

GRUPO II – CLASSE I – 1ª Câmara

TC 015.201/2005-6

Natureza: Prestação de Contas Simplificada - Exercício: 2004

Órgão/Entidade: Departamento Regional do Sesi No Estado do Maranhão – Sesi/MA

Responsáveis: Distribuidora Triunfo Ltda (02.321.499/0001-64); Eduardo de Sousa Leão (008.721.132-72); Elito Hora Fontes Menezes (077.017.485-04); Fernando Antônio Brito Fialho (214.178.143-49); Geneci Goes da Rosa (503.007.509-78); Joaquim do Vale Monteiro (116.222.292-15); Jorge Machado Mendes (000.601.273-68); José Adriano Jansen (063.465.293-15); José Ribamar Fernandes (040.138.083-15); Julio Cezar da Motta Barreto (432.472.707-44); Luis Alberto Santiago Farias (428.086.423-34); Marcos Antonio da Silva Neri (126.673.664-68); Nelson Martins Bandeira Neto (025.090.403-91); Soraya Cavalcante Pereira (254.939.813-00); Ubirajara do Pindaré Almeida Sousa (409.039.743-04)

Interessados: Departamento Regional do Sesi No Estado do Maranhão (03.770.020/0001-30); Joaquim do Vale Monteiro (116.222.292-15); Julio Cezar da Motta Barreto (432.472.707-44); Luis Alberto Santiago Farias (428.086.423-34); Marcos Antonio da Silva Neri (126.673.664-68); Nelson Martins Bandeira Neto (025.090.403-91)

Advogado constituído nos autos: Marcelo Ribeiro Mendes (peça 19, p. 7-10; peça 37)

SUMÁRIO: PRESTAÇÃO DE CONTAS SIMPLIFICADA. EXERCÍCIO DE 2004. SESI/MA. IRREGULARIDADES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS. COMPRAS SUPERFATURADAS DE KITS ESCOLARES. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO. MULTA. ACÓRDÃO 1.172/2011-1ª CÂMARA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de prestação de contas simplificada do Serviço Social da Indústria – Departamento Regional no Maranhão (Sesi/MA) referente ao exercício 2004.

2. A análise da prestação de contas permitiu identificar diversas irregularidades, tais como a execução de despesas sem licitação, a realização de compras superfaturadas, a prorrogação irregular de contratos e a contratação indevida por meio de dispensa de licitação.

3. Essas irregularidades foram objeto de deliberação deste Tribunal que, por meio do Acórdão 1.172/2011-1ª Câmara, mantido pelo Acórdão 4.038/2012-1ª Câmara, julgou irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os em débito e multa.

4. Os autos cuidam, nesta fase, de recursos de reconsideração interpostos pelo ex-Diretor Regional do Sesi/MA – Elito Hora Fontes Menezes (peça 18) e por ex-integrantes da comissão de licitação da entidade – Joaquim do Vale Monteiro, Jorge Machado Mendes, Julio Cezar da Motta Barreto, Luis Alberto Santiago Farias, Marcos Antônio da Silva Neri e Nelson Martins Bandeira Neto

(peça 19) contra tal deliberação.

5. Transcrevo, a seguir, a instrução da Secretaria de Recursos deste Tribunal (Serur) que analisou os recursos de reconsideração em apreço (peça 45).

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração (peças 18, 19 e 31) interpostos pelos recorrentes supramencionados contra o Acórdão 1.172/2011-TCU-1ª Câmara (peça 15, p. 18-20), assim prolatado, com destaque para os itens alcançados pelo efeito suspensivo:

9.1. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei n. 8.443/1992, irregulares as contas dos Srs. Jorge Machado Mendes, Elito Hora Fontes Menezes, Julio Cezar da Motta Barreto, Marcos Antonio da Silva Néri, Nelson Martins Bandeira Neto, Joaquim do Vale Monteiro e Luís Alberto Santiago Farias, condenando-os solidariamente em débito com a Triunfo Distribuidora Ltda., pelo valor de R\$ 76.352,60 (setenta e seis mil, trezentos e cinquenta e dois reais e sessenta centavos), atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora devidos, contados a partir de 20/05/2004, na forma da legislação vigente, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante este Tribunal, o recolhimento da referida quantia ao Sesi/MA;

9.2. aplicar, aos responsáveis a seguir indicados, de forma individual, as penalidades especificadas, nos valores adiante consignados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente Acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

9.2.1. multa prevista no art. 57 da Lei n. 8.443/1992, aos Srs. Jorge Machado Mendes, Elito Hora Fontes Menezes, Julio Cezar da Motta Barreto, Marcos Antonio da Silva Néri, Nelson Martins Bandeira Neto, Joaquim do Vale Monteiro e Luís Alberto Santiago Farias, e à empresa Triunfo Distribuidora Ltda. no valor individual de R\$ 8.000,00 (oito mil reais);

9.2.1.1. multa constante do art. 58, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, aos Srs. Jorge Machado Mendes e Elito Hora Fontes Menezes, na importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.4. julgar, com base nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei n. 8.443/1992, regulares as contas dos demais responsáveis indicados no item 3 acima, dando-lhes quitação plena;

9.5. determinar ao Sesi/MA que:

9.5.1. cumpra o dever constitucional de licitar, observando as disposições do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi, em especial o contido nos arts. 1º e 2º, que impõem a obrigatoriedade na instauração do processo licitatório, visando a obter a proposta mais vantajosa para a administração;

9.5.2. não realize contratação sob a alegação de emergência, quando a situação tenha se originado da falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, ou que não esteja demonstrada a existência da urgência concreta e efetiva do atendimento à situação com vistas a afastar risco iminente e gravoso de danos a bens, à saúde ou à vida de pessoas, e quando haja outra forma de afastar o risco iminente detectado;

9.5.3. observe o art. 11 do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi, atentando para o fato de que as dispensas de licitação, salvo as alienações e aquelas que envolvam valores abaixo do limite previsto no art. 6º da norma, devem ser circunstancialmente justificadas quanto ao preço praticado e ratificadas pela autoridade competente;

9.5.4. adote medidas para dar cumprimento ao art. 5º, inciso II, do seu Regulamento de Licitações, que prevê a antecedência mínima de 2 dias úteis para a realização de convites;

9.5.5. deixe de prorrogar os contratos que não priorizem o interesse público, dando cumprimento aos arts. 1º e 2º do próprio Regulamento de Licitações da instituição, que pregam a obrigatoriedade da instauração do procedimento licitatórios em todas as aquisições de bens e serviços, no intuito de obter a proposta mais vantajosa, efetivando pesquisa de mercado para justificar os preços praticados, nos casos de eventuais prorrogações, a teor do parágrafo único do art. 25 e do art. 28 do mesmo Regulamento;

9.5.6. planeje as necessidades de compra da entidade para todo o exercício financeiro, em especial quanto às aquisições de material de consumo, aplicando a modalidade de licitação adequada, a fim de evitar compras desnecessárias e o fracionamento da despesa;

9.5.7. não realize despesas sem a competente autorização do Diretor Regional ou do Superintendente, visando a dar efetivo cumprimento ao disposto nos arts. 27 e 30 do Regimento Interno da entidade;

9.5.8. aplique os recursos de convênios, enquanto não utilizados, em caderneta de poupança de instituição financeira oficial, se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, e em fundo de aplicação financeira de curto prazo, ou operação de mercado aberto lastreada em título da dívida pública federal, quando sua utilização estiver prevista para prazos menores;

9.5.9. promova o tombamento e coloque plaquetas de identificação em todos os seus bens móveis, assim como proceda a baixa de bens inservíveis e a atualização dos termos de responsabilidade dos bens cedidos em comodato ao Governo do Estado do Maranhão;

9.5.10. providencie a implementação de controle de movimentação de veículos, com o registro dos seus horários de utilização e a identificação com a logomarca do Sesi, em especial no que se refere ao automóvel Vectra, Placa HPK-7524, patrimônio 9612;

9.5.11. observe, nas futuras seleções de pessoal, os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, bem como as diretrizes constantes do Acórdão n. 2.305/2007 – Plenário, alterado pelo de n. 369/2009 – Plenário, assim como registre, no próximo Relatório de Gestão do Sesi/MA a ser enviado ao TCU, informações a respeito da elaboração de estudo conjunto para fins de regulamentação dos processos de recrutamento interno para o preenchimento de cargos da entidade, fixando regras claras e objetivas que resguardecem o atendimento dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade;

9.6. remeter cópia deste Acórdão, assim como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei n. 8.443/1992.

HISTÓRICO

2. Versam os autos sobre prestação de contas simplificada do Serviço Social da Indústria – Departamento Regional no Maranhão – Sesi (MA) referente ao exercício de 2004.

3. Conforme consta do Relatório de Auditoria n. 161302, elaborado pela Controladoria-Geral da União (peça 3, p. 1-44), foram identificadas diversas irregularidades, entre as quais se destacam: realização de despesas sem licitação, compras desnecessárias, irregulares e

superfaturadas, prorrogação irregular de contratos, dispensa de licitação por meio de fragmentação de despesas.

4. Após o pronunciamento ministerial pela irregularidade da gestão (peça 3, p. 49), os autos foram encaminhados ao Tribunal, que inicialmente promoveu audiência (peça 4, p. 12-19) do ex-Superintendente, Elito Hora Fontes Menezes, e do ex-Diretor-Regional, Jorge Machado Mendes, cuja análise concluiu (peça 9, p. 32-43), em síntese, pela rejeição das razões de justificativa (peça 5, p. 3-peça 9, p. 28) aduzidas apenas pelo ex-Diretor, bem como pelo julgamento das contas irregulares e aplicação de multa aos gestores. O MP/TCU concordou com a proposta da unidade técnica (peça 9, p. 48).

5. Na sequência, por determinação do despacho do Relator (peça 9, p. 49-50), os autos foram restituídos à Secex/MA, para que se procedessem a citações dos ex-gestores supracitados solidariamente com os ex-integrantes da comissão de licitação, em face dos indícios de superfaturamento e outras irregularidades no Processo n. 495/2004 (peça 3, p. 28-34), consoante trecho do relatório do acórdão recorrido, a seguir transcrito (peça 14, p. 63):

8. Ao compulsar os autos, observei alguns aspectos relativos ao Processo n. 495/2004, instaurado para a aquisição de kits do aluno e do professor, em atendimento ao Projeto “Por Um Brasil Alfabetizado”, como fiz constar do Despacho de fls. 413/414 – vol. 1, notadamente quanto aos indícios de deficiência de planejamento, desnecessidade das aquisições efetivadas e direcionamento da licitação promovida, além das evidências de superfaturamento, pelas discrepâncias de preços constatadas pelo Controle Interno e pela Secex/MA.

6. Promovidas as citações pela unidade técnica (peça 10 e peça 11, p. 16-36), os responsáveis apresentaram alegações de defesa (peça 11, p. 3-10 e p. 41-47), que resultaram na instrução constante da peça 12, p. 37-46, cujas conclusões foram pelo não acolhimento, com a consequente imputação de débito e multa.

7. Em parecer constante da peça 12, p. 48-49, o MP/TCU manifestou-se no sentido de que a empresa contratada, Triunfo Distribuidora Ltda., por ser beneficiária dos valores objeto do processo n. 495/2004, também deveria ser chamada solidariamente em citação, pelo que dispõe o art. 16, §2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992.

8. O Ministro-Relator anuiu a essa proposição do Ministério Público e novamente devolveu o processo à Secex/MA para as providências cabíveis (peça 12, p. 50). Efetuadas as novas citações (peças 13 e 14), as defesas aduzidas pelos recorrentes (peça 14, p. 11-39) foram objeto de análise pela instrução acostada à peça 14, p. 40-47, a qual ratificou os termos da instrução anterior, tendo apenas acrescido a empresa Triunfo Distribuidora Ltda. entre os responsáveis solidários pelo débito.

9. O MP/TCU novamente emitiu parecer (peça 14, p. 49-53), desta feita, contrariamente à proposta da unidade técnica, já que propôs, preliminarmente, que se providenciasse nova quantificação do débito, em face de considerar que o parâmetro utilizado para sua apuração não atendeu ao disposto no art. 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ou que se realizasse nova citação por valor inferior ao dos ofícios de citação encaminhados anteriormente aos responsáveis. Já, quanto ao mérito, caso superadas as mencionadas preliminares, propôs o Parquet que fossem julgadas irregulares as contas de Elito Hora Fontes Menezes e Jorge Machado Mendes, aplicando-lhes a multa prevista no art. 58, inciso I, c/c o art. 19, parágrafo único, e 16, inciso III, alínea “b”, todos da Lei 8.443/1992, sem imputação de débito, e regulares as contas dos demais responsáveis arrolados nos autos.

10. Já o Relator da decisão original acompanhou, na essência, a proposta da unidade técnica, promovendo, contudo, ajustes no valor do débito, de modo a reduzi-lo, conforme explicitado nos itens 50 a 52 do voto (peça 15, p. 11-17), a seguir transcritos.

50. Nada obstante concorde, no essencial, com a proposta de mérito formulada pela unidade técnica, devem ser feitos ajustes no valor da dívida, no que se refere a um dos itens adquiridos. Como a própria Secex/MA anota, na instrução de 508/515 – vol. 2, transcrita parcialmente no Relatório precedente, na primeira pesquisa feita junto à empresa Triunfo, foi cotado o preço da “pasta polionda medindo 20mm”, fl. 309 – vol. 1, enquanto que na segunda oportunidade, a proposta da aludida empresa, fl. 324 – vol. 1, registra “pasta para documentos plástico polionda tamanho 25x33cm com 20mm de espessura e com a logomarca do projeto Sesi em adesivo autocolante Marca Policart”. Dada a ausência de identidade entre os produtos, entendo mais adequado não considerar este item como débito atribuível aos responsáveis.

51. Demais disso, cabe fazer acerto do preço do item papel ofício, cujo valor correto seria R\$ 5.676,00 (e não R\$ 5.280,00, como considerado), como apropriadamente alertado pelo representante do Ministério Público.

52. Com as correções indicadas nos itens precedentes, o valor da dívida discutida nestes autos corresponde a R\$ 76.352,60, que deve ser ressarcida pelos responsáveis citados, em solidariedade com a empresa Triunfo Distribuidora Ltda.

11. Isso posto, o Tribunal concordou com os termos do referido voto e proferiu o Acórdão 1.172/2011-TCU-1ª Câmara, cuja parte dispositiva foi transcrita no início dessa instrução.

12. Irresignada com essa decisão do TCU, a empresa Triunfo Distribuidora Ltda. opôs embargos de declaração (peça 20), que foi rejeitado, consoante exame realizado pelo Relator a quo (peças 26 a 28), que deu origem ao Acórdão 4.038/2012-TCU-1ª Câmara.

13. Ainda inconformada, a empresa contratada interpôs recurso de reconsideração (peça 31), mas este não foi conhecido por intempestividade, nos termos da análise de admissibilidade (peça 38) da Serur, ratificada pelo despacho do Relator do recurso (peça 44). Todavia, na mesma época em que foram opostos os embargos, houve também a interposição de recursos de reconsideração pelo ex-Superintendente (peça 18), bem como pelo ex-Diretor-Regional e pelos ex-integrantes da comissão de licitação (peça 19), os quais não foram examinados, por estarem aguardando o desfecho da análise dos embargos declaratórios.

14. Portanto, como houve o julgamento dos embargos pelo Acórdão 4.038/2012-TCU-1ª Câmara (peça 26), examinam-se nesta oportunidade os recursos de reconsideração interpostos pelos recorrentes.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

15. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 38-40), ratificados pelo Exmo. Ministro-Relator, Benjamin Zymler (peça 44). Os exames das peças 39 e 40 conheceram dos recursos de reconsideração (peças 18-19) interpostos por Elito Hora Fontes Menezes, Jorge Machado Mendes, Joaquim do Vale Monteiro, Luis Alberto Santiago Farias, Nelson Martins Bandeira Neto, Marcos Antônio da Silva Néri e Júlio Cezar da Mota Barreto, com amparo nos artigos, 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/92, c/c o art. 285, caput, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos referentes aos itens 9.1, 9.2 e 9.3 da deliberação impugnada. Já o exame constante da peça 38 não conheceu do recurso interposto pela empresa Triunfo Distribuidora Ltda. (peça 31), ante a sua intempestividade e a não existência de fatos novos, nos termos do art. 32, parágrafo único e inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285, caput e § 2º, do RI/TCU.

EXAME DE MÉRITO

16. Delimitação

16.1. Constituem objeto dos presentes recursos examinar:

- a) se o ex-Superintendente do Sesi (MA), Elito Hora Fontes Menezes, é parte legítima para figurar como responsável pelas irregularidades apontadas;*
- b) se ocorreu a prescrição das dívidas;*
- c) se houve superfaturamento na aquisição de kit's escolares, por meio do projeto Sesi por um Brasil alfabetizado, junto à empresa Distribuidora Triunfo Ltda., bem como se ocorreram outras irregularidades relativas a procedimentos licitatórios.*

17. Legitimidade passiva do ex-Superintendente do Sesi (MA)

17.1. O ex-Superintendente do Sesi (MA) pugna que não pode figurar como responsável pelas irregularidades verificadas neste processo, com base nos seguintes argumentos (peça 18, p. 4-9):

- a) é clara a sua ilegitimidade passiva para figurar neste processo até mesmo como interessado direto ou indireto, pois os atos foram praticados por terceiro;*
- b) não pode lhe ser aplicada a responsabilidade solidária, pois esta não se presume, já que deve ser demonstrada cabalmente, não havendo expressa previsão legal neste sentido, uma vez que o previsto no art. 16, §2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, não lhe alcança, em face de sua atuação no presente processo;*
- c) o item 8.1 do Edital 001/2004 (peça 12, p. 19) diz que “a Comissão Integrada de Licitações encaminhará relatório circunstanciado ao Diretor Regional da Sesi/MA, propondo a homologação e adjudicação do objeto licitado ao Licitante vencedor, pelo preço proposto e nas condições deste Edital;” e o item 8.2 preceitua: “O Diretor Regional do Sesi-DR/MA deliberará quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.” (Grifos no original);*
- d) o trecho transcrito demonstra que não pode haver a responsabilização simplesmente por ser superior hierárquico dos membros da comissão de licitação, como argumentado pelo Tribunal (peça 12, p. 44 – subitem 3.1.1.3.6 – transcrita no relatório do acordo impugnado), na ocasião em que analisou as alegações de defesa. Acrescenta que sua participação restringiu-se a “assinar a abertura do edital” e que, por essa lógica, deveria responsabilizar também seus superiores;*
- e) a condenação em débito e aplicação de multa pressupõem o crime de improbidade administrativa, o que não ocorreu neste caso, haja vista que o recorrente conta com 38 anos de trabalho fundados na honestidade e não agiu com dolo.*

Análise:

17.2. Não se pode acolher as razões recursais do ex-Superintendente, pois, ainda que os atos tivessem sido praticados somente por terceiros, estes são seus subordinados e, portanto, por ele devem ser supervisionados, razão pela qual poder-se-ia atribuir-lhe a culpa in vigilando, que decorre da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outra pessoa que está sob a sua guarda, fiscalização ou responsabilidade.

17.3. Todavia, de acordo com o conteúdo dos autos, ficou caracterizada a responsabilização direta do próprio ex-Superintendente, já que, como já assinalado pelo relator da decisão original, ele contribuiu decisivamente para o desfecho da aquisição dos kit's escolares, uma vez que emitiu a Ordem de Fornecimento n. 001/2004 dirigida à empresa Triunfo (peça 8, p. 17), conforme consta do item 53 do voto, reproduzido a seguir, para mais clareza (peça 15, p. 16):

53. Em relação à responsabilização pelos atos ora discutidos, embora as alegações de defesa aduzam que o Sr. Elito Hora Fontes Menezes somente atuou na fase da autorização para abertura de processo licitatório e não na sua homologação, de fato, quem homologou o certame foi o Sr. Jorge Machado Mendes, ex-Diretor Regional, em 31/05/2004, de

acordo com o documento de fl. 334 – vol. 1. Contudo, de conformidade com o documento de fl. 335 – vol. 1, no dia posterior, 1º/06/2004, o Sr. Elito Hora Fontes Menezes emitiu a Ordem de Fornecimento n. 001/2004 para que a empresa Triunfo Distribuidora Ltda. fizesse cumprir os termos da licitação por ela vencida.

17.4. Quanto à solidariedade, verifica-se que a alínea “a”, do parágrafo 2º, do art. 16, da Lei 8.443/1992 (abaixo transcrita), constitui previsão legal para que o recorrente seja por ela alcançado, muito embora o ex-Superintendente tenha atuado diretamente no processo em questão, como mencionado no item 17.3 desta instrução:

Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

(...)

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular; (destaques inseridos)

17.5. O Tribunal de Contas da União adota o modelo de responsabilidade subjetiva, de modo que a sanção a ser aplicada aos seus jurisdicionados depende apenas da demonstração de culpa, independentemente da comprovação da existência de dolo, não havendo por que ser necessária, como apregoa o recorrente, a existência do crime de improbidade administrativa para aplicação de multa e imputação de débito.

17.6. Dessa forma, não podem ser acolhidos os argumentos que pugnam pela impossibilidade de responsabilização do Sr. Elito Hora Fontes Menezes, ex-Superintendente do Sesi (MA).

18. Prescrição da pretensão de aplicação de multas e de ressarcimento ao erário

18.1. O ex-Superintendente, Elito Hora Fontes Menezes, defende que ocorreu a prescrição tanto para a pretensão de aplicar multas como para ressarcimento do dano ao erário, fundamentando-se nos argumentos a seguir (peça 18, p. 9-20):

a) o prazo prescricional é de cinco anos e, neste caso concreto, o lapso temporal decorrido entre a ocorrência da falha (ano de 2004) e a decisão que julgou as contas (ano de 2011) foi de sete anos;

b) ainda que se entenda que a citação realizada em 1/9/2006 seja causa interruptiva da prescrição, o prazo prescricional ainda ocorre, porque o Tribunal só deu conhecimento do acórdão ora impugnado em 8/9/2011, portanto, superando o prazo quinquenal. De acordo com o art. 202 do Código Civil de 2002, somente pode ocorrer a interrupção uma vez.

18.2. Para sustentar a tese da ocorrência da prescrição em cinco anos, o responsável aduz trechos doutrinários a respeito da natureza jurídica da prescrição, em que defende, também, que a prescrição deve ser tratada como defesa de mérito e não como de natureza apenas preliminar.

Análise:

18.3. Quanto ao débito imputado aos responsáveis, em solidariedade com a empresa Triunfo Distribuidora Ltda. (item 9.1 do acórdão impugnado), é incontroverso o entendimento desta Corte de Contas e do Supremo Tribunal Federal de que é imprescritível, já que se enquadra na tipificação de ação de ressarcimento ao erário, prevista no §5º, do art. 37 da Constituição Federal, nos termos do Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário e do Mandado de Segurança/STF 26.210-9/DF, de 4/9/2008.

18.4. No tocante à prescrição para aplicação de multa pelo Tribunal, é pacífica a jurisprudência no sentido de que os processos nos quais atua no exercício constitucional de controle externo têm regramento próprio, estabelecido na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992), não se submetendo, por isso, ao regime prescricional estabelecido na Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) ou na Lei 9.873/99, que cuida da prescrição aplicável às ações punitivas da Administração Pública Federal, no exercício do poder de polícia.

18.5. Assim, como a Lei 8.443/1992 não dispõe sobre prescrição, cabe ao intérprete recorrer à analogia, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Dessa forma, o TCU se ampara no art. 205 do Código Civil, que assim dispõe acerca do prazo de prescrição: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor” (grifos acrescidos), consoante teor das seguintes deliberações: Acórdãos 510/2005, 1.803/2010, 771/2010, 474/2011 e 828/2013, do Plenário; Acórdãos 3.036/2006, 847/2007 e 2.073/2011, da 1ª Câmara; e Acórdãos 5/2003 e 3.132/2006, da 2ª Câmara. Considerando que as irregularidades apuradas no âmbito deste processo ocorreram no exercício de 2004, conclui-se que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva quando do julgamento do acórdão recorrido.

18.6. Pelo exposto, portanto, independentemente de se tratar o instituto da prescrição como questão preliminar ou de mérito, verifica-se que os excertos dos estudos doutrinários acostados à peça recursal não socorrem o recorrente, de modo que sua pretensão para que se reconheça a ocorrência de prescrição não pode ser acolhida.

19. Superfaturamento na aquisição de kit's escolares e ocorrência de outras irregularidades referentes a licitações

19.1. Os recorrentes asseveram que não houve superfaturamento no Processo n. 495/2004 nem ocorreram irregularidades que justifiquem a aplicação de multa, baseados nos seguintes argumentos:

a) não ocorreu o superfaturamento, porque (1) o valor total estimado manteve coerência com o preço final apresentado, sendo, inclusive, compatível com o mercado, (2) as alterações da proposta da empresa Triunfo para preços superiores aos apresentados na pesquisa inicial tiveram o propósito de alocar custos indiretos necessários à montagem dos kit's, tais como mão-de-obra e personalização de pastas e sacolas e (3) a proposta possuía itens cujos preços se mantiveram iguais, outros majorados e alguns até menores do que os previstos no orçamento inicial;

b) a inclusão dos ditos custos indiretos para montagem dos kit's justifica-se, haja vista que a concorrência foi do tipo menor preço global por kite não por material individualizado. A própria empresa contratada, em suas alegações de defesa, comprova a existência dos custos adicionais, o que demonstra a isenta posição técnica do Sesi no processo;

c) não houve direcionamento da licitação para compra dos kit's escolares, apesar das diferenças de preços entre a pesquisa prévia realizada na própria empresa Triunfo e os novos preços ofertados na licitação, nem cláusulas restritivas ao caráter competitivo do certame, conforme comprova o edital (peça 12, p. 14-24), cujo resumo foi publicado no Jornal Folha do Maranhão (peça 12, p. 12);

d) nesse contexto, é necessário comprovar os elementos subjetivos para que se repute uma conduta condenável dos gestores, sob o risco ocorrer punições por qualquer insucesso na administração, ainda que a atuação tenha obedecido rigorosamente os ditames legais;

e) quanto às demais irregularidades apontadas nestas contas, elas não justificam a aplicação de multa aos gestores do Sesi/MA e membros da comissão, uma vez que ficou demonstrado no processo que não houve ocorrência de atos lesivos ao órgão, já que as falhas são meramente formais, que não comprometem o mérito das contas nem exigem devolução de valores, sendo suficiente que sejam expedidas recomendações aos responsáveis.

Análise:

19.2. De modo a deixar mais claro, importa relacionar os itens dos kit's escolares, que, ao final, compuseram o débito definitivamente calculado, conforme explicitado no voto condutor do acórdão impugnado (peça 15, p. 15-16 – itens 50 a 52), descritos no seguinte quadro, com os ajustes em relação à tabela original constante da instrução à peça 12, p. 44, a qual foi reproduzida no relatório da deliberação recorrida (peça 15, p. 3 – subitem 3.1.1.3.5.1, do item 12):

Produto	Quantidade	Valor pesquisado	Valor Proposto	Diferença por unidade	Valor pago a maior
Caderno universal	38.440	4,30	5,20	0,90	34.596,00
Lápis de cor	38.440	2,85	3,20	0,35	13.454,00
Apagador	1.290	0,52	0,68	0,16	206,40
Fita 50x50	1.290	3,60	20,80	17,20	22.188,00
Giz Antialérgico	1.290	0,81	0,99	0,18	232,20
Papel ofício	1.290	13,40	17,80	4,40	5.676,00
Total					76.352,60

19.3. Ao contrário do que argumentam, o valor total estimado divergiu do preço final apresentado, pois foi justamente essa a razão da existência do superfaturamento, desde o início das análises ainda efetuadas pela Controladoria-Geral da União (peça 3, p. 29-34), que posteriormente foram sendo ajustadas no decorrer do trâmite do processo no âmbito do TCU, o que culminou com a apuração do débito, conforme resumido na tabela acima (item 19.2).

19.4. Também se verificou que os preços não eram compatíveis com os de mercado, conforme indica a pesquisa realizada pela CGU (peça 2, p. 32-33) um ano após a licitação, na qual se concluiu que, ainda assim, os preços praticados no mercado se encontravam abaixo dos pagos pelo Sesi (MA) à empresa Triunfo Distribuidora Ltda.

19.5. O fato de a proposta da empresa vencedora possuir itens cujos preços se mantiveram iguais e alguns até menores do que os previstos no orçamento inicial não torna admissível que outros itens licitados tenham os valores propostos (e aprovados) maiores do que os do orçamento inicial e, sobretudo, discrepantes dos valores de mercado, o que, repise-se, foi o que deu causa à constituição e apuração do dano ao erário.

19.6. Não é passível de acolhimento a alegação da existência de custos indiretos, como justificativa para que a proposta licitatória tivesse preços superiores aos apresentados na pesquisa inicial, uma vez que, em sintonia com o teor do anexo I do edital (peça 12, p. 24), a proposta da licitante (peça 8, p. 4-9) discriminou individualmente os itens objetos da licitação, sem fazer qualquer referência à necessidade de custos adicionais. Nessa linha de raciocínio, cabe transcrever excerto do voto condutor da deliberação recorrida (peça 15, p. 15):

48. Como dito, o critério final utilizado pela unidade técnica para apuração da dívida foi o comparativo de preços unitários dos itens cotados, individualmente, junto à contratada, adquiridos em maio/2004 pelo Sesi/MA na forma de kits. Embora se alegue que as diferenças percebidas sejam decorrentes dos custos adicionais para a montagem/preparação do conjunto de materiais, o que justificaria o acréscimo nos preços, cabe alertar que, dos documentos examinados nestes autos, atinentes ao processo licitatório instaurado pelo Sesi/MA, não há referência a eventuais avaliações de custo/benefício entre uma forma e outra de aquisição (itens individuais ou kits), sendo que

todas as cotações feitas sempre consideraram os preços individuais dos itens requeridos.

19.7. Além do mais, os itens escolares que integram a quantificação do débito, consoante tabela do item 19.2 desta instrução, não demandam qualquer custo adicional decorrente de mão-de-obra como “montagem dos kit’s, aplicação dos adesivos e colocação dos itens em pastas e sacolas”, já que, vale frisar, foi excluído do cálculo do débito o produto “pasta polionda”, como justificado no item 50 do voto da decisão original (peça 15, p. 15-16), transcrito no item 10 desta instrução.

19.8. Como já analisado na ocasião em que foram apresentadas as alegações de defesa e no item 19.6 desta instrução, não se pode acolher o argumento de que a concorrência foi do tipo menor preço global por kit, para justificar a necessidade de inclusão de custos indiretos, pois todas as fases do processo licitatório basearam-se na cotação individual de cada item que integra o kit aluno e o kit pedagógico. Assim, reitera-se o teor da instrução da Secex/MA sobre este ponto (peça 12, p. 42), adiante transcrito, de forma a tornar mais nítida a questão:

3.1.1.3.1. A alegação de que, como a licitação era do tipo menor preço global por kit o valor unitário dos produtos não deveria ser considerado, visto que há variação a maior e a menor entre um item e outro, valendo o preço do kit, não pode ser aceita, pois em licitações desse tipo também se deve verificar os preços unitários dos itens que compõem o lote. Este é o entendimento manifesto deste Tribunal: ao se adotar o critério de julgamento de menor preço global, é recomendável analisar os preços dos insumos unitários que compõem cada proposta. Procedendo dessa forma, a Administração evitará a contratação de empresa que apresentou proposta global exequível, mas que cotou alguns preços unitários inexecutáveis e outros excessivos. Nesse sentido, também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (ROMS 15.051/RS), ao dispor que “a licitação da modalidade menor preço compatibiliza-se com a exigência de preços unitários em sintonia com o valor global - artigos 40, 44, 45 e 48 da Lei n. 8.666/1993”. Tal procedimento deve ser praticado ainda porque, em caso de acréscimo de item proposto, como as partes se encontram vinculadas aos termos da proposta, ao se efetivar o aumento, seria levado em conta o preço indicado pelo contratado para o item, que, caso estivesse excessivo, causaria prejuízo à administração pública.

19.9. Diferentemente do que alegam os recorrentes, ficou patente o direcionamento da Concorrência 001/2004, com o consequente prejuízo ao caráter competitivo do certame e à proposta mais vantajosa para a administração pública, na medida em que o item 6.11 do edital (peça 12, p. 19) previu o seguinte:

A(s) empresa(s) vencedora(s) do certame deverão possuir depósito(s) e loja(s) de sua propriedade, localizadas na cidade de São Luís, com o respectivo endereço dos estabelecimentos na proposta de preços, e possuir estoque de mercadorias, que atenda o objeto licitado, verificando “in loco” por membros que a Comissão designará para esta finalidade.

19.10. As demais irregularidades apontadas nos autos, como a realização de despesas sem licitação, compras desnecessárias e irregulares, prorrogação indevida de contratos, dispensa de licitação por meio de fragmentação de despesas, as quais confrontam os mandamentos do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi, aprovado pelo Decreto n. 57.375/1965, justificam a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, a Jorge Machado Mendes e Elito Hora Fontes Menezes, ex-gestores do Sesi (MA).

19.11. Já o art. 57 da Lei 8.443/1992 dá amparo à aplicação de multa a todos os recorrentes, em face do débito referente ao superfaturamento na aquisição de kit’s escolares, por meio do projeto Sesi por um Brasil alfabetizado, junto à empresa Distribuidora Triunfo Ltda. (Processo n. 495/2004).

19.12. Portanto, não é possível acolher o argumento de que as falhas são apenas formais, já que o exame dos autos concluiu que são faltas graves, sobre as quais os responsáveis foram individualmente identificados, tendo uma delas ensejado dano aos cofres públicos.

CONCLUSÃO

20. Das análises empreendidas nesta peça instrutiva, conclui-se que:

a) não se conhece do recurso interposto pela empresa Triunfo Distribuidora Ltda., por ser intempestivo, conforme exame de admissibilidade (peça 38) e Despacho do Relator (peça 44);

b) o ex-Superintendente do Sesi (MA), Elito Hora Fontes Menezes, é parte legítima para figurar como responsável, uma vez que sua conduta como gestor da entidade contribuiu para a ocorrência das irregularidades apontadas;

c) não ocorreu a prescrição, pois as ações de ressarcimento são imprescritíveis e o prazo prescricional para a pretensão punitiva adotado pelo Tribunal é de dez anos, o que não se verificou neste caso concreto;

d) houve superfaturamento na aquisição de kit's escolares, por meio do projeto Sesi por um Brasil alfabetizado, junto à empresa Distribuidora Triunfo Ltda., dando causa a prejuízo ao erário, e ocorreram diversas outras irregularidades atinentes a procedimentos licitatórios, que justificaram a aplicação de multa aos responsáveis.

21. Com base nessas conclusões, propõe-se:

a) não conhecimento do recurso interposto pela empresa Triunfo Distribuidora Ltda.;

b) conhecimento e não provimento dos demais recursos, uma vez que os atos praticados pelos recorrentes causaram prejuízo ao erário, além da ocorrência de irregularidades de responsabilidade dos gestores do Sesi (MA) e dos membros da comissão de licitação.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

22. Diante do exposto, submete-se à consideração superior esta análise de recurso de reconsideração, para propor:

a) não conhecer do recurso interposto pela empresa Triunfo Distribuidora Ltda., com base no art. 32, parágrafo único e inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 285, caput e § 2º, do RI/TCU;

b) conhecer dos recursos interpostos por Elito Hora Fontes Menezes, Jorge Machado Mendes, Joaquim do Vale Monteiro, Luis Alberto Santiago Farias, Nelson Martins Bandeira Neto, Marcos Antonio da Silva Néri, Júlio Cezar da Motta Barreto e, no mérito, negar-lhes provimento, com base nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/92, c/c o artigo 285 do RI/TCU;

c) dar ciência aos responsáveis, aos interessados e à Procuradoria da República no Estado do Maranhão.

6. A instrução acima reproduzida contou com a anuência da diretora da unidade técnica (peça 46).

7. Em seu parecer, que consta da peça 47, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MP/TCU) externou posicionamento divergente daquele apresentado pela unidade técnica quanto ao débito apurado:

“Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Elito Hora Fontes Menezes, Jorge Machado Mendes, Joaquim do Vale Monteiro, Luis Alberto Santiago Farias, Nelson Martins Bandeira Neto, Marcos Antonio da Silva Néri e Júlio Cezar da Motta Barreto e pela empresa Triunfo Distribuidora Ltda. contra o Acórdão 1.172/2011-1ª Câmara (peça 15, p. 18-20, e peças 18, 19e 31). Por tal decisão, o Tribunal, entre outras medidas, julgou irregulares as contas dos referidos gestores, condenando-os, solidariamente com a empresa Triunfo Distribuidora Ltda., por débito decorrente de superfaturamento na aquisição de kits de materiais escolares, no valor original de R\$

76.352,60, bem como lhes aplicando a multa do art. 57 da Lei n.º 8.443/92, no valor individual de R\$ 8.000,00. Ademais, em face de outras irregularidades, cominou aos Srs. Jorge Machado Mendes e Elito Hora Fontes Menezes a multa do art. 58, inciso II, da Lei n.º 8.443/92, no valor individual de R\$ 10.000,00.

Após percuciente análise das peças apresentadas pelos recorrentes, a Serur propôs não conhecer do recurso interposto pela empresa Triunfo Distribuidora Ltda., por ser intempestivo, e conhecer dos demais recursos para, no mérito, negar-lhes provimento (peça 45, p. 11).

Manifesto, desde já, anuência parcial às razões que nortearam a proposta da Unidade Técnica, incorporando-as a este parecer com as considerações e ressalvas que passo a tecer, notadamente quanto à condenação em débito dos responsáveis (peça 14, p. 49-53).

Em minha última manifestação nos autos, anterior e subsidiária do acórdão recorrido, conclui que as fragilidades no método de apuração do valor superfaturado impediam a quantificação consistente do débito para fins de condenação dos responsáveis.

Naquela oportunidade, ao analisar as razões de justificativa encaminhadas pelos Srs. Jorge Machado Mendes e Elito Hora Fontes Menezes, a Secex/MA rejeitou a alegação de que se deveria avaliar o preço do kit e não os preços unitários, por entender que a análise dos preços unitários “evitará a contratação de empresa que apresentou proposta global exequível, mas que cotou alguns preços unitários inexecutáveis e outros excessivos” (peça 12, p. 42).

De fato, nessa hipótese, estaria configurado o chamado “jogo de planilha”, prática reiteradamente rechaçada e punida por este Tribunal. No entanto, entendo não ser essa a situação do presente caso, visto que a composição dos kits já era prevista no edital, de modo que não haveria margem para, durante a execução do contrato, promover a inclusão de produtos de maior valor unitário e exclusão dos de menor valor. Em razão dessa particularidade, entendo assistir razão aos recorrentes quando sinalizam que deveria ser considerado, para aferição de eventual superfaturamento, o valor total do kit, e não os preços unitários dos diversos produtos que o compunham (peça 18, p. 22, e peça 19, p. 5-6).

Segundo os responsáveis têm alegado neste processo, o contrato não previa a mera entrega dos produtos individualmente, mas a entrega dos kits, o que implicava também custos adicionais, tais como: confecção de adesivos plásticos com a logomarca do projeto; contratação de mão de obra para montagem das pastas e entrega nos municípios; aluguel de galpão para montagem dos kits. Ao analisar este argumento na fase de alegações de defesa, a Secex/MA entendeu, sem especificar em que medida, “excessivo, por exemplo, o valor que a empresa alega haver pago para a simples montagem dos kits” e, embora reconhecendo irrefutáveis os gastos com a confecção de adesivos, concluiu que não seriam “suficientes para justificar tamanho acréscimo nos preços” (peça 14, p. 44). Portanto, a própria instrução técnica que subsidiou a decisão deste Tribunal já reconhecia implicitamente que os gastos adicionais alegados pela empresa em alguma medida impactaram seus custos, o que justificaria, ao menos em parte, o maior valor dos produtos ofertados pela empresa quando da licitação em questão.

Em face disso, naquela ocasião, justamente por considerar que o parâmetro utilizado para a apuração do débito não atendia ao disposto no artigo 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno do TCU –o qual estabelece que tal apuração se fará por estimativa, quando, por meios confiáveis, for possível apurar quantia que seguramente não excederá o real valor do débito –, propus, preliminarmente, que fosse promovida nova quantificação do débito de modo a obter parâmetro realmente confiável (peça 14, p. 53).

Assim, tendo em vista que o débito imputado pelo acórdão recorrido foi respaldado apenas em “comparativo de preços unitários dos itens cotados, individualmente, junto à contratada...” (peça 15, p. 15), reitero meu entendimento quanto à inconsistência do método de

quantificação do débito imputado aos responsáveis, o que justifica o seu afastamento juntamente com a supressão da multa a ele relacionada.

Ante o exposto, este membro do Ministério Público de Contas, em discordância parcial com o encaminhamento sugerido pela Unidade Técnica, propõe não conhecer do recurso interposto pela empresa Triunfo Distribuidora Ltda. e conhecer dos demais recursos para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, de modo que:

a) sejam elididos o débito e a multa imputados aos responsáveis por meio dos itens 9.1 e 9.2.1 do Acórdão n.º 1.172/2011-1ª Câmara;

b) sejam julgadas regulares com ressalva as contas dos Srs. Joaquim do Vale Monteiro, Luis Alberto Santiago Farias, Nelson Martins Bandeira Neto, Marcos Antonio da Silva Néri e Júlio Cezar da Motta Barreto, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei n.º 8.443/92; e

c) sejam mantidas as demais deliberações do referido acórdão, a exemplo do julgamento pela irregularidade das contas dos Srs. Elito Hora Fontes Menezes e Jorge Machado Mendes, com base no art. 16, inciso III, alínea “c”, da Lei n.º 8.443/92, com a aplicação da multa constante do art. 58, inciso II, da mesma lei.”

É o relatório.