

**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Superintendência de Controle Externo
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia

**PROCESSO N.º : 969.294****NATUREZA : RECURSO ORDINÁRIO****JURISDICIONADO: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE BARBACENA****RECORRENTE : MARTIM FRANCISCO BORGES DE ANDRADA – PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARBACENA, À ÉPOCA****PROCESSO****PRINCIPAL N.º : 787.192 (INSPEÇÃO ORDINÁRIA)****APENSO N.º : 958.387 (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)****I – IDENTIFICAÇÃO**

Trata-se do Recurso Ordinário interposto por **MARTIM FRANCISCO BORGES DE ANDRADA** contra a Decisão proferida pela Primeira Câmara, que na Sessão Ordinária de 03/02/2015, na apreciação da Inspeção Ordinária nº 787.192, aplicando ao recorrente a sanção administrativa de multa, no valor total de valor total de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), nos termos da Súmula do Acórdão, conforme quadro abaixo.

Item do voto do Relator	Alínea	Infração legal	Valor da multa
2.1	“a”	Descumprimento do art. 66, <i>caput</i> , e do art. 67, §1º, bem como do art. 38, X, da Lei Federal n. 8.666/93.	R\$500,00
2.1	“b”	Descumprimento do art. 66, <i>caput</i> , e do art. 67, §1º, bem como do art. 38, X, da Lei Federal n. 8.666/93.	R\$500,00
2.1	“c”	Descumprimento do art. 66, <i>caput</i> , e do art. 67, §1º, bem como do art. 38, X, da Lei Federal n. 8.666/93.	R\$500,00
2.2	“a”	Descumprimento dos art. 3º, 24 e 65, I, da Lei Federal n. 8.666/93.	R\$500,00
2.2	“b”	Descumprimento dos art. 6, IX, e 7º, §2º, I, da Lei Federal n. 8.666/93, bem como da Cláusula 13º, item II, do Convênio SETOP n. 1263/08.	R\$500,00
2.3	“a”	Descumprimento do art. 65, §1º, da Lei Federal n. 8.666/9. Item 2.8.1 da planilha de serviços do 3º. Termo Aditivo com preço unitário acima do preço inicialmente contratado.	R\$500,00
2.3	“b”	Descumprimento do art. 65, §1º, da Lei Federal n. 8.666/93. Item 3.4.1 da planilha de serviços do 3º. Termo Aditivo com preço unitário acima do preço de mercado.	R\$500,00

II. RELATÓRIO

HISTÓRICO

A petição do Recurso Ordinário, de fls. 01 a 29, foi protocolizada, em 03/12/2015, neste Tribunal de Contas, acompanhada da documentação de fls. 30 a 1.004, e foram apensados ao Processo nº 787.192, em cumprimento ao disposto no art. 327 do Regimento Interno e distribuído à relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, em 03/12/2015, fl. 1.006, que manifestou-se nos seguintes termos, fl. 1.008:

[..]

À 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios,

Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra decisão da Primeira Câmara deste Tribunal, proferida na Sessão do dia 03/02/2015, fls. 1.562/1.568, nos autos do Relatório de Inspeção nº 787.192, quando foi aplicada ao recorrente a multa de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) pelas irregularidades na formalização de processo licitatório, conforme discriminação contida à fl. 1.567. A decisão recorrida foi mantida no julgamento proferido nos autos dos Embargos Declaratórios, processo nº 958.387, em sessão da Primeira Câmara do dia 29/09/2015.

Considerando os termos da certidão de fl. 1007, admito o Recurso Ordinário, uma vez que o recurso é próprio, tempestivo e o recorrente, parte legítima, sendo alcançado pelo acórdão recorrido.

Com fulcro no art. 336 do Regimento Interno desta Corte, encaminho os autos à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para manifestação, no prazo de 15 dias. Em seguida, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para manifestação.

[...]

A 2ª. Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios manifestou-se, fl. 1.009:

[...]

À Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia e Perícia

Na presente data foi enviado à 2ª Coordenadoria de Fiscalização de Municípios o processo em epígrafe para que fosse feita a análise das razões do Recurso Ordinário nº 969.294 interposto por Martim Francisco Borges de Andrada, em face de decisão da Primeira Câmara que aplicou penalidade de multa em razão de irregularidades em procedimentos licitatórios averiguados na Inspeção Ordinária de Engenharia nº 787.192.

Desta forma, estando, portanto, inserido no âmbito das competências desta Coordenadoria, entendo que o processo deve ser levado à sua apreciação e manifestação, conforme o art. 41, inciso VII, da Resolução nº 02/2015, que dispõe sobre a estrutura organizacional desta Corte.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2015.

[...]

É o relatório.

Passa-se à análise deste Recurso Ordinário.

III. FUNDAMENTAÇÃO

DA DECISÃO DA PRIMEIRA CÂMARA (03/02/2015)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, considerando as informações contidas nestes autos, em julgar irregulares os atos de gestão abaixo relacionados, praticados pelo Sr. Martim Francisco Borges de Andrada, Prefeito à época, aplicando multa ao responsável, no valor total de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), com fundamento no art. 95, II, da Lei Complementar n. 33, de 1994, vigente à época, dispositivo esse repetido no art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/08, assim discriminada: R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), pelo descumprimento do art. 66, *caput*, e do art. 67, §1º, bem como do art. 38, X, da Lei Federal n. 8.666/93, conforme item 2.1, letras “a”, “b” e “c”, respectivamente, da fundamentação, sendo R\$500,00 (quinhentos reais) referentes a cada subitem; R\$500,00 (quinhentos reais), pelo descumprimento dos art. 3º, 24 e 65, I, da Lei Federal n. 8.666/93, conforme item 2.2, letra “a”, da fundamentação; R\$500,00 (quinhentos reais), pelo descumprimento dos art. 6, IX, e 7º, §2º, I, da Lei Federal n. 8.666/93, bem como da Cláusula 13º, item II, do Convênio SETOP n. 1263/08, conforme item 2.2, letra “b”, da fundamentação; R\$1.000,00 (um mil reais), pelo descumprimento do art. 65, §1º, da Lei Federal n. 8.666/93, conforme item 2.3, letras “a” e “b”, da fundamentação, sendo R\$500,00 (quinhentos reais) referentes a cada item. Determinam que a decisão final seja comunicada ao atual gestor municipal, para que observe os demais apontamentos do Órgão Técnico desta Casa e promova a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, caso ainda permaneçam, de modo a prevenir sua reincidência, inclusive no que tange as ocorrências atinentes ao sistema de controle interno constantes do Termo de Anotação, fl. 1476/1477, as quais serão objeto de monitoramento pelo Tribunal, nos termos do art. 291, inciso II, do RITCEMG. Transitada em julgado a decisão, cumpram-se as disposições contidas no art. 364 do RITCEMG, sem prejuízo da remessa dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para as medidas legais cabíveis. Intimem-se as partes responsáveis da decisão, por via postal, nos termos do disposto no art. 166, §1º, II e §4º, da Resolução n. 12/08. Ao final, arquivem-se os autos nos termos do art. 176, I, do RITCEMG.

DAS RAZÕES DO RECURSO

3.1 ALEGAÇÃO DE PRELIMINARES PREJUDICIAIS AO MÉRITO

a) AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO CORRESPONSÁVEL SR. JOSÉ LUIZ RIBEIRO FEYO, SECRETÁRIO DE INFRAESTRUTURA E POLÍTICA URBANA, À ÉPOCA, EM RAZÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

O Recorrente, em sua peça recursal, argumenta, fls. 3 a 6, que o Sr. José Luiz Ribeiro Feyo, Secretário Municipal de Infraestrutura e Política Urbana, deveria ter sido citado para responder pela ocorrência descrita no item 9.2.2, em razão de ser responsabilidade apenas daquele Secretário Municipal a omissão em fazer as anotações no Livro de Ocorrências ou Diário de Obras, nos seguintes termos (fls. 4 e 5):

[...]

Segundo consta do relatório final da Inspeção, o Secretário deveria ser inquirido a se manifestar sobre as irregularidades apontadas, sobretudo relativa à ausência de anotações nos Diários de Obras ou Livro de Ocorrências (item 9.2.2 do Relatório Técnico), que, inclusive, foi imputada a responsabilidade ao Recorrente sem sequer ter sido indicado no relatório como responsável por tal evento.

[...]

Note-se que, inequivocamente, os agentes fiscalizadores do TCE não vislumbraram, por uma razão óbvia, a responsabilização do recorrente pela ausência de anotações do Diário de Obras, uma vez que transbordava as suas atribuições enquanto gestor municipal.

[...]

Nada obstante, a citação fora expedida exclusivamente para o Recorrente, suscitando-lhe manifestação acerca das irregularidades apontadas e que foram atribuídas de sua responsabilidade.

[...]

18. Retomando o cerne da presente fundamentação, a ausência de citação de sujeito passivo que também deveria compor a relação processual caracteriza, nos termos da jurisprudência pátria, vício insanável, devendo ocorrer a nulidade dos atos processuais desde a citação.

[..]

19. Dessa forma, diante da ausência da citação do agente público que deveria compor a lide na condição de litisconsorte necessário, pugnamos pela nulidade do Acórdão vilipendiado, bem como de todos os atos processuais praticados após a determinação da citação, restando inequívoco o prejuízo do Recorrente pelo fato de ter sido imputado a ele responsabilidade, que no relatório técnico da Inspeção, seria do corresponsável não integrante da lide.

[...]

ANÁLISE

O instituto do litisconsórcio há se ser aplicado nos processos que estiverem sob a análise deste Tribunal de Contas, em razão do disposto no art. 379 da Resolução nº 12, de 2008 (Regimento Interno), que estabelece a aplicação supletiva do Código de Processo Civil do Brasil.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 2015), trata sobre o instituto do litisconsórcio nos artigos 113 a 118, e, vê-se:

[..]

DO LITISCONSÓRCIO

Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;

III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

[...]

Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

[...]

Embora este Processo nº 787.192 tenha sido iniciado antes da vigência do novo Código de Processo Civil, esses regramentos processuais a ele são aplicáveis, conforme previsto no art. art. 14:

[...]

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

[...]

Pois, bem.

Destarte, observa-se que o litisconsórcio necessário se perfaz quando previsto em lei ou em razão dos efeitos da sentença do processo civil, em sua eficácia.

Quanto aos fatos em apreciação no Processo nº 787.192 – Inspeção Ordinária, não existe uma lei prevendo situações do litisconsórcio entre os integrantes do direito material neles inseridos.

E, ao julgar os atos administrativos praticados com irregularidades pelos gestores públicos do Município de Barbacena, mais notadamente quanto ao citado subitem 9.2.2, a eficácia da Decisão deste Tribunal de Contas não necessita da presença no polo passivo de todos os atuadores nos atos, visto que as sanções podem ser divergentes para cada e na medida da responsabilidade deles.

E, mais, seria possível um processamento para apreciação de quaisquer das irregularidades em processos separados, figurando no polo passivo apenas um dos gestores.

De todo o exposto, entende-se que não se verifica a necessidade do litisconsórcio passivo aventado pelo Recorrente, e por consequência há de se afastar a preliminar suscitada.

b) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Pugna o Recorrente pelo julgamento do Processo, com decisão sobre o mérito, e pelo arquivamento dos autos, em razão da incidência da prescrição para a pretensão punitiva de sanções administrativas, por não ter ocorrido o dano ao erário.

ANÁLISE

É de se observar a prescrição ocorre quanto aos efeitos da pretensão punitiva, visto que a pretensão pode ainda se manter, porém sem a possibilidade de concretização dos efeitos pelo obstáculo legal, agora existente na Lei Complementar nº 102, de 2008.

Verifica-se, até mesmo afirmado pelo Recorrente, que em 24/11/2008, foi expedida a Portaria CAEP/DAE/Nº 051/2008, determinando a realização de Inspeção Ordinária, no período de 24/11/2008 a 05/12/2008, na Prefeitura Municipal de Barbacena, no período de 24/11/2008 a 05/12/2008.

A Lei Orgânica deste Tribunal não previa até o ano de 2011, explicitamente, a aplicação do instituto da prescrição e seus efeitos, para os fatos e processos sob a sua apreciação. Isso foi alterado pela Lei Complementar nº 120, de 2011, que acrescentou-lhe os artigos 110-A a 110-H dispendo sobre a prescrição e decadência, no âmbito do exercício do Controle Externo deste Tribunal.

De acordo com o contido nesses dispositivos, passados 5 (cinco) anos da data da ocorrência do fato sem a incidência de uma causa interruptiva desse lapso temporal operar-se-ia a prescrição dos efeitos da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas.

Mas, diante da concretização de uma interrupção o prazo recomençaria a contar, por uma única vez.

Posteriormente, editou-se a Lei Complementar nº 133, de 05 de fevereiro de 2014, que estabeleceu novas regras concernentes à aplicação da prescrição para os processos sob apreciação deste Tribunal de Contas.

Pois bem.

Os fatos analisados pelo Unidade Técnica foram praticados pelos gestores públicos do Município de Barbacena no processamento da Concorrência nº 001/2008, autuada em 01/04/2008, conforme pode ser visto na fl. 03 dos autos do Processo nº 787.192.

Com a expedição da Portaria CAEP/DAE/Nº 051/2008, em 24/11/2008, ocorreu uma causa interruptiva do prazo prescricional.

Dessa forma, recomençou-se a contagem do prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Por outro lado, iniciou-se a apreciação do Processo nº 787.192 antes de 15/12/2011 e poder-se-ia intentar que para este processo seria aplicável o disposto no Art. 118-A, introduzido na Lei Orgânica deste Tribunal pela Lei Complementar nº 133, de 2014.

Sob a óptica deste dispositivo, não se aplicaria a prescrição prevista no Inciso I do art. 118-A da Lei Complementar nº 102, de 2008; e a partir de 24/11/2008, ocorreria a primeira causa interruptiva da prescrição e desse marco iniciou-se o correr do prazo, de 8 (oito) anos, previsto no Inciso II do art. 118-A, pois o processo foi autuado antes 15/12/2011.

Porém, isso não se dá.

Observamos que ação do controle externo iniciou-se em 24/11/2008, interrompendo a prescrição desde a data do fato e recomenço da contagem do prazo de 5 (cinco) anos, como estabeleceu o § 2º do art. 110-C.

Esse transcurso temporal iniciou-se e a Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, na 1ª. Sessão Ordinária, de 03/02/2015, em decisão à unanimidade, entendeu pela ausência do dano ao erário, e pelas irregularidades da licitação e execução do contrato impôs multa ao Recorrente, no valor total de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

É de se atentar que a prescrição dos **efeitos da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas, deu-se em 24/11/2013**, quando se completaram os 5 (cinco) anos previstos no normativo legal (art.110-C), incluído pela Lei Complementar nº 120, de 2011, à Lei Orgânica deste Tribunal de Contas.

Destarte, os novos elementos preconizados para os prazos prescricionais e as causas de interrupção introduzidos pela Lei Complementar nº 133, de 2014, não trazem a eficácia de alcance aos fatos pretéritos. Isto é, já se operara a prescrição para os fatos irregulares relatados na inspeção, impedindo que as normatizações estabelecidas por essa nova Lei Complementar nº 133, de 2014, os alcançasse.

À guisa de corroboração, observe-se a maestria da doutrina do Mestre Humberto Theodoro Júnior, citando Galeno Lacerda, assim expõe¹:

[...]

Dentro dessa perspectiva, extraem-se três conclusões:

- a) “Quando a *constituição* (ou *extinção*) da situação jurídica se operou pela lei antiga, a ela será estranha a lei nova, salvo disposição retroativa, se permitida pelo sistema (ressalva que não se aplica ao direito processual civil brasileiro, em face da regra constitucional que veda a retroação de eficácia das leis em geral).
- b) Quando a constituição estiver pendente, a regra será a aplicação imediata, respeitado o período de vigência da lei anterior.
- c) Quanto aos *efeitos* da situação jurídica *constituída*, a norma é que a lei nova não pode, sem retroatividade, atingir os já produzidos sob a lei anterior.

[...]

De todo o exposto, entende-se que tem razão o Recorrente, pois, **em 24/11/2013 já se operara a prescrição aos efeitos da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas**, nos termos do art. 110-C, introduzido pela Lei Complementar nº 120, de 2011, na Lei Complementar nº 102, de 2008, (Lei Orgânica deste Tribunal de Contas).

Por consequência, **pode ser acolhida a prejudicial de mérito reconhecendo-se a ocorrência da prescrição em 24/11/2013, para os fatos irregulares praticados no processamento da Concorrência nº 001/2008 e execução do Contrato nº 034/2008 e, destarte, reformando-se a Decisão prolatada pela Primeira Câmara na 1ª. Sessão Ordinária de 03/02/2015, cancelando-se as sanções administrativas das multas, no valor total de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), julgando-se extinto o processo com resolução do mérito.**

¹ O Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil, pag. 12 e 13, disponível em http://www.tjmg.jus.br/data/files/99/22/06/11/0B253510577BC335ED4E08A8/Miolo_WEB_Cartilha_O%20Direito%20Intertemporal%20e%20o%20Novo%20CPC.pdf acessado em 15/05/2017, 09:15

3.2 QUANTO AO MÉRITO

Conforme o Acórdão supracitado foi imposta ao Recorrente o pagamento da multa no valor de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), distribuídos conforme o quadro abaixo.

Item do voto do Relator	Alínea	Descritivo no relatório da Inspeção Ordinária	Subitem (fl. nn dos autos do processo nº 787.192)	Valor da multa
2.1	“a”	Evolução dos serviços e dos pagamentos sem obedecer à evolução descrita no cronograma físico-financeiro	9.2.1 (fls. 1.512 e 1.513)	R\$500,00
2.1	“b”	Ausência de anotações no Livro de Ocorrências ou Diário de Obras	9.2.2 (fl. 1.513)	R\$500,00
2.1	“c”	Deixar de juntar documentação ao processo licitatório da Concorrência nº 001/2008	9.2.3 (fl. 1.513)	R\$500,00
2.2	“a”	Serviços referentes ao termo aditivo não fazem parte do escopo inicial previsto no objeto e descrição das obras e serviços	9.3.1 (fl. 1.513)	R\$500,00
2.2	“b”	Os serviços foram realizados em logradouros distintos dos inicialmente contemplados na planilha orçamentária e na caracterização da proposta de trabalho.	9.3.2 (fls. 1.514 e 1.515)	R\$500,00
2.3	“a”	Item 2.8.1 da planilha de serviços do 3º. Termo Aditivo com preço unitário acima do preço inicialmente contratado.	9.4.2 (fl.1.515)	R\$500,00
2.3	“b”	Item 3.4.1 da planilha de serviços do 3º. Termo Aditivo com preço unitário acima do preço de mercado.	9.4.3 (fl. 1.515)	R\$500,00

ALEGAÇÕES DO RECORRENTE

IMPROPRIEDADES RELATIVAS AO PROCESSO LICITATÓRIO E CONTRATO INICIAL

Ao Recorrente foi imposta o pagamento da multa no valor de R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais), pelo descumprimento do art. 66, *caput*, e do art. 67, §1º, bem como do art. 38, X, da Lei Federal n. 8.666/93, conforme subitem 2.1, letras “a”, “b” e “c”, respectivamente, da fundamentação, sendo R\$500,00 (quinhentos reais) referentes a cada subitem

3.2.1 - QUANTO AO ITEM 2.1 DO VOTO DO RELATOR, ALÍNEA “a”

Em relação ao descrito na alínea “a” do item 2.1, manifestando-se sobre a irregularidade do descumprimento do cronograma físico-financeiro (subitem 9.2.1, fls. 1512 e

1.513, dos autos do Processo nº 787.192), alegou nas fls. 09 a 13 (autos deste Processo), em suma:

[...]

Sob esse espectro, o Acórdão recorrido, pautado no relatório técnico de fls. 1492/1516, imputou ao Recorrente a responsabilidade por não ter aberto o pertinente processo administrativo para aplicação das sanções previstas no Contrato Administrativo nº 034/2008, que prevê em sua cláusula oitava a aplicação de multa diária pelo descumprimento dos prazos acordados. Isso, porque consoante análise de medição realizada pelo órgão técnico deste Tribunal, nos três primeiros meses da execução da obra, havia sido atingido tão somente o quantitativo de 2,41% do previsto, ao passo que o percentual indicado no Plano de Trabalho seria de 12,48%.

[...]

Assim, o que se exige do Administrador é que sejam tomadas as medidas mais adequadas e proporcionais para o resguardo do interesse público, que simboliza o princípio que capitaneia todo o agir público. Com isso, a exigência legal é que haja o devido acompanhamento por parte do Contratante, devendo tomar as medidas cabíveis para alcançar a finalidade pública da contratação.

[...]

Conforme se depura dos repasses realizados, o valor transferido ao contratado corresponde exclusivamente ao montante da obra executada no período avaliado pelo TCEMG. Se de um lado a execução fora menor que o previsto no plano de trabalho, não resta dúvida que o valor pago correspondeu com as ações perpetradas, garantindo uma perfeita correlação entre a execução física e a execução financeira, mantendo a devida coerência no plano de desembolso físico-financeiro.

40. Assim, já nesse juízo perfunctório, podemos descartar de plano a imperatividade de deflagração de processo punitivo. ... A necessidade de ampliação do objeto por meio do 2º e do 3º Termos Aditivos corrobora o aduzido, uma vez que os Convênios nº 1263/2008 e 1271/2008, ao garantirem uma maior e melhor abrangência das obras realizadas, ampliou o espectro de atuação da contratada, sendo possivelmente, fato justificante para a demora na realização do primeiro trecho pactuado.

41. Além disso, o Ofício 009/2008, encaminhado pelo Consórcio Barbacena, indicando que os logradouros apontados precisariam de obras de drenagem pluvial e regularização e compactação da base...

[...]

45. Por derradeiro, além dos aspectos materiais ... importante mencionar que, sob o viés formal, a responsabilidade pela indicação na execução do contrato competia ao fiscal indicado nos termos do artigo 67 da Lei 8.666/93 e em conformidade com a Cláusula Dezesseis do Contrato.

[...]

47. ...Pugnamos, pois, pelo reconhecimento da inexistência de irregularidade imputável ao Recorrente, reformando o Acórdão da 1ª. Câmara.

[...]

ANÁLISE

Avaliando as razões expendidas pelo Recorrente e consultando os documentos constantes do processo originário (Inspeção Ordinária nº 787.192), bem como nos autos deste Processo nº 969.294, não foram encontrados quaisquer documentos a justificar tecnicamente o atraso no cumprimento do cronograma físico-financeiro.

Também, o Recorrente argumentou que no Ofício nº 009/2008, enviado pela Contratada, haveria a justificativa para o atraso do cronograma pela constatação de problemas na execução do contrato. Porém, esse Ofício nº 009/2008, encontrado na fl. 968 dos autos do Processo nº 787.192, faz menção à necessidade de drenagem pluvial de logradouros para que

se pudessem serem feitas as pavimentações asfálticas. Portanto, essa necessidade impõe a concretização de obras e serviços que deveriam ser executados no Contrato nº 034/2008, Inicial. Destarte, o teor desse Ofício não justifica o atraso do cronograma físico-financeiro.

Mais ainda, o Recorrente alega que a verificação da conformidade da execução do contrato seria responsabilidade única do fiscal do contrato, mas não se verifica no termo do Contrato de Empreitada nº 034/2008, fls. 83 a 89 dos autos deste Processo, a nomeação de um fiscal para o contrato. E, também na documentação da Inspeção Ordinária nº 787.192 não se encontra quaisquer atos administrativos (Portaria, Decreto, etc) designando algum fiscal para o Contrato nº 034/2008 e/ou seus Aditivos.

Por outro lado, os gestores da coisa pública são responsáveis pela regularidade ou irregularidade dos efeitos de suas ações e/ou omissões no zelo na administração pública. Na Administração Municipal a maior autoridade é o Prefeito, ao qual está afeta a última consideração sobre a regularidade ou irregularidade pela consecução de atos de seus subordinados, de qualquer nível. Ainda que haja uma delegação de poderes, ao Prefeito cabe verificar se os atos derivados dos delegatários estão cumprindo as obrigações contidas nas normas legais e caso não estejam, avocar para si a chancela final e retirar do concreto os efeitos daqueles.

De todo o exposto, entende-se que **não foram trazidos pelo Recorrente quaisquer elementos a elidir a responsabilidade dele pela irregularidade do descumprimento do cronograma físico-financeiro**, infringindo o disposto no caput do art. 66, o §1º do art. 67, e o inciso X do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, o que ocasionou-lhe a imputação da multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, e **dessa forma conclui-se que não merece reformar o Acórdão, mantendo-se a sanção administrativa de multa imposta ao ora Recorrente.**

3.2.2 - QUANTO AO ITEM 2.1 DO VOTO DO RELATOR, ALÍNEA “b”

Quanto ao descrito na alínea “b” do subitem 2.1, manifestando-se sobre a irregularidade da ausência de anotações no Livro de Ocorrências ou Diário de Obras (subitem 9.2.2 (fl. 1.513), dos autos do Processo nº 787.192), alegou nas fls. 13 a 15 (autos deste Processo), em suma:

[...]

50. Repisamos, que o relatório técnico de fls. 1492/1516, que subsidiou a decisão prolatada pela 1ª. Câmara, é de transparência irrefutável ao indicar que a responsabilidade pela anotação no Livro de Ocorrências ou Diário de Obras era específica do fiscal do contrato.

[...]

52. Perfeitamente perceptível, pois que a responsabilidade pelas anotações relativas à execução do contrato compete àquele que é responsável pelo acompanhamento da obra, revelando-se

pusilânime opor ao Recorrente, como figura máxima do município, a atribuição de fazer as anotações previstas na legislação ou até mesmo verificar se elas foram feitas.

[...]

53. Tanto é assim que o retromencionado relatório técnico, no item conclusivo de n.10, atribui ao então Secretário de Infraestrutura e Política Urbana do Município a responsabilização pela prática de tal irregularidade.

[...]

54. O órgão técnico atuou, nesse caso com a melhor hermenêutica. Ainda, vale frisar que a citação realizada à fl. 1521 suscitou que o Recorrente se manifestasse sobre as irregularidades indicadas no relatório. Ora, com base na ideia de defesa pessoal, por óbvio, não se adentrou a irregularidades que não tinham como foco o Recorrente...

[...]

ANÁLISE

A citação do Recorrente, fl. 1.522, determinou que no prazo de 30 (trinta) dias ele se manifestasse apresentando as justificativas ou alegações que entendesse cabíveis acerca dos fatos apontados no processo nº 787.192.

De fato, consultando o Relatório Técnico de fls. 1.492 a 1.516, observa-se na fl. 1.516, que ao Recorrente foram relacionadas as irregularidades descritas nos itens 9.2.1, 9.2.3, 9.2.3, 9.3.1, 9.3.2, 9.4.1, 9.4.2 e 9.4.3.

Portanto, ao Recorrente não foi imputada a prática da irregularidade descrita no conclusivo item 9.2.2 do Relatório da Inspeção, fl. 1.513, dos autos do Processo nº 787.192:

“9.2.2 – Não foi realizada a anotação em Livro de Ocorrências ou Diário de Obras das ocorrências relacionadas à execução do contrato e respectivos aditivos, em desacordo com as Cláusulas Dezesesseis e Dezessete do Contrato nº 034/2008 (fls. 851 e 852). A mesma falha foi observada nos procedimentos referentes aos dois termos aditivos.”

Destarte, não lhe sendo imputada a prática descrita no item 9.2.2, mantendo-se silente quanto a essa irregularidade para a qual não foi instado a se manifestar, não implica a sua responsabilidade pela irregularidade e por consequência não haveria de lhe ter sido imposta a sanção administrativa de multa.

Destarte, razão assiste ao Recorrente implicando seja reformado o Acórdão retirando-se a responsabilidade do Recorrente pela prática descrita no item “9.2.2 - deixar de realizar a anotação em Livro de Ocorrências ou Diário de Obras das ocorrências relacionadas à execução do contrato e respectivos aditivos, em desacordo com as Cláusulas Dezesesseis e Dezessete do Contrato nº 034/2008 (fls. 851 e 852). A mesma falha foi observada nos procedimentos referentes aos dois termos aditivos.”, contrariando ao disposto no o disposto no caput do art. 66, o §1º do art. 67, e o inciso X do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993.”

Por todo o exposto, entende-se que **deva ser reformado o Acórdão** prolatado pela Primeira Câmara, na 1ª. Sessão Ordinária de 03/02/2015, para **cancelar a multa** aplicada pelo descumprimento do art. 66, *caput*, e do art. 67, §1º, bem como do art. 38, X, da Lei Federal n. 8.666/93, **por não fazer anotações no Livro de Ocorrências ou Diário de Obras,**

quer para o Contrato Inicial, quer para os Termos Aditivos. E decotando-se o valor R\$500,00 (quinhentos reais) impostos ao Recorrente, por não ser essa irregularidade de sua responsabilidade, conforme descrito no item 9.2.2 do Relatório da Inspeção Ordinária nº 787.192, e reiterado isso em verificação nesta análise recursal.

3.2.3 - QUANTO AO ITEM 2.1 DO VOTO DO RELATOR, ALÍNEA “c”

Em relação ao descrito na alínea “c” do item 2.1, manifestando-se sobre o apontamento da irregularidade do armazenamento da documentação (subitem 9.2.3, fl. 1.513, dos autos do Processo nº 787.192), alegou o Recorrente nas fls. 09 a 13 (autos deste Processo), em suma:

[...]

60. Inicialmente, insta suscitar que a fundamentação empreendida no Acórdão simplesmente impossibilita a realização da plena defesa, de modo que não há indicativo claro e inequívoco de quais os documentos não foram devidamente apresentados à equipe inspetora. Aduz-se, sem o devido apontamento, que documentos não foram devidamente coligidos aos autos do processo licitatório.

[...]

61. isso porque em minuciosa análise às fls. 1502/1506, podemos constatar que a equipe inspetora atestou ter realizado a perfeita localização dos instrumentos relativos aos convênios que seriam objeto da irregularidade aqui contestada.

[...]

64. Ademais, aduz-se violação ao disposto no artigo 38, X da Lei 8.666/93, que impõe a autuação do termo de contrato ou instrumento equivalente conforme o caso. Mais uma vez não conseguimos vislumbrar qual o fato está sendo imputado ao Recorrente, uma vez que a equipe inspetora expressamente manifesta que teve acesso a todos os documentos passíveis de caracterização com instrumento congêneres, todos estão insertos nos autos da presente inspeção. Basta percorrer pelas fls. 84/95; 96/130; 104/111; 856/870; 871/886; 917/925; 940/941; 1008/1016; 1052 para que se vislumbre o que aqui afirmado.

65. Por oportuno, vale destacar que o artigo 38, X exige que esteja nos autos do processo licitatório o contrato firmado com o licitante vencedor, bem como os demais aditivos. O adimplemento a tal dispositivo pode ser verificado às fls. 847/853, 940/941 e 1052.

[...]

68. ...sejam acolhidas as razões supra para reconhecer a ausência de irregularidade imputável ao Recorrente.

[...]

ANÁLISE

O Relatório da Inspeção, fls. 1.492 a 1.516 dos autos do Processo 787.192, no apontamento da irregularidade, subitem 9.2.3, fl. 1.513, faz referência a documentos específicos que não foram juntados ao Processo Licitatório da Concorrência nº 001/2008, a saber: do Contrato de Programa, do Convênio de Cooperação de Financiamento, do Convênio SETOP nº 1263/08 e do Convênio SETOP nº 1271/08, e relata que outros documentos genéricos também não o foram. E, tampouco estavam arquivados com a devida numeração, em desacordo com o disposto no inciso X do art. 38 da Lei n. 8.666, de 1993, e com a norma inscrita no *caput* e no inciso I do § 2º do art. 3º, da Instrução Normativa 09/2003, deste Tribunal.

Avaliadas as razões do Recorrente e confrontando-se com a documentação constante do processo originário (Inspeção Ordinária nº 787.192), bem como os documentos anexados aos autos deste Processo nº 969.294, observa-se as cópias do Contrato de Programa (fls. 856 a 870, do Convênio de Cooperação de Financiamento (fls. 871 a 886), do Convênio SETOP nº 1.263/08 (fls. 917 a 925), e do Convênio SETOP nº 1271/08 (fls. 1.008 a 1.016). Porém, esses documentos não foram anexados aos autos do Processo Licitatório Concorrência nº 001/2008 e, também, não receberam a numeração decorrente dessa anexação.

A inspeção capitulou erroneamente como infração ao disposto no inciso X do art. 38 da Lei n. 8.666, de 1993, por ausência de anexação e consequente, numeração, pois o citado inciso X especifica que deve ser arquivado, fazendo parte do Processo Licitatório, o Termo de Contrato ou instrumento equivalente; bem como o inciso I do § 2º do art. 3º, da Instrução Normativa 09/2003, estipula que a documentação deva ser arquivada em pastas específicas, sem qualquer menção à numeração da documentação.

Por outro lado, o relatório da Inspeção faz referência a genéricos documentos, isso impede ao Recorrente o exercício do devido contraditório e ampla defesa.

Assim, é de se concluir erronia no apontamento da irregularidade do armazenamento da documentação (subitem 9.2.3, fl. 1.513, dos autos do Processo nº 787.192), em razão do engano na capitulação da norma legal infringida, em relação aos documentos do Contrato de Programa, do Convênio de Cooperação, Convênio SETOP nº 1.263/08 e do Convênio SETOP nº 1271/08. Assim, como ao relatar irregularidade pela não juntada de documentos inespecíficos (“diversos documentos”, sic), impediu ao Recorrente o exercício do contraditório e ampla defesa.

Destarte, razão assiste razão ao Recorrente implicando seja reformado o Acórdão retirando-se a responsabilidade do Recorrente pela prática descrita no item “9.2.3 - irregularidade do armazenamento da documentação, por deixar de juntar ao Processo Licitatório diversos documentos (notadamente a documentação do Contrato de Programa, do Convênio de Cooperação, Convênio SETOP nº 1.263/08 e do Convênio SETOP nº 1271/08)”, em razão **do engano na capitulação da norma legal infringida, em relação aos documentos especificamente citados, e impedir ao Recorrente o exercício do contraditório e ampla defesa, por relatar irregularidade pela não juntada de documentos inespecíficos** (“diversos documentos”, sic).

E dessa forma, entende-se que deva ser reformado o Acórdão prolatado pela Primeira Câmara, na 1ª. Sessão Ordinária de 03/02/2015, para cancelar a multa aplicada pelo descumprimento do inciso X do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, e da

norma inscrita no inciso I do § 2º do art. 3º, da Instrução Normativa 09/2003, deste Tribunal de Contas, conforme fundamentação acima e decotando-se o valor R\$500,00 (quinhentos reais) impostos ao Recorrente em razão da não verificação dessa irregularidade e impedimento do exercício do contraditório e da ampla defesa para a parte final da descrição da irregularidade (documentos diversos).

IMPROPRIEDADES RELATIVAS AO SEGUNDO TERMO ADITIVO

Ao Recorrente foi imposta o pagamento da multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), pelo descumprimento do art. 3º, art. 24 e inciso I do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993, conforme item 2.2, letra “a”, da fundamentação, pelo descumprimento do art. 3º, art. 24 e inciso I do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993, e R\$500,00 (quinhentos reais), conforme letra “b”, da fundamentação, pelo descumprimento do inciso IX do art. 6º e inciso I do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666, de 1993, e também, o item II da Cláusula 13ª. do Convênio SETOP nº 1263/08.

3.2.4 - QUANTO AO ITEM 2.2 DO VOTO DO RELATOR, ALÍNEA “a”

Em relação ao descrito na alínea “a” do item 2.2, manifestando-se sobre a irregularidade dos serviços do Termo Aditivo não fazer parte do escopo do contrato inicial previsto no objeto e descrição de obras e serviços (Cláusulas Primeira e Segunda do Contrato nº 034/2008), fls. 847 a 853 dos autos do Processo nº 787.192, alegou nas fls. 18 a 24 (autos deste Processo), em suma:

[...]

72. ...O termo em questão focaliza exclusivamente em um dos tópicos do contrato inicial e isso não pode ser caracterizado como irregularidade, mas sim ajustamento qualitativo do instrumento negocial.

[...]

74. O comparativo dos referidos instrumentos indica que o Termo Aditivo contemplou o mesmo objeto que o principal que, dentre outros, contemplava a pavimentação de vias urbanas.

[...]

76. ... O objeto do contrato principal foi a realização de obras de infraestrutura, dentre elas a de pavimentação, que em nítida conexão com o objeto do 2º Termo aditivo, que é a pavimentação de vias urbanas.

[...]

81. No caso em comento foi exatamente isso que ocorreu. Seria atentatório ao interesse público despende recursos financeiros e pessoais para a deflagração de novo certame, em existindo contrato administrativo vigente e que possuía objeto compatível com a contratação pretendida.

...

[...]

Ao final o Recorrente pede a declaração de regularidade formal do 2º Termo Aditivo e reforma da Decisão da Primeira Câmara pela impossibilidade da punição imposta,

em razão da escusabilidade técnica e jurídica e pela impossibilidade da culpa *in elegendo* por ausência do dano ao erário.

ANÁLISE

De acordo com o ordenamento legal brasileiro, são possíveis alterações que recaiam sobre o objeto do contrato administrativo firmado com o licitante vencedor, podendo ser quantitativas e/ou qualitativas.

Porém, essa mutabilidade deve se dar por adequação.

Disso, se extrai que não há que se fazer alterações de forma a transformar o objeto do contrato em outro, implicando isso que a alteração não pode alterar a identidade da pretensão da administração.

Destarte, há que se analisar o objeto pretendido pela Prefeitura do Município de Barbacena, e para esse desiderato verifique-se o Projeto Básico que orientou a Concorrência nº 001/2008.

O Projeto Básico contido nas fls. 164 a 312 dos autos do Processo nº 787.192, estabelece como serviço de pavimentação para a Concorrência nº 01/2008, fl. 230:

[...]

4.31 RECUPERAÇÃO DE PAVIMENTO ASFÁLTICO

4.31.1 – Este serviço objetiva o recondicionamento do revestimento asfáltico demolido pela passagem da tubulação adutora por vias públicas com capeamento asfáltico.

4.31.2 – Os serviços compreendem as seguintes fases:

4.31.2.1 - ...

4.31.2.2 – Aplicação de uma camada de material betuminoso: asfalto diluído, emulsão asfáltica, alcatrão ou cimento asfáltico de penetração...

4.31.2.3 – Aplicação de revestimento flexível, sendo indicado a areia-asfalto resultante da mistura a frio, ...

[...]

A teor das argumentações apresentadas pelo Recorrente o objeto do 1º Termo Aditivo estaria contemplado no objeto da Concorrência nº 01/2008 por força do termo pavimentação contido no descritivo para o Objeto no Edital, fl.11 dos autos do Processo nº 787.192.

Porém, tal assertiva está em descompasso com o prescrito como serviços de pavimentação no Projeto Básico, acima transcrito.

O termo pavimentação do subitem 2.1 do Edital, obrigatoriamente, deve estar ali contido, pois esse serviço deverá ser feito pelo licitante contratado, pois ao fazer a demolição de uma pavimentação asfáltica, haverá que se recompor a via com a aplicação de novo asfalto, conforme item 4.31 do Projeto Básico referenciado.

Destarte, as razões apresentadas pelo Recorrente não elidem a irregularidade da contratação dos serviços do Termo Aditivo não fazer parte do escopo do contrato inicial

previsto no objeto e descrição de obras e serviços (Cláusulas Primeira e Segunda do Contrato nº 034/2008).

De todo o exposto, entende-se que **ao Recorrente cabe a responsabilidade pela contratação irregular dos serviços contidos no 2º Termo Aditivo, infringindo o disposto no art. 3º, art. 24 e inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, o que ocasionou-lhe a imputação da multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, e dessa forma conclui-se que não há que se reformar o Acórdão, mantendo-se a referida sanção administrativa.**

3.2.5 - QUANTO AO ITEM 2.2 DO VOTO DO RELATOR, ALÍNEA “b”

Em relação ao descrito na alínea “b” do item 2.2, manifestando-se sobre a irregularidade dos serviços terem sido realizados em locais distintos daqueles inicialmente apontados na planilha orçamentária e na proposta do Plano de Trabalho do Convênio SETOP nº 1263/08 (fl. 973), fonte dos recursos do 2º Termo Aditivo, infringindo as regras contidas no inciso IX do art. 6º e inciso I do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666, de 1993, e também, o item II da Cláusula 13ª. do Convênio SETOP nº 1263/08, o Recorrente alegou nas fls. 24 a 27 (autos deste Processo), em suma:

[...]

93. ... Isso porque a alteração do planejamento inicial não demonstra inabilidade daqueles que desenvolveram o projeto básico, mas a ocorrência fática de dificuldades somente encontráveis no momento inicial da execução. Essas dificuldades foram prontamente relatadas pela contratada, que sugeriu mudanças dos logradouros contemplados (fl. 968), que caracteriza hipótese de modificação do projeto ou de suas especificações, o que é autorizado pelas normas jurídicas em vigor.

[...]

96. Além do mais, importante aclarar que a obra em questão, por incidir sobre objeto que sofre degradação permanente em razão do uso (estamos falando de logradouros que continuaram a ser utilizados pela população até o momento do início das obras), não mentem as condições iniciais previstas, tornando absolutamente factível que, no ato da execução, tenha sido detectada a necessidade de obras preparatórias para pavimentação, o que ensejou a alteração do plano de trabalho inicial.

[...]

99. Destarte, por ter sido a substituição dos logradouros decorrentes exclusivamente de necessidades técnicas consequente da complexidade da obra públicas em questão, o que foi inclusive acatado pelo Concedente, não é possível a manutenção da penalidade aplicada, motivo que pleiteamos a reforma do *decisum* vergastado.

[...]

ANÁLISE

De acordo com o ordenamento legal brasileiro, são possíveis alterações que recaiam sobre o objeto do contrato administrativo firmado com o licitante vencedor, podendo ser quantitativas e/ou qualitativas.

Porém, essa mutabilidade deve dar-se por adequação.

Disso, extrai-se que não há que se fazer alterações de forma a transformar o objeto do contrato em outro, implicando isso que a alteração não pode alterar a identidade da pretensão da administração.

Destarte, há que se analisar o objeto pretendido nos termos do Convênio nº 1.263/2008 (documentação nas fls. 917 a 1.006, dos autos do Processo nº 787.192), assinado entre a Prefeitura do Município de Barbacena e o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Transportes e Obras Públicas.

Na fl. 927 foram discriminadas as ruas do Município de Barbacena que seriam pavimentadas, segundo o Plano de Trabalho do Convênio nº 1.263/2008, e nas fls. 948 a 961 encontram-se discriminadas as ruas que receberam os serviços de pavimentação com recursos oriundos do Convênio supracitado.

Cotejando as duas listagens não se observa quaisquer congruências das ruas ali listadas.

Também, não foi encontrado nenhum estudo técnico, com fotos, averiguações *in loco*, quer pelo Recorrente ou pela Contratada demonstrando inequivocamente o alegado.

O citado ofício da Contratada, fl. 928, não faz nenhuma alusão à troca dos logradouros que seriam pavimentados.

De todo o exposto, entende-se **que ao Recorrente cabe a responsabilidade pela irregularidade dos serviços terem sido realizados em locais distintos dos inicialmente apontados na planilha orçamentária e na proposta do Plano de Trabalho do Convênio SETOP nº 1263/08 (fl. 973), fonte dos recursos do 2º Termo Aditivo, infringindo as regras contidas no inciso IX do art. 6º e inciso I do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666, de 1993, e também, o item II da Cláusula 13ª. do Convênio SETOP nº 1263/08, o que a ele ocasionou a imputação da multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, e dessa forma conclui-se que não há que se reformar o Acórdão, mantendo-se a referida sanção administrativa.**

IMPROPRIEDADES RELATIVAS AO TERCEIRO TERMO ADITIVO

3.2.6 - QUANTO AO ITEM 2.3 DO VOTO DO RELATOR, ALÍNEAS (“a” e “b”)

Em relação às irregularidades descritas nas alíneas “a” e “b” do item 2.3 do voto do Relator, que apontam: **a) o preço unitário constante no item 2.8.1 do 3º Termo Aditivo ser superior ao preço pactuado no contrato inicial** (fl. 911 e 1.484 dos autos do processo nº

787.192), e **b) O preço unitário constante no item 3.4.1 do 3º Termo Aditivo ser superior ao preço de mercado**, o Recorrente alegou nas fls. 27 e 28 (autos deste Processo), em suma:

[...]

101. Repisando o alegado na defesa, os serviços realizados foram objeto de acompanhamento e fiscalização por Comissão Especial, cujos integrantes realizaram a conferência da execução física e financeira das obras. Efetivamente na primeira e na quinta medição, apuradas pelos técnicos do TCEMG, adotou-se equivocadamente o valor da cotação para o mesmo serviço, porém a distâncias menores. Este equívoco foi devidamente detectado e compensado na medição nº 7, ocorrida em agosto de 2009.

Esta correção pode ser aferida pela Nota Fiscal emitida pela PREFISAN de nº 2009/70, acompanhada da respectiva planilha de serviços, que demonstra os decotes compensativos realizados.

[...]

ANÁLISE

O Recorrente pede que seja feita a reforma do Acórdão que lhe impôs a sanção administrativa da multa, sob os seguintes argumentos: a) os serviços realizados foram acompanhados e fiscalizados por Comissão Especial; b) houve um equívoco na 1ª. e 5ª. medições, cujo valor foi compensado na medição de nº 7, conforme Nota Fiscal nº 2009/70.

Porém, o fato de terem sido acompanhados e fiscalizados por membros de uma Comissão Especial não valida essas irregularidades apontadas, pois para infirmar os apontamentos dessas irregularidades, os acompanhamentos e fiscalizações devem ser atestadas por meio de documentação e essas não se encontram nos autos dos Processos nº 787.192 ou nº 969.294.

Por outro lado, observa-se pelo Boletim de Medição, 7ª. Medição, fls. 829 a 840 (autos desse Processo nº 969.294), como sendo de R\$272.907,70 (duzentos e setenta e dois mil novecentos e sete reais e setenta centavos), fl. 840, o valor total para a medição, e a Nota Fiscal nº 2009/70, emitida como referente à 7ª. Medição, (fl. 572, dos autos do Processo nº 969.294) discrimina como sendo de R\$272.907,70 (duzentos e setenta e dois mil novecentos e sete reais e setenta centavos) o valor a ser pago pela Prefeitura do Município de Barbacena, e não foram encontrados quaisquer documentos demonstrando o decotar dos equívocos cometidos na 1ª. e 5ª. medições.

Mais ainda, vê-se na fl. 553 (autos do Processo nº 969.294) a Nota de Pagamento emitida pela Prefeitura do Município de Barbacena, fazendo o pagamento à Contratada, em razão da 7ª. medição, no igual valor da Nota Fiscal nº 2009/70, de R\$272.907,70 (duzentos e setenta e dois mil novecentos e sete reais e setenta centavos). O que nos leva à conclusão pela inexistência da alegada decotação no pagamento da Nota Fiscal da 7ª. Medição dos equívocos feitos na 1ª. e 5ª. medição.

De todo o exposto, **entende-se que ao Recorrente cabe a responsabilidade pelas irregularidades de: a) usar o preço unitário constante no item 2.8.1 do 3º Termo Aditivo superior ao preço pactuado no contrato inicial (fl. 911 e 1.484 dos autos do processo nº 787.192), e b) aplicar preço unitário constante no item 3.4.1 do 3º Termo Aditivo ser superior ao preço de mercado; por infringir ao disposto § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993; o que a ele ocasionou a imputação da multa no valor total de R\$1.000,00 (um mil reais), R\$500,00 (quinhentos reais) em razão de cada irregularidade, pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, e dessa forma conclui-se que não há que se reformar o Acórdão, mantendo-se a referida sanção administrativa.**

IV – CONCLUSÃO, SUGESTÕES E RECOMENDAÇÕES

Por todo o exposto:

4.1 - PRELIMINARMENTE

4.1.1 –QUANTO AO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

Não se confirmando a necessidade do litisconsórcio passivo, entende esta Unidade Técnica que não há que se fazer nenhuma reforma ao Acórdão prolatado pela Primeira Câmara na 1ª. Sessão de 03/02/2015, quer seja para incluir no polo passivo o Sr. José Luiz Ribeiro Feyo, Secretário de Infraestrutura e Política Urbana, à época, quer pela anulação do referido, pois não se verifica a obrigatoriedade do litisconsórcio passivo.

4.1.1 –QUANTO À PRESCRIÇÃO

Com a expedição da Portaria CAEP/DAE/Nº 051/2008, em 24/11/2008, ocorreu uma causa interruptiva do prazo prescricional.

Dessa forma, recomeçou-se a contagem do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, conforme o disposto no art. 110-C da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, introduzido pela Lei Complementar nº 120, de 2011.

Esse transcurso temporal iniciou-se e a Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, na 1ª. Sessão Ordinária, de 03/02/2015, em decisão à unanimidade, entendeu pela ausência do dano ao erário, e pelas irregularidades da licitação e execução do contrato impôs multa ao Recorrente, no valor total de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

É de se atentar que a prescrição dos **efeitos da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas, deu-se em 24/11/2013**, quando se completaram os 5 (cinco) anos previstos no normativo legal (art.110-C), incluído pela Lei Complementar nº 120, de 2011, à Lei Orgânica deste Tribunal de Contas.

De todo o exposto, entende-se que tem razão o Recorrente, pois, em 24/11/2013 já se operara a prescrição aos efeitos da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas, nos termos do art. 110-C, introduzido pela Lei Complementar nº 120, de 2011, na Lei Complementar nº 102, de 2008, (Lei Orgânica deste Tribunal de Contas).

Por consequência, pode ser acolhida a prejudicial de mérito reconhecendo-se a ocorrência da prescrição em 24/11/2013, para os fatos irregulares praticados no processamento da Concorrência nº 001/2008 e execução do Contrato nº 034/2008 e, destarte, reformando-se a Decisão prolatada pela Primeira Câmara na 1ª. Sessão Ordinária de 03/02/2015, cancelando-se as sanções administrativas das multas, no valor total de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), julgando-se extinto o processo com resolução do mérito.

4.2 – NO MÉRITO

Confrontadas as alegações do Recorrente com os documentos constantes da Inspeção Ordinária nº 787.192 e deste Processo nº 969.294, esta Unidade Técnica conclui que:

4.2.1 - IRREGULARIDADES NÃO CONFIRMADAS

a) Deixar de fazer anotações no Livro de Ocorrências ou Diário de Obras, quer para o Contrato Inicial, quer para os Termos Aditivos, por não ser de sua responsabilidade, conforme descrito no item 9.2.2 do Relatório da Inspeção Ordinária nº 787.192, e reiterado em verificação nesta análise recursal, decotando-se o valor de R\$500,00 (quinhentos reais) impostos ao Recorrente em razão disso. (item 3.2.2 da fundamentação)

b) Pelo descumprimento do inciso X do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, e da norma inscrita no inciso I do § 2º do art. 3º, da Instrução Normativa 09/2003, em razão de não se confirmar essa irregularidade, decotando-se R\$500,00 (quinhentos reais) do valor total da multa, impostos ao Recorrente em razão dessa irregularidade, conforme item 3.2.3 da fundamentação.

4.2.1 – IRREGULARIDADES QUE PERSISTEM

c) Descumprimento do cronograma físico-financeiro, infringindo o disposto no caput do art. 66, o §1º do art. 67, e o inciso X do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, o que ocasionou-lhe a imputação da multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, e dessa forma conclui-se que não merece

reformular o Acórdão, mantendo-se a sanção administrativa de multa imposta ao ora Recorrente (item 3.2.1 da fundamentação).

d) Contratação irregular dos serviços contidos no 2º Termo Aditivo, infringindo o disposto no art. 3º, art. 24 e inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, o que ocasionou-lhe a imputação da multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, e dessa forma conclui-se que não há que se reformar o Acórdão, mantendo-se a referida sanção administrativa.

e) Realizar os serviços em locais distintos daqueles inicialmente apontados na planilha orçamentária e na proposta do Plano de Trabalho do Convênio SETOP nº 1263/08 (fl. 973), fonte dos recursos do 2º Termo Aditivo, infringindo as regras contidas no inciso IX do art. 6º e inciso I do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666, de 1993, e também, o item II da Cláusula 13ª. do Convênio SETOP nº 1263/08, o que a ele ocasionou a imputação da multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, e dessa forma conclui-se que não há que se reformar o Acórdão, mantendo-se a referida sanção administrativa. (item 3.2.5 da fundamentação)

f) Utilizar o preço unitário constante no item 2.8.1 do 3º Termo Aditivo superior ao preço pactuado no contrato inicial (fl. 911 e 1.484 dos autos do processo nº 787.192), infringindo ao disposto § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993; ocasionando-lhe a imputação da multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), e portanto, o Acórdão não merece reforma em relação a essa sanção administrativa. (item 3.2.6 da fundamentação)

g) Aplicar o preço unitário constante no item 3.4.1 do 3º Termo Aditivo em valor superior ao preço de mercado; infringindo ao disposto § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993; ocasionando-lhe a imputação da multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), e, dessa forma, não há que se reformar o Acórdão, mantendo-se a referida sanção administrativa. (item 3.2.6 da fundamentação)

À consideração superior.

CFOSE, DFME, 16 de maio de 2017.

João Batista de Araújo

Analista de Controle Externo

TC-02868-9