

PROCESSO Nº:	REC-17/00567672
UNIDADE GESTORA:	Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional - Laguna
RESPONSÁVEL:	Mauro Vargas Candemil
ASSUNTO:	Recurso de Reconsideração da Deliberação exarada no processo TCE-15/00152401
PARECER Nº:	DRR - 028/2018

Recurso de Reconsideração. Preliminar. Prescrição. Código Civil. Prazo Decenal. Inocorrência.

Esta Corte de Contas tem entendimento pacífico de que, ante a ausência de lei específica que regule a prescrição dos atos praticados pela Administração Pública, deve ser adotado o prazo geral contido no Código Civil.

Recurso de Reconsideração. Preliminar. Ilegitimidade Passiva. Inocorrência.

O Ordenador de despesa que pratica diretamente os atos deve responder por eventuais irregularidades.

Contrato Administrativo. Execução. Preços Excessivos. Dano ao erário. Débito.

A execução do contrato administrativo por preços acima de mercado caracteriza dano ao erário, com imputação de débito aos responsáveis.

Contrato Administrativo. Execução. Serviços não realizados. Pagamento. Dano ao Erário. Débito.

Na execução do contrato administrativo, o pagamento de serviços não realizados caracteriza dano ao erário, com imputação de débito aos responsáveis

Senhora Diretora,

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Recurso de Reconsideração em face do Acórdão nº 0315/2017, proferido na Sessão Ordinária do dia 28 de junho de 2017, nos autos TCE 15/00152401, que versa sobre Tomada de Contas Especial, Conversão do Processo REP-15/00152401 - Representação de Agente Público acerca de supostas irregularidades no procedimento licitatório e contrato referente à obra na EEB Álvaro Catão, CT-00101/2008/SDR19.

Ao apreciar as contas, decidiu o E. Tribunal Pleno julgá-las irregulares, com imputação de débitos e aplicação de multas. Consta do Acórdão:

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, em:

6.1. Julgar irregulares, com imputação de débito, com fundamento no art. 18, inciso III, alíneas "b" e "c", c/c o art. 21, caput, da Lei Complementar n. 202/2000, as contas pertinentes a presente Tomada de Contas Especial, que trata de irregularidades constatadas em função de Representação encaminhada a este Tribunal de Contas pela Secretaria de Estado da Fazenda, decorrente de auditoria interna especial em obras realizada pela Gerência de Auditoria de Licitações e Contratos, da Diretoria de Auditoria Geral da SEF, no Contrato n. CT-00101/2008/SDR19, referente à execução de obras emergenciais na Escola Álvaro Catão, no Município de Imbituba, oriundo da Dispensa de Licitação n. 067/2008 e condenar os Responsáveis a seguir discriminados ao pagamento de débitos de sua responsabilidade, fixando-lhes o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação deste Acórdão no Diário Oficial Eletrônico desta Corte de Contas, para comprovarem, perante este Tribunal, o recolhimento dos valores dos débitos aos cofres do Estado, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros legais (arts. 40 e 44 da Lei Complementar n. 202/2000), calculados a partir das datas de ocorrência dos fatos geradores dos débitos (08/06/2009, data da última medição realizada), ou interpor recurso na forma da lei, sem o quê, fica desde logo autorizado o encaminhamento da dívida para cobrança judicial (art. 43, II, da Lei Complementar n. 202/2000):

6.1.1. Condenar, SOLIDARIAMENTE, os Srs. MAURO VARGAS CANDEMIL – Secretário Executivo de Desenvolvimento Regional de Laguna à época, inscrito no CPF sob n. 009.891.779-04; RAFAEL DUARTE FERNANDES – Fiscal das Obras, inscrito no CPF sob n. 026.883.969-78; e da EMPRESA ESE CONSTRUÇÕES LTDA., inscrita no CNPJ sob n. 83.805.101/0001-67, as seguintes quantias:

6.1.1.1. R\$ 296.719,26 (duzentos e noventa e seis mil, setecentos e dezenove reais e vinte e seis centavos), por existência de sobrepreço no orçamento, que gerou superfaturamento no decorrer da obra, em função dos preços unitários do orçamento básico estarem acima dos preços referenciais, no caso a tabela do DEINFRA, contrariando o princípio da economicidade previsto no art. 70, caput, da Constituição Federal, com base no §2º do art. 25 da Lei n. 8.666/1993 (item 2.2.2 do Relatório DLC n. 222/2015, Anexo 6 do Relatório de Auditoria n. SEF 045/2009 (fs. 75 a 77) e item 2.3 do Relatório DLC n. 116/2016);

6.1.1.2. R\$ 23.796,80 (vinte e três mil, setecentos e noventa e seis reais e oitenta centavos), por medição/pagamento por serviços não prestados no Contrato n. CT-00031/2008/SDR19, referente à não execução dos projetos preventivo de incêndio e rede lógica, contrariando os arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964 (item 2.4 do Relatório DLC).

6.2. Aplicar ao Sr. RAFAEL DUARTE FERNANDES – Fiscal das Obras, já qualificado, com fundamento no art. 70, II, da Lei Complementar n. 202/2000 c/c o art. 109, II, do Regimento Interno, a multa abaixo discriminada, fixando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação deste Acórdão no Diário Oficial Eletrônico desta Corte de Contas, para comprovar ao Tribunal o recolhimento da multa ao Tesouro do Estado, ou interpor recurso na forma da lei, sem o quê, fica desde logo autorizado o encaminhamento da dívida para cobrança judicial, observado o disposto nos arts. 43, II, e 71 da Lei Complementar n. 202/2000.

6.2.1. R\$ 3.000,00 (três mil reais), em face da incompatibilidade entre os serviços executados e o memorial descritivo, em função de falhas construtivas detectadas, descumprindo os arts 67, 69 e 76 da Lei n. 8.666/1993 (itens 2.3 do Relatório de Auditoria n. SEF 50/2010 e 2.5 do Relatório DLC n. 116/2016).

6.3. Dar ciência deste Acórdão, do Relatório e Voto do Relator que o fundamentam, bem como dos Relatórios DLC ns. 116 e 529/2016, aos Responsáveis nominados no item 3 desta deliberação, à Secretaria de Estado da Fazenda, ao seu Controle Interno e às procuradoras constituídas nos autos.

Irresignado com o teor do Acórdão, o Senhor Mauro Vargas Candemil, através de procurador, ingressou com o presente Recurso de Reconsideração, buscando a reforma da deliberação do E. Tribunal Pleno.

2. ANÁLISE

2.1 Pressupostos de admissibilidade

O processo que deu origem ao Acórdão nº 0315/2017, ora recorrido, trata de Tomada de Contas Especial. Logo, o manejo do Recurso de Reconsideração é o adequado para buscar a reforma do decisório, consoante disposto no art. 77, da Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000 e art. 136, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Mencionado Acórdão foi publicado no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas – DOTC-e nº 2230, do dia 28 de julho de 2017, e o Recurso de Reconsideração protocolado no dia 14 de agosto de 2017. Assim, verifica-se o cumprimento da tempestividade, uma vez que, o Recurso foi interposto no trintídio legal, atendendo ao disposto no art. 77, da Lei Complementar nº 202/2000.

Também foram cumpridos os requisitos da legitimidade do Recorrente, que figura na condição de Responsável no processo, e o da singularidade da peça recursal.

Considerando que não foi anexado o instrumento de procuração do Recorrente, a critério do Relator, poderá ser efetuada diligência fixando-se prazo para juntada do respectivo documento.

Ultrapassada essa questão, pode o Relator, por decisão monocrática, consoante disposto no art. 27, § 1º, da Resolução nº TC-09/2002, com a redação dada pelo art. 6º, da Resolução nº TC-05/2005¹, deliberar por conhecer o Recurso de Reconsideração ante a constatação do preenchimento dos requisitos de admissibilidade, atribuindo-lhe efeito suspensivo.

¹ Art. 27. Os recursos protocolizados no Tribunal serão encaminhados à DIPRO para autuação na forma do art. 6º desta Resolução e, posteriormente, à Diretoria de Recursos e Reexames (DRR) para exame de admissibilidade e de mérito das modalidades previstas nos incisos I a III do art. 135 e no art. 142, ambos do Regimento Interno. § 1º No exame de admissibilidade serão analisados os aspectos da tempestividade, singularidade e legitimidade, observado o seguinte:

I - procedido ao exame da admissibilidade e constatado o não-preenchimento dos requisitos previstos no § 1º, o processo será encaminhado ao Relator, após manifestação da Procuradoria-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para, mediante despacho singular, conhecer ou não do Recurso, devendo declarar expressamente, no caso de conhecimento, que recebe o recurso no efeito suspensivo;

2.2. Da análise do mérito

Conforme consta do Acórdão recorrido, foram imputados débitos ao Recorrente em face da existência de sobrepreço no orçamento, que gerou superfaturamento no decorrer da obra, em função dos preços unitários do orçamento básico estarem acima dos preços referenciais, no caso a tabela do DEINFRA, contrariando o princípio da economicidade previsto no art. 70, caput, da Constituição Federal, com base no §2º do art. 25, da Lei n. 8.666/1993, e pela medição/pagamento por serviços não prestados no Contrato n. CT-00031/2008/SDR19, referente à não execução dos projetos preventivo de incêndio e rede lógica, contrariando os arts. 62 e 63, da Lei n. 4.320/1964.

O Recorrente, após breve resumo dos fatos, invoca as preliminares de prescrição e de ilegitimidade passiva e, no mérito, defende que os orçamentos foram elaborados adequadamente e que houve a entrega dos projetos preventivo contra incêndio e de rede lógica.

Ao final, requer seja declarada a prescrição e reconhecida a ilegitimidade passiva e, no mérito, sejam acolhidas as razões para reformar o Acórdão recorrido para considerar regulares os atos praticados, sem aplicação de qualquer penalidade.

Requer, ainda, a produção de todas as provas em direito admitidas, em especial, a juntada de documentos que ainda não foram disponibilizados pela SDR Laguna e a realização de perícia e levantamento de dados junto a empresas da região para identificar os valores de mercado, à época.

2.2.1. Da preliminar de prescrição

Aduz o Recorrente que os atos administrativos de elaboração do orçamento básico da obra ocorreram antes de dezembro de 2008 e que em 08 de junho de 2009 foram finalizados todos os serviços contratados.

Menciona que a sua citação ocorreu somente em novembro de 2015 e nesse sentido decaiu o direito da Administração e dos órgãos de controle de rever os atos do objeto, citando o Código de Processo Civil e as Leis nº 4.717/65, 9.784/99 e 9.873/99 além da doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello.

Ao final, requer seja declarada a prescrição.

Não assiste razão ao Recorrente.



No que tange à imputação de débito, que é o caso em discussão, esta Corte de Contas tem firme entendimento no sentido da sua imprescritibilidade quando caracterizado dano ao erário, conforme reiteradas decisões, ratificado no art. 3º, I, da Resolução nº TC 100/2014, que estabelece:

Art. 3º A aplicação do art. 24-A da Lei Complementar (estadual) n. 202/2000 será afastada nas seguintes hipóteses:

I - incidência do art. 37, §5º, da Constituição Federal nos processos em que for caracterizado dano ao erário, conforme dispõem os arts. 15, §3º, 18, inciso III e §2º, e 32 da Lei Complementar (estadual) n. 202/2000;

Art. 27. Os recursos protocolizados no Tribunal serão encaminhados à DIPRO para autuação na forma do art. 6º desta Resolução e, posteriormente, à Diretoria de Recursos e Reexames (DRR) para exame de admissibilidade e de mérito das modalidades previstas nos incisos I a III do art. 135 e no art. 142, ambos do Regimento Interno.

§ 1º No exame de admissibilidade serão analisados os aspectos da tempestividade, singularidade e legitimidade, observado o seguinte:

I - procedido ao exame da admissibilidade e constatado o não-preenchimento dos requisitos previstos no § 1º, o processo será encaminhado ao Relator, após manifestação da Procuradoria-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para, mediante despacho singular, conhecer ou não do Recurso, devendo declarar expressamente, no caso de conhecimento, que recebe o recurso no efeito suspensivo;

No mesmo sentido tem sido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (AI 819135 AgR/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 28.05.2013; MS 26210/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 10.10.2008; RE 578.4281RS-AgR. Segunda Turma. Rel. Min. Ayres Britto. DJe 14.11.2011; RE 646.741/RS-AgR. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 22:10.2012; AI 712.435/SP-AgR. Primeira Turma. Rel. Min. Rosa Weber DJe 12.04.2012).

Na mesma linha é o posicionamento do Tribunal de Contas da União, assentado na Súmula n. 282, de 15/08/2012, a qual estabelece que "as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis".

Tratando-se de multa, ainda que não aplicável ao Recorrente, já que a sanção foi imposta para outro responsável, todavia, tratando-se de matéria de ordem pública, será adiante elucidada.

Como bem asseverado, os atos da elaboração do orçamento e da Dispensa de Licitação nº 067/2008 ocorreram no final do ano de 2008 e a citação do responsável foi realizada em novembro de 2015, conforme doc. à fl. 436 do TCE 15/00152401.

Não se aplicam ao caso as Leis nºs 4.717/65, 9.784/99 e 9.873/99 invocadas pelo Recorrente e sim, a Lei nº 10.406/02 (Código Civil), que estabeleceu a regra geral da prescrição nos seguintes termos:

Art. 205. A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

A adoção da regra geral contida no Código Civil está pacificada nesta Corte de Contas a partir da decisão proferida no julgamento do processo PDI – 01/101547447, onde o E. Tribunal Pleno firmou entendimento no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva ocorre em 10 anos.

Recentemente o E. Tribunal Pleno reiterou dita decisão ao efetuar o julgamento do Processo 12/00390528, mantendo o entendimento do prazo decenal para a prescrição da pretensão punitiva da multa.

Este também é o entendimento do Tribunal de Contas da União², reiterado no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, na sessão extraordinária de 08 de junho de 2016, deixando assente que a matéria deve ser balizada pelo art. 205, do Código Civil -prazo de prescrição da pretensão punitiva de 10 anos no âmbito daquele Tribunal, aplicando-se, subsidiariamente, o disposto no art. 202, inciso I, do mesmo Diploma Legal, no sentido de que ela se interrompe com a citação, audiência ou oitiva da parte.

Por fim, resta analisar a eventual incidência da prescrição preconizada na Lei Complementar (estadual) n° 202/2000³, que assim estabelece em seu art. 24-A:

Art. 24-A É de 5 (cinco) anos o prazo para análise e julgamento de todos os processos administrativos relativos a administradores e demais responsáveis a que se refere o art. 1º desta Lei Complementar e a publicação de decisão definitiva por parte do Tribunal, observado o disposto no § 2º deste artigo.

[...]

§ 2º O prazo previsto no *caput* deste artigo será contado a partir da data de citação do administrador ou responsável pelos atos administrativos, ou da data de exoneração do cargo ou extinção do mandato, considerando-se preferencial a data mais recente.

Considerando que o responsável compareceu aos autos no mês de dezembro de 2015 (conforme documento às fls. 472/492 do TCE 15/00152401), quando ainda não tinha sido formalizada a citação, fato que ocorreu no dia 05/01/2016, conforme doc. às fls. 495/v, eventual prescrição (em relação às multas) somente ocorrerá no mês de dezembro do ano de 2020.

Ante o exposto, deve ser afastada a preliminar de prescrição.

2.2.2. Da preliminar de Ilegitimidade Passiva

² Processo n° TC 030.926/2015-7 2. Acórdão n° 1441/2016 – TCU – Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler; Redator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

³ Introduzido pela Lei Complementar n° 588, de 14 de janeiro de 2013

Defende o Recorrente a sua ilegitimidade passiva para figurar como responsável, ante alegação de que eventuais irregularidades na elaboração do orçamento e pagamento por projetos básicos não entregues não seriam atribuição de competência do Secretário de Estado, citando o art. 23, do Decreto (estadual) nº 2642/2009, art. 74, da Constituição do Estado e dispositivos da Lei Complementar nº 381/2007.

Destaca que o Secretário atua como gestor da Pasta, decidindo qual obra ou serviço é importante e qual atividade merece ser desenvolvida e não compete ao mesmo realizar medições e certificações em uma obra.

Enaltece que o Secretário deve se imiscuir em atribuições operacionais quando existirem elementos que apontem para irregularidades e foi isto que aconteceu, quando deixou determinação para que o valor não fosse quitado até que sobreviesse uma decisão final da SEF ou deste Tribunal de Contas, o que foi ignorado.

Esclarece que solicitou apoio do DEINFRA para que cedesse um Engenheiro para revisar e corrigir as medições e lançamentos no SICOP, o que foi atendido, além de emitir orientação para que o setor de licitações.

Para corroborar entendimento da inexistência de competência do Secretário de Estado, cita portaria por ele emanada onde designou-se servidor para realizar a fiscalização das obras.

Justifica que a SDR contava com apenas um Engenheiro e que o mesmo foi designado para atuar como fiscal e realizar o cadastro no SICOP e que também elaborou o projeto básico e as planilhas do edital.

Pontua que o art. 67, da Lei nº 8.666/93 determina que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por um representante e que no caso, era o Engenheiro designado, cabendo ao mesmo responder por eventual irregularidade.

Ao final, requer seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva para não figurar como responsável no processo.

A competência para ordenar as despesas e velar pela sua legalidade era do Secretário de Estado de Desenvolvimento Regional, conforme adiante demonstrado.

A Lei Complementar nº 381, de 07 de maio de 2007, estabelece as competências do Secretário de Estado, nos seguintes termos:

Art. 7º No exercício de suas atribuições cabe aos Secretários de Estado:

[...]

III - ordenar, fiscalizar e impugnar despesas públicas;

[...]

V - revogar, anular e sustar ou determinar a sustação de atos administrativos que contrariem os princípios constitucionais e legais da Administração Pública;

Dessa forma, inegável que a competência originária para ordenar as despesas da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional – Laguna, era do Secretário, ora Recorrente.

Não bastasse a competência originária do Secretário para ordenar as despesas, verifica-se que o titular da Pasta avocou para si e praticou quase todos os atos relacionados com o procedimento, como a autorização de abertura de processo, aprovação e homologação da dispensa de licitação, contrato, ordem de serviço e pagamentos, conforme documentos às fls. 60, 31, 33/37 e 38/40, respectivamente, do TCE 15/00152401.

Ao homologar a dispensa de licitação, assinar o contrato e a ordem de serviços e autorizar os pagamentos, assume o Secretário a responsabilidade pelo procedimento, devendo responder por eventuais irregularidades.

O Secretário até poderia ter delegado competência para seus subordinados, todavia não o fez, optando por realizar pessoalmente os principais atos da contratação direta, carreando para si, também, a responsabilidade.

A matéria pode ser sintetizada no Prejulgado 1533⁴ desta Corte de Contas:

[...]

7. No que concerne à responsabilidade administrativa, o ordenador de despesa original, assim definido em lei, responde pelos atos e fatos praticados em sua gestão.

8. Em casos de existência de ato de delegação regular, serão partes nos processos de prestação e de tomada de contas, de auditoria e outros de competência desta Corte, somente os ordenadores de despesa delegados.

9. Serão solidariamente responsáveis, e com isso também partes jurisdicionadas nos mesmos expedientes, os agentes delegantes, nos casos de delegação com reserva de poderes ou de comprovada participação na realização de atos dos quais provenham conseqüências antijurídicas ou mesmo em razão de culpa pela má escolha da autoridade delegada."

Conforme demonstrado, o Secretário era responsável direto pelos atos considerados irregulares, porquanto era quem detinha competência originária e foi quem efetivamente praticou a maioria dos atos.

Oportuno também trazer à colação os ensinamentos de De Plácido e Silva⁵ sobre o conceito de responsabilidade administrativa, que sintetiza a imposição de responsabilidade ao administrador pelos atos praticados em sua gestão:

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA:

Assim se entende a obrigação que se atribui ao administrador de assumir ou *ser o responsável* por todos os atos que execute ou ordene, excedendo os *poderes administrativos*, que lhe foram conferidos ou outorgados.

Juridicamente, pois, a responsabilidade administrativa resulta na *obrigação* ou no *dever legal* de *reparar ou ressarcir* os prejuízos que possa causar à administração pelos atos abusivos ou excessivos. Mas, em sentido amplo, a responsabilidade administrativa também importa na *obrigação de cumprir* os encargos ou desempenhar as atribuições

⁴ Decisão 975/2004; Processo: CON-04/00311879; Relator: Conselheiro Luiz Roberto Herbst, Data da Sessão: 12/05/2004, Diário Oficial do Estado: 09/07/2004.

⁵ SILVA. De Plácido. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 1222.

que são confiadas ao administrador, segundo as ordens dadas ou as condições estabelecidas.

E, por essa razão, é que, quando não cumpre fielmente os deveres impostos, *responde* ou é *responsabilizado* pelas ações ou omissões prejudiciais aos interesses da administração.

A responsabilidade administrativa é derivada da *representação administrativa*, fundada na delegação ou no mandato. Ela é que investe a pessoa na qualidade de administrador, tornando-se assim responsável pelos atos de sua administração (grifou-se)

O fato do orçamento da obra ter sido realizado por outro servidor não exime o Secretário da culpa pela contratação por preço excessivo, já que a dispensa de licitação somente poderia ter sido realizada com a demonstração que o preço era compatível com o mercado, o que não aconteceu.

Sobre essa matéria, a Consultoria Jurídica da Secretaria ao exarar o Parecer COJUR nº 119/2008 no Processo nº SR 19 4097/-8-4 (fls. 119/123 do TCE 15/00152401) fez o seguinte alerta:

Observo a necessidade do estrito cumprimento do preceituado no artigo 26 e do precitado diploma legal e seu parágrafo, no que concerne às publicações necessárias, bem como, às razões de escolha do executante e justificativa do preço;

Mesmo com a ressalva expressa do Consultor Jurídico, a dispensa de licitação acabou acontecendo sem que fosse apresentada a justificativa do preço.

Por fim, cumpre registrar que a designação do Engenheiro - Gerente de Infraestrutura da Secretaria, para atuar na fiscalização da execução do contrato partiu do Secretário, conforme reconhecido na peça recursal, o que caracteriza também a culpa *in eligendo*, na medida em que escolheu e nomeou pessoalmente o servidor para atuar no processo, o qual acabou contribuindo para as irregularidades.

Ante o exposto, deve ser afastada a preliminar de ilegitimidade passiva do Recorrente.

2.2.3 Da contratação por preço excessivo

De acordo com o que consta do processo cognitivo, a contratação da obra por dispensa de licitação foi realizada por preço excessivo ante a constatação de que 39 itens de um total de 56 da planilha de custos da composição estarem com valores acima da tabela de referência do DEINFRA.

Conforme demonstrado, a diferença entre os valores contratados e aqueles constantes da Tabela do DEINFRA, nos mencionados itens, importa no valor de R\$ 296.719,26, o que caracterizou prejuízo ao erário.

O Recorrente aduz que o orçamento básico não foi elaborado pelo Secretário e sim pelo Engenheiro da Secretaria, o qual recebe gratificação remuneratória para assumir responsabilidade pelos seus atos e que a aprovação da dispensa de licitação não é motivo para a sua responsabilização.

Destaca que a época dos fatos, não haviam indícios de irregularidades e sim, presunção de legalidade e legitimidade, à qual somente deixou de existir quando do recebimento dos primeiros relatórios de Auditoria da SEF, quando foram bloqueados os pagamentos e determinada a revisão de todos os atos praticados.

Justifica que o orçamento básico é apenas uma previsão geral do valor da obra e se os valores estivessem abaixo do mercado, as empresas não teriam interesse e se estivessem acima, o orçamento das outras empresas reduziria o valor, e nada disso ocorreu.

Acredita que os valores de mercado superaram a Tabela do DEINFRA pela grande demanda na região por serviços dessa natureza em face das fortes chuvas que causaram estragos em diversos locais, causando possível escassez de produtos.

Pontua que a contratação da empresa Ese Construções Ltda ocorreu pelo fato da mesma ter apresentado o menor valor dentre as três propostas recebidas para executar a obra e que isso comprovaria a impossibilidade de seguir a Tabela do DEINFRA.

Enaltece que este Tribunal de Contas apreciou a pequena diferença entre os orçamentos apresentados e entendeu por sanar a restrição, já que o procedimento procurou seguir a Lei de Licitações.

Apresenta um novo orçamento elaborado pela empresa Santa Rita Comércio e Instalações Ltda. para demonstrar que os preços de mercado para os itens contratados não poderiam seguir a Tabela do DEINFRA.

Ao final requer a revisão do Acórdão para suprimir a existência do sobrepreço alegado.

Preliminarmente, importante destacar que a irregularidade que ensejou a imputação do débito constante do item 6.1.1.1 do Acórdão recorrido não está no orçamento básico dos serviços, elaborado pelo Gerente de Infraestrutura da SDR e fiscal da Obra, e sim, na dispensa de licitação formalizada pelo Recorrente, que aprovou o orçamento apresentado pela empresa contratada com valores acima do mercado, redundando na contratação e pagamento, também realizados diretamente pelo Recorrente.

O orçamento é mera peça referencial, que isoladamente não representa qualquer prejuízo ao erário, tanto é verdade que se a proposta apresentada pela empresa contratada tivesse com os preços de mercado – leia-se Tabela do DEINFRA, nenhuma irregularidade haveria na contratação quanto aos seus valores.

O preço dos bens, serviços e obras executadas pela Administração Pública é tema de grande relevância, tanto que o legislador estabeleceu procedimentos específicos a serem observados, visando garantir condições semelhantes aquelas praticadas no mercado privado, redobrando os cuidados nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, que é o caso em discussão.

Nas dispensas de licitações a justificativa do preço é requisito indispensável para a sua realização, permitindo assim identificar se o mesmo é compatível com aquele praticado no mercado. Consta do art. 26, de Lei nº 8.666/93:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

[...]

III - justificativa do preço.

Compulsando os autos, não foi encontrada qualquer justificativa do preço da contratação nos documentos da dispensa de licitação, lembrando que o Consultor Jurídico consignou expressamente sobre a necessidade desse procedimento, conforme já demonstrado no item 2.2.2 deste Parecer.

As consequências de eventual contratação com sobrepreço estão claramente consignadas no § 2º do art. 25, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Caracterizado o superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor e o agente público responsável, e foi esta a decisão tomada pelo E. Tribunal Pleno.

A discussão não passa pela existência ou não de indícios de irregularidade no momento da contratação e sim, pela inexistência de ato essencial que deveria constar na dispensa de licitação, o qual certamente evitaria a contratação por preço excessivo.

É de conhecimento público, em especial dos gestores da Administração que as obras e serviços de engenharia no âmbito do Poder Executivo estadual devem observar os limites de valores da Tabela de preços unitários do DEINFRA.

A situação é ainda mais grave na medida em que o responsável tomou conhecimento da irregularidade no dia 28 de setembro de 2010, conforme doc. à fl. 186 do TCE 15/00152401, quando poderia ter adotado providências para impedir que o prejuízo ao erário se consumasse com os pagamentos ainda pendentes, todavia, ao invés de regularizar o procedimento, buscou justificar o preço excessivo para dar aparência de legalidade.

A afirmação do Recorrente no sentido de que determinou o bloqueio dos pagamentos e revisão de todos os procedimentos além de não comprovada é conflitante com a sua Defesa às fls. 192/202 do TCE 15/00152401 apresentada junto à SEF, onde buscou-se defender a legalidade e regularidade dos procedimentos.

O fato da empresa contratada ter apresentado o menor orçamento dentre três propostas recebidas pela Administração para a execução da obra não significa que a mesma esteja com preços de mercado, como quer fazer crer o Recorrente, até porque, estes orçamentos foram recebidos e abertos sem qualquer formalidade, já que o procedimento era de dispensa de licitação.

O que temos de fato são três propostas com preços excessivos, onde a diferença de valores entre as mesmas é insignificante.

Também improcedente e sem comprovação é a tese da escassez de produtos na região que poderia ter elevado os preços de mercado, ultrapassando aqueles definidos na Tabela do DEINFRA.

A planilha constante às fls. 27/29 do TCE 15/00152401 demonstra que no mesmo período a SDR Laguna licitou obras nas Escolas de Santa Marta, Domingos Barbosa Cabral e Gracinda Augusta Machado e em todas elas o preço contratado foi inferior ao preço da Tabela DEINFRA.

Isso já é o suficiente para demonstrar que eventual aumento na procura por produtos e serviços na região não causou impacto nos preços a ponto de tornar inaplicável a Tabela DEINFRA, até porque, a duração do contrato era de 6 meses, sendo inimaginável com a estrutura de logística existente nos dias atuais que eventual falta de algum material em algum local ou região possa perdurar além de poucos dias.

No que se refere ao entendimento deste Tribunal de Contas sobre os orçamentos, efetivamente consta do Relatório DLC 116/2016 (fls. 497/503v do TCE 15/00152401), que a Administração procurou seguir a Lei de Licitações, no caso Dispensa de Licitação, indo inclusive além, fato que motivou a conclusão por sanar a restrição lá apontada.

Todavia, ao contrário do que quer fazer crer o Recorrente, a restrição não tratava da pequena diferença de preços entre os orçamentos e sim da suposta ausência de

competitividade, ante o convite de apenas três empresas para apresentarem propostas, em detrimento de um amplo cadastro de fornecedores.

Tratando-se de dispensa de licitação, a norma não estabelece número mínimo de propostas a serem obtidas pela Administração e sim, que deve constar do processo a razão da escolha do fornecedor, consoante disposto no art. 26, parágrafo único, II, da Lei nº 8.666/93.

É bem verdade que a Diretoria Técnica deste Tribunal de Contas tinha firmado entendimento que os preços unitários dos serviços orçados pela SDR estavam dentro dos limites da Planilha do DEINFRA, conforme Relatório DLC 046/2009 e reprisado no Relatório DLC 080/09⁶ (fls. 308/361 do TCE 15/00152401), todavia, esta conclusão mostrou-se impropriedade diante do Relatório de Auditoria da SEF, onde restou demonstrado que os valores estavam acima da mencionada Tabela – vide quadro às fls 76/77 do TCE 15/00152401.

Todavia, conforme já mencionado no início da análise desta matéria, o prejuízo não está caracterizado com a planilha orçamentária elaborada pela SDR – Laguna, e sim, com a contratação e pagamentos de valores acima dos preços de mercado.

Nesse sentido, equivocadamente foi o procedimento efetuado pelos técnicos da Secretaria de Estado da Fazenda e reprisado por esta Corte de Contas ao comparar os preços da planilha orçamentária elaborada pela SDR – Laguna com os preços da Tabela DEINFRA e computar a diferença como prejuízo ao erário.

Não houve qualquer pagamento de valores a partir dos preços da planilha orçamentária elaborada pela SDR – Laguna. Os pagamentos foram efetuados de acordo com os preços constantes do Contrato, os quais tiveram origem na proposta apresentada pela empresa Ese Construções Ltda.

Considerando, ainda, que foi efetuado um termo aditivo ao Contrato – vide fls. 263/271 do TCE 15/00152401 - alterando quantitativos, suprimindo alguns itens e adicionando outros, a apuração do prejuízo ao erário deve levar em consideração os quantitativos efetivamente executados e pagos após a alteração contratual.

Por fim, considerando que no item 2.2.4 deste Parecer onde foi mantida a glosa das despesas referente aos Projetos de Prevenção de Incêndio e da Rede Lógica ante a não elaboração dos mesmos, quando se tomou o valor total pago como referência para apurar o montante do prejuízo ao erário, esses dois itens, que também constavam da planilha elaborada pela SEF como superfaturados, devem ser suprimidos para não aplicar a responsabilização em dobro.

⁶ Processo TCE 09/00138165

O quadro a seguir, elaborado a partir dos itens que estavam com preços acima da Tabela do DEINFRA e tomando os preços efetivamente pagos, é que representa efetivamente o prejuízo ao erário.

Descrição	Unid.	Quant.	Preço Contrato*		Preço DEINFRA*		Diferença*
			Unit.	Total	Unit.	Total	
Projeto Elétrico	m2	2.776,64	4,00	11.106,56	3,39	9.412,81	1.693,75
Projeto hidro-sanitário	m2	4.066,77	4,00	16.267,08	3,39	13.786,35	2.480,73
Projeto proteção atmosférica	m2	2.263,34	4,00	9.053,36	2,03	4.594,58	4.458,78
Retirada telha fibrocimento	m2	1.945,34	5,17	10.057,41	2,55	4.960,62	5.096,79
Retirada de portas, janelas e caixilhos	m2	158,42	6,01	952,10	4,77	755,66	196,44
Retirada de instalação elétrica	m2	2.263,34	3,10	7.016,35	1,28	2.897,08	4.119,28
Abriço provisório de pinus	m2	18,00	210,00	3.780,00	172,79	3.110,22	669,78
Tapume compensado 6mm altura 2,2	m	50,00	57,00	2.850,00	46,72	2.336,00	514,00
Carga manual transp. Entulho caminhão 10 km	m3	298,00	35,98	10.722,04	21,65	6.451,70	4.270,34
Tubo concreto pre-fabricado 0,30m	m	580,00	41,00	23.780,00	36,51	21.175,80	2.604,20
Lastro de brita	m3	900,00	122,00	109.800,00	109,34	98.406,00	11.394,00
Drenagem c/brita e tubo concreto fur 20cm c/manta bidin	m	1.120,00	105,00	117.600,00	90,21	101.035,20	16.564,80
Concreto armado em estrutura 25MPA	m3	13,57	1.608,00	21.820,56	1.508,81	20.474,55	1.346,01
Porta de almofada madeira c/forra, vistas e ferragens	m2	90,66	271,00	24.568,86	260,63	23.628,72	940,14
Cobertura com telha fibrocimento kalhetão	m2	1.945,34	87,00	169.244,58	50,66	98.550,92	70.693,66
Azulejo colorido aplicado c/argamassa colante	m2	265,00	56,00	14.840,00	34,13	9.044,45	5.795,55
Forno de PVC com estrutura de madeira tratada	m2	1.793,00	57,00	102.201,00	54,05	96.911,65	5.289,35
Limpeza de alvenaria para pintura	m2	4.172,35	3,98	16.605,95	2,58	10.764,66	5.841,29
Pintura acrílica - 2 demãos	m2	4.172,35	17,80	74.267,83	14,60	60.916,31	13.351,52
Piso ceramico antiderrapante PEI-5 argamassa colante	m2	1.545,78	52,64	81.369,86	45,65	70.564,86	10.805,00
Instalação telefônica cf projeto e rede lógica	m2	1.445,78	27,00	39.036,06	16,98	24.549,34	14.486,72
Instalação atmosférica cf projeto	m2	1.945,34	18,19	35.385,73	8,49	16.515,94	18.869,80
Saboneteira de vidro para sabão líquido	Unid.	6,00	66,00	396,00	59,57	357,42	38,58
Porta toalha de papel - metálico	Unid.	6,00	54,30	325,80	38,81	232,86	92,94
Lavatório de louça simples sifonado c/torneira pressmatic	Unid.	6,00	467,00	2.802,00	331,90	1.991,40	810,60
Bomba de recalque	Unid.	2,00	370,87	741,74	365,90	731,80	9,94
Instalação preventiva incêndio cf projeto	m2	1.500,00	42,67	64.005,00	34,01	51.015,00	12.990,00
Protetor lateral para cadeiras	m	311,25	9,78	3.044,03	8,04	2.502,45	541,58
Total							215.965,56

* Preços em Reais

Nesse sentido, o prejuízo ao erário pela pratica de preços acima de mercado, tomando como referência a tabela do DEINFRA, importa em R\$ 215.965,56, devendo ser corrigido de ofício o disposto no item 6.1.1.1 do Acórdão recorrido.

Por fim, o orçamento anexo à peça recursal da empresa Santa Rita não constitui qualquer novidade já que o mesmo estava anexado no processo cognitivo (fl.215) o que dispensa qualquer comentário sobre a matéria.

Ante o exposto, deve ser negado provimento ao recurso, mantendo na íntegra a deliberação que consta do item 6.1.1.1 do Acórdão recorrido, apenas corrigindo o montante

do débito para R\$ 215.965,56, em face da contratação por preços excessivo, acima daqueles praticados no mercado, tendo como referência a Tabela de Preços do DEINFRA.

2.2.4 Da não execução dos Projetos Preventivos de Incêndio e rede Lógica

Conforme consta do Acórdão recorrido, houve medição e pagamento dos serviços de execução dos projetos preventivo de incêndio e rede lógica, sem que os mesmos tenham sido efetivamente realizados, resultando num prejuízo ao erário de R\$ 23.796,80.

O Recorrente afirma que os referidos projetos foram trazidos aos autos em 22 de junho de 2016, através de petição protocolada junto a esta Corte de Contas e que ao analisar a matéria foi mantida a imputação de débito sob o argumento de que haveria necessidade de apresentar a ART dos mesmos, Memorial Descritivo e aprovação do projeto preventivo contra incêndio pelo Corpo de Bombeiros.

Sustenta que a falta de ART não invalida o projeto e quando muito, ele pode ser considerado incompleto, mas nunca inexistente, o mesmo se aplicando à aprovação pelo Corpo de Bombeiros, que não seria motivo para a glosa integral da despesa.

No que toca ao Memorial Descritivo aduz que o mesmo está previsto nos documentos do certame às fls. 65/66.

Destaca que a execução de ambos os projetos foi realizada e a despesa considerada legítima por este Tribunal de Contas.

Ao final, requer a modificação do Acórdão para considerar regulares os atos praticados.

Consta da Ordem de Serviço nº 043 (fls. 38/40 do TCE 15/00152401), vinculada ao contrato 101/2008, mais precisamente dos itens 4 e 7, que a empresa contratada deveria realizar o “Projeto Prevenção de Incêndio Completo” e o “Projeto Rede Lógica”, ao preço total de 14.960,00 e R\$ 7.480,00, respectivamente.

Com a realização do Primeiro Termo Aditivo (fl. 263/272 do TCE 15/00152401), os quantitativos foram alterados e o valor do “Projeto Prevenção de Incêndio Completo” e do “Projeto Rede Lógica”, passou a ser de R\$ 18.881,15 e R\$ 4.915,66, respectivamente.

A empresa contratada Ese Construções Ltda, em anexo a sua proposta, apresentou o Memorial Descritivo⁷ (fls. 84/104 do TCE 15/00152401), onde consta:

⁷ Tendo por base o Memorial Descritivo elaborado pela SDR – Laguna (fls. 63/74 do TCE 15/00152401)

O laudo de sondagem e os projetos: [...] rede lógica, [...] preventivo contra incêndio [...] elaborados pela Firma vencedora da licitação, deverão ser analisados e aprovados por técnicos da Secretaria de Desenvolvimento regional e demais órgãos competentes (Corpo de Bombeiros [...]), antes do início dos serviços, acompanhados das respectivas ARTs.

Todos os projetos serão apresentados em meio digital e impresso em duas vias, para análise e aprovação da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional de Laguna, em até 15 (quinze) dias após a assinatura do Contrato e Ordem de Serviço.

[...]

Projeto preventivo de incêndio

Os Projetos [...] deverão ser aprovados obrigatoriamente no Corpo de Bombeiros.

Apesar de constar expressamente do contrato, inclusive ter passado pela revisão do Primeiro Termo Aditivo e ter sido efetuado o pagamento, os Projetos de Prevenção de Incêndio e da Rede Lógica não foram elaborados.

Essa constatação é corroborada pelo não atendimento da solicitação de entrega/apresentação dos mencionados projetos quando da auditoria realizada pela equipe técnica desta Corte de Contas, ainda com a obra em andamento, o mesmo ocorrendo na auditoria realizada pela equipe técnica da SEF, logo após o término do contrato.

Apesar das reiteradas solicitações, tanto pela SEF quanto por esta Corte de Contas no sentido da necessidade de apresentação dos mencionados projetos, o Recorrente e demais responsáveis não encaminharam referidas peças.

Os documentos trazidos aos autos em 22 de junho de 2016, através de petição protocolada junto a esta Corte de Contas (fls. 505/508 do TCE 15/00152401) não são os Projetos de Prevenção de Incêndio e da Rede Lógica elaborados pela empresa ESE Construções Ltda, como aduz o Recorrente, e sim, pranchas elaboradas pelo Eng. Rafael Duarte Fernandes, Gerente de Infraestrutura da SDR à época e fiscal da obra, também considerado responsável nos autos em discussão.

Simple leitura também permite concluir que ao menos uma delas foi elaborada antes mesmo da realização da dispensa de licitação, já que foi indicado o mês de novembro de 2008 como sendo a data de sua elaboração.

A necessidade de apresentar a ART dos projetos, Memorial Descritivo e aprovação do Projeto Preventivo Contra Incêndio pelo Corpo de Bombeiros se constituem em obrigações acessórias da principal, que era a elaboração dos Projetos propriamente ditos.

O Memorial Descritivo elaborado pela SDR Laguna, documento utilizado para a contratação, com a descrição genérica dos serviços, não pode ser invocado pelo Recorrente para se constituir em peça supostamente elaborada pela empresa contratada.

Conforme demonstrado, quem deveria elaborar os Projetos e apresentar os Memoriais Descritivos dos mesmos era a empresa Contratada, da mesma forma que ela deveria apresentar as ART e aprovação do Corpo de Bombeiros.

E nada disso foi realizado. Nem os Projetos e nem os documentos que deveriam acompanhar referidas peças, todavia os pagamentos por estes serviços foram realizados, caracterizando prejuízo ao erário.

O fato de terem sido executados os serviços da rede lógica e de prevenção contra incêndio não significa que os respectivos projetos tenham sido elaborados, como sustenta o Recorrente.

As instalações da rede lógica e de prevenção contra incêndio podem ter sido executadas sem os projetos, corroborando o constatado quando da auditoria *in loco* pela equipe técnica desta Corte de Contas, já que não havia um único projeto no local da obra.

Ante o exposto, deve ser negado provimento ao Recurso para manter a responsabilização no valor de R\$ 23.796,80, constante do item 6.1.1.2 do Acórdão recorrido.

2.2.5. Considerações finais

O momento para a produção de provas era na fase cognitiva do processo, em especial, quando da citação para apresentar alegações de defesa, ou, excepcionalmente, na fase recursal, quando da interposição do Recurso de Reconsideração que ora se examina, conforme Lei Orgânica e Regimento Interno desta Corte de Contas.

De acordo com as normas legais retro citadas, inexistente fase específica para a produção de provas após o ingresso do recurso, sendo esse o momento oportuno para as partes juntarem todos os documentos e peças para buscar demonstrar a regularidade dos procedimentos.

Resta alertar que o Recorrente pugna pela sustentação oral no julgamento, informando a procuradora e respectivo endereço para intimação.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Diretoria de Recursos e Reexames emite o presente Parecer no sentido de que o Relator, Auditor Gerson dos Santos Sicca, conheça do Recurso de Reconsideração e proponha ao Egrégio Tribunal Pleno decidir por:

3.1. Negar provimento ao Recurso de Reconsideração que tem fundamento no art. 77, da Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000, contra o Acórdão

nº 0317/2017, exarado na Sessão Ordinária de 28 de junho de 2017, nos autos nº TCE 15/00152401, mantendo a deliberação recorrida, com a ressalva abaixo.

3.1.1. De ofício, modificar o item 6.1.1.1 da deliberação Recorrida, que passa a ter a seguinte redação:

6.1.1.1. R\$ 215.965,56 (duzentos e quinze mil, novecentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e seis centavos), por existência de sobrepreço no orçamento, que gerou superfaturamento no decorrer da obra, em função dos preços unitários do orçamento básico estarem acima dos preços referenciais, no caso a tabela do DEINFRA, contrariando o princípio da economicidade previsto no art. 70, caput, da Constituição Federal, com base no §2º do art. 25 da Lei n. 8.666/1993 (item 2.2.2 do Relatório DLC n. 222/2015, Anexo 6 do Relatório de Auditoria n. SEF 045/2009 (fs. 75 a 77) e item 2.3 do Relatório DLC n. 116/2016) c/c item 2.2.3 do Parecer DRR 028/2018;

3.2. Dar ciência da Decisão, ao Sr. Mauro Vargas Candemil e ao seu procurador, e à Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional - Laguna.

Diretoria de Recursos e Reexames, em 19 de março de 2018.



Wilson Dorta

Analista Técnico Administrativo II

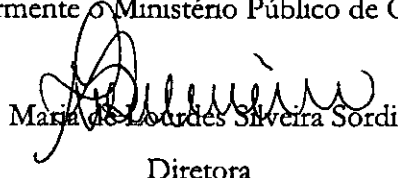
De acordo:



Maria de Lourdes Silveira Sordi

Auditora Fiscal de Controle Externo

Encaminhem-se os Autos à elevada consideração do Relator, Auditor Gerson dos Santos Sicca, ouvido preliminarmente o Ministério Público de Contas.



Maria de Lourdes Silveira Sordi
Diretora