ACÓRDÃO - AC00 - 1899/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/11560/2021
PROTOCOLO	: 2130462
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL SOCIEDADE ANÔNIMA
JURISDICIONADO	: WALTER BENEDITO CARNEIRO JUNIOR
INTERESSADO	: ND2 ENGENHARIA EIRELI EPP
ADVOGADOS	: GABRIEL GALLO SILVA, OAB/MS 19.100 E HAROLDO PICOLI JÚNIOR, OAB/MS 11.615
RELATOR	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA A EXECUÇÃO DE OBRAS DE AMPLIAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO E MELHORIA NA ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO – RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO – INEXECUÇÃO DO CONTRATUAL – JUSTIFICATIVA COM BASE NA LEI E CONTRATO – PENALIDADES – MULTA DE 5% E SUSPENSÃO DO DIREITO DE CONTRATAR COM A ESTATAL POR DOIS ANOS – SANÇÃO MÁXIMA ANTES DE SOFRER ADVERTÊNCIA OU MULTA POR ATRASO NA EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE HISTÓRICO DE PUNIÇÃO ANTERIOR – FALTA DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA NA DISCRICIONARIEDADE DO JURISDICIONADO PARA A DOSIMETRIA DAS PENALIDADES – RECOMENDAÇÃO – ANULAÇÃO OU ALTERAÇÃO DA DECISÃO PUNITIVA – APLICAÇÃO DE PENALIDADE MENOS SEVERA – PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Verificado que a decisão do órgão denunciado foi tomada de acordo com o previsto nos artigos 184, 204, 206 e 207 do seu Regimento Interno (RILC) e a cláusula terceira do Contrato nº 88/2020, com a inexecução substancial, que justifica a rescisão unilateral do contrato, tem-se que o ato é regular.

2. A multa de 5% e a suspensão do direito de contratar com a estatal por dois anos apresentam-se exageradas, considerando que o Contrato foi assinado em 21/07/2020, sem que nenhuma punição intermediária tenha sido aplicada à contratada pelo atraso na execução das obras, como advertência ou multa moratória. Contudo, este Tribunal não pode interferir na discricionariedade do jurisdicionado para a dosimetria das penalidades, podendo recomendar para que, em observância aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, anule ou altere a sua decisão punitiva e aplique outra menos severa.

3. Procedência parcial da denúncia, em razão da desproporcionalidade na aplicação das penalidades à denunciante, com recomendação ao Diretor-Presidente do ente para que, em observância aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, anule ou altere a sua decisão punitiva e aplique outra menos severa em relação à empresa denunciante quanto ao Contrato.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 4ª Sessão Ordinária Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 12 a 15 de setembro de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela **procedência parcial** da Denúncia feita pela empresa **ND2 Engenharia Eireli EPP**, em razão da desproporcionalidade na aplicação das penalidades pela Sanesul à denunciante, a qual foi apenada com a sanção máxima antes mesmo de sofrer qualquer advertência ou multa por atraso na execução do **Contrato nº 88/2020** e apesar de não ter histórico de qualquer punição anterior; pela **recomendação** ao Diretor-Presidente da Sanesul, Sr. **Walter Benedito Carneiro Júnior,** para que, em observância aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, anule ou altere a sua decisão punitiva e aplique outra menos severa em relação à empresa denunciante quanto ao **Contrato nº 88/2020;** pela **intimação** do resultado deste julgamento aos responsáveis e demais interessados, nos termos do art. 50, I e II, da Lei Complementar nº 160/2012; sendo determinada a **quebra de sigilo,** como exposto no voto, em razão de não haver elementos sigilosos a serem preservados e também da fase final deste processo, com o **arquivamento** em não havendo recurso.

Campo Grande, 15 de setembro de 2022.

Conselheiro **Osmar Domingues Jeronymo** – Assinado nos termos do art. 73, § 3º, II, do Regimento Interno (Resolução TCE/MS nº 98 de 5 de dezembro de 2018)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Trata-se de **Denúncia**, com pedido de liminar, formulado pela empresa **ND2 Engenharia Eireli EPP**, visando a suspensão e anulação da decisão da **Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul - Sanesul** de rescisão unilateral do **Contrato nº 88/2020**, com aplicação de multa de 5% e suspensão do direito de contratar com a empresa pelo prazo de dois anos.

O Contrato nº 88/2020 é fruto do Processo Administrativo nº 245/2020-00, Procedimento Licitatório nº 16/2020, o qual teve por objeto a contratação de empresa para a execução de obras de ampliação do Sistema de Esgotamento Sanitário e melhoria na Estação de Tratamento de Esgoto de Dois Irmãos do Buriti/MS.

Em síntese, a denunciante alega que a rescisão unilateral do contrato e a punição foram impostas de forma arbitrária, pois não foram respondidos seus pleitos de rescisão amigável e o contexto era de pandemia de Covid-19, tendo havido necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro da contratação, medida que teria sido rejeitada pela Sanesul.

Cita, ainda, caso fortuito e força maior e a Teoria da Imprevisão para defender o reequilíbrio econômico-financeiro, com apontamento pela desproporcionalidade na dosimetria das penalidades, pois não teria dado causa à inexecução contratual, bem como não houve a intenção da denunciada em causar prejuízos à denunciante (peças 1-2).

Após a intimação, o Presidente da Sanesul fez a defesa da decisão em que se rescindiu o contrato e aplicou as penalidades (peças 9-32).

Eis o breve relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

A empresa **ND2 Engenharia Eireli EPP** apresentou denúncia a esta Corte, com pedido de liminar, visando a suspensão da decisão que rescindiu o Contrato nº 88/2020 e aplicou multa de 5% e penalidade de suspensão de contratar com a Sanesul pelo prazo de dois anos.

Ao receber os autos, este Relator promoveu a oitiva do jurisdicionado, da Divisão Especializada e do Ministério Público de Contas, sem decidir a liminar, por

entender que a penalidade já foi aplicada, sendo possível sua anulação a qualquer tempo caso esteja realmente eivada de ilegalidade.

O Presidente da Sanesul, ao defender a rescisão contratual e a aplicação das penalidades, enfatizou que a Pandemia de Covid-19 já estava em curso há vários meses quando a empresa denunciante apresentou sua proposta e foi declarada vencedora da licitação, não fazendo sentido a utilização da Teria da Imprevisão ou alegação de caso fortuito/força maior.

Sustentou que os cálculos apresentados pela empresa denunciante são divergentes dos procedimentos e dos critérios adotados pela Sanesul, uma vez que não foram contemplados os preços de referência Sinapi/Sicro, bem como não foi aplicado o desconto de 19,27% concedido no certame (proposta vencedora da licitação), logo, restando demonstrada a não abrangência do reequilíbrio econômico-financeiro pretendido no Contrato n. 88/2020.

Por fim, o dirigente da estatal sustentou que a penalidade aplicada é adequada ao descumprimento ocorrido, uma vez que a contratação tinha por objeto a implantação de 11.581,04 metros de rede coletora de esgoto, 333 ligações domiciliares, e melhorias na estação de tratamento de esgoto do Município de Dois Irmãos do Buriti/MS, prejudicando a população daquela localidade.

Em sua manifestação, a Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente considerou que não ficou demonstrada justa causa para o reequilíbrio econômico-financeira dessa contratação, mas considerou ter sido desproporcional a multa e a suspensão do direito de contratar com a Sanesul pelo prazo de dois anos, *in verbis*:

> *De fato, não obstante restar comprovada a impossibilidade de concessão do reequilíbrio econômico-financeiro proposto pelo interessado, alberga-se pela desproporcionalidade na aplicação da penalidade de multa compensatória e suspensão do direito de licitar e contratar com a Sanesul pelo prazo de 02 (dois) anos, uma vez que o responsável, de maneira exordial, optou pela medida mais gravosa prevista no RILC e no contrato.* ***Diga-se, não foi proferida decisão anterior com penalidade de advertência, ou multa moratória, tão pouco a suspensão de licitar e contratar por um período menor****, por exemplo, que são sanções de gravidade menor, antes da decisão pela penalidade gravior.*
>
> *Além disso,* ***poder-se-ia realizar a dosimetria da pena prevista no art. 206, IV, do RILC, c/c a cláusula 13ª, item 5.1, do Contrato n. 088/2020, de maneira proporcional e razoável, já que o interessado não possuía, até então, histórico de inexecução de serviços que pudessem ocasionar danos à Sanesul.*** *Ademais, a inexecução contratual por parte do interessado, abstratamente, ocasionou prejuízos indiretos à estatal, como gastos para realizar uma licitação com um contratado que não executou os serviços pleiteados, bem como o não usufruto do objeto no tempo acordado, mas não houve dano direto, com intenção de lesar, ou que pudessem depredar bens da estatal.* (grifos nossos):

O Ministério Público de Contas entendeu ser totalmente improcedente a presente Denúncia, como se vê nos excertos abaixo:

> *É igualmente importante destacar que a **Administração atua com discricionariedade no exercício de seu poder punitivo, sendo vedado a este Tribunal de Contas intervir nessa esfera reservada para substituí-la em seus juízos**, a não ser, excepcionalmente, em caso de manifesta desarrazoabilidade e/ou desproporcionalidade, hipótese em que pode atuar para adequá-los de forma a evitar desequilíbrios entre a Administração e os administrados.*
> *Data maxima venia das conclusões da Divisão de Fiscalização, penso **não se estar diante de manifesta desarrazoabilidade e/ou desproporcionalidade, a justificar a adequação da sanção imposta pela SANESUL à denunciante**.*
> *...*
> *No caso em apreço, **o nível de gravidade foi mensurado não pela proporção econômica que se estima que a inexecução do contrato tenha representado** – ainda que não seja desprezível – **mas**, especialmente, **pelo fato de se ter frustrado o acesso de 333 famílias do município de Dois Irmãos do Buriti/MS ao serviço essencial de esgotamento sanitário**, bem como a **execução de melhorias na Estação de Tratamento de Esgoto**, em prejuízo de toda a coletividade local.*

Esclarece-se que, conquanto no momento da abertura das propostas, ocorrido em 25/05/2020, já havia sido declarado o Estado de Pandemia pela Organização Mundial de Saúde – OM no dia 11/03/2020, deve-se considerar que pairavam incertezas sobre o cenário mundial, pois ninguém sabia por qual período a situação emergencial se estenderia.

No entanto, não é somente este fato que deve ser considerado no presente caso, pois é responsabilidade da contratada eventual erro na estimativa dos custos da construção, como o aumento do preço de materiais essenciais/equipamentos/mão-de-obra.

Outrossim, não se pode afastar o fato de que a decisão de rejeição da realização do reequilíbrio financeiro tomada pela Sanesul está em consonância com a interpretação das Cortes de Contas de que, em regra, os orçamentos de obras são estimados com base nas tabelas Sinapi/Sicro, evidentemente considerando também o desconto ofertado pela licitante vencedora.

Nesse aspecto, a jurisprudência do TCU:

> [...] tem considerado que **os preços medianos constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil–Sinapi são indicativos dos valores praticados no mercado e, portanto, há sobrepreço quando o preço global está injustificadamente acima do total previsto no Sinapi** (Acórdão nº 618/2006-Plenário. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa. Brasília, 26 abr. 2006).

Recentemente, o **TCU** ao apreciar uma representação com pedido cautelar, no **Acórdão nº 324/2021-Plenário**, formulado por uma empresa de engenharia

sobre possíveis irregularidades na licitação para recuperação de fachada de determinado Hospital Federal, decidiu que a **Tabela Sinap** é de **uso obrigatório** na elaboração de orçamentos de obras de edificações custeadas com recursos federais, em obediência ao art. 3º do Decreto Federal nº 7983/2013.

Observo que a decisão da Sanesul foi tomada de acordo com o previsto nos artigos 184, 204, 206 e 207 do seu Regimento Interno (RILC) e a cláusula terceira do Contrato nº 88/2020, com a inexecução substancial tendo justificado a rescisão unilateral do contrato.

Contudo, as penalidades aplicadas à empresa denunciante, multa de 5% e a suspensão do direito de contratar com a estatal por dois anos, apresentam-se exageradas, considerando que o Contrato foi assinado em 21/07/2020, mas nenhuma punição intermediária foi aplicada à contratada pelo atraso na execução das obras, como advertência ou multa moratória, como bem apontou a Divisão de Fiscalização de Engenharia.

Houve, ainda, demora inexplicável para a emissão da ordem de serviço (contrato assinado e 21/07/2020 e ordem só em 22/09/2020) e para a notificação para execução imediata (em 14/01/2021, quase seis meses após a assinatura do contrato), o que pode ter influenciado negativamente na compra de materiais para a execução das obras, pois, embora inexistente justa causa para o reequilíbrio econômico-financeiro, não se pode negar os efeitos da Pandemia de Covid-19 nos diversos setores econômicos.

Cabe também destacar que este julgamento se diferencia da recente decisão liminar **DLM–G.WNB–46/2022** deste Relator no processo **TC/2547/2022**, em razão de ter havido nesse caso proporcionalidade na aplicação das penalidades quanto à rescisão unilateral do Contrato nº 118/2020, inclusive com a suspensão do direito de contratar com a Sanesul sendo fixado em 13 meses e não no máximo previsto (dois anos). Além disso, como lembrou a Divisão Especializada, a empresa sancionada de forma mais gravosa, nesta contratação "...**não possuía, até então, histórico de inexecução de serviços que pudessem ocasionar danos à Sanesul**" (fl. 1279).

Relevante informar, por fim, que a rescisão unilateral desta contratação, com aplicação de penalidades, também está sendo analisada no **Mandado de Segurança nº 0840250-97.2021.8.12.0001**, no Tribunal de Justiça do Estado, no qual já foi proferida decisão liminar denegatória do pedido de suspensão das sanções aplicadas em razão de falta de documentos que a fundamentassem.

Além do acima exposto, é preciso reconhecer que os Tribunais de Contas, assim como os órgãos do Poder Judiciário, não podem adentrar no mérito das decisões punitivas da administração pública, a não ser em casos de flagrante ofensa à razoabilidade/proporcionalidade. Só cabe, em regra, averiguar se houve pleno respeito ao contraditório e à ampla defesa antes da aplicação da penalidade e se a decisão é legal.

A propósito, colho a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (grifo

nosso):

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INVESTIGADOR DE POLÍCIA CIVIL DEMITIDO POR ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NULIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. IMPUGNAÇÃO, EM AGRAVO INTERNO, MEDIANTE PRECEDENTES ULTRAPASSADOS. IMPOSSIBILIDADE. ADPF 388. MODULAÇÃO DE FEITOS. INEXISTÊNCIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 14/06/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. ***É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que "o controle do Poder Judiciário no tocante aos processos administrativos disciplinares restringe-se ao exame do efetivo respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo vedado adentrar no mérito administrativo. O controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos diz respeito ao seu amplo aspecto de obediência aos postulados formais e materiais presentes na Carta Magna, sem, contudo, adentrar o mérito administrativo.*** *Para tanto, a parte dita prejudicada deve demonstrar, de forma concreta, a mencionada ofensa aos referidos princípios" (STJ, RMS 47.595/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/10/2015).*

III. Tendo a decisão agravada acolhido a tese de nulidade do processo administrativo disciplinar do qual resultara a aplicação da pena de demissão ao ora agravado, mostra-se inviável perquirir a eventual gravidade das condutas imputadas ao referido servidor, por se tratar de matéria reservada ao mérito, a ser apurado oportunamente, pela Administração, em um novo procedimento disciplinar, pautado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ e do STF, a participação de integrante do Ministério Público em Conselho da Polícia Civil torna nulo o procedimento administrativo instaurado para processar e julgar servidor público estadual, por prática de ato infracional.

Precedentes: STF, ADI 3298, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe de 28/06/2007; STF, ADI 3574, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 31/05/2007; STF, RE 740.813, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/11/2014; STF, RE 676.733/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2013; STJ, AgRg no RMS 47.777/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015; STJ, AgRg no RMS 30.569/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 12/08/2015; STJ, AgRg no RMS 44.598/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/08/2015.

V. O Agravo interno, fundado em precedentes jurisprudenciais ultrapassados, é incapaz de infirmar os fundamentos da decisão agravada. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.120.463/SP, Rel.

> *Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/03/2010. VI. A modulação de efeitos das decisões proferidas pelo STF, em sede de ADPF,*
>
> *somente é possível mediante expressa deliberação de, ao menos, dois terços dos membros daquela Corte, nos termos do art. 11 da Lei 9.882/99 ("Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado"). VII. O STF, no julgamento da ADPF 388, não se pronunciou acerca de uma eventual modulação dos efeitos da decisão ali proferida, no sentido de validar o exercício, pelos membros do Ministério Público, de função pública em órgão não pertencente à estrutura do Parquet. VIII. Agravo interno improvido.*
> *(AgInt no RMS 49.202/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 09/05/2017)*

É o caso destes autos, motivo pelo qual este Tribunal não pode interferir na discricionariedade do jurisdicionado para a dosimetria das penalidades, cabendo apenas, como nesta situação, fazer **recomendação** para que, em observância aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, anule ou altere a sua decisão punitiva e aplique outra menos severa.

Quanto à alegação da denunciante de que não teria havido ampla defesa e contraditório, não lhe assiste razão, pois a estatal decidiu negativamente seu primeiro pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, com as solicitações posteriores sendo apenas reiterações da que já tinha sido decidida, inclusive quanto ao pedido de rescisão amigável, como demonstram os documentos anexados pela Sanesul (peças 9-32). O mesmo vale para o processo disciplinar que foi inteiramente regular desde a notificação e apresentação da defesa (peça 26) até a decisão.

Sobre a argumentação de que houve intuito da Sanesul de prejudicar a empresa denunciante não há elementos nos autos que possam levar a essa conclusão, tendo a estatal apenas zelado pelo interesse público.

Por fim, como houve decretação de sigilo neste processo (peça 3), há que se determinar sua quebra em razão de não haver elementos sigilosos a serem preservados e também da fase final deste processo, com o arquivamento em não havendo recurso.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, subsidiado pela análise da equipe técnica e contrariando o parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO**:

I- Pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da Denúncia feita pela empresa **ND2 Engenharia Eireli EPP**, CNPJ nº 08.882.488/0001-30, em razão da desproporcionalidade na aplicação das penalidades pela Sanesul à denunciante, a qual foi apenada com a sanção máxima antes mesmo de sofrer qualquer advertência ou multa por atraso na execução do **Contrato nº 88/2020** e apesar de não ter histórico de qualquer punição anterior;

II- pela **RECOMENDAÇÃO** ao Diretor-Presidente da Sanesul, Sr. Walter Benedito Carneiro Júnior, CPF nº 609.538.531-87, para que, **em observância aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, anule ou altere a sua decisão punitiva e aplique outra menos severa** em relação à empresa denunciante quanto ao **Contrato nº 88/2020;**

III- pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos responsáveis e demais interessados, nos termos do art. 50, I e II, da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pela procedência parcial da Denúncia e recomendação ao atual ordenador de despesa.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 15 de setembro de 2022.

Conselheiro **OSMAR DOMINGUES JERONYMO**

Assinado nos termos do art. 73, § 3º, II, do Regimento Interno

(Resolução TCE/MS nº 98 de 5 de dezembro de 2018.)

KCLP/KBV/ARP