

Proc. TC 028.277/2010-4
Prestação de Contas

Parecer

Em exame Prestação de Contas da Eletrosul Centrais Elétricas S. A., subsidiária das Centrais Elétricas Brasileiras S. A. – Eletrobrás, relativa ao exercício financeiro de 2009.

2. Resumidamente, o Auditor propôs às fls. 14/16 da peça n.º 12 (doc. n.º 47.362.733-9), que se promovesse a audiência de diversos responsáveis ante a existência dos seguintes indícios:

a) inadimplência no atendimento de determinação constante do subitem 9.1.2 do Acórdão n.º 1.905/2009 – TCU – Plenário, *in* Ata n.º 34, referente a relatório de auditoria do Fiscobras 2009;

b) irregularidades em processos licitatórios, tais como: a não realização de adequada pesquisa de preços junto ao mercado, o uso indevido da modalidade de licitação pregão eletrônico, a inobservância de adequada comprovação da regularidade fiscal dos licitantes, a rescisão contratual injustificável, o parcelamento de obra e a realização de novas licitações em modalidades impróprias;

c) irregularidades praticadas na fase de liquidação de despesas, com pagamentos sem haver a prévia emissão de documento fiscal, mediante fatura pró-forma, ou mediante documentos fiscais inadequados em sua forma e conteúdo; e

d) cessão de grande contingente de empregados para outras entidades, causando redução da força de trabalho e despesas passíveis de reembolso apenas em longo prazo.

3. Por seu turno, o Diretor Técnico, com a devida anuência do titular da Unidade Técnica, discordou dessa proposta, sugerindo às fls. 2/3 da peça n.º 13 (doc. n.º 47.586.844-0) que as contas de alguns responsáveis fossem julgadas regulares com ressalva, de outros regulares, sem prejuízo de expedir determinações à Eletrosul, dando-se-lhe ciência de algumas falhas constatadas, pelas razões adiante apresentadas.

4. Primeiro, argumenta que o não atendimento à determinação contida no Acórdão n.º 1.905/2009 – TCU – Plenário, *in* Ata n.º 34, justifica-se em razão de o referido *decisum* ter sido prolatado em 26/8/2009, coincidentemente no idêntico exercício a que se referem as contas a serem julgadas. De fato, refoge à razoabilidade monitorar o cumprimento de determinação exarada pela Corte de Contas Federal, resultante da análise de relatório de auditoria do Fiscobras, referente ao exercício de 2009, simultaneamente ao exame das contas da entidade relativas ao mesmo exercício, assistindo, portanto, nesse ponto, razão ao Diretor.

5. O segundo conjunto de possíveis irregularidades a suscitar divergência de encaminhamento pela Unidade Técnica refere-se a uma série de potenciais ofensas já resumidas no subitem 2.b deste parecer.

6. O Diretor destaca que, em relação à adequação da modalidade de licitação pregão eletrônico para a contratação de alguns bens e serviços, não ficou suficientemente provado que os bens e serviços a serem licitados não eram comuns, sendo assim, segundo ele, revela-se desnecessária a realização de audiência.

7. Por sua vez, o Auditor defende a promoção da preliminar, com base na ausência de definição de padrões de desempenho e qualidade objetivos nos editais de licitação, compatíveis com as especificações usuais de mercado, que permitam classificar como comuns os bens licitados. Além disso, assevera que tais irregularidades foram objeto de determinação à Eletrosul em sede de representação (TC n.º 021.383/2009-5), julgada pelo Acórdão n.º 6.417/2009 – TCU – 1.ª Câmara, constante da Relação n.º 1/2009, Gabinete do Ministro José Múcio Monteiro, na sessão da 1.ª Câmara, de 10/11/2009, cujo subitem 1.5.2 se reproduz a seguir:

“1.5.2. nas futuras licitações, abstenha de utilizar a modalidade Pregão para contratações de serviços que não se enquadrem na definição de serviços comuns (aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais de mercado), conforme entendimento exarado nos Acórdãos TCU n.º 313/04-Plenário, n.º 492/06-Plenário e n.º 1516/08-Plenário.” (destaques nossos)

8. Pela mesma razão já expendida no parágrafo quarto deste, não faz sentido exigir a observância dessa determinação para os atos de gestão relativos ao mesmo exercício em que foi proferida. No entanto, também não se afigura plausível a ideia de que a falta de aprofundamento, no relatório de auditoria da equipe de Controle Interno, sobre a natureza dos bens e serviços a serem licitados seja motivo suficiente para afastar a audiência dos gestores nesse caso. É cediço que a farta jurisprudência do TCU aponta no sentido de que o ônus da prova compete àquele que utiliza dinheiro público, devendo, por isso mesmo, justificar seu bom e regular emprego de acordo com a legislação vigente (v. g. Acórdão n.º 903/2007 – 1.ª Câmara, *in* Ata n.º 10; Acórdão n.º 1.445/2007 – 2.ª Câmara, *in* Ata n.º 5; e Acórdão n.º 1.656/2006 – Plenário, *in* Ata n.º 37). Tal entendimento foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF; Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa colaciona-se a seguir:

*“Mandado de Segurança contra o Tribunal de Contas da União. Contas julgadas irregulares. Aplicação da multa prevista no artigo 53 do Decreto-lei 199/67. A multa prevista no artigo 53 do Decreto-lei 199/67 não tem natureza de sanção disciplinar. Improcedência das alegações relativas a cerceamento de defesa. **Em Direito Financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público.** Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação no tocante à irregularidade da licitação. Mandado de Segurança indeferido”* (destaques nossos)

9. Ora, também não é outra interpretação que se extrai sistematicamente do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, do art. 93 do Decreto-lei n.º 200, de 1967, e do art. 66 do Decreto n.º 93.872, de 1986, a seguir reproduzidos:

‘Constituição Federal

Art. 70. (...)

*Parágrafo único. **Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária**’*

‘Decreto-lei n.º. 200/67

*Art. 93. **Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes**’.*

‘Decreto n.º. 93.872/86

*Art. 66. **Quem quer que receba recursos da União ou das Entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados.**’* (destaques nossos)

10. Observa-se, portanto, que a tese defendida pelo Diretor se aproxima da presunção de legitimidade dos atos administrativos, que, nesse caso, até mesmo por ser relativa, deve ser afastada, sendo imperiosa a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos por quem quer que utilize dinheiros públicos. Ademais, ainda que o Controle Interno não tivesse sequer se pronunciado sobre tais indícios de irregularidades, o que ressalve-se não foi o caso, tal fato não impediria que o TCU perscrutasse a real natureza dos bens e serviços a serem contratados, porquanto compete a esse órgão de estatura constitucional a tarefa de julgar as contas daqueles que utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam

ou administram dinheiros, bens e valores públicos federais.

11. No que tange à não realização de adequada pesquisa de preços junto ao mercado, ao contrário do que possa parecer, não se trata de mera exigência formal, e sim etapa integrante da fase preparatória do pregão, que, como o próprio nome define, antecede a realização do processo que elegerá a proposta mais vantajosa para a Administração.

12. A interpretação teleológica do Decreto n.º 5.450, de 2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, descortina que a obrigação de pesquisar os preços dos bens e serviços é condição essencial que, uma vez implementada, propicia a avaliação do custo pela administração do objeto a ser contratado. Ressalte-se, apenas em louvor à clareza de pensamento, que os preços pesquisados servirão de parâmetro de comparação com aqueles ofertados pelos licitantes. Vale reproduzir com os devidos destaques a íntegra do art. 9.º do Decreto n.º 5.450, de 2005:

“ Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

II - aprovação do termo de referência pela autoridade competente;

III - apresentação de justificativa da necessidade da contratação;

IV - elaboração do edital, estabelecendo critérios de aceitação das propostas;

V - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, inclusive no que se refere aos prazos e às condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração; e

VI - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

§ 1º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.” (destaques nossos)

13. A literalidade desse dispositivo espanca quaisquer dúvidas quanto à observância compulsória da pesquisa de preços, porquanto o valor estimado da contratação de acordo com o preço de mercado deve constar obrigatoriamente do termo de referência, peça integrante do edital de licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica.

14. Reforçando esse entendimento, vale lançar luzes sobre o art. 25 dessa norma regulamentadora, transcrito *in litteris*:

“Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.” (destaques nossos)

15. Assim, cabe perquirir como o pregoeiro da Eletrosul, em sede do Pregão Eletrônico n.º 81.280.088, cujo objeto abrangia a aquisição de estruturas metálicas e postes de concretos, no valor de R\$ 1.769.863,99, verificou a compatibilidade da proposta classificada em primeiro lugar, especificamente em relação ao item postes de concreto, com a cotação prévia de preços, se a ela foi feita junto a uma única empresa: Conpreem Concreto Pré-moldado, que, por sinal, venceu a licitação nesse item. Aliás, não houve sequer comprovação de que a pesquisa de preços foi de fato realizada, conforme se depreende das fls. 19 e 47, da peça 6.

16. Acrescente-se que há indícios de que a mesma irregularidade tenha sido praticada na Concorrência n.º 812.250.073, cujo objeto era a implantação da travessia marítima da LT 230 kW - trecho Desterro – Palhoça, cabo ótico submarino, cabos condutores e serviços de instalação, no valor de R\$ 27.408.790,00, pois o único fornecedor, que balizou os custos de referência, compôs juntamente com outra empresa o único consórcio participante da licitação, que acabou sagrando-se vencedor, sendo-lhe adjudicado o objeto.

17. Percebe-se, portanto, que a base de preços utilizados como referência para alguns itens pela Eletrosul para suas aquisições é, no mínimo, insuficiente e inadequada para refletir os valores médios praticados pelo mercado. Não merece, pois, prosperar a argumentação do Diretor no sentido de essa irregularidade ser considerada mera impropriedade, típica de ressalva às contas da entidade.

18. No que diz respeito à falta de justificativa para rescisão do Contrato n.º 81.250.137, firmado inicialmente com a empresa Santa Rita Comércio e Instalações Ltda., para a construção da linha de transmissão de 230 kW entre a subestação palhoça e a subestação Desterro – trecho insular, assiste razão ao Diretor, pois se trata de indício de irregularidade relativo ao exercício anterior ao que se referem as contas ora analisadas, não cabendo análise neste processo.

19. Entretanto, o mesmo não se pode afirmar em relação ao parcelamento da obra, utilizado como justificativa para fugir da modalidade de licitação imposta pelo valor global da obra a ser contratada e utilizada originalmente no certame licitatório que deu origem ao contrato n.º 81.250.137, rescindido supostamente em razão de acréscimos exigidos pela contratada, para adequação do projeto original às exigências ambientais (substituição de postes de concreto por torres metálicas).

20. Não restaram suficientemente esclarecidas as razões que motivaram a Eletrosul a desdobrar a concorrência original em onze novos processos de aquisição (quatro pregões eletrônicos, um pregão presencial, quatro tomadas de preços, um convite e uma dispensa de licitação).

21. É cediço que o art. 23, § 5.º, da Lei n.º 8.666, de 1993, impõe o parcelamento da obra, desde que técnica e economicamente viável. Contudo, uma dúvida recai sobre o caso em tela: se tal condição, que deve ser satisfeita sob pena de importar burla ao procedimento licitatório apropriado, já havia sido preenchida antes do desdobramento do processo aquisitivo, por que o parcelamento não foi adotado desde o princípio? Sendo assim, a fim de esclarecê-la, cabe promover audiência dos responsáveis, nos termos propostos pelo Auditor.

22. Em relação ao terceiro subconjunto de indícios de irregularidades apontados no parágrafo segundo deste, também lhe assiste razão, pois podem ser considerados falhas formais, gerando ressalvas às contas.

23. Por fim, referente ao número excessivo de funcionários cedidos para outras instituições, revela-se suficiente também a determinação sugerida pelo Diretor, quanto a incluir no exame das contas de 2011 da entidade tópico especial que trate do assunto.

24. Ante o exposto, com as devidas vênias por discordar parcialmente do entendimento do Diretor Técnico e do titular da Unidade Técnica, esta representante do Ministério Público manifesta, no essencial, sua concordância à proposta alvitada pelo Auditor às fls. 14/16 peça n.º 12 (doc. n.º 47.362.733-9), no sentido de promover, nos termos dos arts. 10, § 1.º, e 12, inciso III, da Lei n.º 8.443, de 1992, as audiências de Eurides Luiz Mescolotto, Ronaldo dos Santos Custódio e Paulo Afonso Evangelista Vieira, para que apresentem, no prazo de quinze dias, suas razões de justificativa relacionadas aos seguintes indícios de irregularidades em processos licitatórios:

a) não realização de adequada pesquisa de preços junto ao mercado (Pregão Eletrônico 81280088 e Concorrência 81250073), conforme previsto na legislação aplicável, em particular, os arts. 7.º, § 2.º, inciso II, 15, § 1.º, inciso V, 43, incisos IV e V, da Lei n.º 8.666/1993;

b) uso indevido da modalidade de licitação pregão eletrônico (pregões eletrônicos 81280059 (fretamento de helicóptero), 81280088 (aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto), 81280109 (serviços de escala, embalagem, carga, transporte e descarga de estruturas metálicas), 81280127 (escadas de manutenção para postes de concreto) e 81270106 (serviços de movimentação e transporte de três bobinas de cabo submarino), haja vista que tais contratações não se enquadram como de bens e serviços

comuns, conforme preceitua o Decreto n.º 3.555/2000; e em desacordo com determinação específica constante no TC 021.383/2009-5, Acórdão n.º 6417/2009 – TCU – 1.ª Câmara, de 10/11/2009;

c) realização de novas licitações em modalidades impróprias [11 (onze) novos processos de aquisição (parcelamento de obra em dez licitações e uma dispensa de licitação, com base no art. 23, § 5.º, da Lei n.º 8.666, de 1993), processos esses abertos em decorrência da rescisão contratual do subitem anterior], em vez da modalidade originalmente usada para a mesma obra, qual seja, concorrência.

Ministério Público, 29 de junho de 2012.

Cristina Machado da Costa e Silva
Subprocuradora-Geral