Secretaria de Controle Externo de Obras e Infraestrutura
Telefone(s): 65 3613-7631 / 7632 / 2985
e-mail: engenharia@tce.mt.gov.br

ANEXO I

VOTO CONDUTOR DO ACORDÃO N° 895/2019/TP

PROCESSO N° 147630/2016

PROCESSO N.º	**:**	**14.763-0/2016**
ÓRGÃO	**:**	**SECRETARIA DE OBRAS PÚBLICAS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ**
ASSUNTO	**:**	**TOMADA DE CONTAS ORDINÁRIA**
INTERESSADOS	**:**	**QUIDAUGURO MARINO SANTOS DA FONSECA (CPF 086.183.051-20 – ex-Secretário Municipal – Período: 13/4/2012 a 31/12/2012)** **TOPÁZIO CONSTRUÇÕES E SANEAMENTO LTDA (CNPJ 28.071.496/0001-03)**
ASSUNTO	**:**	**TOMADA DE CONTAS ORDINÁRIA**
RELATOR	**:**	**CONSELHEIRO INTERINO JOÃO BATISTA DE CAMARGO JÚNIOR**

FUNDAMENTAÇÃO

45. O presente processo de tomada de contas ordinária trata de apuração de atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos que resultaram em dano ao erário, referente ao Contrato nº 4373/2012, celebrado pela Secretaria Municipal de Infraestrutura da Prefeitura Municipal de Cuiabá/MT (atual Secretaria Municipal de Obras Públicas) com a empresa **Topázio Construções e Saneamento Ltda**, tendo como objeto serviço de pavimentação asfáltica e drenagem de águas pluviais no bairro Jardim Vitória.

46. O tipo de processo foi definido observando-se o disposto no art. 155, §2º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Groso (RI/TCE-MT), que dispõe o seguinte:

> **Art. 155.** Serão tomadas as contas de todos aqueles que, obrigados a prestá-las, não o façam no prazo ou forma legal.
>
> (...)

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> **§ 2º.** Caberá tomada de contas, ainda, nas hipóteses de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, de não comprovação da aplicação dos recursos públicos e de **prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário**. (grifei)

47. A tomada de contas foi instaurada em cumprimento à determinação contida na Decisão Singular nº 5586/2013, de 15/10/2013, exarada nos autos do Processo nº 17.028-3/2013 (fls. 282 a 284), no qual o Relator, acatando parecer do Ministério Público de Contas, decidiu converter o processo de levantamento de auditoria em tomada de contas ordinária, nos seguintes termos:

> DECIDO converter o presente processo em procedimento de Tomada de Contas, com base no art. 155, §2º, do Regimento Interno, a fim de que os contratos decorrentes dos Pregões Presenciais 15, 31, 38 e 51/2012 sejam detidamente examinados, apurando-se corretamente as responsabilidades e o dano ao erário.

48. Desse modo, a instauração se deu por autoridade competente, de ofício, no uso de suas atribuições regimentais previstas nos arts. 89, inciso III, e 157, ambos do RI/TCE-MT, que estabelecem o seguinte:

> **Art. 89.** O relator será juiz do feito que lhe for distribuído, competindo-lhe:
>
> (...)
>
> III. Decidir sobre a instauração de Tomada de Contas em quaisquer de suas modalidades;
>
> (...)
>
> **Art. 157.** A Tomada de Contas Ordinária será instaurada de ofício pelo Relator ou em face de representação interna, na hipótese de descumprimento do prazo determinado para a instauração de Tomada de Contas Especial.

49. O Conselheiro-Relator, por meio do Despacho nº 916/2016, de 12/04/2016, exarado nos autos do Processo nº 170283/2013 (Documento Digital nº 64034/2016), autorizou a Secex-Obras a desmembrar o processo de Tomada de Contas Ordinária nos seguintes termos:

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> I – Autorizo o (*sic*) Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia, a **autuar uma tomada de contas ordinária para cada conjunto de contratos de uma mesma empresa contratada**, em respeito à celeridade processual e ao sigilo dos processos até o seu respectivo julgamento. (grifo nosso)

50. Assim, a autuação de vários processos de tomada de contas ordinária realizada pela Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia deste Tribunal (Secex Obras) foi realizada com a autorização do Conselheiro Relator, no uso de sua competência prevista nos dispositivos regimentais acima citados.

51. Além disso, o desmembramento em diversos processos de tomada de contas ordinárias foi adequado em face dos motivos que elenco abaixo:

a) cada um dos processos autuados possui responsáveis diferentes, em face de haver uma empresa contratada diferente em cada um deles;

b) cada um dos processos trata da apuração de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resultou dano ao erário diferente, já que se referem a contratos distintos e, consequentemente, a obras diferentes;

c) se for feita uma analogia à ação no processo civil, que é definida por seus elementos, verificam-se ações diferentes em cada processo, em face de serem **partes** (empresas contratadas), **causa de pedir** (contratos e obras) e **pedido** (ressarcimento de valores) distintos, ou seja, cada processo de tomada de contas autuado trata efetivamente de caso diferente do outro;

d) a apuração de todos os casos em um único processo resultaria na demora da solução dos que poderiam ser objeto de deliberação, pois qualquer atraso na elaboração do relatório preliminar, citação, apresentação de alegações de defesa, análise dessas alegações ou manifestação do Ministério Público referentes a um caso causaria atraso na deliberação de todos os outros, contrariando o **princípio da razoável duração do processo**, cuja observância é obrigatória em face da expressa previsão no art. 137 do RI/TCE-MT. Porém, o

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

desmembramento em diversos processos de tomada de contas, cada um tratando de caso diferente, permite que eles sejam objeto de deliberação pelo TCE/MT, independentemente do que ocorreu nos outros casos, privilegiando o referido princípio; e

e) não houve prejuízo aos princípios constitucionais do devido processo legal, nem ao exercício da ampla defesa e ao contraditório.

52. Tais motivos são suficientes para fundamentar a decisão do Relator em autorizar o desmembramento do processo, no uso de sua competência regimental.

53. Quanto ao fundamento apresentado pela Secex Obras de que o desmembramento seria necessário para que fosse mantido o sigilo de informações de um processo, ou seja, para que uma empresa não tivesse acesso às informações prestadas por outras empresas que não fazem parte de um mesmo contrato, entendo não ser cabível no presente caso.

54. Isso porque não há previsão normativa de imposição sigilo nessa hipótese, devendo ser aplicada a regra geral prevista na Constituição Federal (art. 37, *caput*) e do Estado de Mato Grosso (art. 129, *caput*) – o princípio da publicidade, que fundamenta o dever de transparência da Administração Pública, bem como o disposto nos arts. 3º, inciso I, 6º, inciso I, e 7º, inciso VII, alínea “b”, todos da Lei Federal nº 12.527, de 18/11/2011.

55. Portanto, improcedente a alegação de defesa apresentado pelo espólio do Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca, em sede de preliminar, no sentido de que seria necessária a autorização de um juiz para que o desmembramento fosse realizado e que tal desmembramento fora realizado pela Secex Obras sem a necessária competência funcional, já que o desmembramento foi expressamente autorizado pela autoridade competente pela condução do processo administrativo que tramita nesta Corte de Contas.

56. Também improcedente o argumento de que, em face da prestação de contas já ter sido julgada, não poderia mais o Tribunal questionar irregularidade na execução de contrato após quatro anos. Isso porque foi nos autos do processo de pres-

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

tação de contas que ocorreu a determinação de apurar o dano ao erário, tendo ocorrido a sua conversão do processo em tomada de contas ordinária, bem como a autorização para o desmembrar o processo.

57. Uma tomada de contas tem como objetivo principal a apuração do dano ao erário, devendo ser quantificado o dano e qualificados os responsáveis. No que diz respeito à responsabilização, no âmbito administrativo, é semelhante à civil que, como regra geral, segundo doutrinadores pátrios, tal como Silvio Rodrigues[1], é subjetiva, de modo que precisam ser explicitados os seguintes elementos: ação ou omissão, dano, nexo causal e a culpa em sentido amplo (dolo ou culpa), conforme suas palavras:

> 8. Pressupostos da responsabilidade civil: A) ação ou omissão do agente; B) culpa do agente; C) relação de causalidade; D) dano experimentado pela vítima (...)

58. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União. Como precedente, é possível citar o Acórdão n.º 67/2003 – 2ª Câmara[2], Relator Ministro Benjamin Zymler, em cujo voto se explicita o seguinte:

> 49. A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal e no artigo 159 da Lei nº 3.071/16, **segue a regra geral da responsabilidade civil**. Quer dizer, **trata-se de responsabilidade subjetiva**. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares — art. 37, § 6º, da Constituição Federal.
>
> 50. A **responsabilidade subjetiva, vale dizer, possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa**. Neste sentido, permito-me transcrever Silvio Rodrigues (Direito Civil, Responsabilidade Civil, pág. 16):
>
> "Culpa do agente. — O segundo elemento, diria, o segundo pressuposto para caracterizar a responsabilidade pela reparação do dano é a culpa ou dolo do agente que causou o prejuízo. A lei declara que se alguém causou o prejuízo a outrem através de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar. De modo que, nos termos da lei, para que responsabilidade se caracterize mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelos menos culposo." (grifei)

---

[1] Rodrigues, Silvio. Direito Civil – Responsabilidade Civil, fl. 14.
[2] Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A67%2520ANOACORDAO%253A2003%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 16/8/2018.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

59. Vale ainda citar o Acórdão n.º 2781/2016-Plenário do TCU, também relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, cuja ementa reproduzo abaixo:

> No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. Portanto, são exigidos, simultaneamente, três pressupostos para a responsabilização do gestor: i) ato ilícito na gestão dos recursos públicos; ii) conduta dolosa ou culposa; iii) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de culpabilidade, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude.

60. Destaco que o **dano** ao erário foi apurado pela Secex Obras por meio da análise de superfaturamento por preços e superfaturamento em quantidade.

61. Para tal análise, a Secex Obras considerou o fato de que o Contrato nº 4373/2012 foi executado no Bairro Jardim Vitória, tendo sido realizadas 5 (cinco) medições, que resultaram no pagamento de R$ 2.387.773,78.

62. O superfaturamento por preços poderia ser analisado utilizando-se diversos métodos, dentre os quais destacam-se, no caso em análise, o Método da Limitação dos Preços Unitários Ajustados (MLPUA) e o Método da Limitação do Preço Global (MLPG).

63. No MLPUA, nenhum preço unitário pode ser superior ao de referência. O sobrepreço/superfaturamento decorre da simples soma dos valores unitários que ultrapassarem os preços referenciais. Desse modo, neste método, não se admite a compensação de eventuais itens subavaliados.

64. Já no MLPG, adota-se uma visão mais global do contrato, uma vez que se admite a compensação de itens superavaliados com itens subavaliados. Assim, o valor do sobrepreço/superfaturamento é calculado a partir da diferença do preço global.

65. Cabe destacar que tal valor é resultante do somatório das diferenças de todos os itens da planilha de custos, sendo que, em cada item, a diferença é calculada entre o preço do item alvo da análise com o preço referência ou paradigma. Dessa forma, eventuais itens subavaliados compensam o preço dos itens superavaliados.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

66. Importa ressaltar que o preço é obtido pelo custo direto acrescido do custo indireto e que as tabelas Sinapi/Sicro2 fornecem os custos diretos dos itens de serviços. Então, os preços são obtidos acrescentando-se os Benefícios e Despesas Indiretas (BDI).

67. Isso posto, os preços dos serviços medidos e pagos (descritos nas medições) foram comparados com os preços paradigmas obtidos a partir dos custos diretos registrados nas tabelas Sinapi/Sicro02, acrescidos de um BDI de 24,23 %, seguindo-se os mesmos códigos de serviços.

68. Quanto aos custos diretos, a unidade técnica ressaltou que foram utilizados os mesmos códigos de serviços constantes da planilha orçamentária da empresa vencedora, referentes às tabelas Sinapi/Sicro2, com data base de março de 2012 – data da Ata de Abertura das propostas.

69. **Adequada foi a utilização das tabelas Sinapi e Sicro** como **preços referenciais máximos aceitáveis pela Administração Pública**, sendo que **a aceitação de preços superiores a tais referenciais exige justificativas técnicas**, conforme estabeleceu o Acórdão n.º 3.272/2011-TCU-Plenário, citado pela Secex-Obras na análise da defesa:

> 9.1.1. ajuste o orçamento base da licitação de modo a contemplar as seguintes alterações (...)
>
> 9.1.1.7. adoção de preço preferencialmente do Sinapi – e subsidiariamente do Sicro 02 - (...) **<u>como máximo</u> referencial permitido para os insumos** (...);
>
> 9.1.1.9. Na hipótese de inserção de serviços novos ou mudança de quantitativos não contemplado até o término desta fiscalização, adotar, nesta ordem, os seguinte critérios para avaliação dos preços referenciais máximos permitidos:
>
> 9.1.1.9.1. mediana dos preços do Sinapi (...);
>
> 9.1.1.9.2. **subsidiariamente, preços do Sicro 02**
>
> (grifei)

70. Nesse mesmo sentido, acerca da obrigatoriedade da adoção das tabelas Sinapi e Sicro como paradigmas de preços de anteprojetos e projetos de obras públicas, há farta jurisprudência, vejamos:

> 2. A necessidade de sujeição aos **custos do Sinapi <u>como limite para obras</u>** executadas com recursos da União decorre de reiteradas disposições contidas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias recentes.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> 3. O Sicro também é reconhecido, no âmbito do TCU, **como referência de custos para os serviços comuns de obras rodoviárias** (Ac. n. 517/2003, 1455/2003, 1564/2003, 1923/2004 e 2084/2004).
>
> (Acórdão n. 2062/2007-TCU-P, Relator Min Marcos Vilaça) (grifei)

> Por óbvio que, diante da **inexistência de parâmetros no Sicro a adoção de dados constantes no Sinapi** (...) **não só é adequada COMO NECESSÁRIA**.
>
> (Acórdão n. 1918/2003-TCU-P, Rel. Min. Ana Arraes) (grifei)

> Os Sistemas Referenciais de Preços Sicro e Sinapi **devem ser adotados como paradigmas para obras** (...)
>
> (Acórdão n. 2350/2007-TCU-P, Relator Min Raimundo Carreiro) (grifei)

> Não **enseja ofensa a direito adquirido e violação de ato jurídico perfeito a determinação do TCU para adequação dos valores aos preços de mercado**, caso apurado sobrepreço em contrato de obras, **ainda que os serviços já tenham sido executados**.
>
> (Acórdão n. 598/2006-TCU-P, Relator Min Guilherme Palmeira) (grifei)

> 9.1.5. sempre que o anteprojeto, por seus elementos mínimos, assim o permitir, as estimativas de preço a que se refere o art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei 12.462/2011 **devem se basear em orçamento sintético tão detalhado quanto possível, balizado pelo Sinapi e/ou Sicro**, devidamente adaptadas às condições peculiares da obra, conforme o caso, devendo a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada baseada em outras obras similares serem realizadas somente nas frações do empreendimento não suficientemente detalhadas pelo anteprojeto, em prestígio ao que assevera o art. 1º, §1º, inciso IV c/c art. 8º, §§ 3º e 4º, todos da Lei 12.462/2011;
>
> (Acórdão nº 1.510/2013-TCU-Plenário, Relator Min Valmir Campelo) (grifei)

71. Em relação à imprescindibilidade da definição do BDI para a formação do preço da obra e à obrigatoriedade de sua inclusão no edital de licitação, de modo a dar transparência e controle nas contratações públicas e evitar superfaturamento de preços, cito o Estudo Sobre Taxas Referenciais de BDI de Obras Públicas e de Equipamentos e Materiais Relevantes, realizado pelo Tribunal de Contas da União, destacando os seguintes trechos:

> A determinação dos preços é uma das etapas principais do planejamento e da gestão de uma obra pública, sendo o **BDI elemento primordial no processo de formação de preços, pois representa parcela relevante no seu valor final.** Quando o preço de uma obra pública é determinado de forma equivocada, mais elevados são riscos de ocorrência de sobrepreço, superfaturamento, preços inexequíveis, “jogo de planilha”, pagamentos indevidos ou em duplicidade, combinação de preços, alterações contratuais além dos limites legais, abandono das obras, execução do objeto com baixa qualidade, extrapolação dos prazos etc.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> (...)
>
> **Trata-se da obrigatoriedade de inclusão nos editais de licitação de composições de custos unitários de serviços e do detalhamento do BDI,** com a devida discriminação de cada componente de custos, **fundamental para conferir transparência e controle nas contratações de obras públicas,** o que evita a ocorrência de lacunas dentro do orçamento e possibilita a verificação dos serviços e preços efetivamente contratados e sua adequação aos valores praticados pelo mercado.[3]

72. A equipe técnica adotou o BDI paradigma de 27,84 %, cujo valor foi fixado pelo DNIT para as suas licitações por meio da Portaria nº 1.186[4], de 1º/10/2009.

73. Em relação à adoção desse valor de BDI paradigma, verificamos que houve uma falha em benefício do gestor, pois esse valor foi definido em norma do DNIT que estava revogada à época da licitação.

74. A Portaria DNIT nº 1.340[5], de 21/12/2011, fixou novo valor de 26,70 %. Assim, este valor era o paradigma vigente em março/2012, data da Ata de Abertura das propostas na licitação.

75. Um valor menor de BDI paradigma significa que os preços dos serviços de referência e o preço global de referência seriam menores. Consequentemente, o valor do sobrepreço/superfaturamento seria maior. Então, ao utilizar um BDI maior, que resulta num valor menor de sobrepreço/superfaturamento, a falha operou em favor do gestor.

76. Mas, em atenção à celeridade processual, entendo pertinente prosseguir a instrução do presente processo sem que haja necessidade de tal falha ser sanada. Destaco que também opera nesse sentido o princípio da primazia da decisão de mérito prevista no art. 4º do Código de Processo Civil (CPC - Lei nº 13.105/2015):

> Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

---

[3] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Estudo Sobre Taxas Referenciais de BDI de Obras Públicas e de Materiais e Equipamentos Relevantes, 2013. Fls. 10. Disponível em: http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A151356F96015168D520297EE4. Acesso em: 20 ago 2018.

[4] Disponível para consulta em <http://www.dnit.gov.br/download/servicos/bdi/portaria-bdi-1.186-2009.pdf>

[5] Publicada no DOU nº 245, de 22 dez 2011, Seção 1, fl. 141.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

77. Quanto à diminuição do valor do BDI paradigma em 3,61 %, em face da duplicidade de previsão do serviço de "Administração Local da Obra", que estava embutido como custo no BDI e expresso como item específico na planilha de custos, entendo que foi correta. A não exclusão desse valor resultaria na duplicidade do item no cálculo do valor total da obra.

78. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é farta no sentido de que o item "Administração Local" deve ser discriminado na planilha orçamentária e não deve ser embutido no BDI (ou LDI – Lucros e Despesas Indiretas):

> **Acórdão TCU nº 325/2007-P**:
>
> 9.1. orientar as unidades técnicas do Tribunal que, quando dos trabalhos de fiscalização em obras públicas, **passem a utilizar como referenciais as seguintes premissas acerca dos componentes de Lucros e Despesas Indiretas - LDI**:
>
> (...)
>
> 9.1.2. os itens **Administração Local**, Instalação de Canteiro e Acampamento e Mobilização e Desmobilização, visando a maior transparência, **devem constar na planilha orçamentária e não no LDI**; (grifos de nossa autoria)
>
> **Acórdão TCU nº 1427/2007-P:**
>
> 9.1 - Determinar à EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA que:
>
> (...)
>
> 9.1.2 - assegure, mediante a inserção de dispositivos no Termo de Convênio ou em outro instrumento que vier a ser celebrado com o intuito de viabilizar as obras do empreendimento sob exame, que:
>
> (...)
>
> 9.1.2.5 - **no orçamento** a ser utilizado na licitação **destinada à contratação da execução das obras**, **seja incluído o detalhamento dos custos dos seguintes itens**, os quais **não podem integrar o BDI**: **administração local**; canteiro de obras; caminhos de serviço; operação e manutenção do canteiro de obras; e mobilização e desmobilização de equipamento e pessoal, não se admitindo que a desmobilização ocorra nos primeiros meses da obra; (grifos de nossa autoria)
>
> **Acórdão TCU nº 440/2008-P**:
>
> 9.2. determinar à Companhia Hidrelétrica do São Francisco - CHESF que:
>
> (...)
>
> 9.2.5. exija de todos os participantes que apresentem propostas de preços com idêntico padrão de itens que compõem o BDI, observando as premissas relativas a esses componentes, nos moldes definidos nos subitens 9.1.1 a 9.1.4 do Acórdão n.º 325/2007 – TCU - Plenário, a saber:
>
> (...)

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> 9.2.5.2. os itens **Administração Local**, Instalação de Canteiro e Acampamento e Mobilização e Desmobilização, visando a maior transparência, **devem constar na planilha orçamentária e não no BDI**; (grifos de nossa autoria)

79. Os serviços que fazem parte deste item – Administração Local – têm definição no Acórdão nº 325/2007-P, mas foram melhor explicados no relatório do Acórdão nº 2369/2011-P:

> a) o item **Administração local** contemplará, dentre outros, as despesas para atender as necessidades da obra com pessoal técnico, administrativo e de apoio, compreendendo o supervisor, o engenheiro responsável pela obra, engenheiros setoriais, o mestre de obra, encarregados, técnico de produção, apontador, almoxarife, motorista, porteiro, equipe de escritório, vigias e serventes de canteiro, mecânicos de manutenção, a equipe de topografia, a equipe de medicina e segurança do trabalho, etc., bem como os equipamentos de proteção individual e coletiva de toda a obra, as ferramentas manuais, a alimentação e o transporte de todos os funcionários e o controle tecnológico de qualidade dos materiais e da obra;

80. Então, a Secex Obras excluiu corretamente o valor do item "Administração Local" que estava embutido no BDI paradigma do DNIT, considerando apenas tal item que foi discriminado na planilha orçamentária, tal como determina a jurisprudência dominante.

81. Portanto, o paradigma adotado pela equipe de auditoria, tanto em relação ao custo direto quanto em relação ao percentual do BDI, está de acordo com as referências oficiais de preço. Ou seja, os preços paradigmas foram corretamente obtidos aplicando-se o BDI de 24,23% aos custos diretos oficiais das tabelas Sinapi/Sicro2.

82. E a metodologia de cálculo adotada pela Secex-obras, contida no Anexo III-A do Relatório Técnico, mostra que foram totalizadas as diferenças de todos os itens da planilha, tanto positivas como negativas, de forma a obter um valor total das diferenças.

83. Então, foi utilizado o MLPG para cálculo do superfaturamento, sendo a utilização de tal método adequada, conforme entendimento do TCU, expresso no Acórdão n.º 1219/2014-P (Ministra Ana Arraes), cujo trecho transcrevo abaixo:

> 31. Em conclusão, o MPTCU manifestou-se no sentido de que:
>
> "a) não existe método padrão para cálculo de sobrepreço aplicável genericamente a todas as situações, devendo tal opção ser realizada à luz das peculiaridades do caso concreto;
>
> b) não é adequada a fixação do MLPU como metodologia prioritária na análise

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> de contratos de obras públicas realizada pelo TCU, embora tal técnica possa ser adotada preferencialmente na análise de editais;
>
> c) **o MLPG, na maior parte das vezes, apresenta-se como mais apropriado na análise de contratos de obras públicas, com amparo de farta jurisprudência do TCU, ressalvadas as especificidades da situação concreta em exame**;
>
> d) neste caso concreto, é adequada a utilização do Método da Limitação de Preços Globais, conforme análise realizada pela unidade técnica (peça 140).
>
> 32. Não tenho qualquer reparo a fazer ao parecer do procurador-geral do MPTCU, a cujas conclusões me associo.
>
> Na mesma linha: AC 3443/12-P (MIN-VC); AC 3650/13-P (MIN-AA); AC 286/15-P (MIN-BZ); 2677/15 (MIN-ALC, "ultrapassado 2319/09"), AC 111/16 (MIN-BD), 2510/16 (MIN-ASC), AC 2307/17-P (MIN-AN) (grifei)

84. Constatou-se uma diferença total positiva, pois o preço global dos serviços medidos e pagos foi superior ao preço global paradigma. Como o preço global paradigma representa o valor máximo que a Administração poderia pagar, então conclui-se que ocorreu superfaturamento por preços.

85. Pelo exposto, restou devidamente calculado pela Secex Obras, nos Apensos III-A do Relatório Técnico (Documento Digital nº 129723/2016 – às fls. 22-27), o **dano ao erário** em decorrência do **superfaturamento por preços** na execução do **Contrato nº 4373/2012**, no valor de **R$ 164.462,72** (cento e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e setenta e dois centavos), consumado até **18/12/2012** (data do último pagamento).

86. Assim, são **improcedentes** os argumentos apresentados pelo espólio do Sr. **Quidauguro Marino Santos da Fonseca** de que: a) a equipe técnica adotou um valor de BDI que é uma visão pessoal e não fundamento nas normas legais e técnicas vigentes à época da licitação, pois foi adotado um valor definido pelo DNIT e utilizado pelos Tribunais de Contas como paradigma; b) a equipe técnica foi insensata ao adotar normas atuais e não as que estavam vigentes à época dos fatos, pois foram observadas todas as normas que à época estavam vigentes, tanto para o custo direto definidos nas tabelas Sinapi e Sicro de março de 2012, como para os custos indiretos definidos pelos BDI; c) que deveria ter sido adotado o BDI de 25% por ter sido o valor utilizado pela Administração, pois a utilização de tal valor não foi comprovada e não seria a adequada conforme as normas à época vigente; d) que ocorreu supressão de serviços necessários à execução das obras, pois não ocorreu supressão indevida; e) que não exis-

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

te superfaturamento por preços, pois existe e o seu valor foi tecnicamente calculado, com base em entendimento deste Tribunal e do TCU.

87. Em relação à alegação da empresa **Topázio Construções e Saneamento Ltda** de que o valor do superfaturamento por preços foi inadequado pelo fato de existir um saldo financeiro em seu favor, no valor de **R$ 1.050.004,00,** do total medido e faturado de **R$ 2.387.773,78**, entendo ser improcedente, tendo em vista que ocorreu a liquidação da despesa pelos fiscais da obra. Então, nos termos do previsto no art. 63 da Lei nº 4.320/64, a empresa tem o direito liquido de receber esse valor.

88. Por outro lado, entendo que o valor do superfaturamento por preços constatado de **R$ 164.462,72** (cento e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e setenta e dois centavos), devidamente corrigido a partir de **18/12/2012** (data do último pagamento), deve ser descontado de eventuais pagamentos que sejam realizados pela Prefeitura Municipal de Cuiabá, referentes a esse saldo financeiro.

89. E caso ocorra tal desconto, este Tribunal deve ser informado da medida para que proceda a baixa do débito.

90. Quanto à **conduta**, inicio a análise lembrando que a **Lei nº 5.194/1966**, que **regula o exercício da profissão de engenheiro**, estabelece, em seu **art. 13**, que **os estudos, plantas, projetos, laudos e qualquer outro trabalho de engenharia** – seja público, seja particular –, **somente poderão ser submetidos ao julgamento das autoridades competentes** e **só terão valor jurídico quando os autores forem profissionais habilitados**.

> Art. 13. Os estudos, plantas, projetos, laudos e qualquer outro trabalho de engenharia, de arquitetura e de agronomia, quer público, quer particular, **somente poderão ser submetidos ao julgamento das autoridades competentes** e **só terão valor jurídico quando seus autores forem profissionais habilitados de acordo com esta lei**. (grifei)

91. Tal lei ainda estabelece, em seu **art. 14**, que, **nas especificações e nos orçamentos, é obrigatória a aposição de assinatura, a menção explícita do título do profissional que os subscrever, e o número da carteira do profissional de engenharia**, vejamos:

> Art. 14. Nos trabalhos gráficos, **especificações**, **orçamentos**, pareceres, laudos e atos judiciais ou administrativos, **é obrigatória** além da **assinatura**,

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> precedida do nome da empresa, sociedade, instituição ou firma a que interessarem, **a menção explícita do título do profissional que os subscrever** e **do número da carteira** referida no art. 56. (grifei)

92. Continuando a análise, verifico que a **Lei nº 6.496/1977** instituiu a **Anotação de Responsabilidade Técnica (ART)** na prestação de serviços de engenharia:

> Art. 1º - Todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia, à Arquitetura e à Agronomia fica sujeito à 'Anotação de Responsabilidade Técnica' (ART).
>
> Art. 2º - A ART define para os efeitos legais os responsáveis técnicos pelo empreendimento de engenharia, arquitetura e agronomia.

93. Além disso, o Tribunal de Contas da União, por meio da **Súmula nº 260/2010**, estabeleceu que **é dever do gestor exigir as ART de orçamento-base**, especificações técnicas e composição de custos unitários:

> **É dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a projeto**, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, **com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base**, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas. (grifei)

94. Ainda em relação à ART, destaco que o **Decreto nº 7983/2013 obriga o recolhimento da ART das planilhas orçamentárias** e a **sua integração ao edital de licitação**, bem como exige a previsão dos critérios de aceitabilidade das propostas:

> Art. 10. **A anotação de responsabilidade técnica pelas planilhas orçamentárias deverá constar do projeto que integrar o edital de licitação**, inclusive de suas eventuais alterações.
>
> Art. 11. Os critérios de aceitabilidade de preços deverão constar do edital de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia.

95. Assim, por determinação legal, a planilha orçamentária de uma obra somente pode ser elaborada por um profissional devidamente habilitado, da área de engenharia, devendo ser por ele assinada, e a ART respectiva deve ser registrada no CREA da região em que a obra for realizada. Uma licitação somente pode ser realizada com fundamento em documentos assim produzidos.

96. Passamos, então, a analisar as condutas praticadas pelos diversos servidores públicos para que, ao final, possamos determinar aquelas que foram determinantes e que possuem nexo causal com o dano ocorrido (o superfaturamento por preços).

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

97. Caso tivessem sido observadas as disposições legais, a responsabilidade por irregularidades contidas nas planilhas orçamentárias, tal como o sobrepreço, seria do profissional que elaborou e subscreveu tais documentos. O sobrepreço nas planilhas orçamentárias é que permite às licitantes apresentarem propostas também contendo sobrepreço, bem como a classificação, a adjudicação e a homologação do certame contendo essa grave irregularidade.

98. Ocorrida a contratação, sem que se possa exigir do gestor que assinou o contrato conduta diversa, em face da legalidade de todos os atos, o sobrepreço acarretará pagamento superfaturado, causando prejuízo ao erário.

99. Assim, a conduta irregular que possuiria nexo de causalidade com o dano seria a elaboração de planilhas orçamentárias contendo sobrepreço, e a responsabilidade pelo **superfaturamento** seria totalmente atribuída ao profissional de engenharia que elaborou e assinou tais documentos.

100. Mas, isso não ocorreu no presente caso, pois as planilhas orçamentárias não foram assinadas por profissional habilitado, nem a ART foi recolhida.

101. A Secretaria Municipal de Infraestrutura da Prefeitura de Cuiabá, responsável pela elaboração das planilhas orçamentárias da obra e pelo registro da ART junto ao CREA, encaminhou tais documentos à Secretaria Municipal de Planejamento e Finanças (SMPF), solicitando a realização de licitação. Isso porque os procedimentos licitatórios eram realizados pela Coordenadoria de Compras e Licitação, subordinada à Diretoria de Compras e Licitações, por sua vez subordinada à SMPF, conforme o previsto no inciso I do art. 22 do Regimento Interno da citada Secretaria.

102. O titular da Secretaria Municipal de Infraestrutura tinha a obrigação encaminhar à SMPF documentos elaborados conforme determina a lei, para que esta pudesse realizar o procedimento licitatório.

103. Não resta dúvidas de que solicitar a realização de licitação baseada em planilhas orçamentárias sem assinatura de profissional habilitado e sem a ART registrada junto ao CREA-MT foi uma conduta ilegal e que continha grave irregularidade – um sobrepreço no valor global da obra.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

104. Em seguida, temos a conduta dos integrantes da SMPF que realizaram a licitação com fundamento em documentação ilegal, que continha a grave irregularidade acima citada. E procederam a classificação, homologação e adjudicação do certame. Também elaboraram a minuta do contrato, por ser atribuição da pasta prevista em seu regimento interno.

105. Ato contínuo, temos a conduta do titular da Secretaria Municipal de Infraestrutura referente à assinatura do contrato com a empresa vencedora da licitação. Tal gestor tem a obrigação legal de assiná-lo somente se tiver certeza de que as formalidades legais foram observadas.

106. É certo que não é razoável exigir que ele, pessoalmente, verificasse a compatibilidade dos preços contidos na minuta do contrato com os praticados no mercado. Mas, era esperado que ele verificasse se foram observadas as formalidades legais, especialmente se as planilhas orçamentárias tinham sido elaboradas por profissional habilitado, tendo ele se identificado como tal e assinado o documento, bem como se a ART dessa atividade privativa de profissional de engenharia fora registrada no CREA-MT.

107. Ao assinar o contrato decorrente de procedimento ilegal desde o seu início, o Gestor da Secretaria Municipal de Infraestrutura oficializou o preço a ser pago.

108. Conforme os serviços foram executados, liquidados e pagos, os valores com sobrepreço tornaram-se valores superfaturados, configurando efetivo prejuízo aos cofres públicos.

109. Ressalte-se que, após a assinatura do contrato, não cabe aos fiscais da obra qualquer questionamento acerca dos preços ajustados.

110. Analisando tais condutas, verificamos que todas foram ilegais, mas a determinante para a ocorrência do superfaturamento foi a assinatura do contrato.

111. Não foi a solicitação de realizar licitação com base em documentos irregulares que determinou a ocorrência do superfaturamento, já que a licitação poderia não ter sido realizada e o contrato poderia não ter sido assinado.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

112. Não foi a realização de licitação irregular que determinou a ocorrência do superfaturamento, pois o contrato poderia não ter sido assinado. Enquanto o contrato não foi assinado, não havia o compromisso de pagar os serviços com sobrepreço e o superfaturamento não teria ocorrido.

113. É essa a conduta determinante e é aquela que possui nexo de causalidade com o superfaturamento. Por isso, o gestor que praticou essa conduta – assinou o contrato decorrente de procedimentos ilegais - é o que será responsabilizado.

114. A falta de assinatura na planilha orçamentária da obra e a falta da ART dessa atividade específica de profissional de engenharia são ilegalidades perceptíveis a qualquer administrador mediano. Ao assinar o contrato sem a diligência de verificar a legalidade do procedimento, avocou para si a responsabilidade pelas irregularidades contidas nos documentos ilegais.

115. Nesse sentido temos deliberação do TCU contida no Acórdão 10.642/2015-2ª Câmara. A Relatora Min. Ana Arraes, em seu relatório, expressou a opinião de que a responsabilização do gestor somente pode ocorrer caso seja provado de forma concreta e objetiva que o parecer técnico apresentava falhas perceptíveis por qualquer administrador de conhecimento mediano:

> 8. Adoto com ressalvas o entendimento defendido nos pareceres, pois penso que **a responsabilização do gestor deve ser acompanhada de prova concreta e objetiva de que o parecer técnico apresentava falhas perceptíveis por qualquer administrador de conhecimento mediano**, especialmente quando emitido em razão de competência regular do técnico e não por delegação de competência.
>
> 9. Em verdade, o gestor tem o dever de nomear servidor com conhecimento técnico ou jurídico exigido para desempenho do cargo ou função e de assegurar que referidos pareceres foram emitidos pelos mesmos, e não de examinar cada um desses pareceres, de forma detalhada, em busca de possíveis falhas. Não se trata aqui de delegação de competência, mas do desenvolvimento regular de atividades do cargo no exame de uma prestação de contas.
>
> 10. A título de exemplo, **não vislumbro como responsabilizar o gestor por possíveis falhas na elaboração de orçamento, projetos e cadernos técnicos de engenharia quando comprovado que os mesmos foram realizados por engenheiros lotados em unidades técnicas especializadas ou designados especialmente para essa finalidade**.
>
> *11. Cito ainda os inúmeros casos de licitações realizados pela administração pública em geral. Neles, faz-se necessária a segregação de atribuições e funções de cada um dos agentes envolvidos para fins de responsabilização.*
>
> *12. Ora,* ***a responsabilidade por possíveis sobrepreços no orçamento deve***

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> ***ser atribuída exclusivamente ao orçamentista****, enquanto os erros de projeto e do caderno técnico devem ser atribuídos a quem os elaborou.* ***Não cabe responsabilizar, objetivamente, o presidente da comissão licitação e seus membros em razão dos erros existentes nessa documentação técnica, pois não têm eles o dever de revê-la ao elaborarem o edital****.*
>
> 13. **Os membros da comissão**, por sua vez, **respondem** por possíveis **ilegalidades contidas no edital**, e, mesmo assim, **apenas quando forem responsáveis por sua elaboração**. **Não podem**, por exemplo, **ser responsabilizados** por qualificação técnica ou econômico-financeira restritiva à competição incluída no edital **quando esta foi definida pela respectiva área técnica em projetos básicos ou termos de referência**.
>
> *14. Do mesmo modo, não é razoável atribuir responsabilidade objetiva ao superior que autoriza e homologa a licitação por possíveis falhas de projeto, de orçamento, de cadernos técnicos e no edital, pois não tem ele o dever – e não possui condições materiais – de rever cada ato praticado.*
>
> *15. Em verdade,* ***a função desse gestor é verificar se a elaboração dessa documentação está sendo realizada pelas áreas e pessoal competentes e se as formalidades legais estão sendo cumpridas****, e não esmiuçar cada um desses documentos em busca de possíveis erros. É desproporcional exigir que a autoridade superior reveja um orçamento de obra que contempla, muitas vezes, milhares de itens. Não há como verificar, ademais, cada fonte utilizada para fundamentar uma estimativa de preço. Não se vislumbra, ainda, que tenha que examinar, por exemplo, um projeto de fundação e superestrutura, ou se todos os itens especificados e orçados estão de acordo com o Sinapi, ou se foram realizadas pesquisas junto a três fornecedores.*
>
> *16. Reitero, portanto, que, diante de pareceres e outros trabalhos técnicos, a responsabilidade do gestor envolvido deve ser demonstrada de forma expressa e objetiva, com indicação do ato considerado irregular praticado.*
>
> *(grifei)*

116. Em complemento, citamos o entendimento do TCU contido no Acórdão n.º 1673/2015-Plenário, relatado pelo Min. Bruno Dantas (publicado no Boletim de Jurisprudência nº 90/2015) de que o dirigente que assina peça técnica sem o subsídio de parecer técnico avoca para si a responsabilidade por eventuais irregularidades:

> O dirigente que assina peça técnica em licitação (termo de referência ou, em sua ausência, instrumento convocatório), sem que sua conduta seja precedida, acompanhada ou mesmo subsidiada por pareceres técnicos, **avoca para si a responsabilidade por eventuais irregularidades constatadas**. (grifei)

117. Diante do exposto, entendo que restou bem caracterizada a **conduta omissiva e comissiva** que torna o gestor que assinou o contrato responsável pelo superfaturamento por preços que foi comprovado nos autos.

118. **Omissiva** por não ter tido o mínimo de diligência em observar o cumprimento da legislação pertinente - elaboração da planilha orçamentária por profissional habilitado e o registro da ART no CREA-MT, conforme previsto na Lei n.º 5.194/1966 (art. 14), na Lei n.º 6.496/1977 (arts. 1º e 2º), no Decreto n.º 7983/2013 (arts. 10 e 11) e

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

na jurisprudência do TCU estabelecida na Súmula n.º 260/2010 - e **comissiva** por ter assinado o contrato decorrente de procedimento ilegal quando não era obrigado a fazê-lo.

119. Além disso, entendo estar devidamente caracterizado o **nexo causal** entre a conduta do gestor e o dano ao erário, visto que é exatamente a conduta omissiva e comissiva do gestor que resultou na obrigação de pagar os serviços executados com valor superior ao de mercado, consumando o superfaturamento que ocasionou dano ao Erário.

120. Antes de proceder à análise da **culpabilidade**, trago aqui a Teoria da Prova Indiciária ou Indireta prevista no art. 239 do Código de Processo Penal, que dispõe o seguinte:

> Art. 239 Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

121. Essa teoria permite a comprovação do dolo, uma condição subjetiva da conduta que dificilmente é provada por meio de provas diretas. A prova da intenção é realizada a partir de fatos comprovados relacionados à conduta que, ao serem reunidos, permitem a elaboração de raciocínio lógico indutivo da existência de tal intenção.

122. No caso, os fatos comprovados permitem concluir que a apresentação do preço global contendo sobrepreço se deu intencionalmente.

123. Ressalto que a Teoria da Prova Indiciária ou Indireta tem sido utilizada nas diversas áreas do direito em face do entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 68.006-MG, cuja ementa ressalta que “indícios vários e concordantes são prova”.

124. Destaco que o Tribunal de Contas da União tem utilizado essa teoria para produzir provas de ilícitos administrativos, conforme se verifica nos Acórdãos nºs 113/1995-Plenário, 220/1999-Plenário, 331/2002-Plenário, 2.143/2007-Plenário e 2.126/2010-Plenário.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

125. No que tange à **culpabilidade**, entendo que há indícios suficientes para comprovar **dolo** na conduta do Sr. **Quidauguro Marino Santos da Fonseca**, pois o ex-gestor possuía formação acadêmica em Engenharia Civil.

126. Tal fato permite concluir, por indução, que ele tinha conhecimento da legislação referente a obras públicas, tal como a que exigia a assinatura de engenheiro na planilha orçamentária e o registro da ART no CREA, bem como noções de preços de mercado de serviços de obras de engenharia.

127. Assim, entendo ser inadmissível que as ilegalidades ocorridas não tenham sido por ele percebidas. Esses fatos constituem provas indiciárias do **dolo** na conduta do gestor de assinar contrato resultante de procedimento ilegal.

128. Mesmo que não fosse possível comprovar o dolo, com certeza teríamos a comprovação de negligência, pelo fato de o ex-gestor não ter verificado a observância da legislação pertinente à licitação de obras públicas – mais especificamente a elaboração de planilha orçamentária por profissional habilitado, o registro de ART dessa atividade especializada e a utilização de tais documentos no processo licitatório.

129. Também restaria comprovada a imprudência em sua conduta por ter assinado contrato sem realizar a verificação da observância da legalidade.

130. Mas, em relação à aplicação de multa ao Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca, apesar de ter sido comprovado o dolo, em razão de seu falecimento e da natureza personalíssima da sanção, seguindo o entendimento estabelecido por este Tribunal no Acórdão n.º 2.393/2015 - TP, de Relatoria da Conselheira Jaqueline Jacobsen, conforme devidamente registrado nos autos pela Secex Obras e pelo Ministério Público de Contas, extingue-se a pretensão punitiva do Estado (aplicação de multa), segundo o princípio constitucional da intransmissibilidade da pena (art. 5º, XLV).

131. Pelo exposto, **são improcedentes** as alegações de defesa apresentadas pela defesa do Sr. Quidauguro Marino Santos Fonseca de que:

a. não poderia ser acusado de superfaturamento porque não era sua atribuição elaborar orçamento ou analisar proposta de preços, pois não foram esses os fatos que determinaram a sua responsabilização;

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

b. não há irregularidade ou ilegalidade em sua conduta, já que a assinatura de contrato é ato resultante do exercício de sua função de Secretário Municipal e que decorreu de procedimento licitatório, pois há irregularidade de sua conduta e ela foi devidamente comprovada nos autos;

c. foi injusta a imputação do superfaturamento, pois foi exatamente a conduta do ex-gestor em assinar o contrato ilegal, contendo sobrepreço, que determinou a ocorrência do superfaturamento, bem como foi comprovado o dolo em sua conduta por meio de provas indiretas;

d. a exclusão do item “Administração Local” embutido no BDI paradigma foi corretamente realizada, em observância à doutrina e jurisprudência dominante e vigente, inclusive o precedente citado pela defesa (TC 036.076/2011-2), tendo em vista que foi considerado o valor que foi expressamente discriminado na planilha orçamentária e excluído valor que estava embutido no BDI paradigma do DNIT;

e. não foi observado o princípio “tratar os iguais, como iguais e os desiguais como desiguais” em face da imputação de culpa e multa desarrazoada, pois de fato o superfaturamento por preços foi devidamente calculado e comprovado pelos auditores;

f. não foi observado o princípio da proporcionalidade, em sua acepção como “proibição de excesso”, sendo injusta a aplicação de multa, pois a aplicação de multa como penalidade está sendo afastada em face do seu falecimento e a condenação de ressarcir ao erário não é uma sanção que exige a proporcionalidade da pena à culpa do agente, mas simples devolução aos cofres públicos de valor injustamente auferido;

g. estariam sendo desrespeitados os princípios da razoabilidade, da legalidade e da verdade por não ter sido configurado o dolo, pois a rua responsabilização subjetiva foi devidamente realizada nos autos.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

132. Assim, o achado e a responsabilização do Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca, ex-Secretário de Infraestrutura de Cuiabá/MT, podem ser resumidos nos quadros abaixo:

Tabela 8 – Responsabilização do Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca

Conduta	Culpabilidade	Nexo Causal	Critério	Classificação da Irregularidade
Omissão no dever de verificar a legalidade, em face da planilha orçamentária não ter sido elaborada e assinada por profissional habilitado e não ter sido recolhida a ART, e assinatura de contrato resultante de procedimento ilegal contendo sobrepreço, avocando para si a responsabilidade das irregularidades nele contidas. Agravante o fato de ter formação acadêmica em engenharia civil e, portanto, conhecimento das exigências legais acima citadas acerca da planilha orçamentária e de custos de mercado dos serviços de engenharia.	Era esperado do Gestor a devida diligência do cargo de verificar a observância da legislação pertinente (negligência) e a assinatura do contrato somente após ter constatada a legalidade do procedimento licitatório (imprudência). Mas, em face de sua formação acadêmica em engenharia civil, a conduta se deu contrário legis racionalmente, de sorte que podemos concluir por indução a existência de prova indiciária de dolo.	A assinatura do contrato resultante de procedimento ilegal e que continha sobrepreço é a causa do pagamento superfaturado dos serviços executados e pagos que causou o dano ao Erário.	Art. 37, caput, da Constituição Federal; art. 66 da Lei 8.666/1993.	**JB-02.** Despesa Grave. Pagamento de despesas referente a bens e serviços em valores superiores ao praticado no mercado e/ou superiores ao contratado – superfaturamento
Total a Restituir ao Cofre Municipal (Data-base: 18/12/2012)				**R$ 164.462,72**

133. Em relação à responsabilização da empresa **Topázio Construções e Saneamento Ltda**, verificamos que a Constituição do Estado do Mato Grosso, a Lei Orgânica e o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso possuem previsões acerca da responsabilização daqueles que derem causa a dano ao Erário público:

> CONSTITUIÇÃO ESTADUAL
>
> Art. 47 O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: (...)
>
> II - julgar (...) as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
>
> LEI ORGÂNICA
>
> Art. 5º O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, que abrange:

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> (...)
>
> II. Aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;
>
> REGIMENTO INTERNO TCE/MT
>
> 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;
>
> (...)
>
> 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**. (Nova redação do caput do artigo 195 dada pela Resolução Normativa nº 32/2012).
>
> Parágrafo único. A responsabilidade do terceiro de que trata o caput deriva do cometimento de irregularidades que não se limitem ao simples descumprimento de obrigações contratuais ou inadimplência no pagamento de título de crédito.

134. Diante dessas disposições de natureza constitucional, legal e regimental, no caso de ocorrência de dano ao erário, o Tribunal deve julgar irregulares as contas (art. 194, inciso II) e determinar o ressarcimento do valor do dano ao erário, **com responsabilidade solidária de terceiro** que, como **parte interessada** na prática do mesmo ato, **haja concorrido para o cometimento do dano apurado** (art. 195, *caput*).

135. A responsabilidade desse terceiro deve derivar de irregularidade que não se limite ao simples descumprimento de obrigações contratuais ou inadimplência no pagamento de título de crédito, conforme o previsto no parágrafo único do art. 195 do mencionado Regimento Interno.

136. Tendo isso como premissa, verifica-se que uma empresa, ao participar de licitação de obra pública, deve apresentar, por intermédio de seus representantes, uma proposta expressa em uma planilha orçamentária com preços compatíveis com os praticados no mercado. E, para isso, tem a obrigação legal de ter, em seu quadro de funcionários, profissionais de engenharia habilitados para elaborar projetos e propostas de preços que observem tal dever.

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

137. Por isso, o fato de a empresa licitante apresentar proposta de preços contendo sobrepreço, aproveitando-se do erro da Administração Pública em ilegalmente superestimar o orçamento da obra, e, assim, auferir lucro anormalmente superior, constitui uma irregularidade de concorreu decisivamente para a celebração de contrato contendo sobrepreço.

138. E, ao executar o objeto desse contrato, faturando e recebendo os serviços superavaliados, consumou a sua participação na ocorrência de dano ao erário, tendo enriquecido sem justa causa. Objetivamente, nos termos regimentais, a empresa deve responder solidariamente ao servidor público pelo dano ocorrido.

139. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, divulgada nos seguintes Boletins de Jurisprudência (BJ):

> Superfaturamento por sobrepreço Responsabilidade da construtora
>
> • BJ 203/2018
>
> • AC 27/2018 -P (MIN-BZ)
>
> • **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**, sujeitando-se à **responsabilização solidária** pelo dano evidenciado. (grifamos)
>
> Sobrepreço: Responsabilidade do contratado
>
> • BJ 189/2017
>
> • AC 1959/2017-P (MIN-BZ)
>
> Os licitantes, **sob risco de responderem por superfaturamento em solidariedade com os agentes públicos**, **têm a obrigação de oferecer preços que reflitam os paradigmas de mercado**, **ainda que os valores fixados pela administração no orçamento-base do certame se situem além daquele patamar**. (grifamos)

140. Salienta-se que tal entendimento decorre da aplicação de dispositivo constitucional previsto no art. 37, § 6º, abaixo transcrito:

> 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:
>
> § 6º As **pessoas jurídicas** de direito público e as **de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus**

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

> **agentes**, nessa qualidade, **causarem a terceiros**, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

141. Além disso, o Código Civil (Lei n.º 10.406/2002) prevê, em seu art. 884, que: "aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

142. Por conseguinte, é improcedente a alegação de defesa da empresa **Topázio Construções e Saneamento Ltda** no sentido de que a empresa não poderia ser responsabilizada por ter sido contratada em decorrência de licitação realizada em modalidade prevista na legislação vigente e de os serviços terem sido executados e medidos pelos fiscais da Prefeitura Municipal de Cuiabá.

143. Por ter apresentado proposta de preço contendo sobrepreço, aproveitando-se de erro cometido pela Administração Pública ao definir uma planilha orçamentária contendo sobrepreço, concorreu para que o dano ao erário ocorresse. Nesse caso, a sua responsabilização como pessoa jurídica contratada é objetiva.

144. Em face de a Prefeitura Municipal de Cuiabá ter liquidado e não pago parte do valor faturado pela empresa, considerando a solidariedade na responsabilidade pelo superfaturamento por preços no valor total de **R$ 164.462,72** (cento e sessenta e quatro mil quatrocentos e sessenta e dois reais e setenta e dois centavos), entendo que o valor do dano pode ser descontado de eventuais pagamentos a serem realizados, referentes ao saldo de **R$ 1.082.068,62**.

145. Além disso, uma multa proporcional ao dano ao erário pode e deve ser aplicada à empresa contratada, tendo em vista que ela concorreu na execução da irregularidade que acarretou prejuízo aos cofres municipais. Nesse sentido, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

> TOMADA DE CONTAS SIMPLIFICADA. SUPERFATURAMENTO E PAGAMENTOS IRREGULARES EM CONTRATO DE EXECUÇÃO DE OBRAS. OUTRAS IRREGULARIDADES DE MENOR GRAVIDADE. CONTAS IRREGULARES E DÉBITO PARA ALGUNS RESPONSÁVEIS. REGULARES PARA OUTROS. CIÊNCIAS
>
> (…)
>
> No mesmo contexto, **diante do recebimento por valores indevidos, a contratada deve ter suas contas julgadas irregulares com condenação em débito e multa**. Regularmente citada, a empresa CeC Construções Ltda. não apresentou qualquer elemento de defesa e deve, portanto, ser declarada revel,

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

nos termos do § 3ºdo art.12 da Lei n.º 8.443/1992. (grifei)

(TCU 01537220061, Relator: ANA ARRAES, Data de Julgamento: 14/04/2015).

146. Quanto à dosimetria da multa a ser aplicada à **Topázio Construções e Saneamento Ltda**, entendo que deve ser a máxima prevista, de 10 % (dez porcento) sobre o valor atualizado do dano, pelo fato de a empresa possuir profissionais de engenharia, conhecedores profundos dos valores de mercado e, mesmo assim, ter aproveitado a falha da Administração Pública e apresentar proposta contendo sobrepreço, o que foi decisivo para a ocorrência de superfaturamento, com fundamento no art. 23 da LO/TCE-MT e no art. 7º da Resolução Normativa n.º 17/2016 deste Tribunal.

147. Por todo o exposto, entendo que o dano ao erário, consistente no superfaturamento apontado pela Secex Obras, foi corretamente calculado, bem como foi devidamente imputada a responsabilidade ao Sr. **Quidauguro Marino Santos da Fonseca**, solidariamente à empresa **Topázio Construções e Saneamento Ltda**, que devem ser condenados à restituição do valor de **R$ 164.462,72** (cento e sessenta e quatro mil quatrocentos e sessenta e dois reais e setenta e dois centavos), à Prefeitura Municipal de Cuiabá/MT, em decorrência do superfaturamento por preços no **Contrato nº 4373/2012**, consumado até a data do último pagamento ocorrido em **18/12/2012**, de acordo com artigos 189, § 2º, e 195, ambos do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o artigo 2º, § 2º, da Resolução Normativa n.º 17/2016 do TCE/MT.

148. Em relação ao superfaturamento por quantidade, entendo ter sido afastado pelas alegações de defesa apresentadas pelos fiscais da obra, Srs. **Enedino Antunes Soares e Gervásio Madal de Assis**, em concordância com a análise de defesa realizada pela Secex Obras e com o parecer do Ministério Público de Contas.

149. Por fim, acompanhando o parecer do Ministério Público de Contas, entendo que os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público Estadual para que este adote as medidas de sua competência que entender pertinentes, em atenção ao disposto no artigo 196 c/c o art. 194, incisos II e III, ambos do Regimento Interno deste Tribunal.

VOTO

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

150. Diante do exposto, com base no artigo 16 e seguintes da Lei Orgânica deste Tribunal, no mérito, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas n.º 4.200/2019 (Documento Digital nº 199017/2019), da lavra do Procurador Gustavo Coelho Deschamps e **voto no sentido de:**

a) Julgar IRREGULAR a Tomada de Contas Ordinária, relativa ao Contrato nº 4373/2012 de responsabilidade do Sr. **Quidauguro Marino Santos da Fonseca**, ex-Secretário de Infraestrutura do Município de Cuiabá/MT, conforme o previsto no art. 23 da LO/TCE-MT e no art. 194, II, do RI/TCE-MT;

b) CONDENAR o espólio do Sr. **Quidauguro Marino Santos da Fonseca** e a empresa **Topázio Construções e Saneamento Ltda, de forma solidária**, a **RESTITUIR AO ERÁRIO DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ o valor de R$ 164.462,72** (cento e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e setenta e dois centavos), devidamente atualizado a partir de **18/12/2012** (data do último pagamento realizado), nos termos do disposto no art. 23 e 72 da LO/TCE-MT e no art. 195 do RI/TCE-MT;

c) DETERMINAR à Prefeitura Municipal de Cuiabá-MT que, em eventual pagamento que seja realizado à empresa **Topázio Construções e Saneamento Ltda**, referente a **saldo financeiro** decorrente da execução do **Contrato nº 4373/2012**, efetive o desconto do valor a ser restituído, devidamente atualizado, e informe a este Tribunal para que registre a baixa do débito;

d) APLICAR MULTA PROPORCIONAL AO DANO à empresa **Topázio Construções e Saneamento Ltda** no percentual de 10 % (dez por cento) devidamente corrigido, com fundamento nos arts. 23 e 75, inciso II, ambos da LO/TCE-MT, no inciso I do art. 286 do RI/TCE-MT e no art. 7º da Resolução Normativa nº 17/2017 do TCE/MT;

e) NÃO APLICAR MULTA proporcional ao dano ao **espólio do Sr. Quidauguro Marino Santos da Fonseca**, em razão da natureza personalíssima da sanção;

f) ENCAMINHAR cópia dos autos ao Ministério Público do Estado de

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO
João Batista de Camargo Jr
Telefone: (65) 3613-7503
e-mail: gab.joaobatista@tce.mt.gov.br

Mato Grosso para que adote as medidas cíveis e/ou penais que entender necessárias relação aos atos praticados pelos responsáveis, conforme disposto no artigo 196 c/c o art. 194, incisos II e III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

É como voto.

Cuiabá/MT, 28 de novembro de 2019.

(assinatura digital)[6]
JOÃO BATISTA DE CAMARGO JÚNIOR
Conselheiro Interino
(Portaria nº 127/2017, DOC TCE/MT de 18/09/2017)

[6] Documento firmado por assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006 e ção Normativa Nº 9/2012 do TCE/MT.