



PROCESSO : 843-5/2016 (AUTOS DIGITAIS)
PRINCIPAL : PREFEITURA MUNICIPAL DE BARÃO DE MELGAÇO
ASSUNTO : RECURSO ORDINÁRIO (ACÓRDÃO nº 105/2018 – PC)
ORIGEM : REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA
RECORRENTES : RAFAEL GIMENEZ SIQUEIRA GONÇALVES
: J. RODRIGUES & CIA LTDA ME
ADVOGADOS : TASSIO V. G. AZEVEDO – OAB/MT 13.948
: FLÁVIO JOSÉ FERREIRA – OAB/MT 3.574
: JOSEMAR HONÓRIO BARRETO JR. - OAB/MT 8.578
RELATOR : CONSELHEIRO GONÇALO DOMINGOS DE CAMPOS NETO
OS ELETRÔNICA : MANUAL (CONTROL-P)
ANALISTA : CARLOS ALEXANDRE PEREIRA

Senhor Secretário,

Trata-se de **Recurso Ordinário**¹ impetrado pelos recorrentes acima relacionados, em face do **Acórdão nº 105/2018-PC**, que julgou a Representação de Natureza Externa, formulada pela Câmara Municipal de Barão de Melgaço, acerca de possíveis irregularidades na Tomada de Preços nº 01/2014 e na Carta Convite nº 04/2014, determinando a restituição de valores e aplicando multas.

Dispõe a decisão ora combatida, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 105/2018 – PC

Resumo: PREFEITURA E CÂMARA MUNICIPAL DE BARÃO DE MELGAÇO. REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA ACERCA DE IRREGULARIDADES NA CARTA CONVITE Nº 04/2014. JULGAMENTO PELA PARCIAL PROCEDÊNCIA. RESTITUIÇÃO DE VALORES AOS COFRES PÚBLICOS. APLICAÇÃO DE MULTAS. ENCAMINHAMENTO DE CÓPIA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº **843-5/2016**.

¹ DOCUMENTO EXTERNO Doc. Nº 209992/2021; Doc. Nº 209999/2021.



ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 1º, XV, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), c/c o artigo 30-E, IX, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, acompanhando o voto da Relatora e de acordo com o Parecer nº 719/2018 que ratificou integralmente o Parecer nº 2.863/2016, ambos do Ministério Público de Contas em, preliminarmente, conhecer e, no mérito, julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a Representação de Natureza Externa acerca de irregularidades na Tomada de Preços nº 01/2014 e na Carta Convite nº 04/2014, formulada pela Câmara Municipal de Barão de Melgaço (...); **determinando** aos Srs. **Antônio Ribeiro Torres** (CPF nº 034.501.801-00) e **Rafhael Gimenez Siqueira Gonçalves** (CPF nº 740.828.681-00) - pela irregularidade JB 02, de natureza grave, em razão do pagamento de despesas com valores superiores aos praticados no mercado, e à empresa **J. Rodrigues & Cia Ltda-ME** (CNPJ nº 11.147.301/0001-69) - pela irregularidade JB 99, de natureza grave, devido ao recebimento desse valor, que **restituem** aos cofres públicos municipais, de forma solidária, o **valor de R\$ 155.258,85**, corrigido monetariamente pelo IPCA desde 17-11-2015, data da assinatura do 4º Termo Aditivo do Contrato nº 50/2014; e, ainda, nos termos do artigo 75, III, da Lei Complementar nº 269/2007, c/c o artigo 286, II, da Resolução nº 14/2007, e artigos 3º, II, "a", e 7º da Resolução Normativa nº 17/2016, **aplicar** as seguintes multas:

- 1)** aos Srs. Antônio Ribeiro Torres e Raphael Gimenez Siqueira Gonçalves, pela irregularidade JB 02; e à empresa J. Rodrigues & Cia. Ltda-ME, pela irregularidade JB 99, para cada um, a **multa** de **10%** sobre o valor do dano ao erário;
- 2)** ao Sr. Gonçalo Brandão de Arruda (CPF nº 970.727.611-87) as **multas** a seguir relacionadas, que totalizam **12 UPFs/MT**: **a)** 6 UPFs/MT pela irregularidade GB 13, de natureza grave, por habilitar empresa licitante sem que tenha cumprido os requisitos estabelecidos no edital de licitação; e, **b)** 6 UPFs/MT pela irregularidade HB 05, de natureza grave, por convocar empresa licitante sem que tenha cumprido os requisitos estabelecidos no edital de licitação;
- 3)** aos Srs. Paulo dos Santos Barros Gonçalves (CPF nº 536.612.221-49) e Enilson Albuquerque de Arruda (CPF nº 855.277.851-34) a **multa** de **6 UPFs/MT**, para cada um, pela irregularidade GB 13, de natureza grave, por habilitar empresa licitante sem cumprir os requisitos estabelecidos no edital de licitação;
- 4)** ao Sr. Antônio Ribeiro Torres as **multas** a seguir relacionadas, que totalizam **24 UPFs/MT**: **a)** 6 UPFs/MT pela irregularidade HB 14, de natureza grave, em razão das alterações contratuais acima do limite previsto em lei, mitigado por meio de compensação de valores oriundos de decréscimos; **b)** 6 UPFs/MT pela irregularidade HB 06, de natureza grave, em razão do início da obra sem projeto estrutural e sem projeto de fundações; **c)** 6 UPFs/MT pela irregularidade HB 08, de natureza grave, em razão da não aplicação de sanção administrativa à empresa contratada em razão da inexecução do contrato; e, **d)** 6 UPFs/MT pela irregularidade HB 99, de natureza grave, em razão da alteração do projeto básico sem a devida justificativa que revelasse a adequação técnica; e,
- 5)** ao Sr. Rafael Gimenez Siqueira Gonçalves (CPF nº 740.828.681-00) as **multas** a seguir relacionadas, que totalizam **12 UPFs/MT**: **a)** 6 UPFs/MT pela irregularidade HB 14, de natureza grave, em razão das alterações contratuais acima do limite previsto em lei, mitigado por meio de compensação de valores oriundos de decréscimos; e, **b)** 6 UPFs-MT pela irregularidade HB 99, de natureza grave, em razão da alteração do projeto básico sem a devida justificativa que revelasse a adequação técnica. (...)



1. INTRODUÇÃO

Como se depreende do julgado acima, o **Acórdão nº 105/2018-PC** julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a Representação de Natureza Externa, aplicando multa aos recorrentes, e ainda determinando que **restituam** aos cofres públicos, de forma solidária, o valor de **R\$ 155.258,85**, corrigido monetariamente pelo IPCA, em razão do pagamento de despesas com valores superiores aos praticados no mercado.

Registre-se que o Recurso Ordinário está estabelecido no Capítulo X, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno), em seu artigo nº 270 e seguintes, onde são estabelecidos os requisitos subjetivos (parte legítima para ingressar com a referida medida), bem como os requisitos objetivos (tempestividade e forma para o seu ingresso).

2. SÍNTESE DO PEDIDO

Manifestação do Recurso do Sr. Rafael Gimenez Siqueira Gonçalves (doc. nº 209992/2021)

O Recorrente alega que só está sendo penalizado por ter sido considerado como fiscal de contrato de forma equivocada e supõe uma inexistente extinção da pretensão punitiva.

O mesmo informa por meio de documentos, como portarias, que não era o fiscal de contratos da Prefeitura Municipal de Barão de Melgaço referentes nos contratos em análise.

E, comprova que essa função era exercida pelo Secretário de Infraestrutura do Município, Sr. Joelson Espírito Santo Botelho, conforme a designação da Portaria nº 043/2015.



Manifestação do Recurso da Empresa J. Rodrigues & Cia Ltda ME (doc. nº 209999/2021)

O recorrente sustenta que os argumentos de sua defesa não foram analisados e debatidos.

Alega que todos os fatos noticiados nos aludidos subcapítulos “II.B”, “II.C”, “II.D”, “II.E” da sua manifestação não foram analisados pela Corte de Contas, arrazoa que a argumentação aduzida da sua manifestação não foi analisada e nem debatida.

3. ANÁLISE DO PEDIDO

3.1. Requisitos de admissibilidade

O Recurso Ordinário foi submetido ao exame de admissibilidade feitos pelo Exmo. Conselheiro Gonçalo Domingos de Campos Neto, Relator do feito, conforme assentado **às fls. 1 a 2 da DECISÃO Nº Doc. 231422/2021**, acolhendo-os **nos efeitos devolutivo e suspensivo**, presentes também os requisitos subjetivos e objetivos de cabimento.

3.2. Mérito do Recurso

Como o recorrente afirma que há omissão no julgamento do referido acórdão e requer que a Corte de Contas se manifeste novamente sobre os argumentos contidos em sua manifestação, esta equipe técnica analisará os argumentos contidos no **DOCUMENTO EXTERNO Doc. Nº 235218/2018**.



Achado: JB 99 - Irregularidade referente a Contratos não contemplada em classificação específica na Resolução Normativa nº 17/2010 - TCE- MT. **Recebimento irregular de pagamentos em razão de sobrepreço por preço e quantidade** (item 4.1.3).

Foi alegado pela equipe técnica, o superfaturamento por PREÇO E QUANTIDADE.

3.2.1 Análise referente ao superfaturamento por quantidade

Veja-se a análise feita sobre o apontamento:

“Os itens 1.006 e 1,007 estavam com duplicidade com o item 2.001.006. Sendo assim, os primeiros foram considerados pagos e não executados.”

ITEM	DESCRIÇÃO
1.006	COMPACTACAO MECANICA. SEM CONTROLE DO GC (C/ COMPACTADOR PLACA 400 KG)
1.007	MATERIAL P/ ATERRO/REATERRO (BARRO, ARGILA OU SAIBRO) COM TRANSPORTE ATÉ 10 KM (PARA ATERRO DO TERRENO)
2.001.006	ATERRO APILOADO (MANUAL) EM CAMADAS DE 20CM COM MATERIAL DE EMPRÉSTIMO - CAIXÃO DE OBRA

No entanto, percebe-se tratar de situações distintas, pois o item 1.006 diz respeito ao serviço de compactação mecânica, ao passo que o item 1.007 é referente ao material e o transporte utilizado para o aterro, diferente do item 2.001.006 que trata de aterro apilado manual com especificações distintas.

Portanto, não houve duplicidade de pagamento nos itens supracitados.

No que diz respeito ao pagamento por serviços supostamente não realizados, cujo cálculo feito pela Equipe de Auditoria excluiu a aplicação do concreto armado, a metragem do piso cerâmico e a área de pavimento Inter Travado, aduzindo que somente seria possível de execução a quantia de 83,97 m2.



“Quanto ao item abaixo descrito, considerando a área do terreno e calçadas e subtraindo dessa metragem a área do piso cerâmico e a área do pavimento Inter travado (paver)2, resta o quantitativo passível de execução de 83,97 m2, quantidade que foi considerada como executada e regularmente paga.”

“(1470m²-1100,95m²-285,08m²) = 83,97m² (área possível para calçada e rampas de acesso)”

Porém, o recorrente alega que o revestimento de piso cerâmico somente pode ser assentado sobre uma base de concreto, pois inexistente qualquer condição técnica que permite este tipo de material ser assentado de maneira diferente daquele descrito no projeto básico.

Além disso, o recorrente alega que a área de pavimento Inter Travado também deve ser revestida pelo mesmo material.

Deste modo, **resta afastado o superfaturamento por quantidade.**

Para verificar o eventual prejuízo foram utilizados os valores dispostos no anexo 4 do Relatório Preliminar.

Deste modo, conforme análise desta equipe foi indevidamente contabilizado os seguintes itens:

ITENS	DESCRIÇÃO	VALOR APURADO
1.006	COMPACTACAO MECANICA. SEM CONTROLE DO GC (C/ COMPACTADOR PLACA 400 KG)	R\$ 4.040,67
1.007	MATERIAL P/ ATERRO/REATERRO (BARRO, ARGILA OU SAIBRO) COM TRANSPORTE ATÉ 10 KM (PARA ATERRO DO TERRENO)	R\$ 33.009,53
10.001	PAVIMENTO INTERTRAVADO (PAVER) NA COR CINZA – DIMENSÕES 10 X 20 X 06 CM - ASSENTADO SOBRE CAMADA DE AREIA GROSSA E AREIA FINA	R\$ 2.346,40
10.001	PAVIMENTO INTERTRAVADO (PAVER) NA COR CINZA – DIMENSÕES 10 X 20 X 06 CM - ASSENTADO SOBRE CAMADA DE AREIA GROSSA E AREIA FINA	R\$ 1.935,78
10.002	REGULARIZACAO DE PISO/BASE EM ARGAMASSA TRACO 1:3 (CIMENTO E AREIA), ESPESSURA 2,0CM, PREPARO MANUAL	R\$ 13.707,24



10.006	CONCRETO ARMADO, FCK=20 MPA, e=7cm, COM ACABAMENTO DESEMPOLADO PARA CALÇADA EXTERNA E RAMPAS DE ACESSO, INCLUSIVE ARMAÇÃO DE COMPOSIÇÃO DE AÇO CA60, 5,0 MM, A CADA 20 CM NAS DUAS DIREÇÕES E JUNTAS DE DILATAÇÃO PLÁSTICA PARA REQUADROS – VIDE MEMORIAL DESCRITIVO	R\$ 34.547,66
	TOTAL	R\$ 89.587,28

Como informado anteriormente, o **Acórdão nº 105/2018-PC** determinou que **restituem** aos cofres públicos o valor de **R\$ 155.258,85**, em razão do pagamento de despesas com valores superiores aos praticados no mercado.

Deste valor de **R\$ 155.258,85** (sobrepço de preço e quantidade), deve ser abatido o valor indevidamente contabilizado de **R\$ 89.587,28** (sobrepço de quantidade), restando, portanto, o valor de **R\$ 65.671,57** (possível sobrepço de preço).

3.2.2 Análise referente ao superfaturamento por preço

Segundo a defesa, a Administração realizou **realinhamento** dos quantitativos e dos preços da planilha orçamentária, com vistas a **readequação** do projeto original licitado, a realidade e exigências legais.

Também pode ser verificado que o custo final da obra contratado pela Administração por meio do Contrato nº 050/2014, R\$ 1.490.742,94, é **inferior ao valor do preço trazido no Termo de Referência** na Tomada de Preços nº 001/2014 que apresentou estimativa de R\$ 1.491.073,13.



Segundo Marçal Justen Filho², a **equação econômico-financeira** do contrato administrativo deve ser compreendida de forma **ampla**.

Significa que o equilíbrio da equação deve levar em conta, de um lado, o conjunto dos encargos previstos no edital (i.e., todos os encargos) e, de outro, o conjunto de vantagens que o particular previu em sua proposta (i.e., todos os aspectos da remuneração, tais como prazos e forma de pagamento).

Não é por outro motivo, afinal, que a norma **constitucional** que garante essa **intangibilidade** (art. 37, inc. XXI) impondo o respeito às condições efetivas da proposta oferecida pelo particular.

Não se olvida que o Direito consagra a mutabilidade dos contratos administrativos. Todavia, é certo que essa característica opera somente com relação às cláusulas regulamentares. No tocante às cláusulas **financeiras** dessas contratações, opera a **intangibilidade**.

Não fosse assim, o risco assumido pelos particulares que contratam com o Poder Público seria de tal ordem que **inviabilizaria a formulação de propostas** condizentes com os preços correntes de mercado. Toda contratação administrativa abrangeria a álea extraordinária – o que inclui tanto a álea administrativa (derivada da atuação da Administração contratante, por fato da Administração, ou do Poder Público de modo geral, por fato do príncipe), quanto a álea econômica (derivada de circunstâncias imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis e externas ao contrato, alheias à vontade das partes, que ensejam a aplicação da teoria da imprevisão), conforme leciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. Direito Administrativo, 19ª ed., Atlas, 2006, p. 280 e seguintes.

² MARÇAL JUSTEN FILHO. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 718, 12ª ed., Dialética, 2008



A busca da Administração pelo **preço mais vantajoso restaria frustrada** pela provável postura defensiva (e legítima) dos particulares, que formulariam propostas com preços tão elevados quanto necessário para evitar, além dos riscos normais às atividades empresariais e ao mercado (álea ordinária), os riscos extraordinários e imprevisíveis. Haveria um acréscimo automático e indesejado nos custos de transação.

Assim, “É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a **ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração**. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.”³

Acerca do direito ao equilíbrio econômico-financeiro de ambas as partes, professora Niebuhr (2013, p. 883):

Os **contratados** costumam invocar com mais frequência o **direito ao equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, porque os **insumos** utilizados por eles e os seus custos em geral são **frequentemente majorados**, o que confere a eles o direito à majoração da contraprestação devida pela Administração.

Cumprе salientar que, ainda que ausente a previsão contratual ou editalícia não prejudicaria a aplicação do restabelecimento, uma vez que, esta regra tem natureza ou **origem na própria norma constitucional**.

Acerca da previsão contratual, professora Justen Filho que “o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional. Portanto, a **ausência de previsão ou de autorização é irrelevante**”.

³ MARÇAL JUSTEN FILHO. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 718, 12ª ed., Dialética, 2008



A partir dessa reflexão, cumpre salientar que a inteligência que trata o equilíbrio econômico-financeiro vem para tutelar o direito insculpido na própria Constituição Federal. Desta forma não vem ao caso à lembrança ou a boa vontade da Administração, devendo o mesmo respeitar o direito adquirido pelo contratado.

Para colher **elementos** para uma **eventual condenação ressarcitória**, portanto, deve-se ter uma **análise minuciosa** com base no **valor de mercado** dos itens, pois as contratações de serviços contínuos com vigência superior a um ano, podem **sofrer variações de preço** devido a fatos previsíveis, porém de **consequências incalculáveis**, com base da **teoria da imprevisibilidade**.

Para o TCU, Acórdão TCU 1.377/2021 – Plenário, **não** é possível imputar débito com base em **sobrepço** de itens isolados da **planilha** contratual.

A aferição quanto à **adequabilidade do preço** contratado deve perpassar por uma **avaliação mais abrangente da avença**, permitindo-se, em geral, compensações de itens com sobrepço e itens com subpreço.

Portanto, **não** deverá ser promovida a **avaliação de dano** ao erário com base meramente em **valores tabelados**, e sim uma **real análise de mercado**.

Ressalte-se também que “**a boa-fé se presume; a má-fé se prova**”.

Logo, se não houver prova no sentido de que existiu a má-fé, a existência da boa-fé é presumida. Trata-se de um dos princípios gerais do direito.

Desse modo, é **desproporcional** e inadequada a determinação para que se restitua valores aos cofres municipais.



Isso posto, conclui-se que o valor do **suposto dano ao erário encontra-se desprovido de fundamentação**, sendo, portanto, necessário **afastar a irregularidade apontada, bem como afastar a restituição do montante de R\$ 155.258,85 e a multa de 10% sobre o valor do dano ao erário.**

3.2.3 Análise referente a responsabilização do fiscal de contrato

Na peça recursal, o recorrente informa que o Prefeito designou na Portaria nº 43 de 08/04/2015, o Sr. Joelson Espírito Santo Botelho para exercer a função de Fiscal e Gestor de Contratos da Secretaria Municipal de Infraestrutura Viação e Obras. Posteriormente, na Portaria nº 22 de 23 de fevereiro de 2016, foi designado para essas funções o Sr. Robson Lucio Taques (página 12 e 13 do doc. nº 209992/2021).

Assim, considerando-se que existe uma diferença entre as funções de Engenheiro Civil responsável pela fiscalização de execução de obras municipais e de fiscal de contrato formalmente designado, resta claro que o Sr. Raphael Gimenez Siqueira Gonçalves não pode ser responsabilizado por atribuições que não são inerentes ao âmbito de suas competências.

Logo, sugere-se a Corte de Contas determinar a exclusão do recorrente do polo passivo do processo em tela devido à ausência de competência nas irregularidades apontadas, já que ele não era o fiscal de contrato designado pela Prefeitura e, portanto, não tinha poder de decisão sobre as alterações contratuais, sobre os aditivos contratuais, sobre o equilíbrio financeiro e sobre a ordenação de despesa.

Assim sendo, deve-se afastar a responsabilidade do Sr. Raphael Gimenez Siqueira Gonçalves, afastando o ressarcimento aos cofres públicos do valor de R\$ 155.258,85, atualizados, e isentando-o da multa de 10% sobre o valor do dano ao erário no item 1 e das multas no total de 12 UPFs-MT no item 5 do Acórdão nº 105/2018 – PC.



Dessa forma, pela exposição de todos os argumentos, conclui-se pelo **provimento do recurso** com a exclusão da responsabilidade solidária de ressarcimento do Sr. Raphael Gimenez Siqueira Gonçalves, multas e demais penalidades constantes no **Acórdão nº 105/2018 – PC**.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se pela procedência das justificativas apresentadas pelos recorrentes e, **no mérito**, pelo **PROVIMENTO** do recurso para reformar o **Acórdão nº 105/2018 – PC; afastando a restituição** do montante de **R\$ 155.258,85** e a **multa de 10%** sobre o valor do dano ao erário (item 1), expandindo seus efeitos a todos os responsáveis. Sugere-se ainda, o afastamento total da responsabilidade do Sr. Raphael Gimenez Siqueira Gonçalves, isentando-o das multas no total de **12 UPFs-MT (item 5)**.

Ressalte-se que, permanecem inalterados as demais determinações e recomendações legais do acórdão atacado.

É o relatório, que se submete à apreciação superior.

Secretaria de Controle Externo de Recursos do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, **em 01 de dezembro de 2021**.

(assinatura digital)

Carlos Alexandre Pereira
Auditor Público Externo