GRUPO II – CLASSE V – Plenário
TC 017.261/2011-2
Natureza(s): Relatório de Auditoria
Órgãos/Entidades: Caixa Econômica Federal; Departamento Penitenciário Nacional; Governo do Estado do Rio de Janeiro
Responsáveis: Aprígio Freitas Neto (546.663.417-49); Entidades/órgãos do Governo do Estado do Rio de Janeiro
Interessado: Congresso Nacional
Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: FISCOBRAS 2011. DEPEN. CAIXA. ESTADO RIO DE JANEIRO. PT 14.421.0661.8914.0001/2011 - APOIO À CONSTRUÇÃO E AMPLIAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PENAIS. CONSTRUÇÃO DA RESIDÊNCIA PARA IDOSOS E REFORMA DA CASA DE TRANSIÇÃO, EM NITERÓI/RJ. ATESTO DE SERVIÇOS NÃO PREVISTOS NO CONTRATO. INDÍCIOS DE BAIXA QUALIDADE DOS SERVIÇOS EXECUTADOS. AUDIÊNCIA DO RESPONSÁVEL. REJEIÇÃO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA (ART. 58, II, LO-TCU). RESILIÇÃO DO CONTRATO DE REPASSE PELO ENTE FEDERATIVO COM RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS VALORES DE ORIGEM FEDERAL. FATO QUE NÃO INTERFERE NA COMPETÊNCIA DO TCU PARA FISCALIZAR A REGULARIDADE DA GESTÃO DOS RECURSOS DE ORIGEM FEDERAL DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO DE REPASSE. CIÊNCIA AO RESPONSÁVEL, À CAIXA, AO DEPEN, À SEAP-RJ, À TCE-RJ E À CMO/CN. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de auditoria referente ao Fiscobras-2011, com enfoque nas obras de construção da Residência para Idosos e reforma da Casa de Transição de Niterói/RJ, custeado com recursos do Departamento Penitenciário Nacional – Depen –, no âmbito do PT 14.421.0661.8914.0001/2011 - Apoio à Construção e Ampliação de Estabelecimentos Penais.

2. A matéria foi originalmente apreciada mediante o Acórdão 2.348/2011-Plenário, em que este Tribunal, ao verificar indícios de irregularidades pertinentes ao Contrato 12/2009, vinculado ao Contrato de Repasse 238.688-34/2007/Ministério da Justiça/Caixa determinou a audiência do responsável, cujas razões de justificativa são analisadas no presente assentada.

3. A audiência foi dirigida ao Sr. Aprígio Freitas Neto, na condição de fiscal do Contrato 12/2009, e enfocou as seguintes ocorrências, conforme descritas no Acórdão 2.348/2011-Plenário:

- indícios de deficiência na qualidade dos serviços executados, em desacordo com os arts. 66 e 69 da Lei 8.666/1993;

- pagamento por serviços não previstos no Contrato 12/2009, sem o necessário aditivo contratual, em dissonância com o disposto no art. 60 da Lei 8.666/1993.

4. Ainda na referida decisão, o Tribunal informou à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que os indícios de irregularidades então apurados **não** se enquadravam nas disposições do inciso IV do §1º do art. 94 da Lei nº 12.309/2010 (LDO/2011), que definem as hipóteses de "indícios de irregularidades graves".

5. Reproduzo, a seguir, com ajustes de forma, o teor principal da instrução que analisou as razões de justificativa do responsável, lavrada no âmbito da Secob-InfraUrbana (peça 60):

(...)

EXAME TÉCNICO

5. À época da fiscalização, identificou-se que os boletins de medição referentes ao Contrato 012/2009 contemplaram serviços não previstos no ajuste e havia serviços executados com qualidade deficiente, em desacordo com os art. 60 e 67 da Lei 8.666/93.

6. Os boletins de medição, que acumularam um valor total de R$ 188.711,18, incluíram itens (no valor total de R$ 115.822,70) não previstos no contrato. Esses serviços foram incluídos nas medições por meio de um instrumento denominado RE-RA, que seria uma re-ratificação do contrato executada diretamente no boletim de medição, sem que fosse devidamente formalizado por um termo aditivo. O fiscal da obra atestava os boletins.

7. Quanto aos serviços executados com qualidade deficiente, havia evidências de que pisos e portas de madeiras da edificação objeto do contrato tenham sido danificados devido à ação da água. Ademais, nem toda a parte elétrica da edificação estava funcionando.

Argumento

8. Regularmente instado a se manifestar acerca das providencias adotadas em face do atesto de serviços não previstos no contrato e de indícios de má qualidade da obra (peças 50 e 55), o Sr. Aprígio Freitas Neto, na condição de fiscal do Contrato 12/2009, apresentou as razões de justificativa (peça 53).

9. Em relação ao pagamento por serviços não previstos no Contrato 12/2009 sem o devido aditivo contratual, o responsável alega que em virtude da elaboração do projeto executivo surgiram serviços não previstos inicialmente, bem como acréscimos de quantidades em serviços já previstos no orçamento licitado – desenvolvido por projeto básico.

10. Para atender às modificações de serviços e aumento de quantitativo sem acréscimo do valor contratual, é sistemática adotada na Seap/RJ que a própria fiscalização da obra elabore a devida troca de serviços na ocasião da medição. Ato contínuo, a medição é encaminhada no processo de pagamento junto com o documento fiscal da contratada, que recebe visto pela Superintendência de Engenharia e pela Subsecretaria de Infraestrutura - que também não promovem o necessário aditivo contratual.

11. No que se refere aos indícios de deficiência na qualidade da obra, o responsável argumenta que todos os serviços executados e medidos na obra foram executados de acordo com as normas técnicas. Menciona que os serviços foram vistoriados pela fiscalização da obra, pelo Superintendente de Engenharia e pela fiscalização da Caixa.

12. Expõe ainda que a obra encontra-se paralisada devido ao atraso no pagamento a Contratada. Esclarece que, após a interrupção da obra, ocorreu um vendaval que danificou o telhado e quebrou a tubulação de entrada de água no reservatório, inundando o local – problema sanado pela manutenção do hospital.

Análise

13. Em relação ao pagamento por serviços não previstos no Contrato 12/2009 sem o devido aditivo contratual, o responsável limita-se a enunciar que é sistemática comum na Seap/RJ que a própria fiscalização da obra promova a alteração de serviços na ocasião da medição, sem, no entanto, promover as devidas alterações contratuais.

14. As alegações apresentadas, inclusive no que se refere ao visto no documento fiscal procedido por instâncias superiores, não eximem o responsável, como fiscal do contrato, pela irregularidade identificada. Lembra-se que as alterações contratuais, consoante disposto no art. 60 da Lei 8.666/93, devem ser formalizadas por meio de termo de aditamento ao contrato.

15. Ademais, consoante o art. 67 da citada Lei, cumpre ao fiscal do contrato determinar o que for necessário à regularização dos defeitos observados na execução do contrato. As decisões e providências que ultrapassarem sua competência deverão ser submetidas a seus superiores em tempo hábil para adoção das providencias cabíveis.

16. Assim, a permissão para continuidade da obra sem adoção das medidas corretivas é de responsabilidade imediata do fiscal da obra, a não ser que tenha, comprovadamente, obedecido a ordens superiores, desde que não manifestamente ilegais – o que não ocorreu no caso em questão.

17. Quanto aos indícios de má qualidade na obra, nada obstante o responsável ter informado que a obra encontra-se paralisada devido à falta de pagamento a contratada, bem como que, após a interrupção da obra, ocorreu um vendaval que danificou o telhado e quebrou a tubulação de entrada de água no reservatório, em nenhum momento foi argumentado e/ou comprovado que a chuva ocorrida se enquadra em fato excepcional, que enseje reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tampouco que o estágio em que as obras foram paralisadas tenha contribuído para os danos ocorridos.

18. Assim, consoante o art. 69 da Lei 8.666/93, o contratado é obrigado a reparar, às suas expensas, o objeto do contrato em que se verifiquem vícios resultantes da execução. Ademais, se o produto fornecido pela contratada é inadequado, cumpre ao fiscal atestar a inexecução contratual, de forma que seja exigida da contratada a substituição do produto defeituoso.

CONCLUSÃO

(...)

21. Nesse sentido, por ter descumprido preceitos legais – art. 60 e 67 da Lei 8.666/93 –, bem como por não ter comprovado que os indícios de má qualidade da obra decorrem de fatos excepcionais ou que o estágio em que as obras foram paralisadas tenha contribuído para os danos ocorridos, entende-se por rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Aprígio Freitas Neto, propondo aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92.

22. Em caso análogo – Acórdão 282/2008-TCU-Plenário –, o TCU considerou que "a prestação de serviço e o fornecimento de bens amparados em contrato verbal constituem irregularidades que podem ensejar a aplicação de multa".

23. Ademais, considerando que este Tribunal não foi informado pela Seap/RJ acerca das providencias adotadas em face do atesto de serviços não previstos no contrato e de indícios de má qualidade da obra, propõe-se determinar à Caixa Econômica Federal que, ao analisar as prestações de contas relativas ao Contrato de Repasse 238.688-34/2007/Ministério da Justiça/Caixa, verifique se ainda subsistem serviços executados com qualidade deficiente, condicionando a aprovação das contas às providências adotadas para a correção dos serviços defeituosos.

24. Tal proposição encontra amparo no próprio contrato de repasse, que estabelece em sua cláusula terceira, entre outras disposições, as obrigações da Contratante (a União Federal, por intermédio do Ministério da Justiça, representada pela Caixa Econômica Federal), a saber: manter

o acompanhamento da execução do empreendimento, atestar a aquisição dos bens constantes no objeto previsto no Plano de Trabalho e analisar as prestações de contas encaminhadas pelo Contratado.

25. A cláusula décima segunda do citado ajuste ainda estabelece que se for constatada irregularidade ou inadimplência na apresentação da Prestação de Contas, o contratado será notificado para adotar providências para sanar a irregularidade, sob pena de instauração de Tomada de Contas Especial.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

26. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Aprígio Freitas Neto (CPF 546.663.417-49), em face do atesto de serviços não previstos no contrato e de indícios de má qualidade da obra, em desacordo com o disposto no art. 60 e 67 da Lei 8.666/93, e aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, III, alínea "a", do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

b) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação;

c) autorizar, desde logo, se assim for solicitado, o pagamento da dívida do responsável em 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovar perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovar os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

d) alertar ao responsável que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 217, § 2º, do Regimento Interno do TCU;

e) determinar à Caixa Econômica Federal, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e na cláusula terceira do Contrato de Repasse 238.688-34/2007/Ministério da Justiça/Caixa, que:

e.1) realize vistoria no objeto do referido contrato de repasse, identificando se ainda existem serviços executados com qualidade deficiente;

e.2) na hipótese de subsistirem serviços executados com qualidade deficiente, solicite à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro (Seap/RJ) providências para a correção dos serviços defeituosos;

e.3) ademais, ao examinar as prestações de contas relativas ao Contrato de Repasse 238.688-34/2007/Ministério da Justiça/Caixa, verifique se os indícios de má qualidade da obra foram saneados pela Seap/RJ, condicionando a aprovação das contas às providências adotadas para a correção dos serviços defeituosos; e

f) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser adotada, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam ao Depen/MJ e à Seap/RJ.

6. Em face das determinações propostas na letra "e" da instrução supratranscrita, determinei a realização de diligência à Caixa para elucidar as referidas questões (peça 63), cujos resultados foram analisados na instrução à peça 74, reproduzida a seguir, em seu teor principal:

(...)

10. Preliminarmente, em substituição à proposta de determinação à CEF apresentada pela unidade técnica, o Ministro Relator determinou diligenciar junto ao banco para (i) informar se ainda existiam serviços executados com qualidade deficiente; (ii) na hipótese de subsistirem serviços executados com qualidade deficiente, solicitasse à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro (Seap/RJ) providências para a correção dos serviços defeituosos, sob pena de instauração de tomada de contas especial; (iii) outrossim, ao examinar as prestações de contas relativas ao Contrato de Repasse verificasse se os indícios de má qualidade da obra foram saneados pela Seap/RJ, condicionando a aprovação das contas às providências adotadas para a correção dos serviços defeituosos.

11. Em resposta ao ofício de diligência, a CEF informou somente que o Contrato de Repasse havia sido distratado, anexando o respectivo termo de comprovação. Todavia, em consulta ao SIAFI (2008NS000042 - UG 200321, Gestão 0001), verificou-se que houve execução financeira/orçamentária do contrato, no valor de R$ 258.818,42. Por conseguinte, haveria, também, a obrigação da prestação de contas, conforme art. 188 c/c o inciso VIII do art. 5º do Regimento Interno do TCU.

12. Desse modo, optou-se por reiterar a diligência (peça 70), solicitando as informações anteriormente requeridas. Entretanto, a CEF mais uma vez afirmou apenas que a avença estava desfeita.

13. Tendo em vista que em duas oportunidades a unidade jurisdicionada (UJ) não apresentou informações necessárias ao esclarecimento do presente processo, fez-se a opção por tentar, novamente, obter a documentação necessária, agora por meio do encaminhamento de e-mail, com o intuito de evitar o envio de nova diligência.

EXAME TÉCNICO

14. O e-mail encaminhado pela CEF esclarece, novamente, que o referido ajuste foi distratado em 27/02/2013, com percentual de execução de 24,57% do objeto, em junho/2012. Frisa, ainda, que os recursos foram devolvidos à União (R$ R$ 258.818,42 – valor integral da avença) juntamente com a respectiva correção monetária (R$ 249.638,35), conforme documento anexo que comprova a devolução em 08/02/2013.

15. O item 8.5.1 do contrato dispõe que eventuais saldos financeiros verificados quando da rescisão do contrato de repasse, inclusive os provenientes das receitas obtidas em aplicações financeiras realizadas, deverão ser restituídos à União, no prazo improrrogável de 30 dias do evento. Por seu turno, o item 8.4.1 prevê que os recursos transferidos, enquanto não utilizados, serão aplicados em caderneta de poupança, se o prazo previsto para sua utilização for igual ou superior a um mês

16. Tendo por base as disposições previstas no item anterior, constatou-se que o valor restituído pela UJ foi superior ao valor do principal atualizado pelo rendimento da poupança no período.

17. Preceitua o inciso VI do art. 71 da Constituição Federal que cabe ao <u>TCU fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estado, ao Distrito Federal ou a Município</u> (grifo nosso). Essa fiscalização é exercida de forma global, mediante exame das prestações de contas dos órgãos ou entidades transferidores dos recursos federais, as quais são encaminhadas anualmente ao Tribunal para apreciação e julgamento quanto ao fiel cumprimento do estabelecido no convênio ou nos instrumentos congêneres.

18. Diante dessa devolução dos recursos da União, resta claro que os recursos que financiam atualmente a obra são exclusivamente os provenientes dos cofres públicos estaduais, já que inclusive o Contrato de Repasse foi alvo de rescisão.

19. Assim, entende-se que a obra em comento não mais se sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas da União, haja vista que essa abrange apenas os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, conforme previsão do art. 5º, inciso VII, Lei n° 8.443/1992 (grifo nosso).

20. De outro modo, seria forçoso reconhecer a afronta ao pacto federativo e à jurisprudência deste Tribunal, caso fosse aceita a hipótese de o TCU possuir competência para fiscalizar recursos próprios dos Estados.

21. Assim, restaram sem objeto as diligências anteriormente detalhadas, que tratavam de questões atinentes à qualidade das obras, enquanto recebiam recursos federais.

22. Frente a essa ausência de jurisdição deste Tribunal, entende-se, também, que não se faz mais devida a aplicação da multa sugerida na instrução anteriormente juntada ao processo (peça 60).

23. Por derradeiro, sugere-se o encaminhamento da decisão a ser tomada no presente processo para o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, órgão responsável pela fiscalização da obra, visto que a origem dos recursos nela aplicados é somente estadual.

CONCLUSÃO

24. Realizou-se na presente instrução a análise das informações/documentação apresentadas via e-mail pela Auditoria Nacional Integração e Responsabilidade (AUDRE) da Caixa Econômica Federal (CEF), no que se refere ao Contrato de Repasse 238.688-34/2007/Ministério da Justiça/Caixa.

25. Constatou-se que os recursos federais relativos ao ajuste foram integralmente devolvidos, simultaneamente com as receitas provenientes da aplicação financeira dessa verba. Portanto, não há mais recursos federais custeando a obra suprareferida.

26. Diante disso, restou afastada a jurisdição deste Tribunal. Em consequência, as diligências do TCU relativas a questões de qualidade das obras não se fazem mais necessárias. Do mesmo modo, a aplicação de multa alvitrada na instrução pretérita, por parte deste Tribunal de Contas, não é mais plausível.

27. Por fim, sugere-se o encaminhamento da presente deliberação ao competente Tribunal de Contas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMETNO

28. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) encaminhar cópia da presente decisão ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, para fins de conhecimento; e

b) arquivar o presente processo, com fulcro no art. 250, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal.

***

7. Em linha discordante, o Secretário-substituto da Secob-InfraUrbana emitiu o seguinte parecer (peça 76):

Manifesto-me parcialmente contrário à análise e à proposta de encaminhamento formulada na instrução precedente, a qual contou com anuência do titular da 2ª DT.

2. Na referida instrução constatou-se o distrato do Contrato de Repasse 238.688-34/2007/Ministério da Justiça/Caixa e que os recursos federais relativos ao ajuste foram integralmente devolvidos, simultaneamente com as receitas provenientes da aplicação financeira dessa verba. Portanto, não haveria mais recursos federais custeando a obra em que foram constatados os indícios de irregularidade.

3. Diante disso, o Auditor encarregado do exame concluiu que "restou afastada a jurisdição deste Tribunal". Em consequência, foi consignado que as diligências do TCU relativas a questões de qualidade das obras não seriam mais necessárias. Também entendeu o AUFC responsável pela instrução que "a aplicação de multa alvitrada na instrução pretérita, por parte deste Tribunal de Contas, não é mais plausível".

4. Discordo de tal encaminhamento, pois a devolução de recursos efetuada pelo órgão tomador de recursos, bem como o distrato do Contrato de Repasse em exame, não afastam a jurisdição do TCU no caso. É incontroverso que, quando a fiscalização foi realizada, o procedimento licitatório e o contrato fiscalizado contavam com a participação de recursos federais, cabendo a fiscalização da aplicação de tais recursos ao Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 71, VI, da Constituição Federal.

5. Nos termos do voto condutor do Acórdão 993/2009 – Plenário, "o controle externo busca corrigir os prejuízos causados pela consumação da irregularidade, esforço este que não pode estar vinculado à vigência de convênio ou outro instrumento congênere". Em outro trecho do citado voto, o Ministro-Relator tece outras considerações:

> *26. Assim, constatado débito decorrente de irregularidade em contrato devidamente fiscalizado pelo TCU, desde que o quantum invalidado se limite ao total dos recursos transferidos pela União, não há óbice à atuação desta Corte com vistas ao ressarcimento do dano.*
>
> *27. <u>Se assim não fosse, estaria o destino do controle nas mãos do gestor público 'in casu do convenente' e, em casos de má-fé ou fraude, bastar-se-ia direcionar os recursos federais para atos regulares. Desse modo, para aqueles tidos como ilegítimos 'v.g resultantes de sobrepreço ou superfaturamento', haveria apenas a incidência de recursos de contrapartida</u>.* (grifos do parecer)

6. No presente processo, o Contrato de Repasse 238.688- 34/2007/Ministério da Justiça/Caixa pode ter sido propositalmente distratado com o intuito único de afastar a jurisdição do TCU sobre o caso. Inclusive, o Sr. Aprígio Freitas Neto assina o referido termo de distrato na condição de testemunha (fl. 6, peça n. 73), o que representa um indício de ter participado do processo de distrato.

7. O referido distrato também só foi assinado em fevereiro/2013, quando já havia ocorrido a ação fiscalizatória do TCU.

8. Também se considera que a devolução dos recursos federais, ainda que devidamente atualizados, não saneia a presente irregularidade, pois houve nítido desperdício de esforços dos órgãos concedente e convenente, bem como do mandatário da União, para celebrar o aludido contrato, fiscalizar sua execução e, posteriormente, realizar o seu distrato. Além disso, em virtude dos vícios construtivos constatados na obra, não foi atingido em sua plenitude o objetivo da ação governamental que originou a celebração do referido ajuste.

9. Por fim, faz-se pertinente cópia da decisão que vier a ser proferida ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, para fins de conhecimento.

10. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Aprígio Freitas Neto (CPF 546.663.417-49), em face do atesto de serviços não previstos no contrato e de indícios de má qualidade da obra, em desacordo com o disposto no art. 60 e 67 da Lei 8.666/93, e aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, III, alínea "a", do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

b) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação;

c) autorizar, desde logo, se assim for solicitado, o pagamento da dívida do responsável em 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovar perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovar os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

d) alertar ao responsável que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 217, § 2º, do Regimento Interno do TCU;

e) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser adotada, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam ao Depen/MJ, à Caixa Econômica Federal, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e à Seap/RJ.

É o Relatório.

VOTO

Conforme anotado no Relatório, trata-se, na origem, de relatório de auditoria realizada no âmbito do Fiscobras-2011, em que foram identificados indícios de irregularidades na execução do Contrato 12/2009, voltado à construção da Residência para Idosos e à reforma da Casa de Transição de Niterói/RJ, inicialmente custeado com recursos do Departamento Penitenciário Nacional – Depen –, mediante o Contrato de Repasse 238.688-34/2007/Ministério da Justiça/Caixa, cujo beneficiário foi o Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da sua Secretaria de Estado de Administração Penitenciária - Seap/RJ.

2. A matéria foi apreciada inicialmente por meio do Acórdão 2.348/2011-Plenário, que, entre outras deliberações, determinou a audiência do responsável – posteriormente identificado como o Sr. Aprígio Freitas Neto, fiscal do Contrato 12/2009 –, em face das seguintes ocorrências identificadas na execução da mencionada avença:

- indícios de deficiência na qualidade dos serviços executados, em desacordo com os arts. 66 e 69 da Lei 8.666/1993;

- pagamento por serviços não previstos no Contrato 12/2009, sem o necessário aditivo contratual, em dissonância com o disposto no art. 60 da Lei 8.666/1993.

3. Ocorre que as instruções da Secretaria de Fiscalização de Obras de Infraestrutura Urbana – Secob-InfraUrbana – divergiram quanto à competência deste Tribunal para apurar as responsabilidades pelos atos irregulares identificados na execução da avença, tendo em vista que o contrato de repasse foi resilido, mediante distrato, e os recursos federais envolvidos no empreendimento foram integralmente restituídos pelo ente federativo à União, em valores corrigidos nos termos da avença original, passando-se o ônus integral das respectivas obras aos cofres estaduais.

4. O auditor responsável pela última instrução, com o endosso do respectivo diretor, pronunciou-se no sentido de que, como todo o ônus do empreendimento foi assumido pelo Estado do Rio de Janeiro, não caberia mais a este Tribunal a competência de apurar a responsabilidade pelas irregularidades descritas, ainda que estas houvessem ocorrido antes do mencionado distrato contratual.

5. De seu turno, o Secretário-substituto da unidade técnica dissentiu dessa conclusão, pontuando que, como a consumação das irregularidades ocorreu quando o contrato ainda era custeado com verbas federais, caberia sim, a este Tribunal, apurar a responsabilidade do respectivo agente.

6. Ambas as manifestações apoiam-se em leituras distintas da mesma competência descrita no art. 71, inciso VI, da Constituição Federal, que confere a esta Corte de Contas a atribuição de "fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estado, ao Distrito Federal ou a Município".

7. Dessa forma, antes de analisar as razões de justificativa do responsável, é preciso dirimir a controvérsia. E nesse passo, considero acertada a segunda conclusão, positiva quanto à competência deste Tribunal para fiscalizar as condutas questionadas.

8. Assiste razão ao Secretário-substituto da Secob-InfraUrbana ao defender, em síntese, que, quando se trata da fiscalização da regularidade de atos administrativos, a aferição da competência deste Tribunal deve ser feita no momento em que o ato é praticado.

9. Além do precedente citado no parecer do Secretário-substituto da unidade instrutiva (Acórdão 993/2009- Plenário; relator: Ministro Augusto Nardes), considero que o caso presente amolda-se, com mais similitude ainda, à situação enfocada no Acórdão 351/2000 – 2ª Câmara (Relator: Ministro Adylson Motta), em que este Tribunal apurou condutas irregulares de agentes públicos praticadas na gestão de empresa estatal controlada pela União (antiga Telegoiás), embora a matéria tenha sido processada neste Tribunal após a privatização da entidade.

10. No caso presente, embora a devolução integral dos recursos aos cofres da União já tenha ocorrido, inclusive com a respectiva correção monetária – o que afasta a competência deste Tribunal para imputar eventual débito –, persiste a prática de atos irregulares vinculados à gestão de recursos de origem federal, fato que se enquadra na competência fincada no inciso VI do art. 71 da Constituição Federal.

11. Sem prejuízo dessas ponderações, convém ressaltar uma peculiaridade no caso ora apreciado que bem reforça a competência desta Corte de Contas para processar a matéria. Refiro-me ao fato de o **distrato haver ocorrido <u>quase dois anos após</u> a autuação deste processo**, inclusive após a emissão do respectivo ofício de audiência e recebimento, neste Tribunal, das correspondentes razões de justificativa.

12. Conforme anotado no item 13 da segunda instrução transcrita no Relatório, o ajuste em que apurada a irregularidade sob exame foi distratado apenas em 27/02/2013 (peça 65), após 24,57% de execução (medida em junho/2012), ao passo que este processo de fiscalização foi autuado em 17/06/2011, sendo o ofício de audiência do responsável emitido em 27/09/2011 (peça 50), e as razões de justificativa recebidas em 11/10/2011 (peça 53). Anoto, ainda, que a unidade fiscalizada – Seap/RJ – solicitou o "cancelamento" do contrato de repasse em 10/10/2012, ou seja, quase um ano após a apresentação das razões de justificativa.

13. Essa cronologia demonstra que a relação processual, no tocante à audiência em comento, já estava absolutamente aperfeiçoada quando a Seap/RJ deu início ao procedimento de distrato, o que apenas corrobora a necessidade de prosseguir com o feito.

14. Superada essa questão preliminar, passo à análise de mérito das condutas do Sr. Aprígio Freitas Neto, enquanto fiscal do Contrato 12/2009, que, conforme já anotado, são assim resumidas:

- indícios de deficiência na qualidade dos serviços executados, em desacordo com os arts. 66 e 69 da Lei 8.666/1993;

- pagamento por serviços não previstos no Contrato 12/2009, sem o necessário aditivo contratual, em dissonância com o disposto no art. 60 da Lei 8.666/1993.

15. Para melhor compreensão da matéria, reproduzo, a seguir, a descrição dos achados de auditoria que motivaram a audiência em foco, nos termos exarados no Relatório que integrou o Acórdão 2.348/2011-Plenário:

- deficiência na qualidade dos serviços:

Durante visita à obra verificou-se que dentro da edificação levantada há evidências da presença abundante de água, o que danificou não só o piso como também as portas de madeira do ambiente. Constatou-se também que nem toda a parte elétrica está funcionando. Esses fatos caracterizam a deficiência dos serviços executados na obra, sendo necessária a aferição dos defeitos que levaram à entrada de água no ambiente e o mau funcionamento do sistema elétrico.

- pagamento por serviços não previstos no contrato:

Foi verificado que os quatro boletins de medição, cujo valor total acumulado é de R$ 188.711,18, incluíram itens (no valor total de R$ 115.822,70) não previstos no contrato n. 012/2009. Destaca-se que os boletins já foram atestados pelo fiscal da obra e que não foi verificada no processo qualquer autorização da fiscalização para a execução desses itens em destaque. Esses serviços foram incluídos nas duas medições por meio de um instrumento denominado RE-RA, que seria uma re-ratificação do contrato executada diretamente no boletim de medição, sem que fosse devidamente formalizado por um termo aditivo. Com isso, são incluídos itens novos com valores que não passaram pelo processo competitivo da licitação, além de aumento nos quantitativos de serviços contratados.

16. Quanto à deficiência na qualidade dos serviços, embora reconheça que esse tipo de falha foi um achado recorrente em outras auditorias realizadas por este Tribunal em obras realizadas com recursos originários do Depen (o Acórdão 3577/2014-Plenário, de minha relatoria, consolidou os achados de vinte auditorias em obras públicas de construção, reforma e ampliação de estabelecimentos penitenciários, no exercício de 2011), verifico, neste caso específico, que a caracterização das deficiências na qualidade da obra – indícios de inundação, com danos a piso e paredes, e mau-funcionamento da parte elétrica – não permitem concluir que tais problemas tenham sido causados por falhas na fiscalização da obra.

17. Assim considero, porque a descrição do achado não permite associá-lo a eventual falha na fiscalização a obra, principalmente em virtude do tempo decorrido entre a execução do contrato e a auditoria que motivou a audiência sob análise. De fato, segundo os boletins de medição (peça 13), a obra foi realizada em 2009, ou seja, cerca de dois anos antes da auditoria que detectou o presente achado, ocorrida em 2011 (peça 1). A par disso, segundo o responsável, "após a interrupção da obra, ocorreu um vendaval que danificou o telhado e quebrou a tubulação de entrada de água no reservatório, inundando o local" (§8 da primeira instrução contida no Relatório). Tal informação, além de mostrar-se verossímil, não foi rebatida pela unidade técnica. Assim, a ponderação combinada dessas duas circunstâncias impede uma conclusão segura de que o problema detectado tenha decorrido de falhas na fiscalização da obra.

18. Ainda que se ventile a possibilidade de a alegada "inundação" ter decorrido de erro de projeto, esse questionamento fugiria ao escopo da audiência, cujo enfoque, no ponto em questão, é a suposta deficiência na fiscalização da execução da obra. Outrossim, o relatório de auditoria versado neste processo não evidenciou as possíveis falhas de projeto que poderiam ser associadas ao presente achado.

19. Portanto, acolho as razões de justificativa do responsável quanto ao primeiro tópico da audiência que lhe foi dirigida.

20. Diferente é a minha conclusão quanto ao segundo ponto questionado, em relação ao qual – em linha de concordância com a unidade técnica – considero não elidida a irregularidade tipificada pelo pagamento por serviços não previstos no Contrato 12/2009, sem o necessário aditivo contratual, em dissonância com o disposto no art. 60 da Lei 8.666/1993.

21. Embora essa falha também tenha sido frequente na execução dos contratos de repasse relacionados a obras em estabelecimentos penitenciários auditados por este Tribunal em 2011, quando se associou sua origem à deficiência dos respectivos projetos básicos (conforme o precitado Acórdão 3577/2014-Plenário, esse tipo de ocorrência foi apurado em 8 das 13 obras em execução fiscalizadas), o caso em tela denota uma alteração de objeto tão expressiva em relação ao que foi licitado, que não poderia ter sido admitida pelo fiscal do contrato.

22. Conforme anotei há pouco, o valor total acumulado dos quatro boletins de medição analisados pela equipe de auditoria foi de R$ 188.711,18, sendo que, desse montante, R$ 115.822,70, ou seja, 61,3%, equivaleram a itens não previstos no Contrato n. 012/2009. A responsabilidade do fiscal da obra torna-se evidente diante do fato – devidamente anotado no relatório de auditoria – de que os boletins foram por ele atestados, sem que se identificasse qualquer autorização superior para a execução dos novos itens. Ademais, a inclusão desses itens deu-se por meio de uma espécie de re-ratificação do contrato feita diretamente nos boletins de medição, sem a formalização do necessário termo aditivo.

23. Sob tais circunstâncias, o senso de diligência exigível a um engenheiro fiscal de contrato, aqui considerado sob o conceito de *homo medius*, impor-lhe-ia o dever de conhecimento dos limites e regras para alterações contratuais definidos no Estatuto de Licitações, e, por conseguinte, a obrigação de notificar seus superiores sobre a necessidade de realizar o necessário aditivo contratual, em respeito à exigência estabelecida no **caput** do art. 60 da Lei 8.666/93.

24. Ressalto que, no caso em exame, a gravidade do procedimento escolhido – de apenas anotar a alteração diretamente nos boletins de medição – foi ampliada em virtude da elevada proporção das modificações em relação ao total das medições (mais de 60%). E é precisamente a expressiva dimensão das alterações do objeto sem o necessário aditivo contratual que me levam a rejeitar a atenuante alegada pelo responsável de que tal procedimento seria uma praxe na Seap/RJ (§6 da primeira instrução coligida no Relatório).

25. Nesse contexto, é razoável presumir que, se o fiscal da obra houvesse alertado seus superiores para a dimensão das alterações de objeto, estes provavelmente adotariam as providências necessárias à formalização do necessário aditivo, sob pena de corresponsabilização pela irregularidade verificada.

26. Tais conclusões são reforçadas pelo fato de o art. 67 da Lei 8.666/93 impor ao fiscal do contrato o dever de notificar seus superiores sobre eventuais ocorrências que extrapolem sua alçada decisória, *verbis*:

> *Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*
>
> *§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato,* ***determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.***
>
> *§ 2º* ***As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes***. (grifei)

27. Destarte, concluo pela rejeição das razões de justificativa do responsável quanto a este segundo tópico da audiência que lhe foi dirigida, conduta que tipifica grave infração à norma legal, cumprindo aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92.

28. Para finalizar o ponto de questão, e apenas à guisa de esclarecimento, consigno que o valor total do contrato era de R$ 292.812,58 (peça 15), e, por conseguinte, o valor dos serviços adicionais não previstos no contrato não ultrapassou o limite de 50% definido no art. 65 da Lei de Licitações. Por essa razão, a audiência não questionou a eventual extrapolação desse limite, concentrando-se apenas no atesto de serviços não previstos no contrato sem a formalização do necessário termo aditivo.

29. Quanto às proposições finais apresentadas pela unidade técnica, acolho-as, com ajustes de forma, aduzindo seja informado à Seap-RJ, a título de alerta para casos futuros, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a formalização de termo aditivo estabelecida no art. 60 da Lei 8.666/93 é procedimento obrigatório em todas as alterações de objeto não previstas no contrato original.

30. Por último, deve ser dada ciência ao TCE-RJ sobre os fatos analisados nos presentes autos, para que adote as providências que entender pertinentes, encaminhando àquele órgão cópia do Acórdão, acompanhado do Relatório e do presente Voto.

Do exposto, VOTO por que seja aprovado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de janeiro de 2015.

RAIMUNDO CARREIRO

Relator

ACÓRDÃO Nº 43/2015 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.261/2011-2.
2. Grupo II – Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria
3. Interessados/Responsáveis:
3.1. Interessado: Congresso Nacional (vinculador)
3.2. Responsável: Aprígio Freitas Neto (546.663.417-49)
4. Órgãos/Entidades: Caixa Econômica Federal; Departamento Penitenciário Nacional; Governo do Estado do Rio de Janeiro.
5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Obras de Infraestrutura Urbana (SecobUrban).
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria referente ao Fiscobras-2011, com enfoque nas obras de construção da Residência para Idosos e reforma da Casa de Transição de Niterói/RJ, custeadas originalmente com recursos do Departamento Penitenciário Nacional – Depen –, no âmbito do PT 14.421.0661.8914.0001/2011 - Apoio à Construção e Ampliação de Estabelecimentos Penais, em que se analisam, nesta assentada, as razões de justificativa apresentadas por Aprígio Freitas Neto (546.663.417-49), fiscal do Contrato 12/2009, em função da audiência

ordenada no Acórdão 2.348/2011-Plenário, decorrente de indícios de irregularidades na execução da aludida avença, vinculada ao Contrato de Repasse 238.688-34/2007/Ministério da Justiça/Caixa.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. nos termos do art. 250, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, rejeitar parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Aprígio Freitas Neto (CPF 546.663.417-49), aplicando-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), em virtude do atesto de serviços não previstos no Contrato 12/2009, sem o necessário aditivo contratual, exigido nos termos do art. 60 da Lei 8.666/1993, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, III, alínea "a", do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.2. autorizar, desde já, se requerido, o pagamento da dívida mencionada no item 9.1, em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno deste Tribunal, fixando ao responsável o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovar perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovar os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

9.3. alertar o responsável de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do § 2º do art. 217 do Regimento Interno deste Tribunal;

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação;

9.5 informar à Seap-RJ que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a formalização de termo aditivo estabelecida no art. 60 da Lei 8.666/93 é procedimento obrigatório em todas as alterações de objeto não previstas no contrato original;

9.6. dar ciência do inteiro teor deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam:

9.6.1. ao Sr. Aprígio Freitas Neto, responsável neste processo;

9.6.2. ao Depen/MJ;

9.6.3. à Seap/RJ

9.6.4. à Caixa Econômica Federal;

9.6.5. ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro;

9.6.6. à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional;

9.7. autorizar o arquivamento do processo após as comunicações cabíveis.

10. Ata n° 1/2015 – Plenário.
11. Data da Sessão: 21/1/2015 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0043-01/15-P.
13. Especificação do quorum:
13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Raimundo Carreiro (Relator), José Múcio Monteiro e Bruno Dantas.
13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente) (Assinado Eletronicamente)

AROLDO CEDRAZ
Presidente

RAIMUNDO CARREIRO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral