

VOTO

Inicialmente, aduzo que o recurso pode ser conhecido, eis que preenche os requisitos de admissibilidade.

2. Quanto ao mérito, concordo com a instrução da Serur e com o parecer do Ministério Público (*custos legis*) quanto à insuficiência dos argumentos recursais para modificar o mérito da deliberação recorrida no que tange à pretensão de se imputar débito aos recorridos.

3. Corroboro o entendimento unívoco entre unidade técnica e *Parquet*, no sentido da impossibilidade de se condenar os responsáveis em débito, consoante excerto que recupero a seguir da instrução de mérito da Serur:

“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.” (Grifei).

4. Não obstante entender superada a questão do pretense débito cogitado na peça recursal, a Serur, igualmente acompanhada pelo MP/TCU, entende ter havido outras irregularidades sob a responsabilidade dos Senhores Celso Tadeu de Azevedo Silveira, Guilherme Calhão Motta e Ricardo Pimenta Faria.

5. Pretende a unidade técnica revisora, acompanhada pelo *Parquet*, que os referidos agentes públicos tenham suas contas julgadas irregulares e sejam sancionados com a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, em razão das seguintes condutas tidas por irregulares:

a) Ricardo Pimenta Faria - ausência de fiscalização dos Contratos 71, 72 e 73/2002, contrariando o disposto no art. 67 da Lei 8.666/1993;

b) 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) 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;

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) Celso Tadeu de Azevedo Silveira:

c.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 1 do Decreto 3.555/2000;

c.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 1 do Decreto 3.555/2000.

6. Com as devidas vênias dos pareceres emitidos nos autos, considero que a argumentação recursal manejada pelo MP/TCU se limitou a pugnar pela revisão do julgamento original, no sentido de condenar em débito os Senhores Celso Tadeu de Azevedo Silveira e Guilherme Calhão Motta, solidariamente com as empresas contratadas, não havendo pedido alternativo para a aplicação de multa a esses responsáveis, caso o Tribunal não acolha o pedido recursal de condenação por dano ao erário.

7. Apesar disso, e tendo em conta o efeito devolutivo do recurso de reconsideração, considero que a argumentação recursal e a análise empreendida pela unidade técnica não têm o condão de desconstituir o entendimento desta Corte de Contas materializado no acórdão guerreado de modo a impingir sanção pecuniária aos recorridos.

8. Tenho por corolário lógico à conclusão que não há débito nas presentes contas – conclusão da Primeira Câmara, por meio do Acórdão nº 919/2010, e dos pareceres emitidos nesta fase recursal – o raciocínio consequente de que o estabelecimento dos preços de mercado não foi inadequado.

9. Além disso, o fato do ineditismo do produto contratado e a premência do tempo em se obter e distribuir as capas de caixa d'água, ante a iminência do período de pico dos casos de dengue no país, foram situações reais a serem enfrentadas pelos então gestores da Funasa a exigir decisões urgentes que, se não se justificariam em situações de normalidade, ao menos podem ser consideradas como circunstâncias mitigadoras da gravidade dos atos questionados, a ponto de ser de rigor excessivo a aplicação da sanção cogitada pela via recursal.

10. Restam indenenes, a meu ver, os seguintes fundamentos lançados no voto condutor da deliberação recorrida (Ministro Walton Alencar Rodrigues) para concluir pela regularidade com ressalva das contas, quanto aos aspectos relacionados ao procedimento licitatório que culminou nos Contratos 71, 72 e 73/2002:

“O PNCD [Programa Nacional de Controle da Dengue] foi concebido por solicitação do Conselho Nacional de Saúde, com a participação da Funasa, Ministério da Saúde, estados e municípios. À Funasa coube executar o plano, implementando as medidas nele determinadas, num espaço de tempo relativamente pequeno. Aprovado em julho de 2002, a grande preocupação do plano era evitar ou pelo menos diminuir a incidência da dengue no verão de 2002/2003.

A aquisição das capas para caixas d'água apresentou-se para os especialistas como a solução técnica adequada para o controle da dengue, tanto que foi incluída no PNCD.

Ainda que se pretenda questionar a adequação da medida, eventual irregularidade não poderia ser imputada aos administradores da Funasa, ente operacional do plano, porque a opção pelas capas foi decisão do Conselho Nacional de Saúde.

[...]

Os quantitativos, de igual forma, foram determinados no anexo III do PNCD (fl. 29, anexo 10), definidos pelo Grupo de Trabalho da Dengue, juntamente com os representantes dos estados e municípios, com base nas informações relativas aos municípios definidos como prioritários pelo programa e em subsídios técnicos fornecidos pelo Departamento de Saneamento da Funasa com base no percentual de municípios com cobertura de abastecimento de água nas diferentes regiões do país.

A escolha da modalidade licitatória - pregão - e a falta de disponibilidade orçamentária foram adequadamente justificadas.

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.

[...]

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.**

[...]

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.

Cito, a respeito, Marçal Justen Filho, in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 11. ed. - São Paulo : Dialética, 2005, pg. 49:

‘(...) A proporcionalidade significa o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Ponderar os valores significa compatibilizá-los, o que pode exigir uma relativa atenuação de cada qual dos valores envolvidos. Essa ponderação se desenvolve tanto no plano normativo abstrato como na dimensão da aplicação concreta. O Direito posto contém a ponderação realizada pela sociedade em relação aos valores. Mas isso é insuficiente, porque o caso concreto sempre apresenta inovações e complexidades imprevistas e imprevisíveis. O aplicador da norma será obrigado, por isso, a examinar o caso concreto e avaliar os valores a realizar e em que medida. Isso impõe produzir uma espécie de hierarquia de valores para o caso concreto, o que não significa liberação do intérprete em face do Direito posto. Trata-se de aplicar o Direito e não de impor convicções pessoais. A função do aplicador do Direito será de compatibilizar os valores (consagrados no ordenamento e vivenciados pela sociedade), de molde a permitir que todos sejam realizados e satisfeitos.

(...)

Como derivação implícita, deve-se prestigiar a instrumentalidade das normas jurídicas em relação aos fins a que se orientam. A proporcionalidade exclui interpretações que tornem inútil a(s) finalidade(s) buscada(s) pela norma. Se o ordenamento consagrou certos valores e impôs regras como forma de sua realização, é vedado ao aplicador adotar interpretação desnaturadora. A proporcionalidade válida apenas as interpretações concretamente adequadas à realização dos valores consagrados no ordenamento e vivenciados pela sociedade.’

[...]

Como ficou demonstrado na análise das ações implementadas no processamento do Pregão 36/2002, pela Funasa, e na execução dos contratos dele resultantes, e após criteriosa comparação entre as normas que regem a matéria e os atos administrativos praticados e os resultados obtidos, pode o Tribunal acolher as alegações de defesa e as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, julgar as contas regulares com ressalva e dar-lhes quitação.” (Grifei).

11. Conforme visto na transcrição acima, a situação concreta enfrentada pelos agentes da Funasa deve ser ponderada sob o prisma do objetivo colimado – enfrentar uma potencial crise de dengue com consequências nefastas para grande parte da população –, dos meios e tempo disponíveis e das disposições normativas a serem seguidas. Na espécie, vislumbro que o Relator *a quo* demonstrou

lucidamente na deliberação recorrida quais deveriam ser os parâmetros e circunstâncias a se conferir maior valoração, de modo a concluir seu julgamento – acompanhado unanimemente por este colegiado – pela razoabilidade dos procedimentos adotados, de modo a se proferir decisão pela regularidade com ressalva das contas, ponto de vista que continuo compartilhando, em coerência como votei, seguindo o relator, por ocasião do julgamento deste feito mediante o Acórdão nº 919/2010-TCU-Primeira Câmara.

12. Com relação à suposta deficiência da fiscalização dos contratos, imputável ao Sr. Ricardo Pimenta Faria, até admito que houve falhas na desejável adequabilidade da supervisão a cargo do servidor. Todavia, registro que é humanamente impossível fiscalizar a contento a entrega de 4 milhões de capas em 27 estados da federação, tudo isso a cargo de um único fiscal.

13. A deficiência, portanto, deveria ser imputada aos gestores que definiram essa modelagem insuficiente de fiscalização, não sendo justo, a meu ver, sancionar o fiscal designado por uma situação como essa, em que claramente não poderia se desincumbir de forma completa da missão hercúlea a ele conferida.

14. Não obstante, colho dos autos que apesar da modelagem deficiente de fiscalização, o projeto obteve êxito, consoante os seguintes registros do voto condutor da deliberação recorrida:

“Em nota técnica de 4/10/2005 (fl. 671, volume 3), o coordenador-geral do PNCD informou, in verbis:

‘Em 2003, ano em que se iniciaram as atividades de vedação das caixas d’água, houve registro de 346.118 casos de dengue, representando redução de 56% em relação a 2002. Neste mesmo período, a redução dos casos de febre hemorrágica da dengue e de óbitos também foi altamente significativa. Houve redução de 73% nos casos de febre hemorrágica e de 74% no número de óbitos.

No ano de 2004, a tendência de redução foi mantida, com registro de 117.519 notificações, equivalendo a 66% de redução no número de casos em relação a 2003.”

Nessa mesma nota técnica consta que (fl. 672, volume 3):

‘Em abril de 2004, a Superintendência de Controle de Endemias da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo realizou avaliação técnica do processo de instalação de 226.086 capas, apresentando ao Comitê Técnico Assessor Nacional do PNCD as seguintes conclusões:

- houve diminuição significativa dos índices de densidade larvária nas localidades beneficiadas;*
- corroborou, dentre outros fatores, na diminuição do número de casos autóctones de dengue;*
- foi percebida discreta sensibilização da população, que reforçou os cuidados com relação a outros criadouros;*
- o fornecimento gratuito do kit-saneamento, bem como o serviço imediato de colocação do material, em alguns casos contribuiu para o interesse da população pelos trabalhos.”*

15. Nessas condições, com as devidas vênias, julgo ser indevida a aplicação de multa ao fiscal dos contratos.

16. Por fim, quanto à sugestão de se excluir da relação processual as empresas contratadas, que foram chamadas a se defender de possível débito, registro que o processo teve curso regular e as justificativas por elas apresentadas foram ao final acolhidas, concluindo-se pela inexistência de dano ao erário, razão pela qual entendo ser processualmente equivocada a cogitada exclusão. Note-se que as referidas empresas não foram chamadas aos autos por erro de procedimento. De fato, existia liame claro entre os supostos sobrepreços e os contratos executados pelas fornecedoras integrantes da relação processual. Suposto sobrepreço que, ao fim e ao cabo, não se configurou. Assim, o julgamento proferido levou em conta esses pressupostos de constituição regular do feito e concluiu, em julgamento de mérito, pela regularidade das contas.

17. Diante de todo o considerado neste voto, avalio que nenhum reparo há a fazer na deliberação recorrida, devendo ela ser mantida em seus exatos termos.

Ante o exposto, voto no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de novembro de 2011.

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator