

Proc. TC-007.720/2012-2
Tomada de Contas Especial
Recurso de Reconsideração

Parecer

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Marcos Barboza da Silva, Egídio Cordeiro de Abreu Filho, Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, Edson Pereira de Sousa, Roberto Soares Pessoa, Carlos Eduardo Bandeira de Mello e Débora Lopes de Araújo de Menezes contra o Acórdão n.º 2.099/2015-TCU-Plenário.

2. A aludida deliberação julgou irregulares as contas dos recorrentes, com imputação de débito, multa e pena de inabilitação, em razão de fraudes em licitações e desvio de recursos públicos identificados no Contrato de Repasse n.º 0231129-18, celebrado entre o Ministério das Cidades e o Município de Maracanaú, para a execução de serviços de pavimentação.

3. Os recorrentes Roberto Soares Pessoa e Carlos Eduardo Bandeira de Mello (peça 161) aduziram a nulidade da decisão pela violação do princípio do contraditório, uma vez que não foi facultada a manifestação sobre as novas provas carreadas aos autos (peça 72-101), provenientes da CGU, Polícia Federal, Ministério Público e Justiça Federal.

4. Além do argumento processual, em apertada síntese, os recorrentes aduziram, no mérito, a ausência de papel relevante na contratação da empresa, bem como o correto cumprimento das obrigações decorrente de suas funções públicas e impossibilidade de identificação da irregularidade da empresa em decorrência das exigências contidas no processo de licitação e de execução.

5. A Secretaria de Recursos, acolhendo as razões recursais, manifestou-se por que o Tribunal declare a nulidade do Acórdão n.º 2.099/2015-TCU-Plenário, haja vista a inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

6. Alternativamente, no mérito, a Unidade Técnica acolheu as razões recursais e propôs o julgamento das contas dos recorrentes pela regularidade.

7. Esta representante do Ministério Público, com as vênias de estilo, diverge parcialmente da proposta formulada pela Secretaria de Recursos, pelas razões que passa a expor.

8. Não se vislumbra na decisão recorrida ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Conquanto deva se reconhecer que os responsáveis não tiveram oportunidade de contraditar as novas provas carreadas aos autos (peças 72-101), não se pode ignorar que a proposta de deliberação condutora do Acórdão n.º 2.099/2015-TCU-Plenário consignou expressamente que o juízo de irregularidade não se fundou nas aludidas provas:

16. Antes, porém, consigno em antecipação a eventual questionamento sobre se em face do conjunto de elementos obtidos junto à Justiça Federal, em decorrência do atendimento ao despacho que proferi, haveria que se conduzir o processo a um novo contraditório, antes de deliberação de mérito por este Tribunal, em razão, por exemplo, da necessária observância do devido processo legal no uso da prova emprestada, **que os elementos colhidos não se revestem fundamentais à formação de juízo pela irregularidade das contas. Mesmo sem tais elementos é possível chegar-se às mesmas conclusões sobre esta tomada de contas especial, de modo que entendo despidiend a renovação das citações.** Com efeito, antes mesmo dessas informações colhidas pela Secex/CE, já se imputava fraude à execução do contrato de repasse pela realização de licitação em conluio e contratação de uma empresa sem capacidade operacional, o que significa dizer tratar-se de empresa de fachada, responsável apenas por dar ares de legalidade ao processo. **Baseio-me nesses elementos, já integrantes dos autos à época das citações, para conduzir meu convencimento quanto ao mérito destas contas.**

9. De acordo com o princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), somente serão nulos os atos processuais que causem prejuízo às partes. Como a proposta de deliberação consignou que as aludidas peças não foram utilizadas, não há se falar em prejuízo processual às partes e, tampouco, de nulidade da decisão por vício processual.

10. Nada obstante, haja vista que os documentos não foram contraditados, cumpre alertar sobre a impossibilidade de sua utilização *in pejus* nas fases processuais posteriores, incluída a presente fase recursal, sob o risco de se ferir os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Dessa forma, com vistas a evitar a utilização inadvertida de tais documentos, e sem perder de vista que não foram sopesadas no juízo de mérito, sugere-se ao Tribunal que determine o seu desentranhamento dos autos.

11. Quanto ao mérito recursal, esta representante do Ministério Público mantém sua convicção acerca da regularidade das contas dos gestores municipais.

12. A citação de todos os responsáveis foi fundamentada na seguinte conduta (peças 4-16):

Descrição das irregularidades: execução fraudulenta/participação na execução fraudulenta do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628), celebrado entre o Município de Maracanaú e o Ministério das Cidades, sob interveniência da Caixa Econômica Federal, ante a constatação, por equipe de fiscalização deste Tribunal, da existência de ocorrência de fraude e conluio na licitação Tomada de Preços 10.003/2008-TP, vencida pela empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., tendo por objeto a execução de pavimentação em pedra tosca das ruas 04, 08, 09, 11, 12, 14, 15, 17 e 18 no trecho compreendido entre as Avenidas Lateral Sul e Oeste, no Bairro Sátiro, Município de Maracanaú/CE, com recursos oriundos do referido contrato de repasse, mediante restrição ao caráter competitivo, direcionamento da licitação e combinação de propostas entre os licitantes, tendo por consequência a contratação de empresa sem capacidade operacional para executar efetivamente a obra, implicando a ausência de nexos causal entre os recursos repassados e a consecução de seu objeto, e resultando na não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais liberados por meio do Contrato de Repasse 0231129-18, conforme descrito no item 3.2.1 do Relatório de Fiscalização enviado em anexo à citação.

13. Da conduta ora transcrita pode-se deduzir que a suposta fraude à licitação decorreu de (i) restrição do seu caráter competitivo, (ii) direcionamento do certame e (iii) combinação de propostas entre os licitantes. Tais irregularidades tiveram por consequência a contratação de empresa sem capacidade operacional, situação que implicaria a ausência de nexos de causalidade entre os recursos repassados e a execução do objeto do contrato de repasse.

II

14. A restrição do caráter competitivo e o direcionamento do certame, por sua vez, decorreriam (i) da exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios de licitações, de requisitos de capital social mínimo e garantias previstas no § 1.º do art. 56 da Lei n.º 8.666/93 e (ii) da exigência editalícia de que o profissional responsável técnico da empresa licitante efetuasse visita prévia ao local onde seriam realizados os serviços da obra. Conquanto tais irregularidades tenham ocorrido, não se vislumbra as consequências a elas atribuídas. Dito de outra forma, não se afigura razoável presumir a restrição do caráter competitivo e o direcionamento do certame em razão dos mencionados erros no edital, conforme se passa a expor.

15. Como se sabe, é irregular a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios de licitações, de requisitos de capital social mínimo e garantia da proposta (súmula TCU n.º 275). Tal irregularidade, no caso concreto, resultou na exigência cumulativa de capital integralizado mínimo de R\$ 58.056,92 e de R\$ 5.805,69. Note-se que, fosse exigido somente o capital social mínimo, como se faz comumente, não se estaria a discutir restrição à competitividade do certame. Assim, forçoso concluir que a pecha de restrição à competitividade do certame decorre da exigência de garantia no valor de R\$ 5.805,69, valor ínfimo quando se está a tratar de empresas da construção civil. Nesse contexto, extrair da aludida irregularidade a conclusão de que houve restrição à competitividade e direcionamento do certame seria medida desproporcional e desarrazoada.

III

16. No tocante à exigência de que o profissional responsável técnico da empresa licitante efetuasse visita prévia ao local da obra, também restou configurada a irregularidade. Nada obstante, o erro em que incorreram os gestores municipais mostra-se amparado em interpretação literal razoável da Lei de Licitações e Contratos.

17. Isso porque o inciso III do art. 31 da Lei n.º 8.666/93 dispõe que a documentação relativa à qualificação técnica contemplará a “*comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que [o licitante] recebeu os documentos, e, quando exigido, de que [o licitante] tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação*”.

18. Neste ponto, convém destacar que o art. 31 da LINDB dispõe que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. A nosso sentir, a interpretação dada pelos gestores municipais ao mencionado inciso III do art. 31 da Lei n.º 8.66/93, à época da licitação (2008) não configura o dolo de fraudar, restringir ou direcionar a licitação em exame, tampouco caracteriza o erro grosseiro ou a culpa grave.

19. Em acréscimo, corroboramos as ponderações do Auditor da Secretaria de Recursos no sentido de que, no que tange à exigência de visita técnica, pode-se extrair da jurisprudência do TCU alguns critérios sugestivos de restrição da competitividade: a) restrição das pessoas admitidas à visita técnica (somente sócio administrador – Acórdão n.º 2.416/2017-TCU-1.a Câmara. Rel. Min. Weder de Oliveira); b) baixa complexidade do objeto (Acórdão n.º 1.215/2014-TCU-1.a Câmara. Rel. Min. José Múcio Monteiro); c) limitações temporais curtas (Acórdão n.º 714/2014-TCU-Plenário. Rel. Min. José Jorge); d) visitas técnicas coletivas que permitem o conhecimento dos potenciais licitantes (Acórdão n.º 2.672/2016-TCU-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler).

20. Da minuta do instrumento convocatório (peça 27 do TC-030.943/2011-6) pode-se observar que o certame (i) admitiu a visita técnica realizada por sócio administrador, diretor ou responsável técnico da empresa, expandindo a quantidade de profissionais admitidos à visita, e (ii) não estabeleceu a visita de forma coletiva ou com curtas limitações temporais conforme se extrai do item 3.5.3.1 do Edital.

21. Poder-se-ia aduzir, então, que a cláusula em comento seria restritiva em razão da baixa complexidade da obra. Todavia, ainda que a baixa complexidade da obra não justifique a exigência de visita técnica, forçoso admitir que a exigência de visita técnica não obstou o acesso ao certame, haja vista que o Município de Maracanaú fica a apenas 24 km de Fortaleza, local onde se presume a sede da maioria das potenciais licitantes interessadas na obra.

22. Dessa forma, a nosso sentir, a exigência de visita técnica em obra de baixa complexidade inserida no Edital deve ser creditada a um erro dos gestores municipais e não a um dolo de fraudar ou direcionar o certame.

IV

23. Passa-se a examinar a suposta combinação de propostas entre os licitantes, cujo elemento caracterizador seria a coincidência das propostas de preços apresentadas pelas empresas licitantes Goiana Construções e Montagens Ltda. e A.P.B.J Construções Indústria e Comércio de Mão de Obra Ltda. para quase todos os itens, com exceção do item 20 (item de maior valor da planilha) e seus subitens.

24. A coincidência nos itens das propostas seria um indicativo robusto de conluio entre as licitantes se as propostas fossem formuladas sem quaisquer parâmetros da Administração. Nesta hipótese, seria extremamente improvável uma coincidência de propostas em ambiente competitivo, razão por que se poderia valorar tal coincidência de forma a presumir o conluio entre as licitantes.

25. Contudo, conforme já explicitado pela primeira instrução de mérito dos presentes autos (peça 67, pp. 10-11), a coincidência de valores para os itens da proposta de preços decorre do fato de que as licitantes adotaram para quase todos os itens, com exceção do item 20 (item de maior valor!) e de seus subitens, os preços existentes na planilha orçamentária constante do edital TP 10.003/2008.

26. Note-se que a existência de uma planilha da Administração como referencial de preços - preços estes que se repetem nas propostas das licitantes - enfraquece demasiadamente a coincidência de valores como prova de conluio entre as licitantes, haja vista que as propostas apresentadas foram formuladas a partir da mesma planilha de preços. A coincidência das propostas, nessa situação, não caracteriza uma situação improvável que possa viabilizar a convicção do conluio. Provavelmente, houvesse mais licitantes, existiriam mais “coincidências” com a planilha da Administração e consequentemente entre os licitantes.

27. Ressalta-se que a auditoria não apontou outros indícios de conluio nas propostas apresentadas pelas empresas licitantes, tais como propostas com mesmo padrão gráfico, empresas com sócio em comum, atuação em endereços coincidentes, ou qualquer outro elemento que vinculasse as propostas.

28. Nesse contexto, parece-nos que o conjunto probatório constante dos autos não permite concluir que houve conluio entre as licitantes e tampouco que os membros da comissão de licitação deveriam ter impugnado as referidas propostas de preços.

V

29. Cumpre realçar que houve a execução da obra objeto do contrato de repasse, devidamente acompanhada pela Caixa Econômica Federal, conforme Relatórios de Acompanhamento de Empreendimento – Setor Público (peça 102, pp. 41-68), os quais atestam a realização de 100% da obra (peça, 102, pp. 63-67), fato também confirmado pela auditoria realizada no Município de Maracanaú/CE no exercício de 2011. Os recursos federais repassados em conta específica foram transferidos à empresa contratada mediante liberação da CEF (peça 102). Não há nenhuma informação de que outra empresa tenha realizado a obra. Resta, assim, enfraquecida a tese de ausência de nexo causal entre os recursos repassados e a execução das obras.

30. A informação da RAIS de que a empresa contratada não possuía, em 2008, número suficiente de empregados para executar o objeto não conduz, dado o conjunto probatório dos autos (em que a obra foi executada e não há indício de subcontratação dos serviços), à conclusão de incapacidade operacional da empresa, permitindo, somente, ilações acerca de possíveis descumprimentos da legislação trabalhista e/ou tributária.

VI

31. Assim, conquanto existam indícios da presença de uma organização criminosa no Estado do Ceará, que agia de forma organizada para fraudar licitações em vários municípios cearenses, as provas acostadas aos autos não permitem concluir que houve fraude à licitação ou desvio dos recursos do Contrato de Repasse n.º 0231129-18, objeto desta Tomada de Contas Especial, e, tampouco, a participação de gestores municipais para consecução de ilícitos.

32. Ante o exposto, esta representante do Ministério Público de Contas manifesta-se por que seja dado provimento aos recursos de reconsideração para tornar insubsistente o Acórdão n.º 2099/2015 – TCU – Plenário e julgar regulares com ressalva as contas dos gestores municipais arrolados nos autos, sem prejuízo de sugerir o desentranhamento das peças 72-101, conforme exposto no parágrafo 10 supra

Ministério Público de Contas, 9 de março de 2020.

Cristina Machado da Costa e Silva
Procuradora-Geral