

VOTO

Trata-se de recurso de revisão interposto pela sra. Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa, integrante da Comissão Permanente de Licitação da Superintendência Estadual da Funasa no Estado do Maranhão, contra o Acórdão 619/2015-Plenário, proferido em tomada de contas especial (peças 212-213).

2. A tomada de contas especial foi instaurada em razão de irregularidades no âmbito de contrato celebrado em 1/10/1997 entre a Fundação Nacional de Saúde – Funasa e a empresa Agaform Comércio e Representações Ltda.

3. O contrato, decorrente do Convite 34/97, tinha por objeto a prestação de serviços técnicos de manutenção preventiva e corretiva nos equipamentos de processamento de dados daquela representação regional da Funasa, a um custo mensal de R\$ 28.926,00, abarcando 304 equipamentos: 125 microcomputadores, 112 impressoras, 43 estabilizadores, 15 nobreaks, 6 scanners, 1 **data show** e 2 **notebooks** (valor mensal de R\$ 95,15 por equipamento) (peça 1, p. 45).

4. No período de 13/1/1998 a 30/6/1998, foram pagos pela administração R\$ 218.845,67. Considerando que o valor pago correspondeu à manutenção de 1.150 equipamentos (cerca de 191 por mês), constatou-se um dispêndio médio mensal de R\$ 190,30 para cada qual (peça 6, p. 337). O contrato foi anulado em 12/1/2000 (peça 1, p. 253).

5. Relatório de Auditora da Funasa apontou que, à época, a Presidência da entidade pagava a quantia de R\$ 10,29 pela manutenção de equipamentos similares de informática (peça 1, p. 21). Em novo contrato firmado pela Superintendência Estadual da Funasa no Estado do Maranhão, no exercício de 2000, verificou-se o valor de R\$ 25,24 por equipamento (peças 3, p. 118, e 6, p. 337).

6. Considerando como referência o valor pago na nova contratação, apontou-se pagamentos a maior de R\$ 189.819,67 (peça 6, p. 337).

7. Assim, mediante o acórdão recorrido, a sra. Francisca Tereza Corrêa de Souza teve suas contas julgadas irregulares e foi condenada pelo débito apontado solidariamente com os demais membros da comissão de licitação (srs. Raimundo Nonato Machado Filho, Maria Francilene Rodrigues de Moura e Ione Serra Maia) e com os srs. Márcio Antônio Pinto de Almeida (então Coordenador Regional e ordenador de despesas) e José Francisco Santos Sousa (Coordenador Regional Substituto e Chefe do Serviço de Administração). Não houve a imposição de sanção em razão da prescrição da pretensão punitiva.

8. A empresa Agaform Comércio e Representações Ltda. e o sr. Luís Roberto da Costa Pereira (ex-Chefe do Serviço de Informática) tiveram suas responsabilidades afastadas em recurso de reconsideração pela constatação da ausência de citação válida (Acórdão 2.895/2017 – Plenário, peça 135).

9. Por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso III, e 35 da Lei 8.443/1992, cabe conhecer do recurso e adentrar-lhe o mérito.

II

10. A recorrente argumenta, em síntese, que (peça 212):

a) ocorreu a prescrição da pretensão ressarcitória;

b) em razão de a citação efetuada por esta Corte ter ocorrido cerca de quinze anos depois dos fatos impugnados, há impossibilidade do exercício de defesa;

c) não se encontrava dentre as atribuições de seu cargo – atendente – a atuação em comissões de licitação, de forma que não detinha conhecimento para tanto;

d) não cabia aos membros da comissão de licitação averiguar se os preços ofertados eram compatíveis com os de mercado e sim a outras instâncias do órgão, as quais não foram devidamente responsabilizadas;

e) não há nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano verificado.

11. Tanto a unidade técnica, quanto o Ministério Público junto ao TCU entenderam que as alegações recursais não merecem prosperar.

III

12. Quanto à alegação da prescrição da pretensão ressarcitória, registro que esta Corte de Contas possui entendimento consolidado de que as ações de ressarcimento movidas contra os agentes causadores de prejuízos ao erário são imprescritíveis, por determinação constitucional. Veja-se a respeito a parte dispositiva do Acórdão 2.709/2008-Plenário, proferido em uniformização de jurisprudência:

“9.1. deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ...”

13. Esse entendimento é corroborado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que ao interpretar o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, firmou a tese da imprescritibilidade das ações de reparação de dano movidas pelo Estado (Mandado de Segurança 26.210/2008, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski).

14. É certo que, em data mais recente, o STF alterou a abrangência desse entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069 (Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 3/2/2016), em que se discutiu o prazo de prescrição da pretensão ao ressarcimento por danos causados ao erário por ilícito civil. Na ocasião, fez-se assente que: *“É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.”*

15. Entretanto, essa decisão não tem reflexo nos processos em curso no Tribunal de Contas da União, que decorrem de infrações a normas de direito público e não ao direito privado (vide Acórdãos 2.910/2019-Plenário e 2.234/219 – 1ª Câmara).

16. Quanto à alegação de que o excessivo transcurso de prazo teria prejudicado a ampla defesa, registro que esta Corte de Contas possui o entendimento de que, em determinadas situações, o excessivo transcurso de tempo pode prejudicar o exercício de defesa. Em geral, isso ocorre quando transcorre prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente (artigo 6º, inciso II, c/c artigo 19, caput, da IN-TCU 71/2012). (v.g. Acórdão Plenário 1930/2015 e 2511/2015).

17. No caso em tela, registro que a Comissão de Processo Disciplinar da Funasa, em 17/10/2003, apreciou defesa da responsável em relação às seguintes ocorrências (peça 5, p. 68-72 e 192):

“Que realizou a licitação para contratação de “serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos de informática”, na modalidade de licitação errada ...;

Que enquanto Membro da CPL, deixou de solicitar documentos que identificassem os sócios proprietários das empresas participantes e os ramos de atividades de cada empresa, e com essa omissão, deixou de observar fortes indícios de conluio entre as empresas participantes do Convite;

Que habilitou, enquanto Membro da CPL, fis. 376, as empresas PMB Comércio e Representação Ltda., e Warehouse Informática Ltda., com ramos de atividades diferentes do objeto da licitação, uma vez que elas não são prestadoras de serviços;

Que habilitou, enquanto Membro da CPL, empresas sem condições de habilitação e qualificação exigidas no instrumento convocatório ...;

Que realizou licitação sem proceder à competente pesquisa de preços para avaliar o valor a ser contratado em face dos preços praticados no mercado, ”.

18. Ou seja, a responsável teve ciência dos fatos a ela imputados em data relativamente próxima àquela em que ocorreram. Mesmo que assim não fosse, o transcurso do prazo de dez anos previsto na referida instrução normativa não constitui direito subjetivo do responsável. Isso porque pode o TCU determinar o prosseguimento da tomada de contas especial caso entenda que não haverá prejuízo para o exercício de defesa.

19. No caso em tela, os fatos estão fartamente demonstrados documentalmente e a recorrente não indicou o obstáculo ou a dificuldade em concreto que teria implicado prejuízo à defesa, não sendo suficiente mera alegação nesse sentido.

IV

20. Quanto à alegada ausência de condições para exercer o cargo de membro de comissão de licitação, são ponderáveis os argumentos da recorrente no sentido de que foi alçada à essa situação sem que tivesse condições para tanto.

21. Nesse sentido, menciono as seguintes constatações da comissão de processo disciplinar instaurada para a apuração dos fatos (peça 5, p. 200):

“a Comissão reconhece que a indiciada não tinha experiência em licitações, e não fora capacitada para assumir o encargo, não podendo ser responsabilizada pelas conseqüências desastrosas da autoridade competente que a designou membro da CPL, sem observar os princípios da oportunidade e da conveniência.

a incumbência da análise dos documentos ficava a cargo do Presidente da CPL, como ele próprio declarou no seu interrogatório, e além disso, a indiciada não estava capacitada para esse mister, ressaltando sobretudo, a falta de discernimento da Administração em compor uma CPL sem antes capacitar os seus integrantes.” (Grifou-se).

22. Cabe também mencionar as seguintes declarações da responsável perante a mencionada comissão (peça 212, p. 56):

“QUE a depoente quando trabalhava na CPL não tinha a mínima experiência na área de licitação;

QUE sua indicação para compor a referida Comissão foi contra a sua vontade e a do seu Chefe, Sr. Pedro Tavares, que inclusive foi falar com o Coordenador Regional sobre o assunto;”

23. Entretanto, mesmo que sensível a essa situação da responsável, acolho as conclusões do Ministério Público junto ao TCU no sentido de que a inexperiência da responsável não constitui causa de exclusão de culpabilidade. Isso porque ela deveria ter se negado a assinar os documentos – em especial as atas da licitação – em relação aos quais não detinha conhecimento suficiente e, em não o fazendo, atraiu para si a responsabilidade solidária em relação aos atos praticados pela comissão de licitação.

V

24. Superadas as preliminares, observo assistir razão parcial à recorrente quando afirma que não se encontrava dentre as competências da comissão de licitação avaliar se os preços praticados eram os de mercado. São diversos os precedentes em que o Tribunal entendeu que irregularidades inerentes à etapa preparatória da licitação não devem ser atribuídas a membros de comissão de licitação:

“Exigências para habilitação são itens inerentes à etapa de planejamento da contratação, razão pela qual irregularidades apuradas nessa fase não podem ser imputadas aos integrantes da

comissão de licitação, designada para a fase de condução do certame.” (Acórdãos 1.673/2015 e 1.005/2011 Plenário e 3.213/2019 e 4.436/2018 da Primeira Câmara).

“O presidente de comissão permanente de licitação não deve ser responsabilizado (...), pois as atribuições da referida comissão abrangem, em regra, apenas o processamento do procedimento licitatório” (Acórdão 870/2013-Plenário). (Grifou-se).

“Não é razoável aplicar penalidade a membros de comissão de licitação se ficar demonstrado que as irregularidades apuradas ocorreram em função do conteúdo do edital e se eles não participaram da fase relativa à sua confecção.” (Acórdão 1.532/2011-Plenário). (Grifou-se).

25. Especificamente em relação à responsabilidade pela pesquisa de preços, cito os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“As pesquisas de preços que dão suporte à elaboração de orçamento, à definição da modalidade de licitação e à efetivação da adequação financeira e orçamentária da despesa, devem ser realizadas previamente à adjudicação do objeto e homologação do procedimento.

Não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto.” (Acórdãos 4.848/2010 e 3.213/2019, ambos da Primeira Câmara). (Grifou-se).

Membros de comissão de licitação não devem ser responsabilizados por sobrepreço ou superfaturamento decorrente de orçamento estimativo com preços acima de mercado, salvo se houver prova de que tenham participado da elaboração do orçamento. (Acórdãos 1.428/2010 – 1ª Câmara e 4.696/2018 – 2ª Câmara). (Grifou-se).

26. Veja-se que a estimativa de preços equivocada foi efetuada pelo então Chefe do Serviço de Informática, o qual, segundo apurado em Comissão de Processo Disciplinar:

“colocou valor estimativo dos serviços mensais, sem proceder à competente pesquisa de preços, fls. 2.557, para estimar o valor a ser contratado em face dos preços praticados no mercado, com vistas a evitar ou restringir a prática de preços muito elevados, concorrendo, com esta omissão, para a contratação de preços superfaturados, gerando prejuízo ao Erário.” (Grifou-se). (peça 3, p. 224).

27. Há de se ver, contudo, que foram verificadas graves falhas na condução do certame pelos membros da comissão de licitação.

28. Primeiramente, cabe destacar a utilização equivocada da modalidade licitatória. É certo que o processo chegou à comissão com a indicação de que caberia a utilização de convite, inclusive com manifestação da consultoria jurídica nesse sentido. O erro decorreu da estimativa de valor da contratação, o qual mencionou o valor de R\$ 27.000,00 como global, quando, na verdade, referia-se à estimativa mensal (peças 1, p. 41, e 6, p. 214). Assim, a modalidade licitatória adequada seria a concorrência, pois, considerando a duração contratual prevista de 48 meses, o valor estimado seria acima de R\$ 650.000,00 (de acordo com a redação então vigente do art. 23, II, ‘a’, da Lei 8.666/1993).

29. Acontece que as quatro propostas apresentadas expressamente consignaram os seguintes valores mensais – R\$ 31.220,00 (empresa PMB), R\$ 34.110,00 (empresa HCG), R\$ 28.926,00 (empresa Agaform) e R\$ 29.835,00 (empresa Warehouse) (peça 1, p. 147, 157, 165, 173).

30. Ora, a toda evidência, os valores apresentados não se mostravam adequados à modalidade convite. Um mínimo de cuidado na análise das propostas permitiria a verificação da irregularidade e

o seu saneamento. A ausência de ação da comissão de licitação demonstra a falta de zelo com que a condução do certame ocorreu.

31. A situação é agravada quando se verifica, como exposto a seguir, que a utilização da modalidade licitatória inadequada permitiu a ocorrência de outras irregularidades que contribuíram para a contratação com preços superfaturados em razão da ausência de competitividade.

32. Isso porque as quatro empresas convidadas apresentaram propostas com valores próximos e muito acima da realidade do mercado, indicando um possível acerto entre elas na participação do certame (peça 1, p. 97).

33. Essa constatação de conluio é reforçada quando se verifica que duas das quatro empresas que apresentaram propostas – HCG Engenharia de Sistemas Ltda. e Warehouse Informática Ltda –, pertenciam aos mesmos sócios proprietários (peça 3, p. 244).

34. Ademais, houve falhas na análise dos atestados técnicos na fase de habilitação, pois não foram detectados os seguintes fatos:

a) a empresa PMB Comércio e Representações apresentou atestado técnico emitido por empresa sem regularidade jurídica (CNPJ inexistente) (peça 3, p. 244-246);

b) outro atestado apresentado pela empresa PMB foi emitido por empresa cujo sócio era proprietário da empresa Agaform (vencedora do certame) (peça 3, p. 244); e

c) apresentação de atestados pelas empresas HCG e Warehouse cujos supostos emitentes não reconheceram sua autenticidade (peça 3, p. 236).

35. A constatação de conluio também é reforçada quando se verifica que o engenheiro representante da PMB no certame passou a atuar como empregado da Agaform durante a execução contratual (peça 3, p. 246).

36. Dessas constatações, o que se verifica é que a atuação deficiente dos membros da comissão de licitação permitiu que se consumasse uma contratação com indícios de fraude e com preços muito desvantajosos para a administração pública.

VI

37. Entretanto, quando se analisa a composição do débito imputado, verifico assistir parcialmente razão à responsável no que diz respeito ao questionamento acerca do nexo de causalidade entre sua conduta e o dano apurado.

38. O débito apontado nesses autos decorre de dois fatores.

39. O primeiro versa sobre os excessivos valores praticados nas propostas. Repiso que a proposta vencedora apresentou o valor mensal de R\$ 98,44 por equipamento e o valor considerado como paradigma de mercado foi R\$ 25,24 por equipamento (sobrepço de R\$ 73,20).

40. Como foi realizada a manutenção de 1.150 equipamentos, o débito apurado em razão do sobrepreço é de R\$ 84.180,00. Nesse caso, como explanado anteriormente, verifico haver elementos nos autos que relacionem o prejuízo e a conduta indevida dos membros da comissão de licitação, de forma que eles devem responder por essa quantia.

41. O segundo aspecto do débito imputado diz respeito a falhas na execução contratual que foram assim descritas no voto condutor do acórdão condenatório (peça 71):

“descumprimento, por parte da firma Agaform – Comércio e Representações Ltda., então vencedora do certame, do compromisso assumido em sua proposta, de prestar os serviços de manutenção preventiva e corretiva em 304 equipamentos, conforme solicitado no pedido de bens e serviços. Verificou-se que a referida firma vinha recebendo o valor mensal de R\$ 28.926,00 para

realizar apenas metade do serviço contratado, ou seja, 152 equipamentos, sob a alegação, inusitada, de que a manutenção dos 304 equipamentos seria bimestral, condição essa que não havia sido expressa claramente em sua proposta nem tampouco no contrato celebrado” (Grifou-se).

42. Ou seja, a contratada cumpria suas obrigações a menor e não era glosada por tanto, o que acarretou prejuízo de R\$ 105.639,67.

43. Ora, tratou-se de evento independente da atuação dos membros da comissão de licitação, a qual não pode ser responsabilizada por fatos supervenientes e que não guardam relação direta com sua conduta. Creio ter havido aqui a interrupção do nexo de causalidade com a criação de um novo fluxo causal, qual seja, as condutas ilícitas dos gestores vinculados à execução contratual e da própria empresa fraudadora.

44. Em sendo assim, entendo que deve ser afastada a responsabilidade da recorrente sobre essa parcela e, por ser uma circunstância de caráter objetivo, esse entendimento deve ser estendido aos demais membros da comissão de licitação (art. 281 do Regimento Interno do TCU).

VII

45. Em assim sendo, por terem sido apresentados elementos aptos a reformar em alguma medida a decisão impugnada, cabe dar provimento parcial ao presente recurso de revisão.

Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de agosto de 2019.

BENJAMIN ZYMLER
Relator