

VOTO

Admissibilidade

Preliminarmente, quanto à admissibilidade, para a oposição de Embargos de Declaração, a Lei Orgânica deste Tribunal exige o cumprimento não só dos requisitos gerais previstos para todos os recursos, mas, também, dos requisitos específicos de admissibilidade, quais sejam, indicação da obscuridade, contradição ou omissão na decisão embargada.

2. Quanto aos requisitos gerais, observo que não houve perda do objeto e o embargante possui interesse e legitimidade recursal.

3. No que diz respeito à tempestividade, a oposição do expediente foi promovida em 8/8/2013 (peça 141), sendo que a notificação deu-se em 17/1/2010 (peça 20, p. 21). Portanto, restaria intempestivo, por ter sido apresentado após o prazo de 10 (dez) dias previsto no art. 287, § 1º, do RI/TCU. No entanto, penso ser possível relevar a intempestividade do apelo.

4. A notificação do teor do Acórdão nº 7.016/2010 – 2ª Câmara ao responsável, deu-se por meio do Ofício nº 1.604/2010-TCU-Secex/PB, de 21/12/2010. No aviso de recebimento (peça 20, p. 21) consta que o referido documento foi recebido por pessoa identificada de forma inelegível, sem registros de documentos como RG ou CPF.

5. O embargante alega a nulidade da notificação, em razão de ter sido recebido por pessoa estranha a seu convívio e encaminhada a endereço diferente do seu.

6. A jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que as notificações prescindem de ser feitas pessoalmente. Porém, assiste razão ao embargante quanto ao erro no endereçamento da notificação. Ocorre que o Ofício nº 1.604/2010 não somente foi recebido por pessoa distinta do responsável, mas foi encaminhado para endereço diferente do que consta da base de dados da Receita Federal. Assim, não é possível afirmar, acima de qualquer dúvida, que ele tenha tomado conhecimento do julgamento do recurso de reconsideração, que culminou no Acórdão ora recorrido. Nesse passo, configura-se falha respeitante ao princípio constitucional do devido processo legal (C. F., art. 5º, inciso LIV), o que prejudica a análise da tempestividade dos embargos em análise.

7. Sendo assim, os Embargos de Declaração em análise devem ser conhecidos, por preencherem os requisitos dispostos no art. 34, caput e § 1º, da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 287 do RI/TCU.

Mérito

8. Conforme anotado no Relatório antecedente, o Tribunal, por meio do Acórdão nº 7.016/2010 – 2ª Câmara, negou provimento a Recursos de Reconsideração interpostos pelo ora embargante e pela Fundação Francisco Mascarenhas, contra o Acórdão nº 278/2007 – 2ª Câmara.

9. Contudo, nesta fase verifico que não foram levadas em consideração informações cruciais ao deslinde da questão. A primeira, que culminou no débito, referente à discrepância entre a quantidade de professores treinados, que foram considerados pela auditoria do Tribunal, e a constante da relação juntada aos autos às peças 4 a 7. A segunda, concernente à impossibilidade de competição que levou à contratação da Fundação Francisco Mascarenhas por inexigibilidade de licitação.

Débito

10. O responsável afirma que o Tribunal não considerou a listagem das listas de frequência, acostadas aos autos aos volumes 4 a 7 dos autos.

11. De fato, novamente assiste razão ao recorrente. Quando da análise dos recursos de reconsideração, a Secretaria de Recursos fez menção à documentação acostada aos autos aos volumes 1 a 7. Contudo, as listagens de frequência não foram analisadas pelo Tribunal.

12. Ao compulsar a referida documentação, verifico que as listagens de presença dão conta de que foram capacitados 915 professores, quantidade superior à que foi estimada inicialmente pela auditoria do Tribunal, que considerou 709 professores capacitados.

13. Essa diferença culminou no entendimento de que o objeto do convênio foi parcialmente cumprido, acarretando o débito no valor de R\$ 246.899,62.

14. Dessa forma, com fulcro nas listagens de presença dos cursos, considerando a comprovação dos gastos com a capacitação de 915 professores, e não 709, considero que o convênio foi integralmente cumprido, devendo o débito ser afastado.

Inexigibilidade de licitação

15. Sobre a questão da contratação da Fundação Francisco Mascarenhas por inexigibilidade de licitação, o embargante argumenta que situação análoga foi apreciada pelo Tribunal nos autos do TC 009.873/2002-8, no qual foi proferido o Acórdão nº 1.568/2003 – 1ª Câmara.

16. Naquele processo o Tribunal considerou legal a contratação direta da Fundação de Administração e Pesquisa Econômico-Social (Fapes), com inexigibilidade de licitação, para ministrar cursos de capacitação de professores dos ensinos infantil e fundamental naquela cidade.

17. Julgo oportuno transcrever os excertos a seguir, que fazem parte do Voto que fundamentou o Acórdão nº 1.568/2003 – 1ª Câmara:

O sertão não conhece o mar. O mar não conhece o sertão. Não se tocam. Não se vêem. Não se buscam”. Este pensamento foi cunhado por Rui Barbosa quando, metaforicamente, quis ressaltar a desigualdade de condições de vida enfrentada pelos que vivem no sertão e pelos que vivem nas cidades. Apesar de proferido há quase um século, ainda exala atualidade.

Corria o ano de 1919 e Rui Barbosa, aos setenta anos de idade, partiu para o sertão baiano em campanha a favor da candidatura do juiz Paulo Fontes ao governo do Estado da Bahia. Principiou sua peregrinação pela cidade de Alagoinhas e a concluiu na cidade ora tratada nestes autos, Feira de Santana, a que denominou “Princesa do Sertão”, título que o município ostenta até os dias de hoje.

A metáfora empregada por Rui Barbosa, que sintetiza o teor de todo o discurso que ali proferiu, torna saliente a nossos olhos que a realidade do sertão é muito diferente da realidade vivida na cidade, na metrópole, na capital da República. De fato, são realidades distintas aquelas vivenciadas no mar e no sertão.

Nestes autos, o recorrente, prefeito municipal de Feira de Santana, pleiteia a supressão da multa que lhe foi aplicada pelo Tribunal em função de ter sido considerada injustificada a contratação direta da Fundação de Administração e Pesquisa Econômico-Social - Fapes, com inexigibilidade de licitação, para ministrar cursos de capacitação de professores dos ensinos infantil e fundamental naquela cidade.

Na qualidade de Relator deste recurso, não vou entrar no mérito da discussão acerca de definir se a Fapes detém ou não notória especialização. A despeito da existência de outros contratos celebrados com outras prefeituras, entendo que a definição não é determinante para o julgamento deste caso concreto. Conforme se vê nos autos, a Fapes é dotada de características próprias que a tornam referência na região, podendo tal conceito ser comprovado pelo desempenho anterior, que se expressa por meio dos

vários termos de contratos e convênios acostados aos autos, firmados com as prefeituras de Salvador, Paulo Afonso, Ilhéus, Camaçari, entre outras.

(...)

A inviabilidade de competição que dá ensejo à possibilidade de se inexigir a licitação reside na singularidade da contratação. O que não implica dizer que os serviços sejam de natureza singular. O que confere legitimidade ao procedimento adotado com arrimo no art. 25, II, c/c art. 13, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, é a singularidade que permeia a situação específica.

A singularidade não está, neste caso concreto, associada ao serviço - treinar, capacitar professores. Teoricamente, qualquer profissional, qualquer empresa do ramo é capaz de ministrar cursos para treinar professores. A singularidade assim associada ao profissional não satisfaz os requisitos da legislação e não pode fundamentar a inviabilidade. Se assim fosse, o procedimento careceria de legitimidade.

(...)

Neste caso concreto, é a peculiaridade do mercado, ressaltada por Marçal, a peculiaridade da região em que se insere a pretensa contratação que provoca o esvaziamento de competidores e leva à ausência de competição direta e frontal, circunstância que tornaria inviável à Administração abrir licitação.

Além do mais, mesmo para aqueles que não são profundos conhecedores da realidade que vive a região nordestina, não é difícil constatar que numa região carente do nordeste brasileiro, os critérios adotados numa licitação dessa natureza poderiam resultar em que a licitante vencedora não fosse capaz de atender aos objetivos a que se propunha a iniciativa da municipalidade. Isso porque, em se tratando de assuntos com especificidade atípica não só pela região mas também em face do conteúdo pedagógico, dificilmente os objetivos seriam atingidos, o que poderia levar à frustração do procedimento licitatório e comprometer toda a montagem e o cronograma de capacitação que se pretendia implantar com vistas ao aperfeiçoamento cultural dos professores e, via de consequência, da comunidade escolar de Feira de Santana e região.

(...)

Em tese, não teria dificuldade em concordar com as conclusões a que chegou a Serur. Entendo-as adequadas e pertinentes ao exame dos casos dessa natureza. Entendo, porém, que a regra e o entendimento sumular não podem conduzir este Tribunal a não examinar o caso concreto com a particularidade que cada processo requer. Esta é uma situação que foge à situação-padrão prevista na legislação e se insere no campo de atuação discricionária do gestor público

18. Como se vê, o referido julgado desta Corte amolda-se perfeitamente ao caso ora analisado. Em verdade, o recorrente já havia citado o Acórdão nº 1.568/2003 – 1ª Câmara, ainda em argumentação na TCE, quando o auditor responsável pela análise teceu os seguintes comentários:

(...)

15.2. O outro julgado em que a defesa se arrimou é o Acórdão 1568/2003 – Primeira Câmara, fls. 09/31, Anexo 8, proferido em grau de recurso, no qual o voto do Ministro – Relator foi contrário à bem fundamentada instrução da Secretaria de Recursos deste Tribunal - Serur, levando a Primeira Câmara a proferir o Acórdão em comento, no sentido que pretende a atual defesa.

15.2.1. *Lastreados na liberdade responsável que marca a atuação nos processos desta Corte, ousamos discordar do voto do Ministro-Relator, aliando-nos aos argumentos colocados pela Serur, ante as razões que se seguem:*

15.2.2. *É ululante que o assunto é controverso e que qualquer tentativa de se regrar procedimentos pode trazer outras contestações sob um novo prisma. Para Marçal Justen Filho o tema inexigibilidade ‘tem sido objeto de contínuas incursões doutrinárias e sérias controvérsias jurisprudenciais, sem que se tenham atingido soluções plenamente satisfatórias’. Contudo, cremos que se pode sistematizar o presente caso, bem como o caso que a defesa trouxe aos autos, da seguinte forma: a inexigibilidade é fruto da inviabilidade de competição. Essa inviabilidade pode ser gerada por diversas motrizes, dentre elas o local ‘ermo’ da prestação do serviço solicitado, o caso dos autos. Ora, já nos manifestamos a respeito. Recapitulando de forma sucinta, lança-se a licitação. Deixam-se claras as intenções. Protege-se o princípio da isonomia. E se estamos no sertão, amplia-se a divulgação do certame. É muito provável que o competidor que iria ser contratado por inexigibilidade compareça e seja vitorioso na contenda licitatória.*

19. Além da situação peculiar que os gestores enfrentam no sertão nordestino, o recorrente juntou aos autos, ainda, declarações da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC (fl. 81, Anexo 8), e da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG (fl. 181, Vol. 1), afirmando, em resumo, não terem condições de ministrar os cursos. Tal fato demonstra que, apesar de o gestor haver buscado alternativas visando à competitividade para proceder à contratação, restou patente a inviabilidade de competição.

20. Ademais, ressalto que o débito ora afastado (item 14 do presente Voto) foi determinante para que o Tribunal considerasse irregular a contratação direta da Fundação Francisco Mascarenhas. Nessas condições, penso que deva ser dado ao presente caso o mesmo encaminhamento que o Tribunal entendeu ser mais justo, quando da prolação do Acórdão nº 1.568/2003 – 1ª Câmara. Nesse passo, deve ser considerada legal a contratação direta da Fundação Francisco Mascarenhas.

21. Tal fato, aliado à insubsistência do débito, constitui razão para que o Tribunal julgue as contas do embargante regulares com ressalva, devendo ser afastada, ainda, a multa que lhe foi aplicada.

22. Sendo assim, caracterizada a omissão, devem os presentes embargos, no mérito, ser acolhidos com efeitos infringentes, a fim de reformar o Acórdão nº 7.016/2010 – 2ª Câmara.

23. Ressalto que durante a Sessão a ilustre Subprocuradora-Geral, Cristina Machado da Costa e Silva, apresentou a manifestação a seguir transcrita, com a qual, desde já, ponho-me de acordo.

“Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Senhor Carlos Antônio Araújo de Oliveira aos termos do Acórdão n.º 7.016/2010-2.ª Câmara, proferido em sede de Recurso de Reconsideração relativamente à deliberação originária – Acórdão n.º 278/2007-2.ª Câmara –, mediante a qual foram julgadas irregulares as contas do referido responsável, ex-Prefeito Municipal de Cajazeiras/PB, condenando-o em solidariedade com a Fundação Francisco Mascarenhas ao pagamento do débito de R\$ 246.899,62, à data de 26.12.2001. Também foi aplicada aos responsáveis multa no valor de R\$ 10.000,00.

2. *Como se sabe, embargos de declaração não requerem trâmite obrigatório pelo Ministério Público, estando a respectiva análise a cargo do Relator. Entretanto, considerando os efeitos infringentes atribuídos à peça no voto disponibilizado no sistema e-TCU previamente à sessão deste Colegiado, a atuação do Ministério Público se faz presente à vista da extensão do exame aos fundamentos da matéria decidida, no caso, em processo de Tomada de Contas Especial.*

3. *No presente caso, conforme exposto pelo Relator, eminente Ministro Raimundo Carreiro, os Embargos de Declaração podem ser conhecidos, pois resta afastada a intempestividade da peça em*

virtude da falha processual ocorrida na notificação do acórdão que decidiu sobre o Recurso de Reconsideração. No mérito das razões trazidas nos Embargos de Declaração, também estamos de acordo com o voto do eminente Relator quanto ao provimento do pleito do embargante, para alterar o julgamento de suas contas para regulares com ressalva.

4. *Verifica-se, ainda, que a Fundação Francisco Mascarenhas recolheu o valor da multa que lhe foi aplicada no Acórdão n.º 278/2007-2.ª Câmara (peça 139). Uma vez insubsistente a penalidade nesta fase processual, resta acrescentar à deliberação o reconhecimento do crédito da referida Fundação perante a Fazenda Pública para a adoção dos procedimentos previstos na Portaria Conjunta Segecex/Segedam n.º 1, de 18.03.2010.*

24. Ante o exposto, Voto por que o Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de novembro de 2013.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator