TC 025.424/2008-0 (com 4 anexos)

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Entidade: Prefeitura Municipal de Itaquara/BA.

Recorrente: Astor Moura Araújo (CPF 075.348.845-00).

Assunto: Tomada de Contas Especial (TCE).

Sumário**:** Tomada de Contas Especial. Irregularidades praticadas na execução de convênio. Descaracterização de algumas ocorrências. Falhas Relativas a Fracionamento de despesa. Indícios de direcionamento de licitação. Irregularidade das contas. Multa e determinação. Recurso de Reconsideração. Conhecimento. Negativa de provimento.

Advogado: Luciano Pinho de Almeida (OAB/BA 13.953).

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Astor Moura Araújo, ex-prefeito de Município de Itaquara/BA, em face do Acórdão 5.550/2010-TCU-1ª Câmara, que julgou suas contas irregulares e aplicou-lhe multa no valor de R$ 5.000,00, em razão das irregularidades verificadas na licitação para a construção e recuperação de aguadas nas localidades de Bela Vista, Vila Castelo Branco, Riacho Seco, Barragem, Horizonte e Silva/Duas Pontes, com recursos da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – Codevasf, transferidos ao referido município em decorrência do Convênio 2.00.02.0002-00.

HISTÓRICO

2. O seguinte excerto do relatório da proposta de deliberação, que foi adotada por este Tribunal, expõe – de maneira clara – parte do histórico do presente processo (fls. 103/105, v.p.):

"2. Por força da avença, a Codevasf repassou ao Município R$ 200.000,00, restando ao ente municipal, sob cota de contrapartida, o **quantum** de R$ 12.000,00, tendo a vigência do ajuste iniciado em 1º/03/2002.

3. A Secretaria Federal de Controle Interno certificou a irregularidade das contas (fl. 63) e a autoridade ministerial competente manifestou haver tomado conhecimento das conclusões contidas no Relatório e Certificado de Auditoria (fl. 69).

4. No âmbito desta Corte, a 7ª Secex produziu a instrução de fls. 98/100 - que resume o **iter** processual dos autos -, a qual reproduzo a seguir em parte e com alguns ajustes de forma:

'5. (...) o processo foi inicialmente instruído com proposta de diligência (fls. 71 e verso - Volume Principal), com vistas à obtenção da documentação relativa ao plano de trabalho aprovado e a prestação de contas do convênio, bem como das evidências que suportaram as irregularidades apontadas pela CGU, além dos extratos e cópias de cheques relativos à movimentação dos recursos na conta-corrente específica do convênio. As solicitações foram formuladas por meio dos expedientes de fls. 72/74, encaminhados à Codevasf, à Controladoria Regional da União no Estado da Bahia - CRU/BA e à Superintendência Regional do Banco do Brasil naquele Estado.

6. Da análise das respostas às diligências, às fls. 82/87, esta Secretaria concluiu que não

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 45305698.

restaram caracterizadas as irregularidades apontadas pela CGU: a) aprovação de plano de trabalho inadequado e sem projeto básico causando prejuízo à execução do convênio; b) direcionamento de procedimento licitatório; c) indícios de pagamento por serviço não realizado; d) superfaturamento do valor contratado, exceto quanto ao fracionamento de despesa, considerando que, para a execução do objeto do convênio, avaliado em R$ 212.000,00, foram realizados dois convites: Carta Convite nº 04/2002 (fls. 76-111 - A.2) e Carta Convite nº 05/2002 (fls. 112-147, A.2), quando a modalidade pertinente seria a Tomada de Preços (alínea "b" do inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.666/93).

7. Segundo a instrução, às fl. 85/87, em que pese tenha o fracionamento ficado evidente ao se considerar que em ambas as licitações participaram as mesmas empresas e que a empresa LPM Aluguéis venceu as duas licitações com propostas (R$ 114.757,20 e R$ 97.700,00) no valor total de R$ 212.457,20, o mérito dessa questão, analisada em conjunto com o item relativo aos indícios de superfaturamento e de pagamentos por serviços não realizados, se mostrou insuficiente para dar prosseguimento a esta TCE, considerando que não restou comprovado que os serviços não foram realizados, tampouco que foram superfaturados.

8. Dessa forma, foi proposto, com a anuência da Sra. Diretora e do Sr. Secretário, o arquivamento destes autos ante a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (fl. 87). No entanto, o representante do Ministério Público junto ao TCU, não obstante concordar com a conclusão desta Secretaria, no sentido de que restou descaracterizado o débito inicialmente apontado, considerou que a irregularidade remanescente - o fracionamento da despesa - deveria ser 'devidamente apurada antes que se leve o feito a julgamento', manifestando-se pelo prosseguimento dos autos, promovendo-se a audiência do Sr. Astor Moura Araújo (fls. 89/91).

9. Assim, o Ministro-Relator, em despacho à fl. 92, acolhendo a preliminar suscitada pelo Ministério Público, restituiu os autos a esta 7ª. Secex para a realização da audiência do responsável. Em cumprimento, esta Secretaria, por meio do Ofício Nº 139/2010-TCU/SECEX-7, de 28/01/2010, às fls. 93/94, promoveu a audiência do Sr. Astor Moura Araújo, que permaneceu silente, muito embora o expediente tenha sido recebido no endereço constante do Sistema CPF, por terceiro, conforme atesta o AR apensado à fl. 95, o que autoriza o prosseguimento do processo, nos termos do que dispõe o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/92.

10. O fracionamento de despesa identificado nestes autos se processou por meio da realização de dois convites, configurando fuga à correta modalidade licitatória, neste caso, a tomada de preços, cuja não-observância limitou o alcance dos possíveis interessados em fornecer o objeto, contrariando o princípio constitucional da isonomia (Acórdão 48/2007 - Plenário).

11. Além disso, não obstante a falta de comprovação do questionado superfaturamento dos serviços e do pagamento por serviços não executados, observa-se o descumprimento do princípio da economicidade, na medida em que a realização dos dois convites concomitantes para a execução do mesmo objeto, com a participação das mesmas empresas, pode ter prejudicado a obtenção de melhores preços mediante possível ampliação dos participantes, caso tivesse realizado a licitação na modalidade correta - tomada de preços, uma vez que maior concorrência traduz-se, em regra, em menores preços contratuais.

12. Essa situação se agrava na medida em que, das quatro empresas convidadas, duas pertenciam a pessoas da mesma família, conforme apontado pela CGU em seu relatório (fls. 08-14, Volume Principal). Entretanto, considerando que esta irregularidade não foi objeto de audiência, entende-se, em atenção ao princípio da celeridade e da economia processual, dispensável nova oitiva do responsável sobre essa questão.

13. Deve ser ressaltado que a jurisprudência do Tribunal vem se consolidando no sentido de considerar irregular o fracionamento de despesas em que a modalidade licitatória não tenha sido observada, como no caso em exame, situação que tem implicado multa aos responsáveis,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 45305698.

consoante Acórdãos 48/2007 - Plenário; 121/2002 - Plenário; 167/2001 - Plenário; Decisão 705/2000 - Plenário; Acórdãos 313/2000 - 2ª Câmara; 125/2000 - Plenário; 88/2000 - 2ª Câmara, além de outros.'"

3. A unidade técnica, então, propôs a irregularidade das contas do Sr. Astor Moura Araújo, com fulcro nos arts. 1º, inciso I, e 16, inciso III, alínea b, da Lei 8.443/1992. Sugeriu, ainda, a aplicação da multa prevista no art. 58, inc. I, da Lei 8.443/1992, entre outras providências de estilo.

4. O Ministério Público concordou com o encaminhamento proposto pela unidade técnica (fl. 102, v.p.), e o relator do processo realizou proposta de deliberação neste mesmo sentido, a qual foi adotada pela 1ª Câmara deste Tribunal.

5. Inconformado com esta deliberação o responsável interpôs recurso (fls. 5/7, anexo 4), o qual se examina abaixo.

ADMISSIBILIDADE

6. O exame preliminar de admissibilidade concluiu pelo conhecimento do recurso (fls. 17/18, anexo 4), e foi ratificado pelo relator (fl. 20, anexo 4), Ministro Walton Alencar Rodrigues, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, não merecendo reparos.

MÉRITO

Alegação

7. O recorrente alega que a "suposta irregularidade (fracionamento de despesa) não foi objeto de manifestação do denunciado, ferindo, assim, o princípio do contraditório e da ampla defesa" (fl. 5, anexo 4).

Análise

8. O argumento não procede, pois o responsável, ora recorrente, foi regularmente ouvido em audiência para apresentar razões de justificativa acerca da prática de fracionamento de despesa na execução do objeto do Convênio 2.00.02.0002-00, a qual se constituiu na realização de dois certames licitatórios na modalidade convite (Cartas Convite 4 e 5/2002), quando o valor e a natureza da despesa apontavam para a realização de uma única licitação na modalidade tomada de preços (conforme se verifica às fls. 93/95 do volume principal).

9. Apesar deste fato, o responsável deixou transcorrer **in albis** o prazo para se defender, razão pela qual restou caracterizada sua revelia, na forma prevista pelo art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992. Assim, percebe-se que o recorrente ainda não tinha se manifestado nos autos por desídia sua, não por falta de oportunidade processual para tanto.

10. Ademais, mesmo sendo revel, o responsável ainda teve a via recursal para articular os argumentos de defesa que entender pertinentes, como, aliás, o faz na peça ora sob exame.

11. Por tais razões, não assiste razão ao recorrente nessa alegação.

Alegação

12. Segundo o recorrente, *"a realização de dois procedimentos licitatórios na modalidade de Carta Convite, para a execução da obra, se justifica em virtude da existência de objetos distintos, sendo necessária a separação dos mesmos, com vistas a promover a aceleração da contratação e execução do objeto, bem como para obtenção de preços mais satisfatórios para o Erário"*.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 45305698.

Análise

13. O argumento é contraditório, pois adotar uma modalidade de licitação notoriamente mais restritiva à competitividade, não pode validamente se fundamentar na busca de preços mais satisfatórios para o erário.

14. O que se constatou nos autos, em verdade, foi o desrespeito ao teor do art. 23, §§ 2º e 3º, da Lei 8.666/1993, que dispõe sobre a preservação da modalidade de licitação pertinente para a execução do objeto como um todo quando houver a necessidade de parcelamento na execução de obras e serviços.

15. Observou-se, também, que foram realizados dois convites concomitantes para a execução **do mesmo objeto**, não de objetos distintos, como argumenta o recorrente – sem apresentar prova.

16. Ademais, as mesmas empresas participaram de ambos os certames, sendo certo que das quatro empresas convidadas, duas pertenciam a pessoas da mesma família, o que caracteriza forte indício de direcionamento de certames, como destacou o primeiro relator do processo em sua proposta de deliberação.

17. Diante do exposto, tendo em vista que a realização de dois Convites concomitantes, ao invés de um procedimento de Tomada de Preços, afigura-se mais restritivo à competitividade e menos satisfatório para o erário, o argumento em análise não pode infirmar o julgado vergastado.

Alegação

18. Segundo o recorrente a realização de uma licitação única "inibiria a competitividade", razão pela qual não seria economicamente viável. Desta forma, a Administração teria usado sua discricionariedade para, a partir de sua conveniência e oportunidade, tomar a decisão. Afirma, ainda, que não existiriam "justificativas técnicas que demonstrem a inviabilidade do fracionamento do objeto".

Análise

19. A alegação no sentido de que a realização de licitação única poderia inibir a competitividade é absolutamente infundada, pois a maior publicidade deste tipo de certame – que no caso teria que ser na modalidade de tomada de preços – indica no sentido contrário.

20. Além disso, no caso concreto sob exame, as mesmas empresas participaram dos dois certames, o que comprova a improcedência da alegação.

21. Por derradeiro, não há que se falar em discricionariedade, pois o ato administrativo era vinculado, em face do teor do art. 23, §§ 2º e 3º, da Lei 8.666/1993, senão vejamos:

"Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, ***preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação****.*

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 45305698.

de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País." (grifos acrescidos)

22. Assim, tais alegações não podem prosperar.

Alegação

23. O objeto seria materialmente divisível, pois envolveria dois grupos de obras e serviços de engenharia, razão pela qual seria possível a realização de dois certames. Segundo o recorrente o art. 23 da Lei de Licitações fundamentaria os atos administrativos praticados.

Análise

24. Embora o § 1º do art. 23 de Lei de Licitações preveja a possibilidade de as obras efetuadas pela administração serem divididas em tantas parcelas quantas se comprovem técnica e economicamente viável, o § 2º do mesmo artigo dispõe que deve ser **preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto**, e foi por esse motivo que o recorrente foi apenado.

25. Além disso, as análises realizadas acima, nas demais alegações rechaçadas, também servem para afastar a alegação ora em exame, razão pela qual o **decisum** deve ser mantido.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

26. Por todo o anterior exposto, propõe-se:

a) conhecer o recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Astor Moura Araújo, em respeito aos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento;

c) dar ciência ao recorrente e demais interessados do acórdão que vier a ser proferido.

TCU/Secretaria de Recursos/1ª Divisão, em 16 de dezembro de 2010.

(assinado eletronicamente)

Elísio de Azevedo Freitas
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 5643-0

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 45305698.