

TC 005.281/2013-0

Tipo de processo: Tomada de Contas Especial

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Santana/AP

Interessado: Comercial Cirúrgica Rioclarence Ltda. (CNPJ 67.729.178/0001-49); Dental Norte Comércio e Serviços Ltda. EPP (CNPJ 04.709.859/0001-14); Distribuidora Neto Ltda. ME (CNPJ 02.672.836/0001-68); Dismal Distribuidora de Medicamentos do Amapá Ltda. ME (CNPJ 03.350.605/0001-09); Elito Baiano Lobato (CNPJ 08.935.481/0001-39); Importadora I. M. P. Mourão - ME (CNPJ 34.925.347/0001-67); L Freitas dos Santos - ME (CNPJ 11.308.085/0001-96); M. do S. Correa - ME (CNPJ 07.431.222/0001-08); N. C. do Rego EPP (CNPJ 84.409.085/0001-56); R & R Empreendimentos Ltda. (CNPJ 10.929.612/0001-17); R. J. de Oliveira (CNPJ 06.578.655/0002-09); Sociedade Mercantil Centro Norte Ltda. (CNPJ 01.989.691/0001-60) e Via Hospitalar Ltda. - ME (04.952.227/0001-98)

Responsáveis: A. W. dos Santos Pereira - ME (CNPJ 08.585.272/0001-02), Allynne Colares Távora Modesto (CPF 661.183.522-91), Arlinaldo Barbosa da Silva (CPF: 713.651.842-34), Carlos Alberto Nery Matias (CPF 037.390.902-00), Eurico Araújo Vasques Júnior (CPF 466.359.392-53), Francisco Américo da Silva (CPF 046.065.232-04), I. A. Lima - EPP (CNPJ 34.933.986/0001-74), Jose Antonio Nogueira de Sousa (CPF 324.570.492-53), Marileny Parente de Abreu de Castro (CPF 316.182.512-87), Nilisvan Conceição de Lima (CPF 797.460.392-53), O. M. Barros (CNPJ 23.081.193/0001-58), Pedro Paulo Duarte Brandão (CPF 433.024.082-34), Porto & Porto Ltda. (CNPJ 02.310.604/0001-60), e Rivaldo Valente Freire (CPF 387.579.232-72)

Procuradores ou advogados: Adriana Cristina Araújo Pessoa, OAB/AP 1.802 (peça 131); Alexandre Duarte de Lima, OAB/AP 1377-A (peças 55, 151 e 245); Augusto Barbosa, OAB/SP 281.394 (peça 113); Benedito Ferreira de Campos Filho, OAB/SP 167.058 (peça 113); Cristilene Teles

Figueiredo Marinho, OAB/AP 830-E (peça 218); Danilo José Colares da Rocha, OAB/AP 2063 (peça 115); Dewson Ferreira da Silva, OAB/AP 467 (peça 211); Leonardo Nogueira Viana, OAB/MG 110.070 (peça 113); Liberato Melo Correa, CPF 081.566.702-72 (peça 257); Luiz dos Santos Moraes, OAB/PA 1896 (peça 115); Marcos Diego Santos Pires, OAB/AP 2237 (peças 163 e 168); Maria Alcione Monteiro de Souza, OAB/AP 664 (peça 131); Marinaldo Ribeiro Maia, CPF 352.291.952-15 (peça 217); Odenilson Marques Pereira, CPF 033.803.942-20 (peças 137 e 207); Robério Monteiro de Souza, OAB/PA 15.385 (peça 131); Roberto Armond Ferreira da Silva, OAB/AP 1275-A (peças 145 e 213); Roberto Monteiro de Souza, OAB/AP 812 (peça 131); e Roberval Carlos Viana Holanda, OAB/AP 1297 (peças 128, 140, 143 e 148)

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada por conversão em decorrência do Acórdão 127/2013-TCU-Plenário (peça 269), proferido no Relatório de Auditoria autuado sob o n. TC 022.205/2012-8 (apensado).

HISTÓRICO

2. A Unidade Técnica (UT) emitiu pronunciamento de mérito no presente processo (peças 272-274).

3. Contudo, o MP/TCU identificou que a UT considerou revel a empresa I. A. Lima – EPP e emitiu proposta de julgamento irregular de suas contas com condenação em débito e multa, não obstante a defesa da empresa tenha sido apresentada, conforme consta à peça 212. Nesse sentido, sugeriu ao relator o retorno dos autos à Secex-AP para análise das alegações de defesa (peça 275).

4. O Ministro-Relator determinou o retorno dos autos a essa secretaria (peça 276).

5. A presente instrução tem por finalidade analisar as alegações de defesa da empresa I. A. Lima – EPP e emitir nova manifestação de mérito no processo.

EXAME TÉCNICO

Das alegações de defesa da empresa I. A. Lima – EPP (peça 212)

6. A empresa I. A. Lima – EPP foi citada por meio dos ofícios 120/2013 e 266/2013 (peças 9 e 164), a apresentou a defesa à peça 212.

7. Irregularidade: aquisição de produtos de limpeza por intermédio do pregão presencial 7/2010, com preços superfaturados, apurados com base na licitação de mesmo objeto realizado no ano anterior (pregão 39/2009) e em pesquisa realizada na base de dados do Comprasnet.

7.1. Responsáveis solidários: Sr. Jose Antonio Nogueira de Sousa, CPF 324.570.492-53, prefeito municipal de Santana/AP, Sr. Arlinaldo Barbosa da Silva, CPF 713.651.842-34, coordenador de apoio administrativo da prefeitura, Sra. Allynne Colares Távora Modesto, CPF 661.183.522-91, pregoeira do Órgão, Empresa I. A. Lima - EPP (CNPJ 34.933.986/0001-74).



8. Argumento 1 (peça 212, p. 7): inexistência tipicidade “superfaturamento” no art. 3º da Lei 8.666/1993. Logo, devido à falta de norma legal que caracterize a irregularidade não poderia haver punições aos responsáveis.

8.1. Análise: esse argumento não merece ser acolhido. O art. 3º da Lei 8.666/1993 diz:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

8.2. O superfaturamento ocorre quando os preços contratados pela Administração estão acima dos preços de mercado, caracterizando um dano ao erário. Essa irregularidade descumpra diversos dispositivos legais, em especial os princípios da seleção da proposta mais vantajosa, da moralidade e da legalidade previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993.

8.3. O TCU tem competência constitucional de aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa, multa proporcional ao dano causado ao erário (art. 71, inciso VIII, Constituição Federal).

8.4. Nesse sentido, tal argumento não merece prosperar.

9. Argumento 2 (peça 212, p. 8-15): para fundamentar o superfaturamento a equipe de auditoria utilizou cotações de preços em atas de licitação de 2010 realizadas por outros órgãos da União Federal, tais atas não foram anexadas aos autos, logo impossível de validá-las. O acesso ao Comprasnet só pode ser realizado por servidores públicos autorizados.

9.1. Além disso, as cotações do Comprasnet utilizadas na auditoria foram realizadas para órgãos federais, ou seja, bom pagador, diferente dos Estados e Municípios (mal pagador).

9.2. Nesse sentido, alegou cerceamento de defesa e a imprestabilidade das cotações do Comprasnet.

9.3. Análise: esse argumento não merece ser acolhido. As cotações de preços anexadas aos autos pelos auditores gozam de fé pública e servem de parâmetro para comparação de preços, não sendo necessária a validação pelo responsável.

9.4. Tem razão o responsável quando alega a diferenciação de preços para órgãos federais, estaduais e municipais, pois estes dois últimos são considerados mal pagadores. Contudo, a auditoria utilizou também outro parâmetro de referência qual seja o Pregão 39/2009 realizado pelo próprio município de Santana/AP para contratação dos mesmos produtos (peça 11, TC 022.205/2012-8).

9.5. Logo, não houve cerceamento de defesa, nem imprestabilidade das cotações do Comprasnet, por isso não merece ser acolhido o argumento do responsável.

10. Argumento 3 (peça 212, p. 20): as amostras de preços coletadas pela fiscalização são inválidas porque não são em número suficiente, não permite o contraditório, não coteja a região geográfica e não prova abusividade.

10.1. Análise: esse argumento não merece ser acolhido. A auditoria utilizou de dois parâmetros de preços para a constatação da irregularidade: 1) atas do Comprasnet; 2) Pregão 39/2009 realizado pela Prefeitura de Santana/AP. Tais parâmetros são suficientes para a evidência do superfaturamento.

11. Argumento 4 (peça 212, p. 20-39): o mercado é regulado pela lei da oferta e da procura. A empresa fez sua oferta de preço, nos termos da lei, e o Município não tinha obrigação de aceitar se não fosse vantajosa para a administração. Logo, com base na boa-fé objetiva, não pode a empresa ser punida se a Administração aceitou pagar o preço ofertado.

11.1. Para composição do preço de um produto são consideradas diversas variáveis mercadológicas. O preço do sabão em pó (item supostamente mais superfaturado) está compatível com o mercado. Para provar a defesa realizou pesquisas de preços no site buscapé, calculando com o valor da inflação nos anos de 2010 a 2013; e também anexou duas notas fiscais de atacadistas locais.

11.2. O risco de inadimplência ou risco de crédito é um componente significativo na composição de preço de um produto. Sabe-se que esse risco é maior quando se trata de compras realizadas por Município. Por isso, geralmente os fornecedores oferecem preços maiores à Estados e Municípios.

11.3. Em relação aos outros produtos analisados pela auditoria, houve pequena diferença de preço em relação aos preços paradigmas.

11.4. Por fim, negou qualquer acusação de conluio e ajuste por parte da empresa.

11.5. Análise: o argumento não merece ser acolhido.

11.6. A empresa fez a oferta de preços com base na cotação realizado pelo Município de Santana/AP. A empresa responsável não participou dessa cotação de preços. Como foi a única a participar do pregão, não houve disputa de lances, apesar de 5 empresas solicitarem cópia do edital (peça 23, p. 120-121, TC 022.205/2012-8). Em que pese a Administração ter o dever legal de avaliar a regularidades dos preços contratados, a empresa tem obrigação de seguir os preços praticados no mercado. Nesse sentido, os seguintes julgados do TCU:

O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992) na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois à licitante cabe ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento (Acórdão 1304/2017-Plenário, Relator Benjamin Zymler).

O fato de a administração não ter cumprido seu dever de verificar a economicidade dos preços ofertados em processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação não isenta de responsabilidade a empresa contratada por eventual sobrepreço constatado no contrato, uma vez que a obrigação de seguir os preços praticados no mercado se aplica tanto à Administração Pública quanto aos colaboradores privados, pois ambos são destinatários do regime jurídico-administrativo relativo às contratações públicas (Acórdão 1392/2016-Plenário, Relator Benjamin Zymler).

11.7. É verdade que a composição dos preços envolve diversas variáveis mercadológicas, além de considerar o risco de crédito nas contratações com os municípios. Porém, não há como aceitar os argumentos, haja vista que nos preços ofertados no Pregão 39/2009, todas do mercado local, essas variáveis foram consideradas. Além do mais, no Pregão 7/2010 foi apurado um sobrepreço de 87% em relação aos preços obtidos no Pregão 39/2009 da própria prefeitura, nesse o total contratado foi de R\$ 398.344,80, naquele foi de R\$ 745.064,40, para os mesmos objetos. Nem mesmo o demasiado prazo para o pagamento dos fornecedores justifica tamanha discrepância (peça 11, TC 022.205/2012-8).

11.8. Outro fator agravante é que na proposta apresentada pela empresa não há especificação da marca do produto a ser oferecido (peça 23, p. 122-123, TC 022.205/2012-8). Nesses casos pode ocorrer da empresa ofertar um preço de uma marca mais cara e entregar um produto de marca mais barata. O impedimento de indicação de marca é somente para a Administração, nos termos do art.

15, § 7º, inciso I, da Lei 8.666/1993, porém o licitante tem o dever de informar a marca do produto que será entregue.

11.9. A pesquisa de preços realizada pela defesa só comprova a variação de valor a depender da marca do produto. Mas no momento da licitação, conforme abordado anteriormente, a empresa não especificou a marca do produto que seria entregue.

11.10. Diante da análise, o argumento não merece ser acolhido.

12. Conclusão: os argumentos apresentados pela empresa I. A. Lima – EPP não foram suficientes para afastar a irregularidade na aquisição de produtos de limpeza por intermédio do pregão presencial 7/2010, com preços superfaturados, apurados com base na licitação de mesmo objeto realizado no ano anterior (pregão 39/2009) e em pesquisa realizada na base de dados do Comprasnet.

12.1. Com isso, não houve mudança na proposta anteriormente formulada pela unidade técnica à peça 272, item 99.

CONCLUSÃO

13. O presente processo retornou a esta UT para análise das alegações de defesa da empresa I. A. Lima – EPP (itens 2-5).

14. Diante da análise, conclui-se que as alegações de defesa não foram suficientes para afastar a irregularidade na aquisição de produtos de limpeza por intermédio do pregão presencial 7/2010, com preços superfaturados, apurados com base na licitação de mesmo objeto realizado no ano anterior (pregão 39/2009) e em pesquisa realizada na base de dados do Comprasnet (itens 6-12).

15. Portanto, propõe-se manter a mesma proposta de encaminhamento da instrução da peça 272, item 99.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

16. Ante os fatos expostos, submetemos os autos à apreciação, para remessa ao MP/TCU e, posteriormente, ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro-Relator Benjamin Zymler, propondo:

a) **acolher** as alegações de defesa da Sra. Allynne Colares Távora Modesto, promovendo a exclusão de sua responsabilidade no presente processo em relação às aquisições promovidas por meio do Pregão 34/2010 e do Pregão 7/2010 (item I, peça 272);

b) **acolher** as alegações de defesa do Sr. Arlinaldo Barbosa da Silva e das empresas A. W. dos Santos Pereira – ME e Porto & Porto Ltda., por se mostrarem suficientes para afastar o débito apurado nas aquisições referentes ao Pregão 34/2010, cuja conclusão aproveita em relação ao Sr. Carlos Alberto Nery Matias (item II, peça 272);

c) **rejeitar** as alegações de defesa dos Srs. José Antonio Nogueira de Sousa e Arlinaldo Barbosa da Silva, por não elidirem o débito apurado na aquisição objeto do Pregão 7/2010 (item I);

d) considerar **revéis**, para todos os efeitos, o Sr. Francisco Américo da Silva e as empresas I. A. Lima – EPP, Elito Baiano Lobato e L. Freitas dos Santos – ME, dando-se prosseguimento ao processo, com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

e) **acolher** as razões de justificativa e os esclarecimentos dos responsáveis em relação às irregularidades analisadas nos itens VI, VIII, IX e XI da peça 272;

f) **acolher parcialmente** as razões de justificativa e os esclarecimentos dos responsáveis referentes às irregularidades de itens III, IV, V e VII da peça 272, sem prejuízo da expedição de recomendações à prefeitura municipal de Santana especificadas no item “n” adiante discriminado;

g) **rejeitar** as razões de justificativa do Srs. Carlos Alberto Nery Matias, quanto à aquisição emergencial de insumos odontológicos, sem que estivessem presentes os requisitos legais (processo 5680/2010) (item X da peça 272);

h) **julgar regulares com ressalva** as contas dos Srs. Sr. Carlos Alberto Nery Matias (CPF 037.390.902-00), na qualidade de secretário municipal de saúde de Santana/AP, à época dos fatos, e do Sr. Arlinaldo Barbosa da Silva (CPF 713.651.842-34), na condição de coordenador de apoio administrativo da prefeitura, quanto aos fatos relacionados ao Pregão 034/2010, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 208 e 214, inciso II, do RI/TCU, dando-lhes quitação;

i) **julgar irregulares** as contas dos Srs. José Antonio Nogueira de Sousa (CPF 324.570.492-53), na qualidade de prefeito do município de Santana/AP, à época dos fatos, e do Sr. Arlinaldo Barbosa da Silva (CPF 713.651.842-34), na condição de coordenador de apoio administrativo da prefeitura, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, condenando-os, **solidariamente** com a empresa I. A. Lima – EPP (CNPJ 34.933.986/0001-74), ao pagamento das quantias a seguir especificadas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, em respeito ao art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno, o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Municipal de Saúde de Santana/AP, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores eventualmente ressarcidos:

Irregularidade: aquisição de produtos de limpeza por intermédio do pregão presencial 007/2010, com preços superfaturados, apurados com base na licitação de mesmo objeto realizado no ano anterior (pregão 039/2009) e em pesquisa realizada na base de dados do Comprasnet.

Dispositivo violado: art. 3º da Lei 8.666/1993.

Demonstrativo do débito (R\$):

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
7.791,55	6/1/2011
3.218,80	10/1/2011
3.218,80	10/1/2011
9.778,52	12/1/2011
6.437,60	19/1/2011
16.094,00	27/1/2011
6.437,60	17/2/2011
12.875,20	22/2/2011
11.191,52	1/3/2011
10.300,16	10/3/2011
13.518,96	23/3/2011
7.076,61	14/4/2011
5.793,84	25/4/2011
8.418,40	6/5/2011

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
3.862,56	10/5/2011
4.402,63	23/5/2011
37.635,20	26/5/2011
3.961,60	1/6/2011
6.388,08	1/6/2011
2.575,04	9/6/2011
3.862,56	10/6/2011
5.017,32	5/7/2011
8.702,79	24/11/2011
7.428,00	1/12/2011
5.447,20	6/12/2011
49.520,00	12/12/2011
2.971,20	13/12/2011
8.913,60	16/12/2011
4.456,80	19/12/2011
6.614,39	21/12/2011
4.456,80	26/12/2011
18.322,40	28/12/2011

Valor atualizado até 11/12/2017: R\$ 453.109.15 (sem juros)

j) **aplicar** ao Srs. José Antonio Nogueira de Sousa e Arlinaldo Barbosa da Silva, assim como à empresa I. A. Lima – EPP, a **multa** prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

k) **aplicar** ao Sr. Carlos Alberto Nery Matias (CPF 037.390.902-00), na qualidade de secretário municipal de saúde de Santana/AP, à época dos fatos, e ao Sr. Francisco Américo da Silva (CPF 661.183.522-91), coordenador municipal de licitação da prefeitura, a **multa** prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso II, do Regimento Interno, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

Irregularidade: aquisição emergencial de insumos odontológicos no valor de R\$ 62.800,30 sem que estivessem presentes os requisitos legais (processo 5680/2010).

Dispositivo violado: art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993.

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

m) **autorizar** o pagamento das dívidas dos Srs. José Antonio Nogueira de Sousa, Carlos Alberto Nery Matias, Arlinaldo Barbosa da Silva, Francisco Américo da Silva e da empresa I. A. Lima - EPP em até trinta e seis parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem o recolhimento das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

n) **recomendar** à prefeitura municipal de Santana/AP quanto aos seus atos de gestão financiados com recursos federais, que:

n.1) nas licitações para a aquisição de medicamentos, adote a adequada especificação desses produtos, com a completa descrição da dosagem, da forma farmacêutica, do princípio ativo, do volume e/ou peso e da nomenclatura do fármaco segundo a Denominação Comum Brasileira;

n.2) nas licitações para a aquisição de bens e serviços comuns, adote a modalidade de pregão presencial;

n.3) nas licitações, em quaisquer de suas modalidades, abstenha-se de exigir, nos respectivos editais, documentos para fins de comprovação de regularidade fiscal não previstos nos incisos II e III do art. 29 da Lei 8.666/1993 e na Lei 10.520/2002;

n.4) planeje adequadamente as suas aquisições/contratações, evitando o fracionamento de despesas e compatibilizando-as com a capacidade orçamentária do município, de sorte a permitir a obtenção de preços mais vantajosos nos certames.

o) **encaminhar** cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Pará, nos termos do §3º, do art. 16, da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º, do art. 209, do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.

Secex/AP, em 11 de dezembro de 2017.

(Assinado eletronicamente)
Claudio Renan da Costa Dias
AUFC, Matr. 10648-8
Diretor