

TC – 019.300/2007-9 (com 119 peças).

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Unidade: Secretaria Executiva do Ministério do Turismo.

Recorrentes: Gráfica e Editora Brasil Ltda. (CNPJ: 00.379.172/0001-18), Neuzi de Oliveira Lopes da Silva (CPF: 267.085.311-00) e Rubens Portugal Bacellar (CPF: 186.710.639-68).

Advogado constituído nos autos: David Grunbaum Anbrogi (OAB/DF 25.055) Daniel Ayres Kalume Reis (OAB/DF: 17.107); Fabiana Cristina Uglar Pin (OAB/DF 26.391), Valério Alvarenga Monteiro de Castro (OAB/DF 13.398), e outros. Procurações às Peças 35, 36, 40, 63, 64, 67, 81, 83, 87 e 88.

Sumário: Recurso de Reconsideração. Contas Irregulares. Multa. Débito. Irregularidades em pregão eletrônico e em execução contratual de serviços de digitalização e impressão. Conhecimento e não-provimento.

Cuidam os autos de Recursos de Reconsideração (Peças 68 e 86, p. 1-34), interpostos pelo Sr. Rubens Portugal Bacellar (Subsecretário de Orçamento, Planejamento e Administração da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo), pela Sra. Neuzi de Oliveira Lopes da Silva (Pregoeira), e pela empresa Gráfica e Editora Brasil Ltda., contra o Acórdão 1077/2012 reformado parcialmente pelo Acórdão 1545/2012, ambos do Plenário (peça 16, p. 50-53, e peça 89).

O Acórdão recorrido julgou irregulares as contas dos Recorrentes e condenou em débito solidário o Sr. Rubens Portugal Bacellar e a empresa Gráfica e Editora Brasil Ltda., bem como imputou-lhes a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, em face da identificação de diversas transferências voluntárias de forma irregular e de prática de ato lesivo ao erário, decorrente de contratação antieconômica da Empresa Recorrente, deixando de condenar a Sra. Neuzi ao ressarcimento de dano, em caráter solidário, e ao pagamento de multa, em consonância com o decidido no Acórdão 1.337/2011 – Plenário.

HISTÓRICO

2. Os Recursos de Reconsideração interpostos pelos Recorrentes decorrem de Tomada de Contas da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo, atinente ao exercício financeiro de 2006, relativamente à qual foram destacadas, de modo resumido, as seguintes ocorrências:

- a) realização de 128 transferências voluntárias a convenientes que não estavam em dia com o dever de prestar contas de recursos federais anteriormente recebidos, em desacordo com o artigo 25, §1º, IV, a, da Lei Complementar nº 101/2000, artigo 116, §3º, I, da Lei nº 8.666/1993, e artigo 31, 1º, §II, e §3º, c/c o artigo 21, §4º, I, da IN/STN nº 1/1997;
- b) prática de ato lesivo ao Erário, decorrente da contratação antieconômica e pagamento de serviços de digitalização e de impressão de documentos, celebrado entre a União (Contrato nº 01/2006) por intermédio do Ministério do Turismo, e a empresa Gráfica e Editora Brasil Ltda., por inobservância

de ganho de escala na formação de preços unitários, em função da demanda de serviços previstos no Termo de Referência.

3. Com relação à irregularidade referente à prática de ato lesivo ao erário, decorrente da contratação antieconômica, o ato administrativo impugnado originou-se do Pregão nº 22/2005, destinado à formação de registro de preços para prestação dos serviços.

4. Dessa forma, nos termos do Acórdão recorrido, verificou-se que desde a aprovação do termo de referência, passando pelo processamento da licitação, celebração do contrato e respectivos aditivos, não foi respeitado o ganho de escala decorrente do aumento da quantidade de serviço já previsto no projeto básico.

5. Verificou-se que, das vinte e seis planilhas de custos com formação de preços por faixas de quantidades, relativas aos serviços de digitalização e impressão, oito não obedeceram ao ganho de escala, ou seja, o preço unitário do serviço não decresce à medida que a quantidade demandada aumenta. Ficou constatado que acima de 86% dos serviços prestados concentraram-se em faixas nas quais não havia ganho de escala.

6. Certificada a ação lesiva ao erário, apurou-se, no exercício de 2006, por critérios conservadores, segundo o Ministro Relator, o débito no valor de R\$ 293.647,68, sendo responsabilizados solidariamente:

- a) o Sr. Rubens Portugal Bacellar, à época Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Turismo, por ter aprovado a Ata de Registro de Preços 22/2005 e assinado o Contrato 001/2006, tendo por base as planilhas de custos que não observaram o ganho de escala;
- b) a Sra. Neuzi de Oliveira Lopes da Silva, à época responsável pela condução do Pregão nº 22/2005, por ter declarado vencedora do Pregão para Registro de Preços 22/2005 a empresa Gráfica e Editora Brasil Ltda., sem observância do ganho de escala em planilhas de custos, e
- c) Gráfica e Editora Brasil Ltda., por ter recebido pagamentos indevidos, no exercício de 2006, pela realização dos serviços relativos ao Contrato 001/2006, com base nas planilhas de custos de números 01, 02, 05, 06, 07, 08, 09 e 10, identificadas sem ganho de escala (Peça 13, p. 14-23).

7. Além do débito, os Recorrentes Sr. Rubens Portugal Bacellar e a Empresa Gráfica e Editora Brasil Ltda., foram multados em R\$ 30 mil pelo Tribunal. Quanto à responsável Sra. Neuzi de Oliveira Lopes da Silva, não houve condenação, em razão de já ter sido apenada em idêntico fundamento nos autos do Acórdão 1337/2011-Plenário, exarado em sede de Tomada de Contas da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo do exercício de 2007.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (Peça 110 e 111), ratificados à peça 114, pelo Exmo. Ministro-Relator Aroldo Cedraz (art. 27-A da Resolução 175/2005), que admitiu os recursos interpostos contra o Acórdão 1077/2012-TCU – Plenário (peça 16, p. 50-53), reformado parcialmente pelo Acórdão 1545/2012 (Peça 89), eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, com fundamento no art. 32, inciso I, da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 278, § 1º, do Regimento Interno/TCU.

EXAME DE MÉRITO

9. A seguir serão apresentados os argumentos dos Recorrentes, de maneira sintética, seguidos da análise de cada um deles.

Argumentos do Sr. Rubens Portugal Bacellar e da Sra. Neuzi de Oliveira Lopes da Silva (Peça 86, p. 1-34)

10. **Argumento:** Os Recorrentes, à guisa de preâmbulo, fazem resgate da história da criação do Ministério do Turismo, a partir do desmembramento do antigo Ministério do Esporte e Turismo, em 2003.

11. Nesse sentido, relacionam as dificuldades enfrentadas, tanto de espaço físico quanto de pessoal, para a implementação da nova estrutura, sob coordenação da então Subsecretaria de Planejamento, Orçamento, Administração e Gestão, cujo titular era o Recorrente, Sr. Rubens Portugal. Afirmam que os Recorrentes atuaram “no fio da navalha”, porquanto necessitavam manter as atividades fim e meio em pleno funcionamento, ao tempo em que a reestruturação era também concluída.

12. Afirmam que os contratos objeto da presente Tomada de Contas foram celebrados dentro da estrita legalidade, e que a Controladoria Geral da União não teria encontrado qualquer irregularidade no Pregão por Registro de Preços 22/2005, que deu origem ao Contrato Administrativo 001/2006.

13. Asseveram que o Contrato mencionado foi analisado e teve a concordância dos setores técnico e jurídico do Ministério do Turismo. Nesse sentido, o Termo de Referência foi elaborado pelas áreas demandantes e, posteriormente, tanto o Edital quanto os demais instrumentos da licitação foram avaliados pela Consultoria Jurídica.

14. Ao aprovar o referido Edital, o Sr. Rubens Portugal sustentou-se nas avaliações técnicas (que embasaram o termo de referência), bem como no parecer jurídico de regularidade proferido pela Conjur. Já a Sra. Neuzi de Oliveira, deu seguimento à licitação, na modalidade pregão, nos moldes do edital e do termo de referência.

15. Trazem parecer do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Peça 86, p. 8-9), que versou sobre irregularidades em procedimento licitatório, e que segundo o qual os réus não teriam agido com deslealdade, ausência de caráter ou má fé, pois as providências de ordem técnica seriam afetas aos órgãos administrativos próprios, que se posicionaram acerca da questão, o que levou os administradores a seguirem a orientação deles emanada. Nesse sentido, não se poderia confundir o comportamento do agente que comete erro, compreensível dentro das atividades discricionárias que exerce e diante da complexidade do objeto, com as graves faltas funcionais de improbidade.

16. Espantam-se com interregno de mais de três anos entre a celebração do contrato e o apontamento pelos auditores das irregularidades que teriam gerado supostos danos à Administração. Alegam que diante de todo o cuidado tido com relação à licitação bem como pelo histórico de auditorias, verificar-se-ia ser impossível que tais irregularidades tenham ocorrido, estando a boa-fé estampada nos autos.

17. No que diz respeito à pregoeira Recorrente, no escopo da segregação de funções, cabia a esta processar e executar a licitação, nos estritos moldes do Termo de Referência elaborado pelas áreas técnicas do Ministério. Desse modo, não constituiria papel dos pregoeiros, diante da legislação vigente, interferir na elaboração ou alteração dos quantitativos licitados, ou nos requerimentos de impressão de

cópias, os quais são formulados, definidos e quantificados pelas áreas demandantes aos gestores e fiscais do contrato.

18. Coube à Recorrente, tão somente, a tarefa de elaborar o edital, tendo como norte o Termo de Referência, já confeccionado pela área técnica demandante. Referidas áreas estabeleceram os parâmetros, a forma de demanda e os métodos de mensuração dos serviços pretendidos, assim como acompanhar e fiscalizar a execução contratual.

19. Já o então ordenador de despesas (Sr. Rubens Bacellar), atestou o pagamento, depois da conferência e crivo das áreas requisitantes, dos fiscais do contrato e da área financeira. Afirmam que, além dos contratos, o ordenador tinha que ordenar despesas de mais de 2000 convênios e contratos, sendo impossível e inviável atuar em todos os processos em um Ministério recém-formado.

20. Acentuam que aos fiscais/gestores cumpria a tarefa relacionada às atividades de coordenação, acompanhamento, execução, fiscalização, validação e recebimento dos serviços, o que se dava por meio de ordens de serviço. Portanto, a eles competiria a observância do princípio da economia de escala.

21. Transcorrendo o certame na normalidade, foram os autos ao Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Gestão, a quem coube dar andamento ao processo, tendo como norte o entendimento do TCU (Acórdão 1782/2010-Plenário), do qual os Recorrentes reproduzem excerto:

"... dado ao vasto conjunto de atribuições que se lhes incumbe, realmente seria desarrazoado que pudesse examinar, à minúcia, todos os procedimentos que lhe chegam às mãos, sob pena de inviabilizar a sua atuação em questões estratégicas ... não era de sua responsabilidade auditar todo o processo de contrato, tendo em vista a grande quantidade de funções que acumula e ainda o princípio da segregação de funções, não havendo como responsabilizá-lo por falha cometida em unidade diversa da sua ... coube a estes últimos confiar na estrutura interna do Ministério, ... já que o processo aparentemente revelava-se adequado ..."

22. Com relação à aprovação dos Termos de Referência, os Recorrentes registram que sempre foi prática da autoridade competente ou do ordenador de despesas proceder à aprovação de tais instrumentos, em consonância com o art. 30 da Lei nº 10.520/2002, cuja regulamentação se dá pelos artigos 71 e 81 do Decreto nº 3.555/2001, que dispõe sobre o pregão eletrônico.

23. Sustentam tal afirmativa com base em termos de referência datados de 2004 e 2005, ano em que o Sr. Rubens Portugal Bacellar assumiu a Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração (hoje Diretoria de Gestão Interna). Afirmam os Recorrentes que em ambos os termos é possível constatar que foram aprovados pelo Subsecretário, o que demonstraria que não foi somente o termo de referência objeto do processo em questão que teria sido aprovado.

24. Frisam ainda que somente a partir das emissões das ordens de serviço é que se poderia observar a economia de escala, com a definição dos quantitativos que deveriam ser executados a cada emissão das ordens. Afirmam que os atos de acompanhamento e fiscalização dessas ordens não eram de responsabilidade dos Recorrentes.

25. Os Recorrentes alegam ainda ausência de discricionariedade nos atos praticados, tendo atuado em obediência aos pareceres e diretrizes emanados dos órgãos auxiliares do Ministério, com o acompanhamento inclusive da Comissão de Licitação. Afirmam que, por esse motivo, estavam vinculados às aprovações anteriores dos diversos órgãos técnicos e jurídicos do Ministério, não havendo margem para discricionariedade.

26. Trazem à colação a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Maria Sylvia Zanella di Pietro, sobre atos vinculados, para caracterizar suposta inexigibilidade de conduta diversa por parte dos gestores.
27. No caso concreto, a competência para indicar a necessidade da contratação, a modalidade de licitação, a dispensa ou a inexigibilidade pertenceria à área Técnica e não ao Ordenador de Despesas ou à Pregoeira, que apenas chancelariam o aspecto formal da licitação.
28. Adiantam-se, afirmando não haver como imputar aos Recorrentes a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, tendo em vista que não cabia a estes a escolha dos agentes públicos.
29. Citam ainda trecho do Acórdão 290/2005-Plenário, deste Tribunal, para sustentar a tese de que agiram no cumprimento estrito de seus deveres, dando seguimento ao procedimento licitatório e posteriormente celebrando o contrato. Destacam que ambos receberam os termos de Referência, o Edital e o Contrato em discussão com a aprovação das áreas técnicas especializadas, não podendo, por isso, ser responsabilizados.
30. **Análise:** Em suma, em sua primeira argumentação, os Recorrentes afirmam que não houve caracterização de erro, seja por culpa, seja por dolo, por parte do Ordenador de Despesas ou da pregoeira, porquanto a atuação de ambos foi respaldada pelas equipes técnicas e jurídicas do Ministério e porque os referidos agentes públicos não eram responsáveis pela fiscalização e gestão do contrato, momento em que deveria ser perseguida a economia de escala.
31. Com relação à tomada de decisão com base em pareceres técnicos e jurídicos, tal fato, em princípio, não é suficiente para afastar a responsabilidade dos Recorrentes. O gestor tem o dever de examinar a correção do parecer emitido para evitar eventuais disfunções na administração. Há jurisprudência deste Tribunal no sentido de que pode haver imputação de responsabilidade ao administrador que age sob o amparo de parecer jurídico, conforme o caso concreto. Assim estabelecem os Acórdãos 2540/2009-1ª Câmara, 2753/2008-2ª Câmara, 24/2004-1ª Câmara, e 629/2004, 641/2004, 1381/2004 e 1481/2004, 1801/2007, todos do Plenário.
32. É forçoso observar que, no presente caso, o Sr. Rubens Portugal homologou o procedimento licitatório sem certificar-se da ocorrência de descumprimento do art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, no que se refere à ausência de critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global. Além disso, observamos, também, que o orçamento estimativo do Termo de Referência do Pregão nº 22/2005 (Peça 29, p. 24-25 e peça 30, p. 1-4) não estabeleceu critérios de custos unitários das faixas de quantidades dos serviços de digitalização e impressão de documentos.
33. Esses fatos associados propiciaram à Gráfica Brasil a elaboração de planilhas de preços sem observar o ganho de escala. Daí, a culpa *in vigilando* e a consequente responsabilidade subjetiva, uma vez que deveria corrigir ou desclassificar a proposta viciada.
34. Rejeitam-se, assim, as razões recursais, neste ponto.
35. **Argumento:** Os Recorrentes discorrem ainda sobre a impossibilidade de responsabilização de ambos, na esteira do entendimento desta Corte sobre a natureza da responsabilidade dos agentes públicos.
36. Nesse sentido, trazem à colação excerto do Acórdão 2006/2006-Plenário (Peça 86, p. 17-21), no qual não se cogitaria da possibilidade de apenação de responsável, por parte do TCU, sem o vislumbre da existência de culpa. Nesse sentido, deveriam estar presentes os seguintes elementos: ação comissiva ou omissiva antijurídica; b) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou

contratual (irregularidade); c) nexo de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; e d) dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.

37. Segundo os Recorrentes, além da inexistência de dolo ou culpa, também não se verificaria o nexo de causalidade. Não seria possível comprovar que os atos praticados pelos defendentes tenham gerado dano à Administração. Tampouco poderiam ser responsabilizados objetivamente apenas pelo fato de terem conduzido o processo licitatório.

38. Afirmam que o TCU já firmou o entendimento de ser essencial a comprovação do ato ilícito e o nexo de causalidade. Nesse sentido, faz extensa transcrição do voto condutor do Acórdão 1459/2007 - Plenário, da Relatoria do Ministro Guilherme Palmeira, para evidenciar a inexistência de nexo de causalidade entre os atos praticados pelos Recorrentes e o suposto dano suportado pela Administração, a justificar a referida aplicação das penalidades.

39. Asseveram que ainda que se considere o peticionário como ordenador de despesas, a figura do ordenador foi introduzida pelo Decreto Lei 200/1967, segundo o qual “ordenador de despesa, salvo convivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas”, nos termos do art. 80, §2º do referido Decreto.

40. Salientam ainda, que eventuais irregularidades no processo tiveram gênese em atos anteriores aos praticados pelos Recorrentes, não sendo diferente o entendimento do TCU, nos termos do Acórdão 27/2004 - 2ª Câmara, cujo excerto do voto condutor é colacionado à peça 86, p. 22-23.

41. **Análise:** O Termo de Referência objeto do presente processo está acostado à peça 29, p. 24-25 e peça 30, p. 1-4. Discorda-se das alegações dos Recorrentes, uma vez que, conforme documentos acostados nos autos e indicados à Peça 16, p. 27-28 – item 7.9.1, o Sr. Rubens Portugal Bacellar participou efetivamente do procedimento em diversas oportunidades: assinou o Termo de Referência, em 28/11/2005, na função de Subsecretário da SPOA, fase inicial do certame licitatório; assinou a Ata de Registro de Preços nº 22/2005, em 10/1/2006; assinou o Contrato Administrativo nº 001/2006, em 26/1/2006, em nome da contratante; assinou a justificativa para prorrogação da vigência da Ata do Pregão nº 22/2005 e do Contrato Administrativo nº 001/2006, em 29/12/2006; assinou o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato nº 001/2006 e a prorrogação da vigência da Ata de Registro de Preços nº 22/2005, em 5/1/2007; assinou a justificativa para a segunda prorrogação do Contrato nº 001/2006, em 9/1/2008; solicitou à Grafica Brasil a revisão das planilhas de preços sem observar a economia de escala; autorizou diversos pagamentos dos serviços, como ordenador de despesas.

42. Desse modo, verificamos que não procedem os argumentos do Sr. Rubens Portugal Bacellar, uma vez que a sua participação no certame ocorreu em todas as fases, desde a elaboração do termo de referência, até a fase de execução como ordenador de despesas.

43. Da mesma forma, observou-se que a Sra. Neuzi de Oliveira Lopes da Silva, também, participou do procedimento licitatório em diversas fases: atuou como coordenadora de recursos logísticos, encaminhando correspondência à coordenação de execução orçamentária e financeira, em 12/12/2005, para verificar se o orçamento do Ministério do Turismo comportaria a despesa total estimada de R\$ 8 milhões.

44. Além disso, assinou o Edital nº 22/2005, como pregoeira, em 22/12/2005, fase inicial do pregão; assinou a ata da sessão pública de abertura do pregão nº 22/2005, em 3/1/2006; assinou a justificativa para prorrogação do 2º termo aditivo ao Contrato nº 001/2006, em 9/1/2008; assinou os Ofícios nºs 469/470/471/2008 para solicitar pesquisa de preços para instruir prorrogação do terceiro

termo aditivo do contrato nº 001/2006, em 19/11/2008; assinou justificativa para prorrogação do 3º termo aditivo ao Contrato nº 001/2006, em 23/1/2009.

45. Discordamos do entendimento da Unidade Técnica de que a pregoeira não teria verificado se as propostas apresentadas estavam de acordo com os requisitos legais e editalícios, uma vez que ela não teria observado a ausência de critérios de aceitabilidade dos preços unitários. Tal imputação não tem razão de existir, pois o Termo de Referência simplesmente não trazia tais critérios de aceitabilidade de preços unitários, documento esse de cuja elaboração a pregoeira não participara, o qual serviu de base para a formatação do Edital.

46. Dessa forma, o Edital e todos os demais atos posteriores seguiram com o vício da ausência de critérios de preços unitários, o que levou à possibilidade de inobservância das economias de escala por parte da licitante vencedora. Contudo, ao observar que a proposta apresentada pela Empresa vencedora continha o vício apontado, deveria a pregoeira, conforme anotado nos autos, desclassificar ou determinar a correção da proposta.

47. Por esses motivos, rejeitam-se as razões dos Recorrentes, neste ponto.

48. **Argumento:** Entendem os Recorrentes que pelos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada administrativa não pode a Administração decidir, a qualquer momento, revisar contratos que há muito foram celebrados.

49. Colaciona ensinamento de Lucas Rocha Furtado, e novamente o parecer da Controladoria-Geral da União, que não teria encontrado qualquer irregularidade no Pregão de Registro de Preços e respectivo Contrato.

50. Afirmam que passados mais de cinco anos da celebração do contrato, há o revolvimento da matéria pelo TCU, momento em que, após extenso decurso de tempo e após a rescisão dos contratos, entendeu-se por bem impor sanções e multa aos Recorrentes. Que as referidas sanções colaboram para a estagnação do crescimento do País, pois retiraria dos servidores públicos probos a segurança em trabalhar e investir seus esforços no crescimento se este nunca saberá qual será o desfecho de seus serviços.

51. Asseveram que os aspectos questionados por esta Tomada de Contas foram objeto de auditorias anteriores já apreciadas pelo Tribunal, e que não haveria qualquer evento novo que justificasse a intempestiva apreciação que se propõe. Que, por diversas oportunidades, eventual irregularidade poderia ter sido apontada, o que não ocorreu e que dado o lapso temporal, presume-se que todos os atos praticados foram legítimos, trazendo à baila doutrina de Calarissa Sampaio Silva sobre Limites à Invalidação dos Atos Administrativos.

52. Afirmam que as decisões da Controladoria-Geral da União vincularam a Administração com relação ao contrato discutido. Dessa forma, o Tribunal não poderia decidir de modo diverso em julgamento posterior, em virtude de preclusão administrativa. Acosta julgado do STJ, no qual o Superior Tribunal afastou a possibilidade de apreciação, pela Administração, de decisão que aprecia as contas de administradores, por parte de tribunal de contas.

53. Afirmam que caberia a extinção da Tomada de Contas, porque não se poderia mais reapreciar questões já examinadas pelo TCU, em diversas oportunidades anteriores, e manter o Acórdão recorrido seria estabelecer regime de incertezas que levará à estagnação do Estado e à bancarrota dos particulares.

54. **Análise:** Com relação à eventual preclusão consumativa ou administrativa para apenar os Recorrentes, tal alegação carece de fundamento, porquanto não se observa decurso de prazo que justifique a declaração de prescrição, ou decurso de prazo.

55. Além disso, a jurisprudência desta Corte, assentada no âmbito de incidente de uniformização de jurisprudência, Acórdão 2.709/2008 – Plenário, é no sentido de 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, ressalvada a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007, a qual não se aplica a este caso concreto.

56. De outro giro, em que pese esse entendimento do STJ quanto à prescrição quinquenal em relação à penalização do agente público, em algumas oportunidades nas quais esta Corte de Contas foi confrontada com defesas em que se alegava tais julgados, os órgãos Colegiados do TCU não acolheram esse entendimento por considerar tratar-se de decisões isoladas, sem repercussão sobre a jurisprudência desta Corte que vem se mantendo em conformidade com a regra prescrita no Código Civil.

57. Naquelas ocasiões, os julgados deste Tribunal mantiveram o entendimento de que a prescrição para a punição de ilícitos praticados pelo agente público, de que não resulte dano, mas violação a normas e princípios, é a geral, prevista no Código Civil, atualmente, fixada em dez anos, conforme o art. 205 do Código Civil. Andaram nesse sentido os acórdãos 771/2010-Plenário, 1460/2010-Plenário, 4014/2010-2ª Câmara e 8348/2010-1ª Câmara.

58. Já o argumento dos Recorrentes de que as decisões da CGU vinculariam a Administração em relação ao contrato discutido, tal assertiva carece totalmente de fundamento. A ação de controle externo de Estado, exercida pelo Tribunal de Contas da União, não se confunde em absoluto com o exercício do Controle Interno pelos Órgãos competentes do Poder Executivo Federal.

59. O julgado do STJ, citado pelos Recorrentes, apenas corrobora esse entendimento, já que as decisões de mérito emanadas dos tribunais de contas – saliente-se que a CGU não é corte de contas –, não sujeitam, via de regra, a revisão administrativa, mormente quanto ao julgamento de contas de administradores públicos.

60. Dessa forma, tem plena liberdade o TCU para decidir, como instância independente, acerca de tomadas ou prestações de contas dos administradores públicos cujos recursos federais estejam sob sua tutela ou responsabilidade, não havendo que se falar em preclusão, seja administrativa, seja consumativa.

61. Por outra vertente, observamos que a matéria ora tratada e fundamento das citações analisadas abaixo, está também sendo deliberada nos processos TC 018.887/2008-1, TC 026.096/2009-0 e TC 026.101/2009-1, que se referem a pagamentos ocorridos nos exercícios de 2007, 2008 e 2009.

62. Não por outro motivo, o Ministro Relator do Acórdão recorrido, dispensou a aplicação de sanção pecuniária à Sra. Neuzi de Oliveira Lopes da Silva, por já ter sido apenada em razão de idêntico fundamento no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992, nos autos do Acórdão 13372011-Plenário, relativo à Tomada de Contas da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo, do exercício de 2007.

63. Entretanto, foram mantidas as condenações pecuniárias (multa) ao Sr. Rubens Portugal Bacellar e à empresa Gráfica e Editora Brasil Ltda. Em voto separado, o Ministro Revisor deste Acórdão atentou para o fato (Peça 16, p. 49), e ressaltou a necessidade de se definir o *quantum*,

relativo à multa proporcional ao débito calculado, a qual deveria ser reduzida, tendo em vista discussão acerca do grau de culpabilidade, dos antecedentes do servidor e das circunstâncias envolvidas, providência essa que se inclinou o Relator a acolher, na ocasião.

64. Dessa forma, foi exarado o Acórdão 1077/2012-Plenário, atribuindo o valor de R\$ 30 mil relativo à multa individual imputada ao Sr. Rubens Portugal Bacellar e à Empresa Gráfica e Editora Brasil Ltda. Referida cominação foi exarada com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992, ou seja, como percentual do valor do dano causado ao erário, diferentemente da condenação à Sra. Neuzi de Oliveira Lopes da Silva, cujo fundamento teve fulcro no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992.

65. Dessa forma, e por não terem os Recorrentes trazidos fatos ou documentos novos aos autos, com eficácia sobre a decisão recorrida, rejeitam-se os fundamentos recursais, neste ponto.

66. **Argumento:** Quanto ao pregão para registro de preços, os Recorrentes reafirmam que a vencedora do certame foi assim declarada justamente por ter ofertado o menor preço, reduzindo, inclusive, o valor que inicialmente a contratante previa gastar.

67. Reproduz magistério de Hely Lopes Meirelles para concluir que a finalidade de toda e qualquer licitação é a de obter melhor proposta que atenda aos interesses da Administração.

68. Para sustentar a tese da legalidade das contas quando a diferença entre os preços orçados e os praticados não são desproporcionais ou inaceitáveis, traz à colação voto condutor do Acórdão TCU 257/2004 - Plenário, segundo o qual, o entendimento do TCU seria de que estando o preço global no limite aceitável, os sobrepreços eventualmente existentes, devido à falta de critérios de aceitabilidade de preços unitários, apenas causam prejuízos quando se acrescentam quantitativos aos itens de serviço correspondentes, porque, até esse momento, o valor contratado representa o equilíbrio entre preços altos e baixos, apesar do vício de origem. Esse equilíbrio seria perdido quando se acrescentassem quantitativos aos itens com sobrepreço.

69. Esse fato, por si só, não induziria a disparidade que se traduzisse em ilegitimidade do preço cotado, a ponto de demandar a anulação do contrato ou a imposição de devolução de valores e aplicação de multas.

70. **Análise:** Há precedentes neste Tribunal (Acórdãos 159/2003 e 1684/2003, ambos do Plenário) no sentido da obrigatoriedade de se verificarem os preços unitários e a composição de planilha de custos e formação de preços, para buscar eventuais valores desarrazoados ou inconsistentes.

71. De igual modo, existe imposição desta Corte de Contas para que a administração estabeleça os critérios de aceitabilidade de preços unitários, mesmo em licitações do tipo menor preço global, para se evitar que na execução contratual ocorra o conhecido “jogo de planilhas”, a exemplo do Acórdão 1094/2004, Plenário.

72. O equilíbrio perdeu-se justamente porque a execução do contrato deu-se principalmente em relação aos itens que apresentavam sobrepreço, ou que não obedeceram à economia de escala. A ausência do ganho de escala viola o princípio da economicidade, que deve ser perseguido por meio da verificação individual dos preços unitários, o que não foi feito.

73. Caso os preços unitários das faixas “C” e “D” e seguintes das oito planilhas com defeito, obedecessem à economia de escala observada nas demais planilhas, isso acarretaria a redução preço global das 26 planilhas de preços. Por outro lado, o ganho de escala dos preços unitários deve ser

verificado pelos agentes públicos competentes, antes da homologação da licitação, na fase de análise e julgamento das propostas dos licitantes, por meio do exame individual dos preços unitários.

74. **Argumento:** Argumentam os Recorrentes que não há provas de dano ao erário e que, ao contrário, as faixas de preços praticadas pela Empresa contratada fizeram foi diminuir ainda mais o preço global da proposta em benefício do erário.

75. Afirmam que a Empresa ofertou preços reduzidos para os documentos de menor volume, sendo que em qualquer gráfica ou fotocopiadora, quanto menor o volume de documentos, mais alto é o preço da cópia. Nesse sentido, os documentos de menor volume (até 9.999 folhas) são muito mais recorrentes que os documentos de grande volume (a partir de 10.000 folhas), o que demonstraria não ter havido prejuízo.

76. Ressaltam que caso o Tribunal busque as provas necessárias, realizando cálculos e buscando elementos indispensáveis ao esclarecimento dos fatos, acabará por concluir a regularidade do contrato, vez que obedeceu a economia de escala e foi mais benéfico ao erário.

77. Sustentam ainda os Recorrentes a comprovação da boa-fé dos mesmos, também com base em julgado desta Corte (Acórdão 88/2007 – Plenário), segundo o qual a boa fé deixaria de ser presumida quando objetivamente analisada a conduta do responsável e afastada a incidência de dolo ou culpa.

78. Afirmam que praticaram todos os seus atos dentro da estrita legalidade, sem sequer fazer qualquer juízo de valor sobre as supostas ilegalidades aduzidas.

79. **Análise:** De plano, convém considerar que não cabe a esta Corte a persecução de evidências em favor dos Recorrentes, devendo esse ônus recair sobre quem recorre. Percebe-se que das três propostas que restaram na fase final do pregão, das empresas Projects, Stefânini e Editora Brasil, sem dúvida a mais vantajosa para a Administração foi a da licitante vencedora.

80. Da análise do Termo de Referência acostado à peça 29, p. 24-25 e peça 30, p. 1-4, percebe-se que o valor estimado para contratação (R\$ 8 milhões) foi calculado com base em orçamento levantado junto às empresas Gráfica e Editora Coloprint Ltda., Produção Gráfica Rápida e Dupligráfica Editora Ltda., em 28/11/2005, todos eles com valores ofertados acima de R\$ 8 milhões.

81. Não obstante, levantamento realizado pela 5ª Secex identificou valores substancialmente menores do que os levantados para estabelecer o termo de referência, conforme pesquisa de preços indicada no item 6.11.8 da peça 15, p. 1.

82. Vale ainda constar que na análise das contas da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo de 2005, por parte da Controladoria Geral da União, consta a identificação dessa irregularidade, bem como a informação de que o gestor do Ministério iria negociar com a gráfica, no intuito de inserir os ganhos de escala na tabela acordada.

83. Entretanto, deve-se observar que os critérios objetivos tanto da formatação do Termo de Referência (exceto no que concerne à aceitabilidade de preços unitários), quanto da licitação e do pregão foram atendidos, a saber, a realização do pregão eletrônico, modalidade obrigatória prevista na Lei 10520/2002 e Decretos regulamentadores, a escolha da proposta com menor preço global e negociação posterior para redução do valor, por parte da pregoeira, o que demonstra boa fé dos responsáveis na condução do processo.

84. Outra indicação de boa fé é a conduta dos Recorrentes no sentido de buscar atender às recomendações do Tribunal, comunicando à contratada para recolher aos cofres públicos a importância de R\$ 127.960,15 (Peça 16, p. 23).

85. Compulsando os autos em que foi proferido o Acórdão 1337/2011-TCU - Plenário, sobre as contas do órgão do Ministério do exercício de 2007, verifica-se que os responsáveis informaram, em 22/10/2010, que, além do Ofício nº 1878/2009, de 8/12/2009, reiteraram a cobrança do valor por duas vezes este ano, por meio dos Ofícios nºs 339/2010, de 3/2/2010 e 1561/2010, de 5/8/2010. A Gráfica Brasil, em 27/8/2010, solicitou o prazo de 90 (noventa dias) para fazer o levantamento das informações do contrato. Caso comprovado o recolhimento, a importância seria abatida do débito a ser pago pelos responsáveis solidários.

86. Quanto à responsabilidade da Sra. Neuzi de Oliveira Lopes, vale reforçar que é pacífico o entendimento desta Corte de Contas de que a fixação dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e global deve ocorrer para qualquer modalidade e tipo de licitação. Nessa linha, há os precedentes dos Acórdãos nºs. 481/2004, 244/2003, 1755/2004, 1094/2004, todos do plenário. Nesse sentido, já quando da elaboração do edital, tais critérios deveriam estar delineados.

87. Destaque-se que, **formalmente**, os requisitos legais de levantamento de orçamentos, realização do pregão eletrônico e adjudicação ao vencedor do certame foram observados. A partir de uma análise das demais propostas em disputa, das empresas Projects e Sefanini, **também se identifica a ausência do critério de economia de escala**, notadamente nas planilhas 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, praticamente as mesmas planilhas viciadas da proposta vencedora, à exceção da planilha 1, o que sugere que, a rigor, todas as propostas deveriam ser desclassificadas da maneira como se apresentavam.

88. Tal fato sugere ainda desatenção por parte dos Recorrentes, mais do que intenção de macular ou fraudar o erário, o que não afasta a culpa *in vigilando*. Tal omissão caracteriza a culpa *in vigilando*, a justificar a penalização imposta aos Recorrentes.

89. Por fim, apesar de vislumbrada a boa fé dos Recorrentes, não há razão para se reconhecer a alegada ocorrência de inexigibilidade de conduta diversa, pois o ganho de escala dos preços unitários deve ser verificado pelos servidores competentes, obviamente, também, antes da homologação da licitação, na fase de análise e julgamento das propostas dos licitantes, por intermédio do exame individual dos preços unitários, a fim de se evitar contratações aparentemente vantajosas, que, a partir da execução contratual, permitam ao contratante obter ganhos indevidos, em desfavor da Administração, fato que acabou ocorrendo.

90. Dessa forma, propõe-se negar provimento ao recurso, mantendo as cominações do Acórdão 1077/2012 reformado pelo Acórdão 1545/2012, ambos do Plenário.

Argumentos da Gráfica e Editora Brasil Ltda.

91. **Argumento:** Quanto à observância dos princípios da economia de escala, a Recorrente afirma que os preços praticados têm razão técnica, que teria ensejado a redução ainda maior do preço global da proposta, qual seja a utilização de máquinas menos complexas para digitalização e impressão de quantidades menores de documentos.

92. Afirma que enquanto grandes quantidades demandariam maquinário sofisticado, complexo, com utilização de mão de obra especializada, os quantitativos menores puderam ser digitalizados em scanners comerciais de baixa complexidade e produtividade.

93. Assevera que ao formular a proposta a empresa levou em consideração o seu parque tecnológico, que engloba scanners de grande produtividade, assim como também scanners de baixa produtividade, utilizados para serviços pontuais de baixo custo e quantidade reduzida.
94. Dessa forma, não seria vantajoso mobilizar o scanner que digitalizava milhares de documentos para que o fizesse com relação a pequenas quantidades. Assim, a Empresa repassou à Administração o custo reduzido da utilização dessas máquinas.
95. Afirma ainda a Recorrente que nada mais fez do que ofertar preços reduzidos para os quantitativos menores de documentos, uma vez que o custo da utilização e da manutenção dos scanners é bastante inferior ao das máquinas mais complexas.
96. Assevera que todas as planilhas de custos obedeceram ao ganho de escala, porquanto apenas para impressão e digitalização de documentos da 1ª e 2ª faixa de quantidades é que os preços são inferiores aos das demais faixas.
97. A Recorrente cita outros contratos da espécie firmados com a Administração, para justificar o baixo custo dos valores ofertados. Nesse sentido, cita o contrato 064/2007 do TCU firmado com a empresa Consel – Comércio e Serviços Técnicos, bem como o Contrato oriundo do Pregão 020/2005 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, firmado com a empresa CNC – Centro Nacional de Cópias, para serviço de impressão digital monocromática e policromática.
98. Afirma que ainda que se entenda que a proposta global da empresa não tenha observado os princípios da economia de escala, a análise do suposto sobrepreço deveria ter sido feita considerando o valor total da proposta.
99. Aduz que o simples fato da empresa ter apresentado, nas planilhas de custos, faixas de quantidades com preços unitários maiores para quantidades menores, não propiciou o recebimento de valores indevidos pela empresa. Pelo contrário, a redução nas duas primeiras faixas teria acarretado redução do valor da proposta global.
100. Apresenta jurisprudência do TRF 1ª Região com o intuito de demonstrar que não seria a individualidade dos itens da proposta mas sim a proposta média mais vantajosa para a Administração, o que seria perseguido pela licitação do tipo menor preço global.
101. Pugna pela aplicação do princípio da razoabilidade, citando o Acórdão 159/2003 – Plenário, de relatoria do Min. Benjamim Zylmer (Peça 68, p. 13-14), segundo o qual, caso a discrepância entre os custos unitários oferecidos pelos licitantes e os cotados pela Administração seja razoável, não haveria que se falar em desclassificação de propostas.
102. Estabelece o pedido para afastar a irregularidade imputada, bem como a imputação de débito, assim como pleiteia que as notificações referentes ao processo sejam dirigidas aos Procuradores indicados na peça recursal.
103. **Análise:** Os fundamentos trazidos pela Recorrente assemelham-se àqueles já trazidos aos autos do TC 018.887/2008-1 e às alegações de defesa do presente processo.
104. Quanto aos julgados trazidos pela Recorrente, vale ressaltar que mesmo nos casos de licitações com critério de julgamento de menor preço global, faz-se necessária verificação unitária dos preços e uma análise da composição dos custos, buscando-se valores ou inconsistências desarrazoados em relação ao orçamento, a fim de evitar os chamados “jogos de planilha”, conforme Acórdãos TCU 1595/2006 – Plenário e o próprio 159/2003 – Plenário, trazido pela Recorrente.

105. Segundo a análise feita pela Unidade Técnica, em 2006, mais de 27% das solicitações de serviços de digitalização e impressão de documentos foram realizados sem observância da economia de escala, gerando dano ao erário. Em 2007, esse índice passou para mais de 54% e em 2008, 21,84%.

106. A ausência de critérios de aceitabilidade de preços unitários permitiu à empresa “jogar” com os preços de forma a se beneficiar na execução contratual. Foi considerado pela Unidade Técnica que a quebra da lógica da economia de escala ocorreu quando a empresa fixou preços unitários superiores nas faixas de quantidades “B, C, D, E e F” em relação à faixa inicial “A”, a qual detinha o menor preço, conforme pode ser observado nas planilhas de custos 01 (faixas B a H), 02 (faixas C a K), 05 (faixas B a D), 06 (faixas C a F), 07 (faixas B a C), 08 (faixas C a L), 09 (faixas C a M) e 10 (faixas C a M), conforme peça 13, p. 14-23.

107. Ainda que fosse admitida, de forma pontual, a quebra da economia de escala, não seria razoável majorar os preços de forma tão desmedida. A licitante aproveitou-se do fato de que as faixas iniciais de quantidade tinham um fator de ponderação maior, para oferecer um valor menor nos serviços nessas faixas.

108. Além disso, a empresa detinha a informação, por meio do Termo de Referência do Pregão 22/2005, de que nessas oito planilhas suso mencionadas se concentrariam mais de 86% das futuras licitações do Ministério do Turismo. Ressalte-se que como se tratou de um pregão para registro de preços, diversos outros Órgãos da Administração Federal poderiam se utilizar de tais serviços nos valores ofertados pela vencedora do certame.

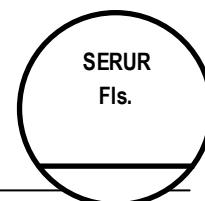
109. Não faz sentido a Empresa oferecer valores que atendem à economia de escala em dezoito das vinte e seis planilhas de custos e não fazê-lo em relação às outras oito planilhas, o que sugere, realmente, a obtenção de vantagem financeira indevida em desfavor do erário.

110. O argumento repisado de que a empresa utiliza scanners pequenos, de menor tecnologia e produtividade, para quantidades menores de serviço, não procede, pois seis das oito planilhas sem economia de escala referem-se a serviços de impressão e não digitalização. Além disso, conforme exposto pela Unidade Técnica, mesmo o preço unitário da faixa inicial “A” encontrava-se além do preço de mercado, conforme levantamento minucioso feito pela 5ª Secex, conforme indicado no item 6.11.8 à peça 15, p. 1.

111. A título de exemplo, enquanto os preços iniciais das Planilhas 2, 5 e 7 alcançavam R\$ 0,64, R\$ 0,21 e R\$ 0,50, respectivamente, o levantamento feito pela Unidade Técnica encontrou o preço médio de R\$ 0,11, R\$ 0,10 e R\$ 0,22, para idêntico tipo de serviço.

112. Ressalte-se que o quantitativo do débito foi calculado com base na diferença entre o valor pago pelo Ministério à empresa e o custo da 1ª faixa de referência (faixa A) das planilhas que não obedeceram à economia de escala, conforme demonstrativo à peça 30, p. 6, o que totalizou um valor de R\$ 293.647,68, no ano de 2006. Ou seja, o débito foi calculado com base em um valor oferecido pela própria empresa, acima da média de mercado, o que se revelou uma metodologia de cálculo favorável à Recorrente.

113. Da mesma forma, a comparação com contratos firmados pelo TCU e pelo MPOG não se justifica, diante dos objetos específicos, com peculiaridades próprias de cada contrato, conforme demonstrado pela Unidade Técnica e no Relatório do Acórdão recorrido (peça 16, p. 30-31). Com relação ao contrato 64/2007, firmado por este Tribunal, os custos da digitalização foram incorporados aos serviços de impressão, e não eram faturados por demanda de serviços. Em relação ao contrato do Mpog, tratava-se de serviços de cópias, encadernações e transparências, não sendo adequado para comparação.



114. Ressalte-se que a Recorrente já foi condenada, em sede de apreciação das contas da Secretaria Executiva do Ministério, do exercício de 2007, na deliberação contida no Acórdão 1337/2011-TCU-Plenário, ao pagamento de débito no valor de R\$ 511.631,85, solidariamente com o Sr. Rubens Portugal Bacellar, além de multa individual no valor de R\$ 50 mil.

115. Não havendo argumentos ou fatos novos que justifiquem o acatamento do pleito, propõe-se a rejeição do Recurso.

CONCLUSÃO

116. Diante do conjunto de fatos apurados e dos elementos trazidos pelos Recorrentes, pugnamos por negar provimento aos Recursos de Reconsideração mantidos incólumes os termos do Acórdão 1077/2012– TCU – Plenário (peça 16, p. 50-53), reformado parcialmente pelo Acórdão 1545/2012 (Peça 89).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

117. Por todo o exposto, elevamos o assunto à consideração superior, propondo:

a) conhecer dos **Recursos de Reconsideração** interpostos por Gráfica e Editora Brasil Ltda., Neuzi de Oliveira Lopes da Silva e Rubens Portugal Bacellar, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei nº 8.443/92, e no mérito **negar-lhes provimento** mantendo os termos do Acórdão 1077/2012– TCU – Plenário, reformado parcialmente pelo Acórdão 1545/2012.

b) dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, em 9 de novembro de 2012.

Jean Claude O'Donnell Braz Pereira
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8183-3