o encaminhamento de cópia integral destes autos ao Ministério Público Estadual, para adoção das medidas cabíveis acerca do dano constado, e ao Tribunal de Contas da União, a fim de possibilitar a avaliação do possível prejuízo oriundo dos pagamentos dos serviços de "Estaca Raiz em Solo", acima dos valores praticados no mercado regional, na execução do Contrato 351/2008;

185. **f) MANTER inalterados os demais termos do Acórdão 528/2016-TP.**

186. É como Voto.

Cuiabá, 29 de maio de 2019.

(assinatura digital)
Jaqueline Jacobsen Marques



Tribunal de Contas
Mato Grosso
TRIBUNAL DO CIDADÃO

GABINETE DA CONSELHEIRA INTERINA

Jaqueline Jacobsen Marques

Telefone: (65) 3613-2980

e-mail: gabjaquelinejacobsen@tce.mt.gov.br

Conselheira Interina

(Portaria 125/2017, DOC 1199, de 15/09/2017)