

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, cabe conhecer dos embargos de declaração opostos por Mâncio Lima Cordeiro contra o acórdão 1.022/2013 – Plenário, que, ao apreciar o processo de prestação de contas de 2005 do Banco da Amazônia – Basa, julgou irregulares as contas desse gestor e de outros responsáveis e impôs-lhes multa.

2. O embargante suscitou questões acerca da análise e da fundamentação de duas irregularidades relativas à contratação sem licitação para executar o “Prêmio Banco da Amazônia de Empreendedorismo Consciente”: a execução de serviços sem amparo contratual e a ausência de justificativa de preço contratado.

3. No que tange à primeira, questionou a falta de fundamentação para considerar como irregular o procedimento. Solicitou que fosse explicitado “por que uma empresa que sabe que será contratada para apresentar o desenho do prêmio e que tem obrigação de apresentar o produto no ato da contratação, há de ser considerada como prestadora de serviço sem contrato”.

4. No voto condutor da deliberação recorrida, essa questão foi tratada nos itens 29 e 31, em que foi ressaltado aspecto relevante da argumentação da unidade técnica e foi manifestada concordância com o posicionamento por ela adotado:

29. Quanto à execução de serviços sem amparo contratual, concordo com a análise empreendida pela unidade técnica. Os responsáveis não conseguiram justificar o pagamento de R\$ 300.000,00, correspondente ao item 1, que, conforme cláusula contratual, deveria ser pago no ato de assinatura do contrato, contra a apresentação da concepção e desenho do prêmio. A justificativa dos gestores de que a ideia começara a ser concebida meses antes, de modo que o projeto já estaria pronto na data da celebração do contrato, apenas confirma a execução de serviços anteriores à sua celebração.

(...)

31. Dessa forma, incorporo as argumentações da unidade técnica como fundamento e rejeito as razões de justificativa dos responsáveis quanto a essas duas últimas irregularidades na contratação para implementação do “Prêmio Banco da Amazônia de Empreendedorismo Consciente”.

5. No relatório que integrou a deliberação, foram reproduzidos os trechos da instrução da unidade técnica que contêm as argumentações quanto a esse ponto (item 8). Sobre a questão discutida, extraio o seguinte excerto:

67. Dessa forma, em que pese as alegações dos responsáveis de que não houve contratação anterior à devida assinatura do contrato, tampouco a execução de um serviço sem respaldo contratual, mas tão somente a ideia do projeto concebido meses antes, conforme discorrido nos itens 61 e 64 desta instrução, verifica-se, da análise do próprio termo de contrato firmado entre o Basa e a empresa Amana-Key Desenvolvimento e Educação Ltda. (fls 787/791 - anexo 1, volume 3), justamente o contrário.

68. Tanto a cláusula primeira, quanto a cláusula quarta do referido contrato, acima transcritas (itens 65 e 66 desta instrução), demonstram, de maneira inequívoca, previsão expressa para entrega e pagamento da primeira parcela do objeto do contrato (concepção e desenho), respectivamente, no ato de sua assinatura, circunstância essa que não seria possível se não houve execução da primeira parcela em data anterior à da assinatura.

69. Com isso, fica evidente que a execução da primeira parcela do contrato se deu em data anterior à da assinatura do termo do contrato e, portanto, sem que houvesse formalização do mesmo.

70. Depreende-se, ainda, que tal fato somente foi possível porque de fato houve um ajuste prévio entre as partes para tanto e, repita-se, sem formalização de termo contratual, onde ficou acordado que a empresa Amana-Key receberia a considerável quantia de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para executar a primeira parcela do objeto contratado.

71. Há que se destacar ainda, que a informação dos responsáveis de f. 766, dando conta que o primeiro pagamento realizado pela contratada se deu em 25.05.2005, ou seja, 05 (cinco) dias após a assinatura do

contrato, não desconstitui a irregularidade apurada, já que ainda que o pagamento tenha ocorrido em data posterior à da assinatura do contrato, a contratação do serviço se deu em data anterior a celebração do contrato e sem a formalização do termo contratual.

72. Destarte, restou provado que a assinatura do contrato representou mera formalidade, já que na verdade as partes já haviam celebrado antes um contrato verbal, **o que é repudiado pela legislação pátria** - que só o admite em situações excepcionais - e combatido por esta Corte de Contas.

“Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço”. (Lei 8.666/93)

“Art. 60. (...). Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento”. (Lei 8.666/93)

“1.9.- abster-se de adquirir bens e serviços sem a formalização do respectivo contrato, de sorte a dar fiel cumprimento ao disposto no § 4º do art. 62 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual o instrumento somente é dispensável quando se tratar de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras.” (Acórdão 329/2008 - 2ª Câmara).

“1.5 efetue adequado planejamento de suas contratações, evitando a prestação de serviços e o respectivo pagamento sem cobertura contratual, observando o Parágrafo Único do art. 60 e o art. 62 da Lei nº 8.666/1993.” (Acórdão 378/2008 - 2ª Câmara). (grifei)

73. Dessa forma, devem ser rejeitadas as defesas apresentadas pelos responsáveis em relação a esse item (45.1 desta instrução).”

6. Portanto, a irregularidade apontada – existência de um ajuste prévio entre as partes sem formalização de contrato – foi analisada e a norma legal contrariada foi expressamente indicada no relatório que integrou a deliberação. Assim, não está caracterizada a omissão alegada.

7. Quanto à ausência de justificativa de preço, o embargante sustentou que haveria um parecer da área técnica do banco que justificaria o preço com clareza e precisão. Destacou esclarecimentos de que a contratada não faria trabalho com base em horas, o preço cobrado estaria de acordo com o padrão da empresa, o que poderia ser checado junto aos demais clientes da empresa, e o número de dias investidos pela contratada teria sido muito além dos honorários previstos no contrato.

8. O citado parecer da área técnica trouxe informações sobre o detalhamento do valor cobrado de acordo com a metodologia da própria contratada, com base em preços de tabela que seriam por ela praticados. Essas informações, bem como os esclarecimentos do embargante, foram consideradas na análise da unidade técnica sobre a ausência de pesquisa de preços que foi reproduzida no relatório da deliberação embargada (item 8). Destaco:

“74. No que tange à irregularidade relativa à ausência de justificativa pertinente para o preço do serviço contratado, em inobservância ao disposto no art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei 8.666/93 (item 45.2 desta instrução), alegam os responsáveis às f. 767 que a empresa Amana-Key não faz nenhum trabalho com base em horas, e nem por isso, é desprovida de preço justo.

75. De acordo com os responsáveis, o padrão cobrado pela Amana-Key em qualquer projeto na área de consultoria estratégica com a participação de seu principal especialista, Sr. Oscar Motyomura, um dos mais destacados do país em sua área de atuação, a época, era de R\$ 50.000,00 por dia, conforme checagem junto ao próprio mercado, bem como ao grande número de clientes que desenvolviam trabalhos com a empresa (Amana-Key).

76. Finalmente, ressaltam que o número de dias por mês que o referido especialista e equipe investiram nas atividades do prêmio durante o ano de 2005 foi muito além do dia e meio por mês que os honorários de R\$ 70.000 mensais pressupunham no contrato.

77. Como se vê, **nas razões de justificativas apresentadas, procuram os responsáveis demonstrar que o preço avençado com a empresa Amana-Key para execução do serviço contratado estava de acordo**

com os preços praticados por tal empresa junto ao mercado. Todavia, não demonstram terem efetuado qualquer pesquisa junto a outras empresas, com o intuito de averiguar se de fato esses preços eram compatíveis com os praticados no mercado, por empresas do mesmo ramo.

78. **Também não há qualquer demonstração nos autos que comprove a afirmação dos responsáveis de f. 767, de que o preço cobrado pela empresa Amana-Key era de fato o praticado pela mesma junto a outros clientes para execução de trabalho idêntico ou assemelhado.**

79. Há que se destacar, que ainda que o preço pago à empresa Amana-Key tenha sido o praticado especificamente por tal empresa no mercado, isso não autorizava o Basa a deixar de efetuar pesquisa junto a outros interessados ou mesmo demonstrar, nos autos, o preço praticado por tal empresa, a fim de justificar e comprovar a coerência do preço da contratação ora em exame.

80. **Entretanto, não constam dos autos documentos que comprovem a realização de pesquisa de preços previamente à fase externa da licitação, ou mesmo que comprove o preço praticado pela empresa contratada.**

81. **De acordo com o disposto nos arts. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, é obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, daqueles fixados por órgão oficial competente ou, ainda, daqueles constantes do sistema de registro de preços.**

82. A jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário, 568/2008-1ª Câmara, 1.378/2008-1ª Câmara, 2.809/2008-2ª Câmara, 5.262/2008-1ª Câmara, 4.013/2008-1ª Câmara, 1.344/2009-2ª Câmara, 837/2008-Plenário e 3.667/2009-2ª Câmara, é no sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, consistindo essa pesquisa de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos. É necessária a apresentação de justificativa adequada sempre que não for possível obter número razoável de cotações.

83. Dessa forma, a ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal, indo de encontro às normas vigentes e à jurisprudência desta Corte, razão pela qual devem ser rejeitadas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis em relação a esse item (item 45.2 desta instrução).” (grifei)

9. Assim, foram explicitados os motivos pelos quais a justificativa de preço apresentada não foi acatada. Não houve omissão, contradição ou obscuridade quanto a esse ponto, em que o embargante busca, na verdade, rediscutir o mérito da deliberação adotada, o que não é admitido por meio de embargos de declaração, nos termos de jurisprudência pacífica deste Tribunal.

10. Por fim, o recorrente solicitou que, para sanar a omissão, sejam esclarecidas ponderações extraídas da doutrina acerca da responsabilização de autoridades públicas que atuam em conformidade com pareceres técnico-jurídicos. Requereu que fosse sanada a omissão por não ter sido examinado o fato de o embargante haver agido de conformidade com parecer e que fossem conhecidos os embargos quanto à omissão de fundamentação na recusa das justificativas de preço.

11. Esclarecimentos quanto ao teor de doutrina não cabem em sede de embargos. O vício a ser sanado por meio desse tipo de recurso deve tratar de eventual descompasso entre as premissas utilizadas pelo julgador e a conclusão a que chegou, e não entre o acórdão recorrido e o teor de doutrina ou jurisprudência. Alegações de contradição entre o acórdão embargado e doutrina ou jurisprudência podem ser recepcionadas em outras espécies recursais, a exemplo de recurso de reconsideração.

12. Quanto à alegação de que o responsável teria agido em conformidade com pareceres, observo que esse argumento não foi trazido pelos responsáveis em suas razões de justificativa. A interposição de embargos não se presta a inovar em relação aos argumentos anteriormente apresentados. Há, de fato, entendimento jurisprudencial de que não cabe apontar omissão em deliberação com base em tema não cogitado na fase anterior dos autos.

13. No entanto, ainda que se pretendesse discutir esse assunto, há farta jurisprudência neste Tribunal no sentido de que o parecer jurídico não vincula a decisão do gestor. Com ele permanece o dever de examinar a pertinência do parecer, que não o exime da responsabilidade pela prática de atos irregulares.

14. Desse modo, na ausência das omissões alegadas no acórdão recorrido, deve-se negar provimento aos embargos de declaração.

Ante o exposto, voto por que o Colegiado aprove a minuta de acórdão que submeto à sua consideração.

TCU, Sala das Sessões, em 4 de setembro de 2013.

ANA ARRAES

Relatora