

TC - 032.789/2014-9

Natureza: Prestação de Contas (Exercício de 2013)

Unidade Jurisdicionada: Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado do Ceará – Sebrae/CE

Recorrente: Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae/Departamento Nacional

Advogada: Larissa Moreira Costa (OAB/DF 16.745); procuração à peça 60, p.1.

Sumário: Prestação de Contas. Contratações de entidade presidida por membro do Conselho Deliberativo do Sebrae/CE. Audiência. Atenuantes. Contas regulares com ressalvas. Determinação ao Sebrae nacional. Recurso de reconsideração. Nulidade por ausência de oitiva da entidade previamente ao acórdão. Desnecessidade da oitiva. Ausência de sucumbência. Exercício do controle interno. Interpretação da determinação exarada. Considerações. Não provimento.

INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae Nacional (peça 59) pelo qual contesta o Acórdão 3.665/2016-TCU-1.^a Câmara, prolatado na Sessão Ordinária realizada em 7/6/2016 (peça 47).

2. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. com fundamento nos arts. 1º, inc. I, 16, inc. II, 18 e 23, inc. II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inc. I, 208 e 214, inc. II, do Regimento Interno/TCU, julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis Srs. Carlos Antônio de Moraes Cruz, então Diretor Superintendente do Sebrae/CE, Alci Porto Gurgel Júnior, então Diretor Técnico do Sebrae/CE, Airton Gonçalves Júnior, então Diretor Administrativo Financeiro do Sebrae/CE, e Francisco de Assis Barreto de Sousa, então Conselheiro do Conselho Deliberativo do Sebrae/CE, dando-lhes quitação;

9.2. determinar ao Sebrae Nacional, com fulcro no art. 18 da Lei 8.443/92 c/c o § 2º do art. 208 do Regimento Interno do TCU, que adote as medidas necessárias para impossibilitar a participação, em licitações e contratações com o Sistema Sebrae, de empregado ou dirigente de quaisquer das entidades ao mesmo operacionalmente vinculado, bem como dos membros dos respectivos Conselho Deliberativo e Fiscal;

9.3. determinar o encaminhamento de cópia deste Acórdão, bem como das peças que o fundamentam, ao Sebrae/CE;

9.4. autorizar o arquivamento deste processo.

HISTÓRICO

3. O presente processo cuida de Prestação de Contas do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas no Ceará – Sebrae/Ceará referente ao exercício de 2013.

4. As contas evidenciaram a contratação do Instituto Macro para o Desenvolvimento Econômico e Social, cujo presidente também é conselheiro do conselho deliberativo do próprio Sebrae/CE.

5. Em vista das vedações contidas no artigo 39 do Regulamento de Licitações e Contratos do Sebrae – RLCSS, a Secex/CE realizou a audiência dos Srs. Francisco de Assis Barreto Sousa, conselheiro do conselho deliberativo do Sebrae/CE, Carlos Antônio de Moraes Cruz, diretor superintendente do Sebrae/CE, e Airton Gonçalves Júnior, diretor administrativo financeiro da entidade, pelos Ofícios 1119/2015, 1118/2015 e 1115/2015 - TCU/Secex-CE (peças 15, 14 e 13, respectivamente).

6. As razões de justificativa (peças 33, 34 e 41) foram analisadas pela unidade técnica (peças 42-43), que concluiu pela proposta de julgamento das contas dos integrantes do rol de responsáveis pela regularidade com ressalvas, além da expedição de determinação ao Sebrae Nacional nos seguintes termos:

b) determinar ao Sebrae Nacional, com fulcro no art. 18 da Lei 8.443/92 c/c o §2º do art. 208 do Regimento Interno do TCU, que adote as medidas necessárias para impossibilitar a participação, em licitações e contratações com o Sistema Sebrae, de empregado ou dirigente de quaisquer das entidades ao mesmo operacionalmente vinculado, inclusive os membros do Conselho Deliberativo e do Conselho Fiscal;

7. A proposta teve por pressuposto o fato do RLCSS não mencionar expressamente os integrantes dos conselhos deliberativo e fiscal na proibição de contratação com as entidades do sistema Sebrae.

8. O MP/TCU anuiu ao posicionamento da unidade técnica, acrescentando considerações sobre os princípios regedores da Administração pública (peça 44), com o qual anuiu o relator **a quo** (peças 48-49), sendo finalmente prolatado o Acórdão 3.665/2016-TCU-1.ª Câmara.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

9. Em exame preliminar de admissibilidade esta Secretaria propôs conhecer o recurso do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae Nacional, suspendendo-se os efeitos do item 9.2 do Acórdão 3665/2016-TCU-1.ª Câmara (peças 61-62), o que foi ratificado por despacho do Ministro Benjamin Zymler (peça 64).

EXAME DE MÉRITO

10. Delimitação dos recursos

10.1. Constitui objeto do recurso do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE Nacional definir se:

- a) o Acórdão 3.665/2016-TCU-1.ª Câmara é nulo;
- b) as vedações do item 9.2 do acórdão recorrido se restringem a pessoas físicas.

11. Da Nulidade do Acórdão 3665/2016-TCU-1.ª Câmara

11.1. O Sebrae argumenta que foi destinatário de determinação sem que tenha sido chamado previamente aos autos para se manifestar a respeito, o que teria provocado a nulidade do Acórdão 3.665/2015-TCU-1.ª Câmara ora recorrido. Menciona a Súmula Vinculante n. 3, do Supremo Tribunal Federal e a Resolução-TCU 213/2003.

Análise

11.2. A determinação objeto do item 9.2 do Acórdão 3.665/2015-TCU-1.^a Câmara decorre do exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas da União, conforme autorizado na Constituição Federal, na Lei 8.443, de 1992, e no Regimento Interno/TCU.

11.3. No desempenho desse mister é razoável e, mesmo, esperado que sejam expedidas determinações, com o objetivo de aprimorar o funcionamento da Administração. Na hipótese de uma determinação implicar em sucumbência para a parte há que haver o contraditório. No presente caso não se vislumbra prejuízo para o Sebrae. Assim é que no próprio recurso se afirma que:

2.3.1.4. A intenção deste SEBRAE, ao levar o tema novamente à discussão deste Tribunal de Contas da União, **tem por intenção pacificar a interpretação e aplicação do art. 39 do seu RLCSS, e não embaraçar a determinação do Tribunal.**

2.3.1.5. **Por este motivo, ao revés de se embargar da decisão**, ou simplesmente se responder ao Tribunal no sentido de que já se cumpre os termos do item 9.2 do acórdão, considerando que estaria a tratar apenas de pessoas físicas, este Recurso irá abordar o tema sob os dois enfoques: (...) (grifado)

11.4. De fato, o teor da peça recursal por vezes se assemelha a um pedido de esclarecimento sobre a aplicação e o alcance do aresto fustigado, ou seja, se aproxima da espécie recursal dos embargos de declaração.

11.5. Neste ponto traz-se o seguinte entendimento extraído da ‘Jurisprudência Sistematizada’ no portal do TCU na internet:

No exercício de jurisdição objetiva pelo TCU, consubstanciada na emissão de determinações abstratas aos jurisdicionados para o cumprimento de normas cogentes de aplicação geral, não há nulidade de determinação em razão da ausência de contraditório

(Acórdão 1.094/2015-TCU-Plenário).

11.6. No caso, a determinação contestada teve por pressupostos vários princípios, inclusive de previsão constitucional, como a moralidade e a impessoalidade.

11.7. Sobre a incidência da Súmula Vinculante-STF n. 3, o seguinte excerto da ementa de julgado do próprio STF elucida os seus contornos: (Rcl 6.396 AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 21.10.2009, DJe de 13.11.2009)

"(...) a Súmula Vinculante 3 se dirige, única e exclusivamente, às decisões do Tribunal de Contas da União que anulem ou revoguem atos administrativos que beneficiem algum interessado, situação esta absolutamente diversa das tomadas de contas, procedimento próprio em que a Corte de Contas verifica a regularidade da utilização das verbas públicas pelos responsáveis.

12. **Do item 9.2 do Acórdão 3.665/2016-TCU-1.^a Câmara**

12.1. A entidade recorrente defende que há uma aparente contradição entre a determinação objeto do item 9.2 do Acórdão 3.665/2016-TCU-1.^a Câmara e o relatório que o precedeu. Observa que a determinação se refere expressamente a pessoas físicas, entretanto, o relatório tratou da contratação de pessoa jurídica.

12.2. Ressalta que o artigo 39 do Regulamento de Licitações e Contratos do Sebrae - RLCSS veda a participação de empregados e dirigentes pessoas físicas do próprio sistema Sebrae nas licitações das entidades que compõem o sistema, bem como, sua consequente contratação.

12.3. Afirma que o Sebrae já interpreta o termo ‘dirigente’ como diretores e membros dos conselhos deliberativo, ou, fiscal. E acresce que veda a contratação de empresas com fins lucrativos que tenham em seus quadros de sócios algum empregado ou dirigente aos quais alude o supracitado artigo 39 do RLCSS.

12.4. Tece considerações sobre a distinção entre empresas com fins lucrativos e entidades sem fins lucrativos, sendo que naquelas há objetivos econômicos comuns entre a empresa e seus sócios, enquanto nestas o representante da entidade é mero mandatário de um ente coletivo.

12.5. Defende que ninguém pode ser favorecido ou preterido nos processos de contratação por razões de ordem subjetiva, e conclui que a presença de dirigente de alguma entidade sem fins lucrativos, ou, da própria entidade em conselho do Sebrae não representa ofensa ao princípio da isonomia, pois apenas a comprovação de influência dessa pessoa em certame licitatório é que poderia macular o procedimento.

12.6. Alude à Lei 9.637, de 1998, que trata das Organizações Sociais, a qual prevê a presença de representantes do poder público no conselho de administração e concomitantemente permite a celebração de contratos de gestão entre tais organizações e a Administração pública. E, também, à Lei 13.019, de 2014, que trata das parcerias voluntárias entre a Administração e as organizações da sociedade civil, a qual excepciona a vedação de seu artigo 39, inciso III, para o caso específico de serviços sociais autônomos dirigidos por agente político de Poder.

12.7. Registra que o artigo 9.º, inciso IX, do Regulamento de Licitações e Contratos da entidade permite a contratação direta de serviços sociais autônomos, que comumente integram o conselho deliberativo das unidades do Sebrae, e que a vedação de contratar quaisquer entidades sem fins lucrativos tornaria inócuo aquele dispositivo.

12.8. Ao final requer seja reconhecida a regularidade das contratações de entidades sem fins lucrativos que possuam mandatários os quais também tenham assento nos conselhos deliberativos do Sistema Sebrae, ou, ainda, quando as próprias entidades possuam assento em tais conselhos.

Análise

12.9. A contradição entre o relatório e o voto que precederam o acórdão recorrido com o próprio aresto é apenas aparente. No parecer do MP/TCU há menção sobre ser inoportuna a presidência de entidade que mantenha vínculos contratuais com o Sebrae por algum membro de seu conselho de deliberação (peça 44):

As relevantes atribuições de um membro do conselho de deliberação – que incluem a própria aprovação das contas – já evidenciam não ser possível que agente que ocupe tal posição presida entidade que manterá vínculos contratuais com Sebrae/CE, por patente espaço de conflito de interesses.

12.10. Outro aspecto a considerar é que em não havendo fins lucrativos, há que se concluir que o interesse de uma entidade em ser contratada pelo Sebrae seja de mera colaboração para o atingimento de objetivos comuns, desenvolvimento de sua própria expertise, ou, qualquer outro objetivo que não se confunda com a obtenção de lucros.

12.11. A propósito, a Lei 9.532, de 1992, assim define em seu artigo 12, § 3.º a entidade sem fins lucrativos, para efeito de incidência de regras de natureza tributárias: “(...) a que não apresente superávit em suas contas ou, caso apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais”.

12.12. Assim, em tese não haveria maior obstáculo para tais contratações se as atribuições do conselho deliberativo no âmbito do sistema Sebrae não implicassem claro conflito de interesses para seus membros que eventualmente sejam dirigentes de entidades porventura contratadas pelo próprio Sebrae, ainda que, entende-se, essas entidades não possuam fins lucrativos.

12.13. É o que resta claro nas manifestações da Secex/CE e do MP/TCU, acompanhadas pelo relator **a quo**. O mesmo raciocínio se presta com ainda maior razão para concluir pela impertinência de entidades que tenham assento no conselho deliberativo serem elas próprias contratadas pelo Sebrae.

12.14. A par desse impedimento intransponível para a contratação pelo Sebrae de entidades dirigidas por membros do conselho deliberativo do próprio contratante, há outras razões a justificar tal inadequação. As instituições classificadas como sem fins lucrativos são em geral beneficiárias de isenções e incentivos fiscais e tributários.

12.15. A supracitada Lei 9.532/1992, por exemplo, define em seu artigo 15 os requisitos para que associações sem fins lucrativos usufruam de isenção. Essa situação é flagrantemente contrária a um dos princípios básicos das licitações, qual seja; a isonomia, conforme destacado logo em seu artigo 3.º. Este, por sinal, foi um dos pressupostos para que o plenário do Tribunal concluísse pela impossibilidade das organizações da sociedade civil de interesse público definidas na Lei 9.790, de 1999, participassem de certames licitatórios da Administração pública federal (Acórdão 746/2014-TCU-Plenário).

12.16. Quanto a Lei 9.637/1997 à qual alude o recorrente, note-se que os contratos de gestão celebrados pelas chamadas organizações sociais com a Administração pública não são precedidos de procedimento licitatório. No caso do Sebrae, suas contratações são resultado de licitações, ou seja, resta patente que deve haver, via de regra, competição entre os pretendentes a contratar com o Sebrae. Tal competição remete, via de regra, à consideração sobre o melhor orçamento para os cofres do contratante, revelando o caráter mercantil dos procedimentos licitatórios em geral. E é nessa circunstância que se afigura incongruente a participação de entidades sem fins lucrativos nos certames.

12.17. Por fim, em relação à Lei 13.019/2014, informa-se que o artigo 39, § 3.º ao qual alude o recorrente foi revogado pela Lei 13.204, de 2015.

CONCLUSÃO

13. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) a determinação exarada ao Sebrae no Acórdão 3.665/2016-TCU-1.ª Câmara decorre do exercício constitucional do controle externo, e a ausência de oitiva prévia da entidade não torna nulo o aresto; e

b) o item 9.2 do acórdão recorrido abrange as entidades sem fins lucrativos, em especial se dirigidas por integrantes do conselho deliberativo do contratante, ou, se a própria entidade fizer parte de tal conselho.

DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

14. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae/Departamento Nacional contra o Acórdão 3.665/2016-TCU-1.ª Câmara propondo-se, com fundamento nos artigos 32, I e 33, da Lei 8.443/1992, e artigo 285, do RI/TCU:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) informar ao recorrente que a vedação do item 9.2 do Acórdão 3.665/2016-TCU-1.ª Câmara inclui pessoas jurídicas que tenham em seus quadros as pessoas físicas já qualificadas, e, ainda, quando elas próprias, pessoas jurídicas, tenham assento nos conselhos deliberativos ou fiscal das entidades que compõem o Sistema Sebrae; e

c) dar conhecimento ao recorrente e ao Sebrae/CE da decisão que vier a ser proferida.

TCU/Secretaria de Recursos, em 10/03/2017.

Roberto Orind

Auditor Federal de Controle-Externo, mat. 3833-4.