

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara

TC-013.345/2005-7

Apensos: TC-005.111/2011-0, TC-016.497/2010-4, TC-000.237/2007-9, TC-025.419/2010-2

Natureza: Recurso de Reconsideração

Entidade: Fundação Nacional de Saúde - Funasa

Recorrente: Ministério Público junto ao TCU

Advogados: Marcelo Luiz Ávila de Bessa, OAB/DF 12330; Mário Menezes, OAB/DF 2876; Henrique Vieira, OAB/DF 12378; Giselle Reis e Rios, OAB/DF 16061; Ariosto Mila Peixoto, OAB/SP 125311; Maíra Martinelli Rizzardi, OAB/SP 168149-E; Leonardo Benevento Marques, OAB/RJ 105667; João Rafael Dias Neto, OAB/DF 27061; Leandro Chiari Rocha, OAB/DF 26134; Paulo Emílio Catta Preta de Godoy, OAB/DF 13520; Antônio Alberto do Vale Cerqueira, OAB/DF 15106; José Augusto de Lima Gantois, OAB/DF 9820.

Sumário: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO INTERPOSTO PELO MP/TCU EM FACE DO ACÓRDÃO Nº 919/2010-TCU-PRIMEIRA CÂMARA, PROFERIDO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. JULGAMENTO ORIGINAL PELA REGULARIDADE COM RESSALVA DAS CONTAS. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. CIÊNCIA.

## RELATÓRIO

Início este relatório transcrevendo na sequência, com os ajustes de forma considerados necessários, a instrução lavrada no âmbito da Serur às fls. 238/250 do Anexo 13:

### **“INTRODUÇÃO**

1. Trata-se de recurso de reconsideração (fls. 2-12, anexo 13) interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, representado pelo Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, contra o Acórdão 919/2010-TCU-1ª Câmara (fls. 1.326-1.327, vol. 6), que apreciou tomada de contas especial resultante de conversão de processo de auditoria de conformidade realizada na Funasa, com o objetivo de analisar a regularidade do Pregão 36/2002, que visava à aquisição de 3 milhões de capas para cobertura de caixas d'água, para atender ao Programa Nacional de Controle da Dengue – PNCD.

### **HISTÓRICO**

2. Por ocasião da conversão do processo de auditoria em tomada de contas especial, foi determinada a citação de diversos responsáveis por suposto dano ao erário decorrente de superfaturamento nos contratos 71/2002, 72/2002 e 73/2002, originários do Pregão 36/2002, nos valores históricos de R\$ 6.724.244,51, R\$ 2.786.249,64 e R\$ 7.274.926,07, respectivamente (itens 1.9 a 1.12 do Acórdão 2.191/2008-TCU-Plenário – fls. 949-953, vol. 4). Também foi determinada a audiência de outros responsáveis por irregularidades relacionadas ao referido pregão (item 1.13 do Acórdão 2.191/2008-TCU-Plenário – fl. 953, vol. 4).

3. A 4ª Secex analisou as razões de justificativa e alegações de defesa apresentadas e propôs que (fls. 1.212-1.216, vol. 6):

a) fossem julgadas regulares as contas de Márcio Costa Vinhaes, Francisco Sérgio Abucater Lima e Francisco Ernesto da Silva Primo;

b) fossem julgadas irregulares, com imputação de débito e aplicação da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, as contas de Guilherme Calhão Motta, Celso Tadeu de Azevedo Silveira, Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Comam Comercial Alvorada de Manufaturados Ltda. e Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda.;

c) fossem julgadas irregulares, com aplicação da multa do art. 58 da Lei 8.443/1992, as contas de Guilherme Calhão Motta, Celso Tadeu de Azevedo Silveira, Haroldo Sérgio Silva Bezerra, Fabiano Geraldo Pimenta Júnior, Ricardo Pimenta Faria e Mauro Ricardo Machado Costa.

4. O MP/TCU aquiesceu à referida proposta, exceto no tocante aos Srs. Haroldo Sérgio Silva Bezerra, Fabiano Geraldo Pimenta Júnior e Mauro Ricardo Machado Costa, por entender que a responsabilidade deles deveria ser excluída (fls. 1.218-1.223, vol. 4).

5. Em seguida, foi proferido o Acórdão 919/2010-1ª Câmara, mediante o qual esta Corte, discordando da unidade técnica e do MP/TCU, acolheu as razões de justificativa e alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis e julgou suas contas regulares com ressalva, dando-lhes quitação (fls. 1.326-1.327, vol. 6). O Ministro-Relator da deliberação recorrida consignou haver restrições à metodologia aplicada pela unidade técnica para a verificação da existência de sobrepreço e considerou razoável e proporcional às exigências circunstanciais daquele momento o procedimento da Funasa de fixar o preço de referência do pregão a partir de consulta de preços com potenciais fabricantes/fornecedores de capas para caixas d'água, tendo em vista que o produto era inédito e sua aplicação urgente (fls. 1.323/1.324, vol. 6).

6. Inconformado com tal decisão, o Ministério Público junto ao TCU interpôs o presente recurso de reconsideração, requerendo o seu conhecimento e provimento, a fim de que o Tribunal (fl. 12, anexo 13):

a) torne insubsistente o Acórdão nº 919/2010 – 1ª Câmara;

b) julgue irregulares as presentes contas, com fundamento no artigo 16, III, alíneas b e c, da Lei nº 8.443/92;

c) condene os Srs. Guilherme Calhão Motta e Celso Tadeu de Azevedo Silveira e as empresas Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Comam Comercial Alvorada de Manufaturados Ltda. e Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda., de acordo com as responsabilidades solidárias indicadas nas citações, ao recolhimento do débito apurado nestes autos;

d) aplique aos responsáveis acima indicados, individualmente, a multa prevista no artigo 57 da Lei nº 8.443/92;

e) aplique ao Sr. Ricardo Pimenta Faria a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92;

f) autorize, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

g) exclua da presente relação processual os demais responsáveis ouvidos pelo Tribunal;

h) encaminhe cópia da deliberação que vier a ser proferida, acompanhada do relatório e voto que a fundamentarem, à Procuradora da República Raquel Branquinho P. M. Nascimento.'

7. Na instrução de fls. 97-100, anexo 13, foi proposta a instauração do contraditório em relação aos Srs. Guilherme Calhão Motta, Celso Tadeu de Azevedo Silveira e Ricardo Pimenta Faria e às empresas Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Comam Comercial Alvorada de Manufaturados Ltda. e Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda., a fim de que apresentassem contrarrazões ao recurso de reconsideração interposto pelo MP/TCU.

8. Após a realização das comunicações processuais, houve apresentação de contrarrazões por parte dos Srs. Guilherme Calhão Motta (fls. 132-144, anexo 13), Celso Tadeu de Azevedo Silveira (fls. 212-235, anexo 13, vol. 1) e Ricardo Pimenta Faria (fls. 162-168, anexo 13) e da empresa Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio (fls. 117-130, anexo 13).

#### **EXAME TÉCNICO**

#### **9. Razões recursais apresentadas pelo MP/TCU**

9.1. Argumenta o MP/TCU que (fl. 3, anexo 13):

(...) a alegação de ineditismo do produto não pode ser considerada para justificar os preços praticados pelas empresas contratadas, na medida em que, entre outros aspectos, restou evidenciada a possibilidade de outras empresas se interessarem em fornecê-lo, mediante fabricação própria ou pelo estabelecimento de uma cadeia de fornecedores, assim como a ausência de negociação e de competição durante a realização do pregão, conforme se verifica nos trechos da análise da unidade técnica, abaixo transcritos (...)

9.2. Além disso, o MP/TCU ressalta (fl. 5, anexo 13):

*(...) as graves acusações contidas na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal (cópia anexa), que trata do mesmo assunto destes autos, retratando, com impressionante riqueza de detalhes, a utilização, pelos envolvidos no certame, de um articulado mecanismo de fraude a licitações e desvio de recursos públicos, (...)*

9.3. Assim, pugna pela reforma do acórdão recorrido, tendo em vista a caracterização de superfaturamento na aquisição de capas para cobertura de caixas d'água, nos termos da análise realizada pela 4ª Secex, bem como a evidência de fraude no procedimento licitatório, conforme constatação do Ministério Público Federal.

**10. Contrarrazões apresentadas por Guilherme Calhão Motta (ex-pregoeiro da Funasa)**

10.1. O responsável alega que não há que se falar em irregularidade no certame, seja pela suposta ausência de competitividade, seja pela alegada ausência de negociação. Aduz que já teve a oportunidade de evidenciar que o cenário que se lhe apresentou não permitiu o elastecimento de prazos e procedimentos. Ressalta que as medidas requeridas eram de caráter urgente e pouca margem de discricionariedade foi concedida para a prática dos atos administrativos examinados pelo TCU.

10.2. Transcreve argumentos constantes de suas alegações de defesa, atinentes à fixação de preços e ao exercício do poder de negociação. Entre tais argumentos, destacam-se os seguintes:

a) de acordo com o art. 8º, III, do Anexo 1 do Decreto 3.555/2000, só caberia ao pregoeiro definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas e justificar a necessidade da aquisição, caso houvesse delegação de competência, o que não se verificou;

b) a urgência na contratação não foi resultado de ação ou omissão do pregoeiro, mas determinada pelo alto escalão do Poder Executivo;

c) o pregoeiro interpretou o art. 11, XVI, do Anexo 1 do Decreto 3.555/2000, como uma faculdade incluída nos limites de um poder discricionário que lhe foi atribuído, e não como um poder-dever;

d) o pregoeiro, de fato, buscou a negociação;

e) em face da pouca oferta, reduz-se o espaço para o exercício da negociação, considerando-se, ainda, a exiguidade de tempo.

10.3. Alega que o que o MP/TCU chamou de evidência de conluio e favorecimento já havia sido esclarecido por ocasião das alegações de defesa. Transcreve trecho da referida defesa que tratou da aceitação de atestados de capacidade técnica, em que se destacam os seguintes argumentos:

a) o pregoeiro não pode recusar nenhum documento apresentado pelos licitantes, face ao princípio da publicidade. Assim, todos os documentos apresentados passam a compor o processo de licitação em caráter obrigatório;

b) a equipe de auditoria não provou que os atestados de capacidade técnica tidos por irregulares foram considerados válidos pelo pregoeiro e suficientes à habilitação das empresas, as quais apresentaram vários outros atestados e documentos para o mesmo fim;

c) do universo de atestados apresentados, o pregoeiro só considerou aqueles que se encontravam aptos à prova editalícia da capacidade técnica;

d) não há norma legal que crie para o pregoeiro a atribuição de se pronunciar acerca de cada atestado que não guarde similaridade com o objeto licitado;

e) o pregoeiro preocupou-se em verificar, caso a caso, os atestados apresentados pelas empresas licitantes, deles extraíndo sua convicção para a expedição do ato declaratório vencedor.

10.4. Afirma que a irresignação do MP/TCU não merece prosperar, por absoluta falta de amparo, e que o acórdão recorrido deve ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

**11. Contrarrazões apresentadas por Celso Tadeu de Azevedo Silveira (ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa)**

11.1. O responsável alega que o Pregão 36/2002, embasado nos quantitativos e nas especificações técnicas aprovadas pelas áreas finalísticas envolvidas no PNCD, embora sob a pressão característica dos procedimentos para a aquisição de recursos utilizados no combate às endemias, foi desenvolvido na estrita observância dos comandos legais, em especial a Lei de Licitações e a Lei dos Pregões.

11.2. Sustenta que os preços de referência foram obtidos por intermédio de pesquisa junto a fornecedores no mercado. Afirma que, sobre os preços obtidos na pesquisa, foram aplicados redutores de forma a inviabilizar possíveis ofertas com sobrepreço.

11.3. Assevera que o colegiado do TCU admitiu que não se poderia esperar da administração procedimento diverso do que foi adotado, pois razoável e proporcional às exigências circunstanciais do momento.

11.4. Alega que o MP/TCU não demonstrou a existência de conluio entre as empresas licitantes e os servidores da Funasa para fraudar a licitação.

11.5. Argumenta que, ainda que houvesse algum conluio entre as licitantes, isso não autorizaria inferir que os representantes da Funasa estivessem envolvidos. Assevera que é função da polícia, e não do órgão licitante, investigar se existem empresas organizadas para fraudar licitações.

11.6. Alega que o recurso interposto pelo MP/TCU não se baseia em fatos concretos, mas em meras ilações de terceiros (técnicos da Secex e MPF). Aduz que a própria petição inicial da ação civil pública citada no recurso de reconsideração está fundada em ilações e que o relatório técnico da Secex, que deu base a essa ação judicial, está fundamentado em premissas teóricas inadequadas para a pretendida condenação.

11.7. Alega que a Secex, na determinação do sobrepreço, utilizou-se de dados e metodologia de análise equivocados, inaplicáveis à espécie em razão das especificidades do caso concreto.

11.8. Aduz que o inquérito civil público em que se baseou a ação civil pública tratou da ECT, não se referindo à Funasa nem a nenhum servidor seu. Assevera que o MPF, por ilação, deduziu que a licitação da Funasa foi fraudada, em razão de que algumas empresas que participaram dessa licitação também participaram de licitações fraudulentas da ECT.

**12. Contrarrrazões apresentadas por Ricardo Pimenta Faria (fiscal dos Contratos 71, 72 e 73/2002, oriundos do Pregão 36/2002)**

12.1. O responsável alega que, ao longo do exercício de sua atribuição de fiscal dos Contratos 71, 72 e 73/2002, apresentou diversos relatórios e notas técnicas, como demonstram os relatórios anexos.

12.2. Alega que o art. 67 da Lei 8.666/1993, ao estabelecer o registro próprio de ocorrências, não atribui forma específica nem metodologia para tal registro.

12.3. Aduz que não se fazia presente para registrar e acompanhar as entregas e que não pôde exercer as atividades de fiscalização a contento, dada a ausência de condições logísticas (passagens e diárias) para o efetivo deslocamento do servidor, na qualidade de fiscal de contratos.

12.4. Descreve o funcionamento operacional da Funasa à época no tocante à emissão de passagens e diárias, ressaltando que não era atribuição dos servidores a requisição de passagens e diárias, e sim do gerente do programa.

12.5. Afirma que só alegou desconhecimento técnico no tocante à composição do material utilizado na fabricação das tampas e capas, que demandaria testes específicos para confirmar ou não as suas propriedades.

12.6. Aduz que a declaração prestada por ele tem como único objetivo apontar a fragilidade e a inadequação dos procedimentos colocados à disposição do fiscal dos contratos.

12.7. Afirma que o próprio TCU fez menção expressa a um dos relatórios de vistoria/fiscalização elaborados pelo responsável e que os demais relatórios de vistoria/fiscalização não constam dos autos.

12.8. Nega ter declarado que não cumpriu as obrigações inerentes à função de fiscal de contratos por falta de treinamento e capacitação técnica. Afirma que sua declaração visou enfatizar ao TCU que não tinha conhecimento técnico quanto ao material utilizado na fabricação das tampas e informar sobre a fragilidade técnico-institucional da Funasa.

12.9. Afirma que o TCU em momento algum lhe perguntou sobre a elaboração de relatórios/notas técnicas de fiscalização/vistoria, nem o intimou a apresentar tais documentos.

12.10. Alega que as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Márcio Costa Vinhaes faltaram com a verdade, induzindo a erro o Ministro-Relator. Afirma que o referido senhor recebeu em mãos o pedido de exoneração feito pelo responsável, mas deixou de oficializar e dar andamento a tal pedido e ainda deu o 'de acordo' à sua nomeação para fiscal dos Contratos 71, 72 e 73/2002.

12.11. Sustenta que a determinação de cronograma de viagens de fiscalização dos referidos contratos era atribuição do Sr. Márcio Costa Vinhaes.

12.12. Alega que a aprovação dos relatórios parciais de fiscalização/vistoria efetuados pelos consultores contratados era efetuado pelo PNCD, sem submissão ao fiscal de contratos legalmente designado.

12.13. Alega que as notas fiscais juntadas ao processo comprovam que ele não exerceu a função de atestar as mesmas.

12.14. *Assevera que seria praticamente impossível para qualquer fiscal de contratos fiscalizar entregas em nove estados da federação no mesmo dia.*

12.15. *Alega que a Nota Técnica 54/2003 (fls. 431-432, vol. 2) demonstra a sua participação na readequação dos quantitativos de forma a aumentar a relação custo benefício para o PNCD, bem como seu conhecimento técnico específico no tocante ao controle de vetores, mas não o seu conhecimento quanto à composição dos materiais empregados na fabricação das tampas e das capas para caixas d'água.*

### **13. Contrarrazões apresentadas por Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio (parte no Contrato 72/2002)**

13.1. *A empresa alega que o ineditismo do produto era patente, o que levou à participação de poucas empresas no certame. Afirma que esse ineditismo provoca dificuldade na apuração do preço estimado para a licitação e que a pesquisa de mercado para realização de licitações encontra obstáculo no desinteresse de fornecedores em ofertar preços e na dificuldade em encontrar fornecedores para produtos não disponíveis no mercado.*

13.2. *Alega que o produto inédito requer matrizes de cálculo diferentes daquelas observadas em materiais com elevada escala de produção e que, por isso, qualquer alegação de sobrepreço terá sido fundamentada em base subjetiva.*

13.3. *Afirma que, em sua peça inicial de defesa, apresentou um conjunto de equívocos técnicos cometidos pelo auditor, tais como: a) não foram solicitados os documentos contábeis à empresa Diana Paolucci S/A para evidenciar suposto ilícito de sobrepreço; b) o relatório não conseguiu comprovar objetivamente a formação de preços para a capa de caixa d'água, uma vez que cada empresa tem sua estrutura de cálculo própria, estratégia comercial, parque fabril, terceirização, verticalização da produção, etc.*

13.4. *Alega que, se havia apenas dívidas e suposições de sobrepreço, não poderia haver decisão condenatória.*

13.5. *Aduz que o auditor cometeu equívocos, ao equiparar estruturas de custos de duas empresas totalmente distintas, ao não analisar o conjunto de documentos contábeis enviados pela empresa Diana Paolucci S/A, ao não distinguir custos fixos de custos variáveis, ao tentar impor um modelo de eficiência de custos impossível de ser aplicados às empresas abertas em geral e ao rejeitar a ideia de que o preço justo para a Diana Paolucci S/A seja diverso do preço justo para a empresa Comam, considerando-se que a Diana possuía, à época, planta industrial própria no Ceará com altos custos fixos, diferentemente da empresa Comam, que produzia 100% dos materiais de forma terceirizada.*

13.6. *Assevera que, em trechos do próprio relatório de auditoria (fls. 890 e ss.), reconhece-se a impossibilidade de se confirmarem os indícios de sobrepreço. Salieta que houve apenas suposições de prática de sobrepreço, sendo inviável qualquer punição sem lastro objetivo, concreto e comprovado. Sustenta que, na ausência de provas, tem lugar o princípio do in dubio pro reo. Alega que os indícios de atos ilícitos não podem ser atribuídos à Diana Paolucci, que não existe relação de causalidade entre a sua conduta e o resultado naturalístico e que não há prova de dolo ou culpa da empresa.*

13.7. *Afirma ser incontroverso nos autos o fornecimento e a conformidade do objeto contratado e que houve redução dos casos de dengue no país, conforme noticiado na página da UOL.*

13.8. *Alega que o momento da análise das amostras dos produtos (2 anos após o término do período de garantia) e as condições inapropriadas de armazenamento podem ter contribuído para a leve desconformidade da amostra com as características definidas pelo edital, o que encontra-se no campo da tolerância do processo produtivo em grande escala.*

13.9. *Assevera que as supostas graves acusações contidas na ação civil pública, se trazidas para os presentes autos, acabariam por tumultuar o processo. Afirma que as acusações do MPF contra a empresa Diana são destituídas de prova objetiva.*

#### **Análise**

14.1. *As irregularidades que ensejaram a citação dos Srs. Guilherme Calhão Motta (pregoeiro designado para conduzir o Pregão 36/2002) e Celso Tadeu de Azevedo Silveira (ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa, autoridade que homologou o Pregão 36/2002) foram as seguintes (fls. 966-968, vol. 4; e 972-973, vol. 5):*

a) *estabelecimento de preços de mercado de forma inadequada, no âmbito do Pregão 36/2002, sem a demonstração objetiva de como foram determinados os valores máximos das capas para caixas d'água, contrariando o disposto no art. 8º, inciso III, do Decreto 3.555/2000;*

b) omissão quanto ao poder-dever de negociar melhores preços para o erário, após a fase de lances, posteriormente à verificação de que as propostas vencedoras ficaram coincidentemente ordenadas e com valores finais pouquíssimos diferentes dos estimados, infringindo as disposições do art. 11, incisos XI, XII, XIII e XVI, do Decreto 3.555/2000;

c) início do procedimento licitatório que visava à aquisição de 4 milhões de capas para cobertura de caixas d'água sem a justificativa técnica da necessidade e das especificações estipuladas, bem como da inexistência de soluções alternativas, nos termos do art. 8º, inciso III, 'a', e art. 21, inciso I, do Decreto 3.555/2000;

d) realização de procedimento licitatório indevidamente na modalidade pregão, pois os bens a serem adquiridos (capas para cobertura de caixas d'água) não são enquadráveis no conceito de 'Bens Comuns' (§ 2º, art. 1º, do Decreto 3.555/2000);

e) realização de procedimento licitatório sem a devida comprovação de que havia efetiva disponibilidade orçamentária para fazer face às despesas com o produto a ser adquirido (art. 19 do Decreto 3.555/2000);

f) desobediência, injustificada, aos Pareceres 042/PROJU/PGF/AGU, de 10/9/2002, e 059/PROJU/PGF/AGU, de 17/9/2002, da Procuradoria Jurídica da Funasa, que alertavam para essas irregularidades, em afronta ao parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993;

g) descon sideração das alterações efetuadas nas especificações técnicas das capas para cobertura de caixas d'água, durante o desenrolar do procedimento licitatório, o que ocasionou a ausência de justificativa para tais alterações e a não submissão dessas alterações a uma nova avaliação da Procuradoria Jurídica da Funasa, em afronta ao art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993;

h) aceitação, imotivada, de atestados de capacitação técnica que não guardavam similitude com o objeto do Pregão 36/2002, além de, em alguns casos, terem sido emitidos em passado distante da época da licitação, inadmissíveis sob o ponto de vista da razoabilidade, contrariamente ao que dispõe o art. 30, II, da Lei de Licitações.

14.2. Em relação ao estabelecimento dos preços de mercado, o Ministro-Relator da deliberação recorrida consignou que (fls. 1.323-1.324, vol. 6):

*'A Funasa, ao ser incumbida da aquisição das capas para caixas d'água, deparou-se com circunstância especial: o produto não existia no mercado, era inédito. Consultou, então, possíveis fabricantes ou empresas interessadas em desenvolver o produto. Mediante essa consulta foi cotado um preço ao qual foi aplicado um redutor de 30%. O valor obtido foi considerado preço de referência do pregão.*

*O pregão foi regularmente divulgado e ao seu processamento não foram levantadas restrições. Os valores obtidos para o fornecimento das capas ficaram ligeiramente abaixo dos preços de referência. Os contratos foram celebrados com as empresas que venceram o certame, que os executaram nos termos estabelecidos, no transcurso do exercício de 2003.*

*A hipótese de sobrepreço desenvolvida nestes autos considerou que as ações dos gestores da Funasa teriam sido insuficientes para apressar o menor preço possível a que o mercado se dispunha para fornecer o produto pretendido. Aplicou-se, então, o conceito de Lucros e Despesas Indiretas (LDI) para a verificação da aceitabilidade dos preços, procedimento contestado nas alegações de defesa.*

*Para a unidade técnica, não seria um conceito de aplicação restrita a obras e serviços de engenharia; tratar-se-ia de conceito da engenharia de custos, cujo objetivo é a apropriação das despesas indiretas para a apuração do custo total de um produto.*

*Em tese, a afirmação está correta. No caso concreto, contudo, há restrições à metodologia aplicada na verificação da existência e da quantificação do sobrepreço.*

*As informações que alimentaram o sistema de cálculo desenvolvido pelo Auditor Federal responsável pela instrução do processo representam apenas parte dos custos de uma empresa, cujos dados foram obtidos com apoio da Secretaria da Fazenda do Distrito Federal, sendo os resultados desses cálculos extrapolados para as outras duas empresas contratadas, das quais não se obteve informações da formação dos seus custos. Como os preços ofertados são semelhantes, concluiu-se que os seus custos também seriam.*

*Divirjo das conclusões de sobrepreço a que chegou a unidade técnica. O procedimento da Funasa, de levantar os preços em potenciais fabricantes e/ou fornecedores de capas para caixas de água foi razoável. O produto era inédito, não havia oferta dele no mercado, e a sua aplicação urgente. As ações*

implementadas para sua aquisição observaram o rito processual estabelecido na Lei 10.520/2002, no Decreto 3.555/2000 e na Lei 8.666/1993.

Os fabricantes/fornecedores precisaram adaptar sua planta industrial para um produto específico, sem garantia de novos fornecimentos. Não se pode esperar dos administradores procedimento diverso do que foi adotado, que considero razoável e proporcional às exigências circunstanciais daquele momento, com perspectiva iminente de alastramento de epidemia de dengue nas diversas regiões do país.

Extirpar do contexto as circunstâncias excepcionais que envolvem tomadas de decisão cujos resultados dependem essencialmente da implementação de medidas imediatas, tempestivas, e exigir que os administradores tomem precauções somente vislumbradas anos após a consecução dos atos e até mesmo hoje não usuais na aquisição de bens comuns com entrega imediata, em que predomina a consulta aos preços de mercado ou, se houver, de aquisições anteriores, implica impor aos administradores condicionantes desarrazoadas.'

14.3. Ao contrário do que consignou o Ministro-Relator, entende-se que não foi razoável o procedimento feito pela Funasa para estabelecer os preços de referência (valores máximos) da licitação.

14.4. Tal procedimento consistiu em consulta a apenas duas empresas (Proper e Bertoni – fls. 123-127 e 156-157, vol. principal), sendo que a primeira delas cotou preço para um produto com especificações diversas das constantes do edital (o preço cotado foi para capas de polietileno, sendo que, de acordo com o edital, as capas deveriam ser de polipropileno – fls. 127 e 169, vol. principal).

14.5. Assim, na prática, a pesquisa de preço foi feita com apenas uma empresa (Bertoni), não havendo, nos autos, justificativa para que outras empresas não tivessem sido consultadas.

14.6. Cabe destacar que o fato de o produto ser inédito (não havia disponíveis no mercado capas para caixas d'água com as especificações requeridas pela Funasa, embora houvesse outros tipos de capa) não justifica que o preço de referência da licitação seja obtido com base nos preços ofertados por uma única empresa. Isso porque certamente havia no mercado outras empresas interessadas em fabricar referido produto, tanto é que participaram do Pregão 36/2002 quatro empresas, dentre as quais não se inclui a Bertoni. Contudo, a Funasa não teve a precaução de consultar outras empresas, preferindo aplicar redutores variados aos preços cotados pela Bertoni, sem que houvesse nenhuma justificativa para os percentuais de redução adotados (33% para capa circular de 250/500L, 29,1% para capa circular de 500/1000L, 34% para capa retangular de 250/500L e 30% para capa retangular 500/1000L – tabela à fl. 1.182, vol. 6).

14.7. Conforme consignado pela 4ª Secex (fl. 1.189, vol. 6):

'(...) a Funasa optou por aplicar uma taxa de redução arbitrária aos valores apresentados, sem qualquer justificativa para a taxa adotada.

5.4.8. Agindo assim, não possibilitou qualquer segurança quanto ao risco de dano ao erário, já que a taxa de inflação dos preços na pesquisa de mercado pode ter sido consideravelmente superior à taxa de redução aplicada.'

14.8. Desse modo, não pode ser considerada elidida a irregularidade descrita na letra 'a' do item 14.1 desta instrução. Tal irregularidade, contudo, não pode ser atribuída ao Sr. Guilherme Calhão Motta, mas apenas ao Sr. Celso Tadeu de Azevedo Silveira, que era a autoridade competente a que se refere o art. 8º, III, 'a', do Anexo 1 do Decreto 3.555/2000, não havendo, nos autos, prova de que tenha ocorrido delegação de competência ao pregoeiro.

14.9. Embora a Funasa não tenha estabelecido de forma adequada os preços máximos da licitação, entende-se, em concordância com voto condutor do acórdão recorrido, que 'há restrições à metodologia aplicada na verificação da existência e da quantificação do sobrepreço' (fl. 1.323, vol. 6).

14.10. Isso porque os preços de mercado definidos pela 4ª Secex foram obtidos com base em notas fiscais de aquisição de matéria-prima e de serviços de mão-de-obra de apenas uma das licitantes (Comam), agregando-se o conceito de Lucros e Despesas Indiretas (LDI) a que se refere o Acórdão 1.020/2007-Plenário (que tratou de ajuste do BDI para fornecimento de materiais no âmbito de contratos de obras e serviços de engenharia), o que pode não refletir adequadamente a estrutura de custos das três licitantes contratadas.

14.11. Assim, não se pode ter certeza de que os valores de referência para cálculo do sobrepreço calculados pela 4ª Secex (fls. 902, vol. 4, e 1.210, vol. 6) representam o valor de mercado para os produtos adquiridos, porquanto se basearam nos custos incorridos por uma única empresa.

14.12. Portanto, na ausência de um parâmetro seguro para o cálculo do valor de mercado das capas para caixas d'água, não há como se imputar débito aos responsáveis e às empresas contratadas.

14.13. No que tange à irregularidade referente à ausência de negociação, verifica-se que deve ser afastada, a uma, porque a ata de sessão de abertura do pregão registrou ter havido uma 'fase de negociação' (fl. 247, vol. 1), e a duas, porque o art. 11, XVI, do Anexo 1 do Decreto 3.555/2000 não impõe a obrigação de negociação, pois dispõe que o pregoeiro 'poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor' (grifou-se).

14.14. Quanto ao início do procedimento licitatório sem a justificativa técnica da necessidade e das especificações estipuladas, verifica-se que tal irregularidade não foi completamente elidida. Embora estivesse prevista no Programa Nacional de Controle da Dengue (PNCD) a vedação de depósitos de água como ação de saneamento ambiental (fl. 19, anexo 10), não constou do PNCD nem dos autos do procedimento licitatório a justificativa técnica para as especificações das capas contidas no edital do Pregão 36/2002. Tal justificativa só foi apresentada em 4/10/2005 (fls. 47-48, anexo 10), ou seja, bem após a homologação do certame (novembro/2002), contrariando, assim, o disposto nos arts. 8º, inciso III, 'a', e 21, inciso I, do Anexo 1 do Decreto 3.555/2000.

14.15. Cabe salientar que a Procuradoria Jurídica da Funasa alertou por duas vezes para a falta de justificativa técnica sobre a necessidade da contratação (fls. 120 e 150, vol. principal), sem que fosse atendida.

14.16. Ademais, após o julgamento do certame, ocorrido em 14/11/2002 (fl. 270, vol. 1), houve alteração das especificações das capas, a teor do documento de fls. 273-276, vol. 1, datado de 22/11/2002. Assim, as capas, que de acordo com o edital deveriam ser de polipropileno ou poliéster (fl. 169, vol. principal), passaram a ser de polipropileno com uma tela no centro de polietileno (fl. 273, vol. 1).

14.17. Não obstante as alterações efetuadas contrariarem o edital, ainda em novembro de 2002 houve a homologação do processo licitatório (fl. 284, vol. 1) e a assinatura dos contratos (fls. 295-323, vol. 1). Ressalte-se que apenas em 16/12/2002, quando os contratos já estavam em vigor, houve a emissão de parecer técnico sobre adequação das amostras apresentadas pelas licitantes às novas especificações das capas (fls. 288-289, vol. 1).

14.18. Assim, ficaram devidamente caracterizadas nos autos as irregularidades descritas nas letras 'c', 'f' e 'g' do item 14.1 desta instrução. Contudo, o pregoeiro não pode ser responsabilizado pela irregularidade descrita na letra 'c', pois não era a autoridade competente a que se refere o art. 8º, III, do Anexo 1 do Decreto 3.555/2000, persistindo sua responsabilidade pelas irregularidades 'f' e 'g'. Já o ex-Diretor do Departamento de Administração, que homologou o pregão, deve responder pelas três irregularidades citadas.

14.19. As irregularidades descritas nas letras 'd' e 'e' do item 14.1 desta instrução foram devidamente elididas, a teor dos itens 4.4.8 e 4.4.12 da instrução da 4ª Secex que analisou as alegações de defesa dos responsáveis (fls. 1.184-1.185, vol. 6).

14.20. No que se refere à irregularidade descrita na letra 'h' do item 14.1 desta instrução, não foi elidida pelos defendentes, pois não houve apresentação, por parte da Comam, de atestado de capacidade técnica que pudesse comprovar o fornecimento anterior de bens compatíveis com o objeto licitado (fls. 235-245, vol. 1, e fl. 1.185, vol. 6). Assim, ainda que se considere que o pregoeiro não aceitou todos os atestados apresentados pelas licitantes, o fato que é que a Comam foi habilitada indevidamente, pois não comprovou que tinha capacidade técnica para fornecer os produtos licitados.

14.21. Portanto, cabe dar provimento parcial ao presente recurso de reconsideração, para julgar irregulares as contas dos Srs. Guilherme Calhão Motta e Celso Tadeu de Azevedo Silveira, com aplicação da multa do art. 58, II, da Lei 8.443/1992.

14.22. Quanto ao Sr. Ricardo Pimenta Faria, foi citado em razão de 'não ter exercido suas atribuições de fiscalização no âmbito dos Contratos n.ºs 71, 72 e 73/2002, uma vez que não apresentou nenhum relatório demonstrando suas atividades, contrariando o disposto no art. 67, §1º, da Lei n.º 8.666/1993' (fl. 1.014, vol. 5).

14.23. Em primeiro lugar, não prospera a alegação do responsável de que o TCU não lhe questionou sobre a elaboração de relatórios de fiscalização, pois a citação mencionou claramente o fato de ele não ter apresentado nenhum relatório demonstrando suas atividades (fl. 1.014, vol. 5). Ademais, na entrevista feita por auditores do TCU com o Sr. Ricardo Pimenta Faria, foi lhe perguntado o seguinte: 'Quais os registros formais que o amparavam na fiscalização?'. Em resposta, o entrevistado disse que não havia tais registros (fl. 25, vol. principal).

14.24. Em segundo lugar, embora alegue ter apresentado diversos relatórios e notas técnicas ao longo do exercício de sua atribuição de fiscal dos Contratos 71, 72 e 73/2002, não é isso que se observa dos documentos anexados às contrarrazões, uma vez que:

a) os documentos de fls. 171-191, anexo 13, não se referem aos contratos oriundos do Pregão 36/2002 (aquisição de capas para caixas d'água), mas sim à Concorrência 6/2002 (aquisição de tampas para caixas d'água);

b) o documento de fls. 200-203, anexo 13, consiste em um Relatório de Viagem feito pelo Sr. Ricardo Pimenta Faria, mas sem assinatura. Segundo esse relatório, o responsável viajou para o Estado do Rio de Janeiro, 'para verificar as Tampas para caixas d'água entregues pela empresa Engesul' (fl. 200, anexo 13), sendo que, em relação às capas para caixas d'água, houve apenas uma observação sucinta de que muitos Municípios ainda não haviam retirado as capas, com sugestões referentes à distribuição das capas, ao tamanho de algumas capas e ao acabamento das capas. Tal documento não pode ser considerado como prova da fiscalização dos Contratos 71, 72 e 73/2002, os quais abrangiam entregas de capas nas 27 Unidades da Federação, e não apenas no Estado do Rio de Janeiro;

c) o documento de fl. 196, anexo 13, não tratou da fiscalização dos Contratos 71, 72 e 73/2002, pois consiste apenas em parecer sobre a adequação das amostras apresentadas pelas licitantes às novas especificações das capas estipuladas pela Funasa (cf. fls. 277-289, vol. 1), não se referindo à execução dos objetos contratuais.

14.25. Em terceiro lugar, as alegadas dificuldades para fiscalizar os contratos deveriam ter sido objeto de registro por parte do fiscal e as providências que não fossem da sua alçada deveriam ter sido solicitadas a seu superior hierárquico, nos termos do art. 67, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993.

14.26. Em quarto lugar, o responsável não comprovou, por meio de documento protocolado no setor competente, ter solicitado sua exclusão da função de fiscal dos Contratos 71, 72 e 73/2002.

14.27. Sendo assim, está demonstrada a infração ao art. 67 da Lei 8.666/1993 por parte do Sr. Ricardo Pimenta Faria, em razão da sua omissão em fiscalizar os Contratos 71, 72 e 73/2002, devendo suas contas serem julgadas irregulares, com aplicação da multa do art. 58, II, da Lei 8.443/1992.

14.28. As empresas Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Comam Comercial Alvorada de Manufaturados Ltda. e Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda. foram citadas por terem concorrido para o dano ao erário, ao apresentarem proposta com preços superfaturados e terem fornecido produto que não atendeu à especificação contida no edital de licitação do Pregão 36/2002 (fls. 978, 986 e 993, vol. 5).

14.29. Como visto nesta instrução, não está comprovada a ocorrência de dano ao erário, razão pela qual não pode ser imputado débito às empresas contratadas.

14.30. Quanto à qualidade dos produtos entregues, ratifica-se o posicionamento adotado pelo Ministro-Relator da deliberação recorrida, que assim se manifestou (fls. 1.323-1.324, vol. 6):

'As amostras submetidas à avaliação do Inmetro foram analisadas fora do prazo de garantia do material. O produto foi fornecido à Funasa em 2003, enquanto o laudo do Inmetro, motivador da hipótese de desconformidade, data do ano de 2006, prazo muito superior ao exigido no ato convocatório e garantido pelos fornecedores, de 12 meses. O fator tempo pode ter influenciado o resultado da amostra.

(...)

Sob o prisma dos resultados obtidos, a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, em relatório de 21/3/2006, referiu-se nos seguintes termos (fl. 738, volume 3):

'O único modelo de tela que impediu tanto a passagem de formas adultas de recém emergidas de pupas para o ambiente externo como a ovipostura de fêmeas de *Aedes aegypti*, foi o modelo distribuído pelo Ministério da Saúde.'

14.31. Desse modo, como não há comprovação de irregularidade praticada pelas referidas empresas, elas devem ser excluídas da presente relação processual.

14.32. No que tange ao relato de fraude à licitação contido na petição inicial da ação civil pública citada pelo MP/TCU (fls. 13-90, anexo 13), deve-se esclarecer que não veio acompanhado dos documentos comprobatórios. Ademais, a citação dos responsáveis nestes autos não contemplou a ocorrência de fraude à licitação, o que impede, na atual fase do processo, eventual condenação com base em tal irregularidade.

14.33. Saliente-se que a 4ª Secex já havia consignado a impossibilidade de o TCU comprovar a existência de conluio entre as licitantes, a teor do seguinte trecho (fl. 598, vol. 3):

‘26.1.15 Porém, considerando a coincidência na ordem das propostas vencedoras do Pregão nº 36/2002, conforme demonstrado no Quadro anexo, fls. 87, vol. princ; as notícias veiculadas na imprensa a respeito dessas empresas; e, principalmente, a adequação do que ocorreu no Pregão em referência à denúncia apresentada ao MPF (fls. 496 a 498, vol. 2), é que repetimos, por prudência – sem pré-julgamento das empresas envolvidas –, torna-se necessário o envio, desde já, deste relatório ao Procurador da República Bruno Caiado de Acioli, responsável pela investigação da referida denúncia, para as providências cabíveis.

26.1.16 E a razão dessa sugestão é óbvia: o MPF, sabemos todos, possui ferramentas de investigação mais apropriadas – possível quebra de sigilos, caso assim entenda – para melhor esclarecimento deste caso. Com os meios disponíveis ao TCU, salientamos, não foi possível avançar mais na comprovação de possível conluio das empresas vencedoras do Pregão nº 36/2002, por isso a sugestão de envio, desde já, deste relatório ao MPF.’ (grifou-se)

14.34. Ante todo o exposto, deve ser dado provimento parcial ao presente recurso de reconsideração, alterando-se o julgamento das contas dos Srs. Guilherme Calhão Motta, Celso Tadeu de Azevedo Silveira e Ricardo Pimenta Faria para irregulares, com aplicação de multa, mas sem imputação de débito.

### **CONCLUSÃO**

Ficaram configuradas nestes autos as seguintes irregularidades:

a) responsável: Celso Tadeu de Azevedo Silveira

a.1) estabelecimento de preços de mercado de forma inadequada, no âmbito do Pregão 36/2002, sem a demonstração objetiva de como foram determinados os valores máximos das capas para caixas d’água, contrariando o disposto no art. 8º, inciso III, do Anexo I do Decreto 3.555/2000;

a.2) início do procedimento licitatório que visava à aquisição de 4 milhões de capas para cobertura de caixas d’água sem a justificativa técnica da necessidade e das especificações estipuladas, bem como da inexistência de soluções alternativas, nos termos do art. 8º, inciso III, ‘a’, e art. 21, inciso I, do Anexo I do Decreto 3.555/2000.

b) responsáveis: Celso Tadeu de Azevedo Silveira e Guilherme Calhão Motta

b.1) desobediência, injustificada, aos Pareceres 042/PROJU/PGF/AGU, de 10/9/2002, e 059/PROJU/PGF/AGU, de 17/9/2002, da Procuradoria Jurídica da Funasa, em afronta ao parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993;

b.2) desconsideração das alterações efetuadas nas especificações técnicas das capas para cobertura de caixas d’água, durante o desenrolar do procedimento licitatório, o que ocasionou a ausência de justificativa para tais alterações e a não submissão dessas alterações a uma nova avaliação da Procuradoria Jurídica da Funasa, em afronta ao art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993;

b.3) aceitação, imotivada, de atestados de capacitação técnica que não guardavam similitude com o objeto do Pregão 36/2002, além de, em alguns casos, terem sido emitidos em passado distante da época da licitação, inadmissíveis sob o ponto de vista da razoabilidade, contrariamente ao que dispõe o art. 30, II, da Lei de Licitações.

c) responsável: Ricardo Pimenta Faria

c.1) ausência de fiscalização dos Contratos 71, 72 e 73/2002, contrariando o disposto no art. 67 da Lei 8.666/1993.

16. Já as ocorrências de sobrepreço e de fraude à licitação não foram devidamente comprovadas, o que justifica a não imputação de débito e a exclusão das empresas Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Comam Comercial Alvorada de Manufaturados Ltda. e Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda. da presente relação processual.

17. Sendo assim, prospera apenas parcialmente o recurso de reconsideração interposto pelo MP/TCU.

### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com a proposta de:

a) conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União contra o Acórdão 919/2010-TCU-1ª Câmara, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992, e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para julgar irregulares as contas dos Srs. Guilherme Calhão Motta, Celso Tadeu de Azevedo Silveira e Ricardo Pimenta Faria, com fundamento no art. 16, III, ‘b’, da Lei 8.443/1992, aplicando-lhes a multa prevista no art. 58, II, da referida lei;

*b) excluir da presente relação processual as empresas Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Comam Comercial Alvorada de Manufaturados Ltda. e Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda.;*

*c) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida ao recorrente, aos Srs. Guilherme Calhão Motta, Celso Tadeu de Azevedo Silveira e Ricardo Pimenta Faria, às empresas Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Comam Comercial Alvorada de Manufaturados Ltda. e Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda., à Procuradoria da República no Distrito Federal e aos demais interessados no processo.”*

2. O Secretário em substituição da Serur anuiu à proposta de encaminhamento (fl. 251, Anexo 13).
3. O Ministério Público junto ao TCU, atuando como *custos legis* e representado pelo Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé, colocou-se de acordo com a proposta da unidade técnica, em manifestação lançada às fls. 252/253 do Anexo 13.
4. Posteriormente à fase processual adrede historiada, a empresa CONAM Comercial Alvorada de Manufaturados apresentou documentação que foi igualmente analisada pela Serur, em atendimento à despacho do relator de fl. 256 do Anexo 13.
5. A análise levada a efeito acerca dos novos documentos (fls. 290/294, Anexo 13) não resultou em alteração das propostas de encaminhamento já transcritas neste relatório, conforme posicionamento convergente do auditor-instrutor (fls. 293/294, Anexo 13), do Secretário-Substituto da Serur (fl. 295, Anexo 13) e do Ministério Público junto ao TCU (fl. 296, Anexo 13).

É o Relatório.