

VOTO

Cuidam os autos de tomada de contas especial decorrente de conversão de relatório de auditoria, cujo objeto era verificar a regularidade das aquisições diretas ou por meio de licitações, realizadas pelo município de Santana/AP com recursos do SUS, em especial a ocorrência de eventuais direcionamentos em contratações ou burla ao caráter competitivo dos certames, no período de 2009/2011.

2. Após os trabalhos de campo, a equipe de fiscalização logrou encontrar os seguintes indícios de irregularidades:

- a) não realização de licitação quando devida ou uso da modalidade inadequada;
- b) restrição ao caráter competitivo e/ou direcionamento do certame licitatório;
- c) contratação antieconômica e/ou existência de superfaturamento;
- d) objeto e/ou produto da licitação não definido/especificado adequadamente.

3. Por esse motivo, os auditores da Secex/AP, com o aval do corpo diretivo da unidade, propuseram a conversão do processo em tomada de contas especial e a realização das seguintes medidas processuais, que foram autorizadas por meio do Acórdão 127/2013-Plenário:

3.1. Citação dos Srs. Carlos Alberto Nery Matias, secretário municipal de saúde de Santana/AP, Arlinaldo Barbosa da Silva, coordenador de apoio administrativo da prefeitura e Allynne Colares Távora Modesto, pregoeira, e da sociedade empresária A. W. dos Santos Pereira – ME.

3.1.1 Ato impugnado: *“aquisição de material de expediente por intermédio do pregão presencial 034/2010, com preços superfaturados, apurados com base em pesquisa realizada na base de dados do Comprasnet”*.

3.1.2. Quantificação do débito: R\$ 91.590,00. Data de atualização: 15/7/2010.

3.2. Citação dos Srs. Carlos Alberto Nery Matias, secretário municipal de saúde de Santana/AP, Arlinaldo Barbosa da Silva, coordenador de apoio administrativo da prefeitura e Allynne Colares Távora Modesto, pregoeira, e da sociedade empresária Porto & Porto Ltda.

3.2.1 Ato impugnado: *“aquisição de material de expediente por intermédio do pregão presencial 034/2010, com preços superfaturados, apurados com base em pesquisa realizada na base de dados do Comprasnet”*.

3.2.3. Quantificação do débito: R\$ 73.359,00. Data de atualização: 15/7/2010.

3.3. Citação dos Srs. José Antônio Nogueira de Sousa, prefeito municipal de Santana/AP, Arlinaldo Barbosa da Silva e Allynne Colares Távora Modesto e da sociedade empresária I. A. Lima - EPP (CNPJ 34.933.986/0001-74).

3.3.1 Ato impugnado: *“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”*.

3.3.2 Valores especificados na instrução preliminar (peça 2);

3.4 Audiência:

3.4.1. Do Sr. Carlos Alberto Nery Matias em virtude *“da não especificação adequada dos bens adquiridos mediante licitação, notadamente em relação a medicamentos e correlatos, sendo que em relação aos primeiros, não foi informado o princípio ativo, concentração, forma farmacêutica e apresentação, com infração ao disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei 8.666/1993”*;

3.4.2. Dos Srs. José Antônio Nogueira de Sousa, Carlos Alberto Nery Matias, Marileny Parente de Abreu de Castro, Francisco Américo da Silva, Arlinaldo Barbosa da Silva, Allynne Colares Távora Modesto e Pedro Paulo Duarte Brandão, em razão *“da utilização indevida da modalidade pregão presencial em detrimento de sua forma eletrônica, sem justificativa plausível, com inobservância ao disposto no art. 1º da Lei 10.520/2002 e nos arts. 1º, 2º, § 1º, e 4º, Caput, § 1º, do Decreto 5.450/2005”*.

3.4.3. Dos Srs. Pedro Paulo Duarte Brandão, Allynne Colares Távora Modesto, José Antônio Nogueira de Sousa, Arlinaldo Barbosa da Silva, Carlos Alberto Nery Matias e Nilisvan Conceição de Lima, em virtude de indícios de direcionamento nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993, materializado pelos seguintes fatos: *“nos pregões presenciais 037/2009, 014/2010 e 005/2011 (aquisição de combustível), sempre a empresa R. J. de Oliveira foi consultada e venceu as licitações integral e exatamente pelos menores preços obtidos na pesquisa. No Pregão Presencial 005/2011, venceu a empresa R. R. Empreendimentos Ltda., que tem o mesmo proprietário e responsável, Sr. Rafael Jerônimo de Oliveira. No Pregão 014/2010, essas duas empresas participaram da mesma pesquisa de preços”*.

3.4.4. Dos Srs. José Antônio Nogueira de Sousa, Arlinaldo Barbosa da Silva, Allynne Colares Távora Modesto, Carlos Alberto Nery Matias, Nilisvan Conceição de Lima e Pedro Paulo Duarte Brandão, em decorrência de *“indícios de direcionamento nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993, em razão dos seguintes fatos: nas licitações para a aquisição de medicamentos e correlatos, as mesmas empresas foram consultadas para obtenção dos preços de referência: Dental Norte Comércio e Serviços Ltda. EPP, Dismal Ltda. e Sociedade Mercantil Centro Norte Ltda. (foram consultadas nos pregões 003 e 006/2011); e as duas primeiras, além da empresa N. C. do Rego - EPP, no Pregão 048/2009 (esta empresa pertence ao irmão do Sr. Juraci Cardoso do Rego, que é sócio da Sra. Maguida Jandira Oliveira Guedes, Sócia da Distribuidora Neto Ltda. ME (M. J. O. Guedes ME), esta por sua vez irmã da Sra. Maika Portira Oliveira Guedes, que foi sócia da empresa Dental Norte Comércio e Serviços Ltda. até 4/1/2012”*.

3.4.5. Dos Srs. Carlos Alberto Nery Matias, Nilisvan Conceição de Lima e Pedro Paulo Duarte Brandão, em virtude de *“indícios de direcionamento nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993, em razão dos seguintes fatos: na licitação para aquisição de material de limpeza (pregão presencial 007/2010), em face da pesquisa de referência ter estipulado preços manifestamente superiores à aquisição anterior de mesmo objeto processada por meio do pregão 039/2009 e em razão de cinco empresas terem adquirido o edital, mas apenas uma ter comparecido e vencido o certame integralmente”*.

3.4.6. Dos Srs. Carlos Alberto Nery Matias, Arlinaldo Barbosa da Silva e Allynne Colares Távora Modesto, em razão de *“indícios de direcionamento nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993, em razão dos seguintes fatos: na licitação para aquisição de material de expediente (pregão presencial 034/2010), em face da pesquisa de referência ter estipulado preços manifestamente superiores aos praticados no mercado”*.

3.4.7. Dos Srs. Allynne Colares Távora Modesto, Rivaldo Valente Freire, Pedro Paulo Duarte Brandão e Eurico Araújo Vasques Júnior, em decorrência de *“exigência indevida de prova de regularidade com a Fazenda Municipal de origem da empresa e também do Município de Santana/AP e de regularidade com a Procuradoria do Município de Santana/AP (esta apenas em relação ao pregão 005/2011), nos editais relativos aos pregões presenciais, com infração ao disposto no inciso III do art. 29 da Lei 8.666/1993, aplicável subsidiariamente aos pregões por força do art. 9º da Lei 10.520/2002”*.

3.4.8. Dos Srs. Allynne Colares Távora Modesto e Pedro Paulo Duarte Brandão, em virtude da *“ausência de publicação dos avisos com o resumo dos editais das referidas licitações em jornal de*

grande circulação local, com inobservância ao disposto no inciso I do art. 4º da Lei 10.520/2002 c/c com o inciso II do art. 17 do Decreto 5.450/2005”.

3.4.9. Dos Srs. Carlos Alberto Nery Matias e Arlinaldo Barbosa da Silva, em razão do *“fracionamento de despesa para aquisições de mesmo objeto realizadas no mesmo exercício e de um mesmo fornecedor, relativas às Notas de empenho 535/2010 e 542/2010, ambos no valor de R\$ 7.998,50, cujo objeto era a aquisição de refeições prontas para servidores em regime de escala de 12 horas nas unidades de saúde, com infração ao disposto no art. 23, §§ 2º e 5º, da Lei 8.666/1993”.*

3.4.10. Do Sr. Carlos Alberto Nery Matias, em decorrência da *“aquisição de 120.000 litros adicionais de gasolina para consumo anual da SEMSA por intermédio do pregão presencial 005/2011, em relação ao quantitativo adquirido no exercício anterior por meio do pregão 014/2010, para a mesma frota de veículos e embarcações, bem como em razão da compra de 150.000 canetas esferográficas para consumo anual, sem que em ambos os casos fossem apresentadas estimativas técnicas ou justificativas, com inobservância ao disposto no art. 15, § 7º, inciso II, da Lei 8.443/1992”.*

3.4.11 Dos Srs. Carlos Alberto Nery Matias e Francisco Américo da Silva, em virtude dos seguintes fatos:

a) *“indícios de direcionamento na cotação de preços, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993, relativa à aquisição emergencial de insumos odontológicos no processo 5680/2010, tendo em vista que todos os 128 itens foram vencidos pela empresa Dismal Ltda., apesar de outras duas empresas terem participado da cotação: Dental Norte Comércio e Serviços Ltda. EPP e M. J. O. Guedes - ME (Distribuidora Neto Ltda. ME), cuja sócia proprietária é irmã da Sra. Maika Portira Oliveira Guedes, que foi sócia da empresa Dental Norte Comércio e Serviços Ltda. até 4/1/2012”; e*

b) *“aquisição emergencial de insumos odontológicos no valor de R\$ 62.800,30 sem que estivessem presentes os requisitos do art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 (processo 5680/2010)”.*

3.4.12. Dos Srs. Carlos Alberto Nery Matias, Nilisvan Conceição de Lima e Pedro Paulo Duarte Brandão, em razão *“da aquisição de combustíveis, por intermédio do pregão 005/2011, com preços superiores aos praticados aos consumidores por empresa do mesmo proprietário, conforme coletado em pesquisa da Agência Nacional de Petróleo, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993”.*

3.5. Oitiva:

3.5.1. Das empresas R. J. de Oliveira e R & R Empreendimentos Ltda., em decorrência de *“indícios de que foram favorecidas e/ou agiram em conluio, mediante ajuste e/ou combinação, nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes na prefeitura municipal de Santana/AP, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993 pelos respectivos fatos: nos pregões presenciais 037/2009, 014/2010 e 005/2011 (aquisição de combustível), sempre a primeira foi consultada nas pesquisas de preços e venceu as licitações integral e exatamente pelos menores preços obtidos nessas pesquisas. No Pregão Presencial 005/2011, venceu a segunda empresa, que tem o mesmo proprietário e responsável, Sr. Rafael Jerônimo de Oliveira. No Pregão 014/2010, essas duas empresas participaram da mesma pesquisa de preços”.*

3.5.2. Das sociedades empresárias Dental Norte Comércio e Serviços Ltda. EPP, Dismal Distribuidora de Medicamentos do Amapá Ltda., Sociedade Mercantil Centro Norte Ltda. e Distribuidora Neto Ltda. ME, em razão de *“indícios de que foram favorecidas e/ou agiram em conluio, mediante ajuste e/ou combinação, nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes na prefeitura municipal de Santana/AP, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993 pelos respectivos fatos”.*

3.5.3. Das empresas L Freitas dos Santos –ME, M. do S. Correa – ME e Elito Baiano Lobato, em virtude de *“indícios de que foram favorecidas e/ou agiram em conluio, mediante ajuste e/ou combinação, nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes na prefeitura municipal de Santana/AP, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993 pelos respectivos fatos: terem apresentado na cotação prévia para a aquisição de material de limpeza ocorrida pelo pregão presencial 007/2010 da prefeitura de Santana/AP, preços manifestamente superiores aos praticados no mercado”*.

3.5.4. Das sociedades empresárias Importadora I. M. P. Mourão - ME e Porto & Porto Ltda., em decorrência de *“indícios de que foram favorecidas e/ou agiram em conluio, mediante ajuste e/ou combinação, nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes na prefeitura municipal de Santana/AP, com infração ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993, pelo seguinte fato: apresentaram na cotação prévia para a aquisição de material de expediente ocorrida pelo pregão presencial 034/2010 da prefeitura de Santana/AP, preços manifestamente superiores aos praticados no mercado”*.

4. Paralelamente, foram realizadas diligências, nos termos propostos pela unidade técnica e autorizados pelo Acórdão 127/2013-Plenário, com o objetivo de colher maiores elementos acerca da ocorrência ou não de direcionamento a várias licitações promovidas pelo município.

5. A Secex/AP analisou as respostas dos responsáveis e interessados e concluiu que elas não foram aptas a elidir o débito referente à *“aquisição de produtos de limpeza por intermédio do Pregão 7/2010”* (item 3.3) e a ocorrência relacionada à *“aquisição emergencial de produtos odontológicos, por contratação direta, sem que estivessem presentes os requisitos para fundamentar a dispensa de licitação”* (subitem 3.4.11).

6. Quanto aos demais achados, a unidade técnica entendeu que deveriam ser acolhidas as defesas alusivas à *“aquisição de material de expediente por intermédio do Pregão Presencial 34/2010, com preços superfaturados”* (itens 3.1 e 3.2), à *“ausência de publicação dos avisos com o resumo dos editais das referidas licitações em jornal de grande circulação local”* (subitem 3.4.8), à *“aquisição de 120.000 litros adicionais de gasolina para consumo anual da SEMSA sem fossem apresentadas estimativas técnicas ou justificativa”* (subitem 3.4.10), à *“aquisição de combustíveis por preços superiores aos praticados aos consumidores por empresa do mesmo proprietário”* (subitem 3.4.12) e aos *“indícios de direcionamento nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes”* (subitens 3.4.3 a 3.4.6). A Secex/AP compreendeu que as razões de justificativas dos demais subitens deveriam ser parcialmente acatadas, sem prejuízo da expedição de recomendações à Prefeitura Municipal de Santana/AP.

7. Com isso, a unidade técnica propôs julgar irregulares as contas dos Srs. José Antonio Nogueira de Sousa, prefeito do município de Santana/AP à época dos fatos, e Arlinaldo Barbosa da Silva, coordenador de apoio administrativo da prefeitura e condená-los, solidariamente com a empresa I. A. Lima – EPP ao pagamento das quantias especificadas em sua proposta de mérito.

8. Ademais, a Secex/AP alvitrou que fossem aplicadas multadas individuais aos aludidos responsáveis, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992, e aos Srs. Carlos Alberto Nery Matias, secretário municipal de saúde de Santana/AP à época dos fatos, e Francisco Américo da Silva, coordenador municipal de licitação da prefeitura, com fulcro no art. 58, inciso II, da aludida norma.

9. O Ministério Público junto ao TCU, em parecer da lavra do Procurador Sérgio Caribé, divergiu parcialmente da proposta da unidade técnica.

10. Em seu pronunciamento, o representante do **Parquet** entendeu que também deveriam ser acolhidas as alegações de defesas referentes ao item 3.3, tendo em vista a impossibilidade de comparação mais precisa dos preços do Pregão 7/2010 com os do Pregão 39/2009 e com os praticados no mercado à época.

11. Da mesma forma, o Ministério Público concluiu que também deveriam ser acatadas as razões de justificativas alusivas à aquisição emergencial de material odontológico, por entender que, apesar da falta de planejamento, estava de fato configurada uma situação e emergência, tendo o município seguido os trâmites exigidos pela Lei de Licitações para a contratação direta.

12. Com isso, alvitrou que fossem julgadas regulares com ressalva as contas dos Srs. Carlos Alberto Nery Matias, Arlinaldo Barbosa da Silva, Francisco Américo da Silva José Antonio Nogueira de Sousa e I. A. Lima – EPP, dando-lhes quitação; e julgadas regulares as contas das empresas A. W. dos Santos Pereira – ME e Porto & Porto Ltda., dando-lhes quitação plena.

13. Feito esse necessário resumo, passo a decidir.

14. Manifesto-me parcialmente em desacordo com os pareceres anteriores, conforme as razões de fato e de direito que passo a expor.

II - Aquisição de material de expediente por intermédio do pregão presencial 34/2010, com preços superfaturados, apurados com base em pesquisa realizada na base de dados do Comprasnet.

15. Os responsáveis alegaram que a referência adotada pela equipe de auditoria não era aplicável, devido à distância do município de Santana/AP aos grandes centros produtores do País, o que onerava os produtos.

16. A empresa Porto & Porto Ltda. argumentou que os parâmetros usados pela fiscalização se referiam a compras processadas em outras unidades federadas, de produtos diversos dos adquiridos no Pregão 34/2010, junto a fornecedores de outras regiões do país, em sua maioria.

17. Os defendentes aduziram, ainda, que não era correto comparar os preços do Pregão 34/2010 com os de aquisições realizadas por órgãos federais, haja vista o maior risco financeiro de compras realizadas pelos municípios, em especial o de Santana/AP, devido a sua reputação de mau pagador.

18. A sociedade empresária Porto & Porto Ltda. invocou, na sequência, que as sociedades empresárias C. L. Maués EPP e D. R. Martins – ME, que foram mencionadas no Comprasnet quanto ao fornecimento de papel A4, eram empresas de fachada, e que todas as demais empresas indicadas tinham esse perfil, o que lhes permitiam operar com “*baixíssimo custo e despesas operacionais*” e “*formar preços extremamente competitivos, provavelmente por atender somente a compras governamentais*”.

19. Tais considerações foram acolhidas pela Secex/AP, em especial as indicadas nos itens 15 a 17, conforme a passagem transcrita a seguir:

“(...) o superfaturamento apurado pela equipe de auditoria foi de 55%, percentual que, ante esses fatores, não permite afirmar que seja seguro o critério de quantificação adotado, que levou em consideração os registros do Comprasnet (quadro de apuração à peça 9, p. 1, do TC 022.205/2012-8, apensado). Ademais, como argumentou a empresa Porto & Porto Ltda., a comparação de preços não levou em consideração a devida especificação para diversos itens de materiais. Neste sentido, há de se reconhecer que esse conjunto de fatores influencia na formação dos preços e, também, para impossibilitar a aceitação do critério adotado na auditoria para quantificar o débito”.

20. Com relação à assertiva indicada no item 15 supra, observo que os responsáveis têm parcial razão, pois apenas parte das referências adotadas pela equipe de fiscalização constituem aquisições realizadas em outras unidades da federação. Com exceção dos itens “lápis”, “papel contínuo”, “corretivo”, “papel manilha”, “papel vergê” e “fita crepe”, os preços de todos os demais insumos foram comparados com os de aquisições realizadas por órgãos federais localizados no município de Macapá/AP, que está sujeito às mesmas condições geográficas de Santana/AP. A

propósito, cabe destacar que este município dista apenas 20 km daquele, estando ligado à capital do estado por duas vias asfaltadas, uma delas duplicada, conforme consulta ao **site google maps**.

21. Quanto à impossibilidade de se comparar aquisições municipais com as efetivadas por órgãos federais, devido ao maior risco e, por consequência, custo financeiro daquelas, embora a capacidade de pagamento da União seja, como regra, melhor do que a dos entes subnacionais, em especial, a dos municípios, entendo que tal fator não é capaz de justificar a diferença de mais de 50% verificada entre os preços do Pregão 34/2010 e os das aquisições de referência.

22. Se tal diferença fosse admitida como legítima, estaria se aceitando que os municípios praticassem preços acima dos vigentes no mercado local, o que, além de não respaldado na lei, serviria para piorar ainda mais o quadro financeiro de tais entes, criando um ciclo vicioso de preços altos, menos disponibilidade financeira, maior risco financeiro e mais atrasos. Por gerar uma conclusão absurda, julgo que a alegação deve ser rechaçada.

23. Sobre a assertiva de que a equipe técnica usou, como parâmetro de comparação, produtos diversos dos adquiridos no Pregão 34/2010, observo que a defesa da empresa Porto & Porto Ltda. incorreu em contradição, pois, adiante, afirmou que não havia as devidas especificações para fins de comparação. Dessa forma, compreendo que a alegação da responsável possui a natureza de mera especulação, não tendo sido comprovada a inadequação dos itens paradigmas usados pela Secex/AP.

24. Como argumento adicional, verifico que boa parte dos insumos comparados constituem material de expediente comum e são de simples especificação, tais como papel A4, caneta preta, azul, vermelha, caixa arquivo, livro-ata de 200 folhas, dentre outros que compõem a faixa relevante da curva ABC da análise efetivada pela equipe de fiscalização.

25. Sobre o fato de os fornecedores dos pregões de referência serem de outras regiões do país, em sua maioria, reputo que tal circunstância é irrelevante para a desqualificação dos preços ofertados, pois as propostas foram para fornecimentos no município de Macapá, ou seja, constituem preços legítimos praticados no mercado local.

26. Por fim, compreendo que não cabe a desqualificação dos preços indicados nas atas de pregão de referência, sob a alegação de que as empresas vencedoras eram de fachadas. Primeiro porque seria necessária a comprovação desta condição, mediante adequada dilação probatória, o que, evidentemente, não ocorreu no presente feito. Segundo, porque, à míngua de qualquer prova em contrário, a presunção é de que tais fornecedores e suas propostas são hígidos, uma vez que passaram por procedimentos licitatórios que avaliaram sua habitação e qualificação. Com isso, julgo que o argumento também deve ser rejeitado.

27. Dito isso, devem ser excluídos da composição do débito, constante da tabela aduzida na peça 9, p. 1, apenas os insumos indicados no item 20, cujo sobrepreço totalizava R\$ 66.314,00. Sendo assim, o valor do débito passa para R\$ 98.635,00, o que corresponde a 50,58% da amostra selecionada do Pregão 34/2010. O montante do prejuízo das empresas A. W. dos Santos Pereira – ME e Porto & Porto Ltda. passam para R\$ 45.916,00 e 52.719,00, respectivamente.

28. Com relação aos agentes municipais citados, sou da opinião que deve ser excluída a responsabilidade da Sra. Allynne Colares Távora Modesto, porquanto demonstrado que ela não era encarregada de promover a pesquisa de preços, conforme a análise da Secex/AP.

29. Acerca dos Srs. Arlinaldo Barbosa da Silva, coordenador de apoio administrativo da prefeitura e responsável pela cotação de preços, e Carlos Alberto Nery Matias, secretário municipal de saúde e encarregado da homologação do Pregão 34/2010, compreendo que participaram, de modo relevante, da cadeia causal do dano ao erário e agiram com culpa grave.

30. Isso porque a verificação do excesso de preços na aquisição em análise era de fácil percepção, considerando o caráter comum dos insumos adquiridos e magnitude do sobrepreço. A título

de exemplo, os preços dos itens papel A4 e caneta (preta, vermelha e azul), que estão entre os cinco principais itens da curva ABC e correspondem a mais de 50% do sobrepreço remanescente, excedem em 86% e 96% os preços de mercado, respectivamente. Com isso, pertinente a condenação dos aludidos agentes em débito e a aplicação de multas individuais fundadas no art. 57 da Lei 8.443/1992.

31. Tendo em vista a gravidade das condutas, conforme as circunstâncias narradas, fixo os valores das sanções em R\$ 10.000,00, para o Sr. Carlos Alberto Nery Matias, e R\$ 15.000,00, para o Sr. Arlinaldo Barbosa da Silva, considerando que este agente foi o responsável direto pela cotação de preços. No caso das empresas, julgo adequado, pelo conjunto fático apresentado, a imposição de multas individuais de R\$ 7.500,00 e R\$ 8.500,00, respectivamente, às sociedades empresárias A. W. dos Santos Pereira – ME e Porto & Porto Ltda., que equivalem a aproximadamente 10% do montante do débito atualizado.

III - 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.

32. Os responsáveis apresentaram, em essência, argumentos semelhantes aos indicados no capítulo anterior, acerca das peculiaridades regionais que determinam a formação de preços, tais como a distância do município e sua má reputação como pagador.

33. Acerca do assunto, invoco as mesmas considerações expostas no capítulo anterior, sendo devida a rejeição das alegações ora apresentadas.

34. Ademais, ressalto que, apesar de o ofício de citação fazer referência a existência de superfaturamento com relação aos preços do Pregão 39/2009 e da pesquisa realizada na base de dados do Comprasnet, esta última referência não foi adotada na composição do débito.

35. Conforme a tabela constante à peça 11, p. 1, do TC 022.205/2012-8, apensado, a diferença entre os preços dos insumos do Pregão 7/2010 e o das atas extraídas do sistema Comprasnet foi de R\$ 322.675,20, quantia bem acima da submetida ao contraditório dos defendentes, R\$ 306.689,72 (peça 2, p. 3). Sendo assim, as atas das licitações pesquisadas serviram apenas para corroborar o critério usado, ao final, pela Secex/AP.

36. Dessa forma, considerando que os preços das atas do pregão não serviram, ao final, como paradigma do débito, as críticas apresentadas pelos responsáveis acerca de tais licitações não têm o condão de elidir o sobrepreço apurado.

37. A propósito, verifico que houve um lapso no cálculo do débito promovido pela unidade técnica, pois a diferença entre os preços do Pregão 7/2010 e do Pregão 39/2009, usado como paradigma, totaliza, em verdade, R\$ 309.621,60, como indica o quadro a seguir extraído da tabela supramencionada:

Item	Quantidade	Preço Pregão 7/2010	Preço Pregão 39/2009	Sobrepreço
Sabão em pó	7200	71,00	29,80	296.640,00
Sabão em barra	3600	23,10	23,00	360,00
Água sanitária	720	19,80	12,00	5.616,00
Palha de aço	720	17,00	16,80	144,00
Desinfetante	360	30,00	19,80	3.672,00
Pano de Chão	3600	3,00	2,20	2.880,00
Papel	360	25,36	24,50	309,60

Higiênico				
			Total	309.621,60

38. A despeito de tal lapso, observo que o erro favorece aos responsáveis, pois o valor do débito objeto da citação é inferior ao real.

39. Com relação ao uso do Pregão 39/2009 como referência dos preços do Pregão 7/2010, observo que este certame envolveu a aquisição da mesma quantidade dos mesmos materiais de limpeza, sendo que ambas as licitações tiveram como objetivo suprir as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde, respectivamente, nos anos de 2009 e 2010. Ademais, cabe destacar que o IGP-M/FGV acumulado nos últimos 12 meses, em janeiro de 2010 totalizou a -0,6559% (fonte: <http://www.portaibrasil.net/igpm.htm>)

40. Diante desse contexto, era esperado que houvesse pequena variação no preço dos itens, haja vista a identidade do objeto e da similaridade das condições de fornecimento dos materiais nas duas aquisições. Porém, a equipe de fiscalização apurou, conforme visto, um excesso de preços de R\$ 306.689,72, o que equivale a 89,7% do preço total de referência.

41. Sendo assim, diante da confiabilidade do paradigma de comparação adotado e da magnitude do superfaturamento, que não pode ser justificada por fatores geográficos e pelo maior risco financeiro do município credor, haja vista as mesmas considerações expostas no capítulo anterior, compreendo que a aquisição levada a cabo no Pregão 7/2010 gerou prejuízo ao erário, sendo cabível a imposição do dever de ressarcir.

42. O Sr. Jose Antônio Nogueira de Sousa, prefeito municipal de Santana/AP, alegou que os atos que praticou foram realizados com boa fé, sem dolo ou qualquer intenção de causar dano ao erário, *“pois foram embasados em atos anteriores de outros órgãos e servidores encarregados de realizarem as licitações, como a coordenadoria de licitações e o órgão jurídico, que o convenceram a homologar as licitações, em razão de que não poderia desconfiar de qualquer abuso ou ilegalidade por parte dos servidores encarregados dos procedimentos”*.

43. Com relação ao assunto, assinalo, inicialmente, que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa **stricto sensu**, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado, nos termos da jurisprudência pacífica desta Casa (Acórdãos 9.004/2018-1ª Câmara, 635/2017-Plenário e 1.465/2016-Plenário, dentre outros).

44. Quanto à boa-fé, ressalto que o exame de sua ocorrência no âmbito desta Corte de Contas se dá por ocasião da resposta da citação e tem como objetivo possibilitar a fixação de novo e improrrogável prazo para o recolhimento da importância devida, acrescida de atualização monetária e sem a incidência de juros de mora, nos termos do art. 202 do Regimento Interno do TCU.

45. Sobre o tema, a jurisprudência do Tribunal se consolidou no sentido de que se deve examinar a boa-fé objetiva, a qual, nas palavras de Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões *“leva em consideração a prática efetiva e as consequências de determinado ato à luz de um modelo de conduta social, adotada por um homem leal, cauteloso e diligente, em lugar de indagar-se simplesmente sobre a intenção daquele que efetivamente o praticou”* (SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida. A Caracterização da Boa-fé nos Processos de Contas. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v. 32, n. 88, abr/jun 2001, p. 73).

46. Tomando por base essas premissas, observo que o Sr. José Antônio Nogueira de Sousa, no presente caso, não agiu de acordo com a conduta esperada de um homem cauteloso e diligente, pois, ao homologar o Pregão 7/2010 e, portanto, atuar como agente administrativo, não atentou para o aumento de 89,7% no custo de aquisição de material de limpeza para a Secretaria Municipal de Saúde, frente aos custos da aquisição anterior.

47. Ainda que ele tenha atuado sob o amparo da atuação anterior de seus subordinados, em relação de confiança, entendo que ele se distanciou do parâmetro de conduta esperado de quem tinha o dever de verificar a correção dos atos administrativos anteriores, ao deixar de examinar, ao menos, a economicidade da contratação que se principiava.

48. No caso, a detecção do excesso de custos não demandava maiores diligências, nem a revisão de composições de custos de serviços complexas, sujeita a conhecimento técnico específico. Pelo contrário, bastava uma simples consulta ao contrato anterior de aquisição de produtos de limpeza, para que o superfaturamento fosse detectado e, assim, evitado.

49. A conclusão levada a efeito no presente feito encontra amparo na jurisprudência do TCU, segundo a qual os pareceres técnicos ou jurídicos somente afastam a responsabilidade do gestor quando a matéria for extremamente técnica ou de difícil detecção pelo agente. Nesse sentido, invoco os Acórdãos 6414/2018-1ª Câmara e 1.738/2017-1ª Câmara.

50. Dessa forma, reputo adequada a inclusão do Sr. Jose Antônio Nogueira de Sousa no rol de responsáveis pelo prejuízo ao erário.

51. Com relação ao Sr. Arlinaldo Barbosa da Silva, coordenador de apoio administrativo da prefeitura, destaco que ele foi encarregado da cotação de preços que subsidiou o Pregão 7/2010. Logo, dada a sua participação direta e relevante na elaboração de ato que possibilitou a posterior celebração de contrato com significativo superfaturamento, entendo que o aludido agente, com muito mais razão, deve ser incluído no rol dos responsáveis pelo débito.

52. A empresa I. A. Lima – EPP asseverou que inexistia tipicidade “superfaturamento” no art. 3º da Lei 8.666/1993, motivo pelo qual não cabe a aplicação de sanções; não foram anexadas ao processo as atas dos pregões de referência, sendo impossível de validá-las; 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; e, com base na boa-fé objetiva, não pode a sociedade ser punida se a administração aceitou pagar o preço ofertado.

53. Sobre o argumento de que inexistia tipicidade “superfaturamento” no art. 3º da Lei 8.666/1993, o que impediria a aplicação de sanções, segundo a empresa I. A. Lima – EPP, ressalto que a celebração de contratos com preços superiores aos de mercado viola a obrigação contida no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, que se dirige não apenas aos agentes públicos como as pessoas jurídicas ofertantes.

54. Tal situação implica a ocorrência de dano ao erário, que enseja a responsabilidade tanto dos agentes públicos que praticaram o ato irregular como o terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do prejuízo apurado, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992.

55. Nesse diapasão, cabe lembrar que a jurisprudência do TCU é remansosa no sentido de que os licitantes, sob risco de responderem por superfaturamento em solidariedade com os agentes públicos, têm a obrigação de oferecer preços que reflitam os paradigmas de mercado, ainda que os valores fixados pela administração no orçamento-base do certame se situem além daquele patamar. A título de exemplo, cito os Acórdãos 1.455/2018-Plenário, 1.959/2017-Plenário e 454/2014-Plenário.

56. A propósito do tema, colaciono a seguinte passagem no voto condutor do último aresto, de lavra do Ministro-Substituto Augusto Sherman:

“15. Ainda que o preço orçado pela administração esteja acima dos preços passíveis de serem praticados no mercado, têm as empresas liberdade para oferecerem propostas que sabem estar de acordo com os preços de mercado. Não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista incidir, no regime de contratação pública, regras próprias de Direito Público,

mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Sem embargo, sua responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992. Logo, não há como acolher as alegações de defesa da empresa beneficiária dos pagamentos reputados superfaturados.”

57. Tais considerações também rebatem o argumento da sociedade empresária I. A. Lima – EPP de que agiu com base na boa-fé objetiva e de que não podia ser punida se a administração aceitou pagar o preço ofertado.

58. A respeito da Sra. Allynne Colares Távora Modesto, compreendo que ela deve ser excluída da responsabilidade pelo débito em questão, porquanto demonstrado que ela não era encarregada de promover a pesquisa de preços, conforme a análise da Secex/AP.

59. Com isso, cabe rejeitar as alegações de defesa dos Srs. José Antônio Nogueira de Sousa e Arlinaldo Barbosa da Silva e da sociedade empresária I. A. Lima - EPP.

60. Pelas circunstâncias relatadas acima, em especial a magnitude do superfaturamento e a facilidade de sua detecção, como visto, sou da opinião que todos os defendentes agiram com culpa grave, sendo, portanto, adequada a aplicação da multa especificada no art. 57 da Lei 8.443/1992.

61. Tendo em vista a gravidade das condutas, fixo os valores das sanções em R\$ 25.000,00, para o Sr. José Antônio Nogueira de Sousa, e R\$ 35.000,00, para o Sr. Arlinaldo Barbosa da Silva, considerando que este agente foi o responsável direto pela cotação de preços. No caso da empresa, fixo o valor da multa em R\$ 45.000,00, pois além dos aspectos anteriores, ela se beneficiou da irregularidade em causa.

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

62. Sobre o assunto, manifesto-me de acordo com a Secex/AP, porquanto não consta dos autos nenhuma justificativa no processo administrativo acerca da necessidade de aquisição por emergência.

63. Conforme o documento juntado à peça 270, p. 36-37, que supostamente serviria para justificar a contratação direta, há apenas uma descrição dos fatos pertinentes à aquisição, que se originou de um pedido de “compra emergencial” formulado pela Coordenação de Assistência à Saúde da Secretaria Municipal de Saúde. Na aludida requisição, também não constam as circunstâncias de fato que possibilitariam enquadrar a aquisição como emergencial (peça 270, p. 2).

64. Portanto, houve violação direta da letra da lei, motivo pelo qual deve ser aplicada multa ao Sr. Carlos Alberto Nery Matias, secretário municipal de saúde que homologou a contratação direta, e ao Sr. Francisco Américo da Silva, coordenador municipal de licitação que formulou o pedido da aquisição emergencial em desacordo com os requisitos legais.

65. Tendo em vista as circunstâncias fáticas reveladas, fixo o valor das sanções em R\$ 20.000,00.

V- Demais Irregularidades

66. Quanto às demais irregularidades, acompanho os pareceres anteriores no sentido de que as evidências juntadas aos autos não se mostraram suficientes para comprovar a ocorrência de direcionamento das licitações e conluio.

67. Pelas razões suscitadas pela unidade técnica, acolho as defesas alusivas à ausência de publicação dos avisos com o resumo dos editais das referidas licitações em jornal de grande circulação local (subitem 3.4.8), à aquisição de 120.000 litros adicionais de gasolina para consumo anual da SEMSA sem que fossem apresentadas estimativas técnicas ou justificativa (subitem 3.4.10), à

aquisição de combustíveis por preços superiores aos praticados aos consumidores por empresa do mesmo proprietário (subitem 3.4.12) e aos indícios de direcionamento nas pesquisas de preços e nas licitações decorrentes (subitens 3.4.3 a 3.4.6).

68. Na linha do exposto pela Secex/AP, acato parcialmente as razões de justificativas dos demais subitens e entendo adequada a expedição das recomendações sugeridas à Prefeitura Municipal de Santana/AP.

69. Por fim, julgo pertinente modificar o cofre credor do débito imputado, do Fundo Municipal de Saúde de Santana/AP para o Fundo Nacional de Saúde (FNS). Tal alteração se ampara no Acórdão 1.072/2017-Plenário, que firmou o seguinte entendimento acerca do tratamento que deve ser dado aos débitos relativos a recursos federais do Sistema Único da Saúde (SUS) transferidos “fundo a fundo” aos estados, municípios e ao Distrito Federal, em especial no que diz respeito à interpretação e à aplicação do art. 27 da Lei Complementar 141/2012:

“9.3.3. tratando-se de débito decorrente de dano ao erário propriamente dito, cabe ao gestor responsável pela irregularidade a obrigação de devolver os recursos, visto que, nessas situações, não há evidências de que eles tenham sido aplicados em prol de alguma finalidade pública, devendo a recomposição ser feita ao Fundo Nacional de Saúde, em respeito ao disposto no art. 2º, inciso VII, do Decreto 3.964/2001 combinado com o art. 33, § 4º, da Lei 8.080/1990;”

70. Em acréscimo, cabe destacar a recomendação expedida ao FNS e ao Ministério da Saúde, consignada no aludido **decisum**, para que:

“(...) em conjunto, avaliem a conveniência e oportunidade de se criarem mecanismos para que os recursos provenientes de ressarcimentos originários de dano ao erário, causado por irregularidades como malversação, desvio, superfaturamento ou realização de despesas sem a correspondente comprovação, sejam, novamente, transferidos para o fundo de saúde ao qual foram originalmente repassados, em acréscimo às transferências regulares que o ente já receberia, informando a este Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da ciência deste acórdão, as providências adotadas neste sentido;”

71. Diante de todo o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de fevereiro de 2019.

BENJAMIN ZYMLER
Relator