

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC-018.729/2009-0

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Entidade: Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Maranhão (NEMS/MA).

Recorrente: Fábio Adrião Paixão Cunha (162.139.982-68).

Advogados constituídos nos autos: Não atuou.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM PROCESSO DE CONTAS ORDINÁRIAS JULGADO IRREGULAR COM MULTA. IRREGULARIDADES COMETIDAS EM PREGÕES REALIZADOS PELA ENTIDADE. CONHECIMENTO DO RECURSO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES À ALTERAÇÃO DO JUÍZO ANTERIORMENTE FIRMADO. NÃO PROVIMENTO.

Mantém-se inalterada a deliberação recorrida quando as ponderações apresentadas em sede recursal não são capazes de amparar a reformulação do juízo anterior.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir, com os ajustes de forma que reputo pertinentes, instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), cujo encaminhamento teve a anuência de seu corpo diretivo (peças 25 e 26):

“1. Trata-se das contas ordinárias do Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Maranhão - NEMS/MA relativas ao exercício de 2008, em que o Sr. Fábio Adrião Paixão Cunha, pregoeiro encarregado da condução dos pregões 02/2008-eletrônico e 03/2008-presencial, é arrolado como responsável pelas seguintes irregularidades:

a) inserção, no edital do Pregão Eletrônico nº 2/2008, de requisito exorbitante, tal como a apresentação de amostras para produtos comuns, sem justificativa aceitável, no prazo exíguo de vinte e quatro horas após a classificação da proposta, condição que criou embaraço desnecessário à participação de licitantes sediadas em outros estados, em afronta ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666, de 21/6/1993, e art. 5º do Decreto 5.450, de 31/5/2005;

b) ausência, no edital do Pregão Eletrônico nº 2/2008, de critérios objetivos para a avaliação das amostras requeridas, bem como de data estipulada para a referida avaliação, desatendendo ao princípio do julgamento objetivo estabelecido no art. 3º da Lei 8.666/1993 e no art. 5º do Decreto 5.450/2005;

c) ausência de comprovação de que as empresas vencedoras do Pregão Eletrônico nº 2/2008 foram comunicadas a respeito da necessidade de remessa das amostras, bem como de que foram chamadas sucessivamente, as próximas colocadas, gerando dívidas sobre a regularidade no procedimento do pregoeiro quanto à observância dos arts. 5º e 7º do Decreto 5.450/2005;

d) cancelamento dos itens 30 a 96 do Pregão Eletrônico nº 2/2008 sem fundamentação plausível, tendo sido consignado em ata que os itens foram cancelados porque as empresas não apresentaram as respectivas amostras, quando, na verdade, o edital só exigia tal providência em relação aos itens 01 a 29, caracterizando violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório;

e) mudança da modalidade pregão eletrônico para pregão presencial sob o argumento de maior celeridade, incompatível com o ritmo adotado para o andamento do segundo certame, que só viria a ocorrer sessenta dias após;

f) *antieconomicidade nas aquisições realizadas por meio do Pregão Presencial nº 3/2008, uma vez que o valor global adjudicado foi substancialmente superior ao obtido mediante o Pregão Eletrônico nº 2/2008;*

g) *indícios de irregularidade concernentes à seleção da firma Comercial Miguel Ribeiro Ltda., responsável por 82,39% do valor global adjudicado no Pregão Presencial nº 3/2008, bem como ao relacionamento posterior estabelecido com o fornecedor, ante as seguintes constatações:*

g.1) *ausência, no processo, da consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores do Governo Federal - Sicaf especificamente no que tange a esta concorrente, embora tal consulta tenha sido efetuada em relação às demais licitantes, lançando dúvidas sobre a observância do art. 4º, inciso XIII, da Lei 10.520, de 17/7/2002;*

g.2) *adjudicação de itens à referida empresa com preços consideravelmente acima dos estimados pelo NEMS/MA e sem justificativa para tanto, em afronta ao art. 4º, inciso XI, da Lei 10.520/2002;*

g.3) *atraso na entrega dos produtos, sem que a Administração tenha adotado quaisquer das providências previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002.*

2. *Neste passo, examina-se recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Fábio Adrião Paixão Cunha contra o Acórdão 11.153/2011-TCU-2ª Câmara, que assim dispôs (p. 30-31 da peça 8):*

'VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas do Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Maranhão relativas ao exercício de 2008.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária de 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 10, §1º, 16, incisos I, II e III, alínea b, 17, 18, 19, parágrafo único, e 23, incisos I, II e III, da Lei 8.443/1992, em:

9.1. *declarar a revelia do Sr. Fábio Adrião Paixão Cunha e julgar irregulares as suas contas, aplicando-lhe a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992 no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) e fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove perante o tribunal (art. 23, inciso III, alínea a, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 214, inciso III, alínea a, do RI/TCU) o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, acrescidas dos encargos legais devidos a contar da data deste acórdão, caso não venha a ser paga dentro do prazo ora estipulado;*

9.2. *acolher em parte as razões de justificativa apresentadas pela Srª Ângela Maria Leite, julgando regulares com ressalva as suas contas e dando-lhe quitação;*

9.3. *julgar regulares as contas das Sras Débora Cristina Franca Teixeira e Rosângela Ramos Santos e do Sr. Marival Pinheiro Lobão, dando-lhes quitação plena;*

9.4. *cientificar o Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Maranhão sobre a ocorrência das seguintes irregularidades na gestão em exame, determinando-lhe que, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da ciência deste acórdão, adote as medidas administrativas necessárias à não reincidência dessas falhas:*

9.4.1. *ausência de indicadores de desempenho verificada no Relatório de Gestão de 2008, em descumprimento da Decisão Normativa/TCU 94, de 3/12/2008;*

9.4.2. *realização do Pregão Presencial nº 3/2008 sem que se tenha buscado obter o melhor preço junto às licitantes, contrariando o art. 4º, inciso XVII, da Lei 10.520/2002;*

9.4.3. *ausência de comprovação de que as empresas vencedoras do Pregão Eletrônico nº 2/2008, sucessivamente desclassificadas pela ausência de encaminhamento das amostras, foram comunicadas, em observância aos arts. 5º e 7º do Decreto 5.450/2005, a respeito da necessidade de sua remessa;*

9.4.4. *exigência de apresentação de amostras no prazo exíguo de 24 (vinte e quatro) horas após a classificação da proposta, além de ausência de critérios objetivos para a avaliação*

dessas amostras, conforme observado no edital do Pregão Eletrônico nº 2/2008, em desrespeito ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e ao art. 5º do Decreto 5.450/2005;

9.4.5. ausência de consulta ao Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores - Sicafe, no âmbito do Pregão Presencial nº 3/2008 e no que tange à empresa Comercial Miguel Ribeiro Ltda., em descumprimento ao art. 4º, inciso XIII, da Lei 10.520/2002;

9.5. determinar, ainda, ao Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Maranhão que, caso não seja atendida a notificação a que se refere o subitem 9.1 deste acórdão, efetue o desconto da dívida nas remunerações do Sr. Fábio Adrião Paixão Cunha, observando o disposto no art. 46 da Lei 8.112, de 11/12/1990;

9.6. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida a que se refere o subitem 9.1 deste decisum, acrescida dos encargos legais devidos, na hipótese de resultarem infrutíferas a notificação para recolhimento da multa e a determinação para desconto em folha;

9.7. recomendar à Diretoria Executiva do Fundo Nacional de Saúde que estabeleça, em conjunto com o Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Maranhão, metas e indicadores de desempenho a serem atingidos, buscando corrigir, tempestivamente, as disfunções verificadas na gestão da Unidade, evitando que volte a ocorrer o baixo desempenho verificado na gestão de 2008;

9.8. encaminhar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, ao Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Maranhão, à Diretoria Executiva do Fundo Nacional de Saúde e ao órgão regional da Controladoria-Geral da União no Estado do Maranhão, determinando-lhe que informe, por ocasião das contas do órgão em epígrafe referentes a 2012, acerca das medidas tomadas com relação às irregularidades apontadas nestes autos.'

Admissibilidade

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 19), ratificado à peça 22 pelo Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator Augusto Nardes, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os subitens 9.1, 9.5 e 9.6 do Acórdão 11.153/2011-TCU-2ª Câmara, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

Mérito

1º Argumento:

4. A realização do Pregão Presencial nº 3/2008 se deu em decorrência da ausência de participantes no Pregão Eletrônico nº 2/2008, ante a exigência do edital que dispõe acerca da obrigatoriedade do envio de amostras para serem analisadas junto aos setores competentes.

5. Demais disso, por motivo de celeridade, com o intuito de não se perderem os recursos federais transferidos, houve um acerto entre as chefias e o ordenador de despesas sobre a mudança de modalidade de pregão eletrônico para pregão presencial.

Análise do 1º Argumento:

6. Ora, se no Pregão Eletrônico nº 2/2008 não houve participantes, não há razão lógica para o Pregão Presencial nº 3/2008 contar com licitantes, eis que apenas restringe o universo de potenciais concorrentes.

7. O outro argumento de que, por questão de celeridade, foi escolhida a forma presencial em detrimento da eletrônica não merece prosperar, vez que o segundo certame só ocorreu 60 dias após o primeiro.

2º Argumento:

8. 'Quanto à apresentação dita prazo de 24 (vinte e quatro) horas não foi exigido pelo pregoeiro e sim foram observadas as solicitações das amostras perante as empresa desclassificada para a chamada da próxima empresa classificada onde se dará um prazo mínimo de 03 (três) dias úteis, e não como consta o prazo acima citado' (sic).

Análise do 2º Argumento:

9. Supondo que o recorrente quis dizer que o prazo para a apresentação das amostras não era de 24 horas e, sim, de três dias úteis, ainda assim persiste a irregularidade concernente à necessidade de apresentação de amostras na modalidade pregão.

10. De fato, assim vaticina o art. 1º da Lei 10.520/2002:

Art. 1º Para a aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

11. Ora, é da natureza dos bens e serviços comuns (aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado) a desnecessidade de apresentação de amostras para serem aferidos padrões de desempenho e qualidade.

12. Posta assim a questão, entende-se que o 2º argumento não é procedente.

3º Argumento:

13. No que tange à habilitação da empresa Comercial Miguel Ribeiro Ltda., apesar de não constar nos autos certidão retirada do SICAF, foram apresentadas todas as certidões exigidas no art. 27 da Lei 8.666/1993.

Análise do 3º Argumento:

14. O argumento apresentado não é inédito e já foi examinado pela Secex/MA conforme consta do item 37 do relatório do Ministro **a quo** (p. 24 da peça 8):

37. O art. 4º, inciso XIII, da Lei 10.520/2002 estabelece que ‘a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais...’. Uma vez que não foi juntado aos autos, no momento da habilitação, a certidão de regularidade fiscal perante as fazendas federal, estadual e municipal, não há como assegurar que a empresa Comercial Miguel Ribeiro Ltda. estivesse com a situação regular e pudesse continuar no processo licitatório, naquele momento. A consulta posterior junto ao Sicafe, bem como a juntada posterior da documentação não elide a irregularidade.

15. Assim, o 3º argumento não é procedente.

4º Argumento:

16. Não deu nenhum problema financeiro ao erário da União.

Análise do 4º Argumento:

17. Apesar de não ter havido dano ao erário, não foram elididas as irregularidades constantes do subitem 1 desta instrução.

18. Por conseguinte, é de todo procedente a multa que foi aplicada ao recorrente, com fulcro no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, devendo-se negar provimento ao recurso interposto.

19. Por fim, cumpre observar que o recorrente requer o seu retorno à função de pregoeiro, medida que não compete ao TCU, pois não foi determinado no acórdão condenatório o seu afastamento da referida função.

Conclusão

20. Diante do exposto, propõe-se que o Tribunal de Contas da União:

i) conheça do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Fábio Adrião Paixão Cunha contra o Acórdão 11.153/2011–TCU–2ª Câmara, com fundamento no art. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento;

ii) mantenha incólume o acórdão ora recorrido;

iii) dê ciência do acórdão que for prolatado, bem como do relatório e voto que o fundamentarem, ao recorrente e aos demais interessados.”

2. O Ministério Público junto ao TCU, representado nos autos pelo Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, manifestou-se favoravelmente à proposta da Serur, nos termos que reproduzo a seguir com adequações de forma que julgo pertinentes (peça 27):

“Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Fábio Adrião Paixão Cunha (peça 12), em face do Acórdão 11.153/2011-2ª Câmara, proferido no âmbito da tomada de contas anual do Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Maranhão, referente ao exercício de 2008. Por intermédio dessa deliberação, o responsável teve suas contas julgadas irregulares, com condenação ao pagamento de multa de R\$ 7.000,00, fundamentada no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992.

Preliminarmente, entendo relevante destacar que o referido responsável foi ouvido em audiência em razão de diversas irregularidades ocorridas no âmbito do Pregão Eletrônico nº 2/2008 e do Pregão Presencial nº 3/2008, mas se manteve silente, em razão do que foi considerado revel.

Agora, irresignado com a deliberação, comparece aos autos alegando, em suma, que:

a realização do Pregão Presencial nº 3/2008 se deu em razão da ausência de participantes no Pregão Eletrônico nº 2/2008, por não atenderem a exigência contida no edital de ‘obrigatoriedade dos envios das amostras para serem analisadas junto aos setores competentes’;

a escolha da modalidade pregão presencial teria decorrido da necessidade de não se ‘perder o recurso vindo para esse objetivo’. Ademais, teria havido conversação com a chefia, de modo a verificar a possibilidade de mudança da modalidade eletrônica para presencial, por ser mais rápida. Só na segunda oportunidade apareceram empresas interessadas;

não teria sido exigido prazo de 24 horas para apresentação das amostras; antes ‘foram observadas as solicitações das amostras perante a empresa desclassificada para a chamada da próxima empresa classificada onde se dará um prazo mínimo de 03 (três) dias úteis’. Não trouxe comprovação dessa assertiva;

a empresa Comercial Miguel Ribeiro Ltda. apresentou a documentação requerida para sua habilitação, em substituição à pesquisa no SICAF;

não houve prejuízo ao erário.

Os argumentos foram analisados pela Serur, mediante a instrução que constitui a peça 25. A unidade especializada propõe o conhecimento do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se incólume o acórdão recorrido.

Este Representante do Ministério Público junto ao TCU se manifesta de acordo com o encaminhamento sugerido pela Serur, por considerar que os argumentos trazidos aos autos não logram elidir as irregularidades atribuídas ao responsável.

Primeiramente, faz-se necessário destacar que as alegações do Sr. Fábio Adrião Paixão Cunha não abrangem todas as ocorrências a respeito das quais foi ouvido em audiência e em razão do que teve suas contas julgadas irregulares. Por esse motivo, ainda que viesse a ser considerada pertinente a argumentação ora oferecida, não teria o condão de alterar o julgamento de suas contas, podendo ensejar, no máximo, a redução do valor da multa a ele imputada. Mas tal não será o caso, conforme demonstrado a seguir.

Alega o Sr. Fábio Adrião que o Pregão Presencial nº 3/2008 se deu em razão da ausência de participantes no Pregão Eletrônico nº 2/2008. Todavia, tal informação não encontra guarida nos documentos acostados aos autos.

Antes, o relatório da CGU (peça 4, p. 3-4) noticia que ‘não houve comprovação de que especificamente tenha havido comunicação (quer por registro eletrônico em ata quer por qualquer outra comunicação formal) entre o NEMS/MA e as empresas’ desclassificadas por não terem cumprido solicitação do edital relativa ao envio de amostras. Também não haveria registro de que as empresas não teriam atendido à solicitação do pregoeiro. Ademais, consoante

a CGU, fugiria ao razoável 'o fato de terem sido convocadas tantas empresas [dez] e nenhuma delas ter atendido à exigência de remeter amostras para análise da licitante'.

O relatório assevera, ainda, que constariam do processo 'propostas de empresas que venceram determinados itens, mas que não entregaram os materiais por inércia da licitante, uma vez que não foram emitidos os respectivos empenhos' (peça 4, p. 4). Assim, considero não ter ficado caracterizada a alegada falta de interesse de empresas em participar do certame.

Quanto à substituição da modalidade pregão eletrônico pelo pregão presencial, sob a alegação de maior celeridade, considero que também não se mostra razoável. Como anotado pela CGU (peça 4, p. 4-5), o pregão presencial só veio a ser realizado quase 60 dias após despacho do Sr. Fábio Adrião sugerindo a alteração.

Ressalto que a modificação se deu sem que tenha ocorrido a apreciação pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico em São Luís/MA (peça 4, p. 5 e 7), o qual, em análise do Pregão Eletrônico nº 2/2008, destacou as vantagens desta modalidade licitatória (peça 6, p. 28):

'(...) a ampliação da competitividade entre os interessados, a simplificação das atividades do pregoeiro, facilidade para processar licitações dentre os vários lotes ou itens, supressão de formalidades, proporcionar uma aquisição mais econômica, segura e eficiente pela Administração Pública.'

No tocante à solicitação de amostras, o responsável alega que o prazo estabelecido no edital seria de três dias úteis e não de 24 horas. Nada obstante, não oferece qualquer documento a comprovar sua afirmativa. Assim, sem entrar no mérito quanto à razoabilidade de um ou outro prazo, considero que não há como se acolher o argumento oferecido.

Anoto, apenas, como bem ressaltado pela Secex/MA, que não haveria problema em se exigir amostra de produto objeto de licitação, ainda que na modalidade pregão, para o licitante que se apresenta, provisoriamente, em primeiro lugar. Nesse sentido é a jurisprudência dessa Corte, a exemplo do Acórdão 1.237/2002 – Plenário, da relatoria do Exmo. Ministro Walton Alencar, de cujo Voto transcrevo o seguinte excerto:

'A exigência de amostras na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável, porquanto imporia ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes.'

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração.

Não viola a Lei n. 8.666/1993 a exigência, na fase de classificação, de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital.'

No mesmo sentido foi o Voto do Exmo. Ministro André Luís de Carvalho, que fundamentou o Acórdão 1.113/2008-Plenário, proferido nos seguintes termos:

'13. Todavia, em se tratando de exigência de apresentação de amostras apenas do licitante vencedor, tal procedimento pode surgir como uma melhor forma de se garantir prestação, perfeição e eficiência ao procedimento do pregão presencial, desde que não comprometa a celeridade de todo o processo e não imponha ônus desnecessários a todos os licitantes.'

14. No caso de pregão presencial realizado para aquisição de material de consumo, a análise de amostra apresentada pelo vencedor do certame tem o condão de garantir ao órgão público que efetua a compra, que o produto adquirido tenha adequada qualidade técnica'

aliada ao melhor preço, sem, contudo, comprometer a rapidez esperada para a efetivação da contratação.

15. Para materiais de consumo que podem ter sua qualidade aferida, rapidamente, sem necessidade de emissão de pareceres técnicos de especialistas, a exigência de amostra do vencedor do certame consubstancia-se na prevalência do princípio da eficiência, sem restar constatado prejuízo à celeridade.'

Com relação à ausência de consulta ao Sicaf, à semelhança da Serur, considero que a questão foi adequadamente tratada pela Secex/MA, ao apreciar as razões de justificativa da Sra. Ângela Maria Leite (peça 8, p. 8).

Finalmente, quanto à alegada ausência de prejuízos, cabe salientar que tal não se efetivou em razão das providências adotadas pela Sra. Ângela Maria Leite, em atendimento às recomendações da CGU. Ademais, não é demais consignar que, caso o dano ao erário tivesse se concretizado, o responsável teria sido ouvido em citação, e não em audiência, de sorte que a inexistência de prejuízo não tem o condão de suprimir as irregularidades perpetradas pelo Sr. Fábio Adrião.

Ante o exposto, manifesto minha aquiescência à proposição da Serur, pelo conhecimento do recurso impetrado pelo Sr. Fábio Adrião, para, no mérito, negar-lhe provimento."

É o Relatório.