

VOTO

Em exame, tomada de contas especial resultante da conversão de processo de denúncia, que apurou irregularidades na aplicação de recursos públicos federais no âmbito da Prefeitura Municipal de Divinópolis do Tocantins/TO.

2. Por meio do Acórdão 2388/2009 - Plenário, o Tribunal, além de considerar a denúncia parcialmente procedente e converter os autos em Tomada de Contas Especial, autorizou a realização das citações dos seguintes responsáveis:

2.1. Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito), Município de Divinópolis do Tocantins/TO e Construtora Magalhães Ltda., em razão de pagamentos de serviços sem a correspondente contraprestação, uma vez que houve a contratação de empresa para a construção de estradas vicinais, no âmbito do Convênio 10000/2007, no entanto, os serviços teriam sido realizados diretamente pela prefeitura (R\$ 66.702,93);

2.2. Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito), Edimar Alves de Sá (prefeito sucessor) e Município de Divinópolis do Tocantins/TO, em decorrência do não atingimento dos objetivos do convênio, uma vez que não promoveram o efetivo uso das instalações, mobiliário, equipamentos e veículos do Centro de Comercialização, construído e equipado com recursos federais (R\$ 287.379,49);

2.3. Selma Borges da Costa e Adriana Alves Pereira, haja vista o não atingimento dos objetivos de ajuste, em virtude do extravio de equipamento adquirido com recursos do Convênio 1983/2006, sob suas responsabilidades (R\$ 74.800,00);

2.4. Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito) e Rosário Ind. e Com. Cim. e art. Ltda., em razão do pagamento de serviços oriundos de contratos contendo na composição do BDI itens indevidos - IRPJ e CSLL (R\$ 11.333,58).

3. Ademais, consoante referida deliberação, foi determinada a promoção das audiências a seguir discriminadas:

3.1. Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito): em decorrência de ter homologado processo de licitação com indícios de procedimentos fraudulentos que indicam possível ocorrência de direcionamento ou montagem de licitação;

3.2. Áurea Maria Matos Rodrigues (assessora jurídica), por ter emitido parecer jurídico pró-forma, contribuindo para a homologação de processo licitatório com indício de direcionamento, bem como para a homologação de convite sem a existência de três propostas válidas;

3.3. José Roberto Ribeiro Forzani (gestor do Incra/TO), em virtude da formalização de convênios distintos, com o Município de Divinópolis do Tocantins, tendo objetos similares (Convênios 10.00/2007 e 17.000/2008);

3.4. Edimar Alves de Sá (prefeito sucessor) e Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito), por não terem dado efetiva utilização e operacionalidade ao aterro sanitário construído com recursos federais concedidos pela Fundação Nacional de Saúde/Funasa, nos termos do Convênio 499/2004;

3.5. Marcos Wagno Gomes Brandão e Raimundo Natanael Barbosa Evangelista (membros da Comissão de Licitação) e Vilmar Francisco da Silva (Presidente da Comissão de Licitação), por terem processado licitação com indícios de direcionamento ou licitação forjada.

4. Esta Corte, rejeitando as alegações de defesa apresentadas pelo município, fixou novo prazo de quinze dias para que o ente comprovasse o recolhimento da importância devida e postergou a apreciação sobre os atos de gestão que deram origem a tais débitos, bem como as eventuais responsabilidades, para a etapa de exame de mérito do processo, nos termos do Acórdão 1084/2011 - 2ª Câmara, alterado em decorrência de inexatidão material pelos Acórdãos 2.704/2011 - 2ª Câmara e 8.332/2011 - 1ª Câmara.

5. Posteriormente, o Tribunal decidiu ainda, consoante Acórdão 11.117/2011 - 2ª Câmara, não conhecer das peças encaminhadas como recursos por alguns dos responsáveis, acolhendo-as como novos elementos de defesa.

6. Ao final, transcorrido o novo prazo fixado sem a liquidação tempestiva do débito e renovadas as citações em decorrência de falhas nos ofícios citatórios no que se refere ao valor do débito e à descrição das irregularidades, a proposta da Secex/TO é, em síntese, de:

6.1. julgar irregulares as contas do Sr. Rodolfo Costa Botelho, condenando-o, solidariamente com a Construtora Magalhães Ltda. - ME (R\$ 474.000,00), com a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92;

6.2. julgar irregulares as contas do Município de Divinópolis do Tocantins/TO e condená-lo ao débito de R\$ 287.379,49;

6.3. julgar irregulares as contas das Sras. Adriana Alves Pereira e Selma Borges da Costa, condenando-as solidariamente em débito (R\$ 74.800,00);

6.4. aplicar aos Srs. Rodolfo Costa Botelho, José Roberto Ribeiro Forzani, Vilmar Francisco da Silva, Marcos Wagno Gomes Bradão, Raimundo Natanael Barbosa Evangelista e Áurea Maria Matos Rodrigues a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/92.

7. O Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé manifesta concordância com o encaminhamento formulado pela unidade técnica, com exceção da imposição do débito mencionado no subitem 6.1, o qual sugere suprimir da proposta.

8. Manifesto-me parcialmente de acordo com os encaminhamentos sugeridos, de modo que adoto a análise promovida pela unidade técnica como parte das minhas razões de decidir, no que conexas às conclusões adiante expostas.

I - Pagamentos de serviços sem a correspondente contraprestação

9. Como visto, considerando a contratação de empresa para a construção de estradas vicinais, mas concluindo que os serviços foram realizados diretamente pela prefeitura, foi promovida a citação do Sr. Rodolfo Costa Botelho, do Município de Divinópolis do Tocantins/TO e da Construtora Magalhães Ltda.

10. A Secex/TO, entendendo que as alegações de defesa não foram suficientes para afastar a irregularidade, propõe a condenação solidária do ex-Prefeito e da empresa, pelo valor total repassado (R\$ 474.000,00).

11. O Ministério Público, por sua vez, sugere acolher as alegações de defesa, “considerando que a configuração dessa irregularidade está baseada tão somente nas alegações feitas por servidores ou prestadores de serviço da prefeitura e que a maior parte dessas pessoas, em documentos recentes, desdiz a afirmação anterior”. Ademais, para o Procurador, os novos elementos apresentados pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho e pela Construtora Magalhães Ltda. - ME podem ser reconhecidos como indícios de que a empresa tenha realizado os serviços de construção de estradas vicinais, o que afastaria o débito então imputado.

12. Quanto ao município, em despacho anterior, já me havia manifestado por considerar indevida a citação, uma vez que não há nos autos elementos que indiquem que o ente tenha sido beneficiário dos recursos.

13. No que se refere aos demais responsáveis, anuo à análise promovida pela Secex/TO.

14. Com as devidas vênias, discordo do entendimento do Procurador de que o débito está fundamentado somente nas alegações de servidores ou prestadores de serviço da prefeitura. Não se trata de meras declarações juntadas aos autos, sem qualquer evidência de sua veracidade. Na realidade, a irregularidade foi constatada *in loco* pela equipe de fiscalização do TCU, que reduziu a termo as declarações recebidas.

15. Ademais, consoante consolidada jurisprudência desta Corte, compete ao gestor o ônus da prova quanto à boa e regular aplicação dos recursos públicos recebidos, o que não restou atendido nos presentes autos, uma vez que a documentação apresentada pelos responsáveis não é apta a afastar a irregularidade e a demonstrar que a empresa de fato executou as obras.

16. No meu entender, as novas declarações, sob a alegação de erro, desdizendo a afirmação anterior, não possuem o condão de, por si só, invalidar as inicialmente oferecidas diretamente à equipe de auditoria de que os declarantes trabalharam como contratados da prefeitura, com a utilização de

máquinas do ente municipal, nas obras de responsabilidade da Construtora Magalhães. Especialmente, levando-se em conta que o fato foi constatado *in loco* pelos auditores do próprio Tribunal.

17. Também revelam-se frágeis os demais documentos juntados com o objetivo de comprovar a execução da obra pela empresa, como notas fiscais de compra de alimentos, combustíveis e insumos; contratos firmados com particulares; fichas de controle de produção; relação de empregados fixos; cópias dos pagamentos dos salários dos empregados contratados especificamente para a obra; controle de ponto; fichas de registro de empregados e Certidão de Acervo Técnico Parcial nº 348/2008, emitida pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Tocantins - Crea/TO, no sentido de que o Engenheiro Civil Diego Augusto de Arruda era o responsável técnico pelas obras na zonal rural do município (construção de estradas vicinais, ponte e bueiros).

18. Conforme reconhecido pelo Ministério Público, essa documentação não prova cabalmente a efetiva participação da contratada na execução das obras em questão, uma vez que não menciona qualquer informação que a vincule com o convênio ou com o contrato celebrados, com exceção da certidão emitida pelo Crea/TO. Mesmo nesse caso, em que há menção ao objeto do ajuste, não é hábil a afastar a constatação de que servidores e máquinas da prefeitura foram utilizados nas obras.

19. De igual forma, a alegação de que a prefeitura realizava outras obras, com recursos próprios, ao redor das obras executadas com os valores obtidos por meio de convênios, não foi comprovada.

20. Assim, estando o débito devidamente configurado, eis que a irregularidade atribuída (pagamento sem a correspondente prestação dos serviços) não foi afastada, acompanho o entendimento da Secex/TO de que as alegações de defesa oferecidas pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho e pela Construtora Magalhães Ltda.-ME devam ser rejeitadas. Em consequência, os responsáveis devem ser condenados solidariamente ao ressarcimento aos cofres do Tesouro Nacional pelo valor total conveniado, conforme posicionamento por mim exposto em despacho anterior:

“(...) O que se verifica em relação ao mencionado convênio é que foi supostamente contratada uma empresa para a execução do seu objeto, tendo a prestação de contas apresentado documentos visando à comprovação do pagamento dos serviços que teriam sido realizados por essa contratada. Ocorre que, conforme constatado, o objeto foi executado com máquinas, pessoal e insumos da própria prefeitura municipal. Dessa forma, resta não demonstrado o nexo de causalidade entre os recursos federais utilizados e o objeto executado.

Considerando que o valor total dos recursos repassados foram utilizados para o pagamento da Construtora Magalhães Ltda. (pç. 28, p. 46/47), empresa supostamente executora das obras, a qual, conforme os elementos constantes dos autos, não teria sido a executora do objeto conveniado, o valor do débito relativo à presente irregularidade deve ser imputado aos responsáveis, solidariamente, no valor total dos recursos federais repassados (R\$ 474.000,00).

II - Ausência do efetivo uso de instalações, mobiliário, equipamentos e veículos do Centro de Comercialização

21. Em decorrência do não atingimento dos objetivos do convênio, uma vez que não promoveram o efetivo uso das instalações, mobiliário, equipamentos e veículos do Centro de Comercialização, construído e equipado com recursos federais, foram citados o Município de Divinópolis do Tocantins/TO e os Srs. Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito) e Edimar Alves de Sá (prefeito sucessor).

22. A unidade técnica, com o apoio do MP/TCU, propõe acolher as alegações de defesa apresentadas pelos ex-gestores e julgar irregulares as contas do município, condenando-o em débito, pelo valor total transferido, R\$ 287.379,49.

23. A responsabilização do ente decorre, segundo a instrução, da conclusão de que se beneficiou com os recursos aplicados irregularmente, uma vez que os equipamentos, veículos e o centro de comercialização estariam sendo utilizados pelo Município de Divinópolis do Tocantins/TO

em atividades de interesse da municipalidade, resultando em acréscimo patrimonial auferido pelo município.

24. No que se refere aos ex-prefeitos, a Secex/TO, em sua análise, havia concluído por julgar irregulares suas contas, aplicando-lhes multa, com fulcro no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92, uma vez que considerou as alegações de defesa incapazes de elidir as irregularidades. No entanto, posteriormente, incluiu em sua proposta o acolhimento das alegações oferecidas pelos Srs. Rodolfo Costa Botelho e Edimar Alves de Sá quanto a essa irregularidade. Infiro que a mudança de posicionamento foi motivada a partir da manifestação do Procurador no sentido de que não caberia a cominação dessa espécie de penalidade (que deve ser aplicada no caso de contas julgadas irregulares de que não resulte débito), tendo em vista que havia proposta de condenação dos responsáveis por outro débito.

25. Com as devidas vênias, dirijo da proposta oferecida, pelas razões que passo a expor.

26. A fiscalização promovida pelo Tribunal não apontou qualquer falha na execução dos contratos de repasse celebrados para construir e equipar o Centro de Comercialização. A constatação foi apenas de ausência de uso efetivo das instalações e de desvio finalístico quanto à utilização de bens (veículos, mobiliário e equipamentos), sem, contudo, registrar como estariam sendo empregados. Diante do não funcionamento do centro, concluiu-se que o município se beneficiou da aplicação irregular. Assim, a citação ocorreu pelo não atingimento dos objetivos do convênio, uma vez que não promoveram o efetivo uso das instalações, mobiliário, equipamentos e veículos do Centro de Comercialização, construído e equipado com recursos federais.

27. Entendo de excessivo rigor tal entendimento. De início, destaco que sequer foi apontada a aplicação irregular dos recursos, seja pela ocorrência de desvio de objeto ou desvio de finalidade, tendo em vista que não houve questionamento quanto à execução dos objetos conforme contratado. Além disso, de acordo com a cláusula nona dos referidos ajustes (peça 45, p. 7, 19 e 34): “Os bens patrimoniais remanescentes, adquiridos ou produzidos em decorrência deste Contrato de Repasse, previstos no Plano de Trabalho, quando da extinção deste Contrato, serão de propriedade do CONTRATADO”. Dessa forma, não me parece razoável responsabilizar o ente pela restituição de valores em decorrência de eventual acréscimo patrimonial auferido pelo município, haja vista que os bens adquiridos passam automaticamente à propriedade do município.

28. Considerando que não foram apontadas falhas na execução dos objetos, os quais estavam à disposição da prefeitura, pondero que não se configurou o prejuízo aos cofres federais e, portanto, não há débito a ser imputado. Considerando, ainda, a informação prestada de que as atividades seriam iniciadas a partir de janeiro/2010, entendo conveniente a expedição de determinação ao Município de Divinópolis do Tocantins/TO, para que, caso ainda não tenha ocorrido, coloque o centro em funcionamento, com todos os bens adquiridos por meio dos ajustes firmados com o Ministério do Desenvolvimento Agrário.

29. Por óbvio que esse entendimento não denota o consentimento com a impropriedade constatada pela auditoria, qual seja, o não alcance das finalidades dos contratos de repasse, em razão da não utilização do Centro de Comercialização e dos bens adquiridos nos fins propostos. Tal responsabilização recairia, no meu entender, sobre os ex-prefeitos.

30. Constato, contudo, que a fiscalização desta Corte foi realizada no período em que a vigência dos ajustes estava encerrando, sendo plausível que os gestores não tivessem tido tempo suficiente para colocar o centro em funcionamento. De acordo com o Portal da Transparência, o fim da vigência dos contratos de repasse firmados para a construção e ampliação do Centro de Comercialização (CR 0157595-93/2003/MDA/Caixa, Siafi 491231, e CR 0169824-16/2004/MDA/Caixa, Siafi 514213) ocorreu em 12/6 e 19/9/2009, respectivamente. Apenas o contrato firmado para aquisição de móveis, equipamentos e veículo (CR 0193887-72, Siafi 582951) findou antes, em 29/12/2008. E a auditoria foi realizada de 27/7 a 21/8/2009. Tal circunstância atenua, no meu entender, a responsabilidade dos Srs. Rodolfo Costa Botelho e Edimar Alves de Sá por não terem promovido, até aquele momento, o efetivo uso dos bens e implica o acolhimento das alegações de defesa oferecidas.

III - Extravio de equipamento adquirido com recursos de convênio

31. As Sras. Selma Borges da Costa e Adriana Alves Pereira foram citadas diante do extravio de equipamento adquirido com recursos do Convênio 1983/2006, sob suas responsabilidades, provocando o não atendimento dos objetivos do ajuste.
32. A equipe de auditoria concluiu que houve falhas no recebimento e guarda de um aparelho de raio X, haja vista a falta de conferência pela servidora que assinou o recebimento do equipamento, Sr^a Adriana Alves Pereira, da quantidade física dos volumes entregues, bem como pela Sr^a Selma Borges da Costa, Coordenadora Administrativa da Saúde, que atestou o recebimento do material sem a conferência, além de não providenciar a guarda dos volumes, os quais ficaram expostos do lado de fora do hospital.
33. Considerando o não alcance das finalidades do convênio, uma vez que o aparelho instalado não se prestava aos fins almejados, e que as partes extraviadas não são vendidas separadamente, imputou-se a responsabilidade pelo valor total da aquisição (R\$ 74.800,00).
34. A Secex/TO, com a anuência do Ministério Público, propõe rejeitar as alegações de defesa apresentadas, condenando as então servidoras, solidariamente, ao ressarcimento do dano.
35. Com as devidas escusas, divirjo do encaminhamento formulado, pelas razões que passo a expor.
36. Pondero de extremo rigor imputar a responsabilidade pela restituição integral dos valores, tendo em vista que apenas parte do equipamento foi extraviado; bem como que a Sr^a Adriana Alves Pereira, que estava na creche municipal Santa Rita de Cácia no momento da entrega, somente assinou o recibo por já haver trabalhado na saúde e ter conhecimento do processo de compra do raio X, uma vez que a secretária de saúde não se encontrava na cidade, conforme declaração prestada na delegacia de polícia civil (peça 27, p. 49).
37. Além disso, observo que as responsáveis, ao tomarem conhecimento da falta das peças, adotaram providências, ainda que sem sucesso, com vistas a tentar localizar o volume desaparecido.
38. Assim, rejeitando parcialmente as alegações de defesa apresentadas, considero suficiente a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, diante da falha no recebimento do bem.

IV - Superfaturamento em decorrência de itens indevidos na composição do BDI (IRPJ e CSLL)

39. Diante da conclusão de que houve superfaturamento em obras contratadas pela Prefeitura de Divinópolis do Tocantins/TO, em decorrência da inclusão indevida, na composição do BDI, de parcelas relativas ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, foram citados o Sr. Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito) e a empresa que recebeu os pagamentos indevidos, Rosário Ind. e Com. de Cim. e art. Ltda.
40. Aquiesço à análise promovida pela Secex/TO e à proposta de acolher as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, que contaram com a concordância do Representante do MP/TCU.
41. A irregularidade pode, no caso concreto, ser relevada, considerando inexistirem indícios de sobrepreço e tratar de contratação anterior à consolidação do entendimento no âmbito do Tribunal, expresso na Súmula 254, no sentido de que o IRPJ e a CSLL não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas - BDI, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

V - Irregularidades que ensejaram as audiências

42. Apontados **indícios de procedimentos fraudulentos na condução de processos licitatórios que sugerem possível ocorrência de direcionamento ou montagem de licitações**, foram ouvidos em audiência os Srs. Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito), Áurea Maria Matos Rodrigues (assessora jurídica), Vilmar Francisco da Silva (presidente da Comissão de Licitação), Marcos Wagno Gomes Brandão e Raimundo Natanael Barbosa Evangelista (membros da Comissão de Licitação).

43. A proposta da unidade técnica, com a qual me alinho em essência, é de rejeitar as razões de justificativa oferecidas e aplicar aos responsáveis a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei. 8.443/1992.
44. Conforme visto na análise reproduzida no relatório precedente, não procedem os argumentos apresentados, os quais apenas tentam demonstrar, sem fundamento, a regularidade das ocorrências.
45. A jurisprudência do TCU tem se consolidado no sentido de que a participação de empresas com sócios em comum, na modalidade convite, afasta o caráter competitivo do certame e configura fraude à licitação, a impedir a obtenção da proposta mais vantajosa aos interesses públicos. O voto condutor do Acórdão 2900/2009 - Plenário, proferido pelo Ministro Benjamin Zymler, esclarece a questão:

“14. Vale mencionar que a discricionariedade na seleção dos convidados é limitada pelos princípios da Administração Pública. Nesse sentido, a faculdade de escolha dos destinatários do convite deve ser exercida com cautela em face dos riscos de ofensa à moralidade e à isonomia.

15. Por outro lado, ao tempo em que a lei determina que deverão ser convidados, no mínimo, três interessados, não estabelece um limite máximo, o que não exclui a possibilidade de, em casos concretos, ser efetivada a convocação de número maior de interessados. Deve-se ter em mente que a seleção prévia dos participantes faz-se no interesse da Administração para consecução do interesse público.

16. A existência de sócios em comum e de sócios com relação de parentesco entre as únicas três empresas convidadas são circunstâncias que, a meu ver, põem sob suspeita os critérios empregados na escolha dos licitantes e, conseqüentemente, o cumprimento dos fins preconizados no artigo 3º da Lei 8.666/93.

17. Apesar de não haver vedação legal à participação de empresas geridas por pessoas com relações de parentesco, não atende ao princípio da moralidade a realização de um convite em que as únicas empresas participantes possuem sócios em comum. Nessa hipótese, há afinidade pessoal suficiente para afastar o ânimo de competição comercial que supostamente possa existir.”

46. No caso concreto, contudo, entendo que, por se tratar de procedimentos distintos, a responsabilidade dos envolvidos possa ser atenuada. É que a auditoria constatou que possuem o mesmo sócio-administrador as empresas vencedoras dos Convites 43/2008 (Eletro Tem Materiais Elétricos Ltda.) e 51/2008 (JC Construtora Ltda.), realizados, respectivamente, para aquisição de material a ser utilizado na reforma da rodoviária municipal e execução de estrutura metálica e forro PVC. Ademais, não foram apontados outros indícios nos citados procedimentos licitatórios que permitam caracterizar fraude à licitação. Nada obstante, não se pode olvidar que os convites foram realizados às empresas com sócio em comum para execução de objetos fracionados do mesmo Contrato de Repasse 0262258-33 (Siafi 631434), celebrado para reforma da rodoviária municipal de Divinópolis do Tocantins, o que pode representar um sinal de alerta da suposta ocorrência de fraude.

47. Quanto à ausência, nos convites, do número mínimo de três propostas habilitadas, sem a justificativa no processo que demonstre limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, nos termos do § 7º do art. 22 da Lei 8.666/93, o argumento de que a ausência não invalida o procedimento não se sustenta.

48. De acordo com o referido dispositivo, na hipótese de ser impossível a obtenção do número mínimo de três licitantes, tais circunstâncias devem ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite. O fato é que essas justificativas não foram apresentadas. Razoável presumir, do ponto de vista do interesse público e da Lei de Licitações, que os certames deveriam ter sido repetidos. Nesse sentido, a Súmula TCU 248 prescreve: “Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei 8.666/1993”.

49. Relativamente à exigência de recolhimento de R\$ 300,00 para retirada do edital, não há como acolher, por completa ausência de fundamento e amparo legal, as alegações de que o valor cobrado visa evitar prejuízos à municipalidade, tendo em vista que empresas sem condições competitivas adquirem os editais licitatórios no intuito de intimidar os verdadeiros concorrentes e ganham a disputa com preços irrisórios nas propostas.

50. Conforme prescrito no § 5º, art. 32, da Lei 8.666/93, eventuais taxas referentes a fornecimento do edital devem se limitar ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida. Por certo que o montante exigido pela Prefeitura de Divinópolis do Tocantins/TO, no exercício de 2008, extrapolou a exceção admitida na lei para cobrança de taxas, revelando-se incompatível com o dispositivo legal e representando limitação à participação de licitantes.

51. Outra irregularidade constatada refere-se à ausência, nos procedimentos licitatórios realizados pelo município, de previsão de critério de aceitabilidade dos preços unitários e global. O estabelecimento de tais critérios, de forma expressa e clara, com a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, é obrigação do gestor e não sua faculdade, uma vez que o limite constitui fator ordenador da licitação, ao evitar a disparidade exagerada dos preços unitários e global constantes das propostas, situação que poderia predispor a contratação futura a alterações indevidas. A mera menção, nos editais, de que o objeto será adjudicado aos licitantes cujas propostas apresentem o menor preço unitário não é suficiente para atender ao dispositivo legal.

52. Dessa forma, as razões de justificativa não lograram afastar as responsabilidades dos destinatários das audiências.

53. O Sr. Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito) é responsabilizado por ter homologado os processos de licitação irregulares. A homologação não pode ser admitida como mera formalidade, eis que consiste na aprovação dos atos praticados. Assim, ao homologar os procedimentos licitatórios, o ex-Prefeito assumiu a responsabilidade pela legalidade e legitimidade dos certames, respondendo pelas irregularidades identificadas, conforme ampla jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2.300/2013, 3.389/2010, 1.457/2010, 787/2009 - Plenário; Acórdão 1.685/2007- 2ª Câmara e Acórdão 690/2008 - 1ª Câmara).

54. Os Srs. Vilmar Francisco da Silva, Marcos Wagno Gomes Brandão e Raimundo Natanael Barbosa Evangelista (presidente e membros da comissão de licitação), de igual forma, não podem se eximir da responsabilidade de terem processado as licitações viciadas. Conforme disposto no § 3º do art. 51 da Lei 8.666/93, os membros das comissões de licitação respondem solidariamente por todos os atos praticados pela comissão.

55. Já a audiência da Srª Áurea Maria Matos Rodrigues (assessora jurídica) referiu-se à emissão de parecer jurídico pró-forma, contribuindo para a homologação de convite sem a existência de três propostas válidas. Nada obstante constar no ofício apenas a citada irregularidade, as razões de justificativa oferecidas englobaram os demais vícios constatados pela auditoria, sem, como visto, lograr afastá-los.

56. A assessora questiona a liberdade profissional dos advogados e defende que o parecer jurídico é discricionário e não vinculado, não estando sujeito à fiscalização. Tais argumentos, contudo, não podem ser acolhidos.

57. O entendimento desta Corte, e também do Supremo Tribunal Federal - STF, é pacífico no sentido de que o parecerista responde pela irregularidade quando sua manifestação vincula o ato administrativo, como no caso do exame e aprovação das minutas de editais de licitação, bem assim as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, conforme previsto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93; ou ainda, nas manifestações meramente opinativas quando verificada a ocorrência de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo.

58. No caso concreto, embora constatado que não foi obtido o número mínimo de três propostas habilitadas, nem existia justificativa que demonstrasse limitações do mercado ou manifesto

desinteresse dos convidados, a parecerista opinou pelo prosseguimento dos certames, defendendo que os procedimentos licitatórios atenderam às disposições legais e não registrando a falha.

59. Nesse sentido, o conjunto das irregularidades constatadas nos procedimentos realizados pelo município e a atuação de cada um dos responsáveis, conforme delimitado nas audiências e analisado na instrução da unidade técnica, demanda a aplicação da multa proposta pela Secex/TO, proporcional à responsabilidade individual dos envolvidos.

60. Além disso, foi promovida a audiência do Sr. José Roberto Ribeiro Forzani, gestor do Incra/TO, em razão da **formalização de convênios distintos, com o Município de Divinópolis do Tocantins, tendo objetos similares**. O Convênio 10.000/2007 tinha como objeto a implantação de 9 km de estrada vicinal no Projetos de Assentamento (PA) Piedade, 10 km no PA Santa Júlia, 3,7 km no PA Toledo I e 10 km no PA Mulher Cidadã. Já o objeto do Convênio 17.000/2008 consistia na construção de 29 km de estradas vicinais com obras de arte correntes, nos PA Mulher Cidadã, Santa Júlia e Piedade.

61. A unidade técnica rejeitou as razões de justificativa oferecidas, propondo aplicar ao gestor a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei. 8.443/1992, em decorrência de afirmativa constante do parecer jurídico emitido pela Procuradoria Federal Especializada/Incra de que a prefeitura teria exposto que os serviços relativos ao segundo convênio já haviam sido executados previamente à celebração do ajuste, o que, pondero, não está demonstrado no processo. Há, em sentido diverso, outro trecho do parecer que assevera que as estradas vicinais previstas no primeiro ajuste não foram terminadas devido a um projeto inadequado. E ao final, o próprio procurador sugere a celebração de novo convênio, com um projeto básico de melhor adequação técnica aos objetivos.

62. Ademais, observo que a preocupação externada no relatório de auditoria e na audiência se referia à possibilidade de celebração de dois ajustes para execução de um mesmo objeto, ensejando o desperdício de recursos públicos. No caso concreto, contudo, os elementos constantes dos autos indicam que, na realidade, tratou-se de complementação de ajuste, em razão de adequações executados pelo projetista da obra.

63. Assim, em que pese a falha no projeto inicial, divirjo da proposição da Secex/TO, considerando que o motivo adotado para fundamentar a aplicação da penalidade ao responsável não havia sido apontado previamente à audiência, o que prejudica o exercício da ampla defesa e do contraditório. Além disso, pondero que se tratou de caso isolado, inexistindo indícios de que tal ocorrência tenha se repetido, o que atenua, no meu entender, a responsabilidade do gestor do Incra/TO.

64. Por fim, os Srs. Edimar Alves de Sá e Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeitos) foram instados a apresentar razões de justificativa por **não terem dado, até aquela data, efetiva utilização e operacionalidade ao aterro sanitário construído com recursos federais concedidos pela Fundação Nacional de Saúde - Funasa, por meio do Convênio 499/2004**. De acordo com a auditoria, embora concluídas as obras e instalações físicas, não houve disponibilização da licença de operação.

65. Considerando a confirmação de que o aterro sanitário está em funcionamento, manifesto-me de acordo com a proposta da Secex/TO, no sentido de acolher as razões de justificativa oferecidas pelos responsáveis.

66. Registro, ainda, que o Tribunal, por meio do Acórdão 2388/2009 - Plenário, que converteu o processo de denúncia na presente tomada de contas especial, decidiu manter o sigilo dos autos até a deliberação final. Nesse sentido, essencial que, neste momento, seja levantada a chancela de sigilo que recai sobre este processo.

Feitas as considerações pertinentes, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 8 de julho de 2015.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

