TC 013.797/2013-1

Apenso: TC 008.866/2012-0

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidade jurisdicionada: Município de União dos Palmares, Alagoas.

Responsáveis: Areski Damara de Omena Freitas Júnior (CPF 384.374.144-15); Gabriela Yasmine Lins de Albuquerque Pontes Freitas (CPF 012.773.954-89); Laguna Distribuidora Ltda. (CNPJ 07.888.067/0001-53); Lúcio José Oliveira Bezerra (CPF 122.189.794-20).

Advogado ou Procurador: Diogo Prata Lima (OAB/AL 7.909, CPF 045.470.004-09) e outros (peças 26 e 27); Paulo de Tarso da Costa Silva (OAB/AL 7.983, CPF 037.006.044-08) e outros (peça 3); Cleto Carneiro de Araújo Costa (OAB/AL 6.471, CPF 007.901.734-76) e outros (peça 4).

Interessado em sustentação oral: não há.

Proposta: de mérito.

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurada em função do Acórdão 2.691/2013 – TCU – 2ª Câmara, em desfavor do Sr. Areski Damara de Omena Freitas Júnior, ex-Prefeito do Município de União dos Palmares/AL, solidariamente com a Sra. Gabriela Yasmini Lins de Albuquerque Pontes Freitas, ex-Secretária Municipal de Educação, com o Sr. Lúcio José Oliveira Bezerra, ex-Pregoeiro do retrocitado município, e com a empresa Laguna Distribuidora Ltda., na pessoa de seu representante legal. A adoção da medida foi necessária devido a supostas irregularidades praticadas pelos gestores no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae), que resultaram em um possível dano calculado em R$ 48.408,52, com data de ocorrência de 22/6/2010.

HISTÓRICO

2. A auditoria que deu origem à presente TCE foi realizada na Prefeitura de União dos Palmares, em Alagoas, no período compreendido entre 30/3/2012 e 6/6/2012, com o objetivo de verificar a gestão dos recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para apoiar as ações do Pnae (Processo 008.866/2012-0, peça 69, p. 1-2).

3. Os exames de auditoria foram baseados nos documentos dos processos disponíveis na referida prefeitura e as principais constatações foram superfaturamento na aquisição de gêneros alimentícios e ausência de pesquisa de preços na fase interna da Pregão Presencial (PP) 7/2010 (Processo 008.866/2012-0, peça 69, p. 3-4).

4. O volume de recursos fiscalizados alcançou o montante de R$2.125.920,00, que foi o total repassado pelo FNDE nos anos de 2010 e de 2011 (Processo 008.866/2012-0, peça 69, p. 4).

5. No relatório da fiscalização foi proposta a conversão dos autos em TCE com a citação dos responsáveis arrolados no primeiro parágrafo desta instrução, além de outras medidas. Contudo o Ministro-Relator divergiu do encaminhamento proposto e determinou, preliminarmente, a oitiva dos responsáveis acerca das irregularidades apontadas (Processo 008.866/2012-0, peças 69, p. 28, e 72).

6. Após realizadas, as oitivas foram examinadas em instrução datada de 8/4/2013, na qual se concluiu por manter a proposta lançada no relatório de fiscalização, com pequenas modificações com relação à responsabilização (Processo 008.866/2012-0, peças 69, p. 28). Por meio do Acórdão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

2.691/2013 – TCU – 2ª Câmara, já mencionado, as medidas propostas pela unidade técnica foram ratificadas.

EXAME TÉCNICO

7. Em cumprimento ao acórdão precitado, foram promovidas as citações da Sra. Gabriela Yasmini Lins de Albuquerque Pontes Freitas e dos Srs. Areski Damara de Omena Freitas Júnior e Lúcio José Oliveira Bezerra, além da empresa Laguna Distribuidora Ltda., na pessoa de seu representante legal, mediante os Ofícios 389, 388, 391 e 390, respectivamente, todos de 24/5/2013, emitidos pela Secex/AL (peças 8, 9, 10 e 7).

8. A presente instrução se destina à análise das alegações apresentadas pelos responsáveis.

I – Item de citação: sobrepreço e superfaturamento na compra de gêneros alimentícios.

9. Todos os responsáveis perante esta TCE responderam em sede de citação por essa irregularidade. O Sr. Areski e a Sra. Gabriela tomaram ciência dos ofícios que lhes foram remetidos em 31/5/2013, enquanto que o Sr. Lúcio e a empresa Laguna, em 3/6/2013, todos por meio de seus procuradores (peças 13, 11, 12 e 15, respectivamente).

10. O Sr. Lúcio e a empresa Laguna apresentaram suas respostas dentro do prazo concedido em 17 e 18/6/2013, respectivamente (peças 17 e 18).

11. Os dois outros responsáveis solicitaram, por intermédio do seu advogado, procurador de ambos, prorrogação de prazo em 13/6/2013. Em 18/6/2013, foram remetidos dois ofícios para os gestores concedendo mais quinze dias de prazo a partir do recebimento das comunicações. Documentos acostados aos autos mostram que os ofícios foram recebidos no dia 27/6/2013 (peças 16, 19, 20, 22 e 23).

12. Ambos apresentaram sua defesa conjunta em 17/7/2013, embora a peça esteja datada de 12/7/2013, data-limite do prazo estabelecido pelo TCU (peça 24, p. 1 e 9). A resposta dos gestores foi, portanto, intempestiva, mas não houve prejuízos para o regular andamento do feito.

I.1 Argumentos do Sr. Areski Damara de Omena Freitas Júnior e da Sra. Gabriela Yasmini Lins de Albuquerque Pontes Freitas (peça 24)

13. De início, os gestores afirmam que a apresentação de sua resposta foi tempestiva. Em seguida, é feita uma contextualização dos motivos da conversão do processo em TCE, concluindo-se que o ex-Prefeito foi responsabilizado por ter homologado o pregão que deu origem ao contrato de fornecimento e por ter autorizado os pagamentos, enquanto que a ex-Secretária somente por esse último motivo. Logo após, é apresentada uma definição de homologação, a partir de lição do jurista Marçal Justen Filho (peça 24, p. 1-2).

14. Afirmam que, quando surgiram suspeitas de superfaturamento, foi determinada a suspensão da execução do contrato e a abertura de processo administrativo para apurar os fatos e punir os responsáveis. Ao final do processo, evidenciado o superfaturamento, o contrato foi rescindido, segundo sustentam. É transcrito trecho da decisão do ex-Prefeito no qual são mencionadas outras providências, além das duas já citadas, a exemplo do afastamento do então Pregoeiro e de sua equipe. A decisão foi anexada aos presentes autos (peça 24, p. 2-3 e 10-13).

15. Contestam o valor do débito calculado pelo TCU de R$52.944,52 para um valor executado de R$172.617,49. De acordo com o que relatam, a empresa Laguna apresentou planilha, nos autos do processo administrativo supracitado, contendo os preços contratados e preços de outras empresas, pesquisados por ela no mercado (peça 24, p. 4).

16. Com base nesses dados, a comissão responsável pelo processo teria identificado um sobrepreço de R$84.764,10, considerando-se a execução total do contrato. Utilizando-se do orçamento da contratação emergencial promovida após a suspensão do contrato, a mesma comissão teria chegado

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

a um diferença de R$96.548,79. Foram anexadas planilhas a este processo relacionadas com os cálculos efetivados e, também, o relatório final da comissão precitada (peça 24, p. 4, 14-16 e 17-21).

17. Sustentam que não houve negligência nem omissão do ex-Prefeito, pois o desfazimento da homologação pode ser motivado por uma nulidade, como é o caso de uma ilegalidade. Essa providência foi adotada pelo gestor, razão pela qual estaria configurada sua boa-fé. A partir de ensinamentos do jurista Calil Simão e da Controladoria Geral da União (CGU), os responsáveis definem erro administrativo escusável como a conduta equivocada por parte do agente público, que ocorre a partir de uma sucessão de erros praticados durante os procedimentos administrativos, de tal forma que a responsabilização do gestor não se mostra razoável diante das circunstâncias do caso concreto (peça 24, p. 4-5).

18. Os gestores transcrevem trecho do jurista Hely Lopes Meirelles acerca da responsabilidade dos agentes públicos, o qual versa sobre a possibilidade de erro dos agentes públicos. Segundo se deduz do texto, o erro do governante, mesmo que cause lesão ao erário, não implica na necessária responsabilização civil do gestor, desde que sua conduta tenha sido pautada na boa-fé (peça 24, p. 5).

19. São enumeradas diversas fontes de falhas humanas, como queda de atenção ou necessidade de rápida atuação para evitar consequências graves. Citam trecho do administrativista Fábio Medina Osório para sustentar a tese da possibilidade de erro do gestor, o qual se expõe a equívocos em virtude do simples exercício de suas atribuições (peça 24, p. 5).

20. Defendem o princípio constitucional da presunção da inocência e sua aplicação imediata ao caso do ex-Prefeito, já que estaria demonstrada sua boa-fé, pois ele adotou todas as providências para rescindir o contrato, quando foi alertado da possibilidade de superfaturamento. Citam André Ramos Tavares, constitucionalista, e Humberto Martins, Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para registrar que esse princípio não se aplica somente no âmbito penal e que reconhecer a boa-fé não é simples, pois exige a análise do comportamento do gestor (peça 24, p. 6-7).

21. Mencionam dois julgados, um do STF e outro do STJ, o primeiro acerca de erro escusável, ou seja, aquele que ocorre quando a falsa compreensão de um fato, sob determinadas circunstâncias, conduz qualquer pessoa diligente ao erro; o segundo, acerca da essencialidade do elemento subjetivo para a caracterização da improbidade, noção que está associada ao comportamento desonesto e de má-fé do agente público. Garantem, ainda, que não houve limitação da concorrência em virtude da baixa participação de licitantes, uma vez que sete empresas adquiriram o edital. Esse fato, ao contrário, levaria à conclusão de que não houve interesse do mercado no certame, conforme presumem (peça 24, p. 7-8).

22. Transcrevem trecho de ação de improbidade administrativa, Processo 0001082-18.2010, a partir do qual asseguram que o judiciário já decidiu pela exclusão da ex-Secretária de Educação da ação, decisão esta que teria transitado em julgado, conforme certidão anexa expedida pelo Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ/AL) De sua leitura, infere-se que o Ministério Público do Estado de Alagoas (MPE/AL) pediu a responsabilização da ex-Secretária por superfaturamento na licitação, mas a Justiça Estadual entendeu ter havido, no máximo, falta funcional da servidora, já que não foram juntadas evidências de que ela sabia do superfaturamento. Assim, foi rejeitada a ação em relação a ela, sem prejuízo de que possa vir a ser chamada novamente a integrar o pólo passivo da lide, caso haja a produção de provas convincentes (peça 24, p. 8-9).

23. Por fim, requerem o reconhecimento da boa-fé dos gestores municipais e o consequente arquivamento da TCE, sem imputação de responsabilidades (peça 24, p. 9).

24. Após o relatório de defesa, foram anexados os seguintes documentos: peça da decisão do ex-Prefeito, mencionada no parágrafo 14 desta instrução, acerca da suspensão do contrato com a empresa Laguna, datada de 21/9/2010 (peça 24, p. 10-13); planilha, não assinada e sem data, de comparação dos preços licitados com os preços do contrato emergencial (peça 24, p. 14-15); pesquisa

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

de preços, também não assinada e sem data, com dois fornecedores (peça 24, p. 16); relatório final da comissão instituída pela prefeitura para apuração do sobrepreço, datada de 11/10/2010 (peça 24, p. 17-21); certidão relativa ao Processo 0001082-18.2010 emitida pelo TJ/AL em 10/7/2013, na qual consta a exclusão da ex-Secretária de Educação de União dos Palmares da ação de improbidade (peça 24, p. 22); e sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de União dos Palmares de 18/7/2012, referente ao processo precitado (peça 24, p. 23-47).

I.2 Argumentos do Sr. Lúcio José Oliveira Bezerra (peça 17)

25. De início, o ex-Pregoeiro, por meio de seus advogados, traça um breve relato dos fatos que culminaram no seu envolvimento nas irregularidades ora analisadas. Quanto ao sobrepreço, afirma que o TCU utilizou-se de pesquisas de preços insertas em ação civil de improbidade administrativa que tramita na Justiça Estadual de Alagoas (peça 17, p. 2-3).

26. Sustenta que foi instado a se manifestar acerca do relatório de auditoria e que demonstrou a inexistência de qualquer responsabilidade de sua parte em razão das irregularidades apontadas. Para ele, o TCU manteve sua responsabilidade, porque entendeu que ele não cumpriu com seus deveres de pregoeiro, resultando em superfaturamento dos produtos adquiridos (peça 17, p. 3).

27. Garante que figurou somente como pregoeiro da licitação investigada e que não podia recusar a proposta da empresa Laguna, pois não havia porque desconfiar que os preços estavam superfaturados (peça 17, p. 3).

28. Entende que deve ser reconhecida sua inocência em eventuais ilegalidades relacionadas ao PP 7/2010. Transcreve trechos de julgados do STJ os quais demonstram ser pacífica a jurisprudência deste tribunal quanto à inexistência de ato de improbidade, quando não restar demonstrada a má-fé na conduta do indivíduo. Dessas decisões, infere-se que ilegalidade não significa improbidade, pois esta é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, qual seja, o dolo ou a culpa grave (peça 17, p. 4-7).

29. Ressalta que o elemento subjetivo descrito no art. 10 da Lei 8.429/1992 é o dolo ou a culpa grave e que ele apenas cometeu uma falta funcional simples, sem demonstração de que houve má-fé de sua parte. Entende que não há qualquer evidência que demonstre dolo ou culpa grave na sua conduta e que, mesmo que ele fosse o responsável pela pesquisa de preços, ainda assim não restaria demonstrada a presença de tais elementos. Repisa que a mera inobservância de procedimentos não caracteriza a improbidade administrativa, conforme lição do jurista Gustavo R. Bugalho (peça 17, p. 7-8).

30. Entende que não praticou a conduta descrita na Lei 8.429/1992, pois não concorreu para facilitar a aquisição de bens superfaturados com o fito de ajudar no enriquecimento de terceiros. Clama pela aplicação do princípio da razoabilidade, que recomenda cautela ao caracterizar um ato como de improbidade administrativa, e transcreve trecho de um voto proferido nos autos do Recurso Especial 892.818 – RS, do STJ, sobre o assunto (peça 17, p. 8-9).

31. Ao final, reafirma que não praticou nenhuma irregularidade nem ato de improbidade administrativa e solicita que se reconheça a ausência de responsabilidade do defendente, diante da inexistência de demonstração de praticou alguma irregularidade ou agiu de má-fé, seja por dolo ou culpa grave. Após sua defesa, anexa alguns documentos como o Acórdão 2.691/2013 – TCU – 2ª Câmara e uma planilha de pesquisa de preços (peça 17, p. 9-10 e 11-38).

I.3 Argumentos da empresa Laguna (peça 18)

32. Inicialmente, a empresa Laguna destaca que atendeu a todas as disposições do PP 7/2010 e que se sagrou vencedora por ter apresentado os menores preços. Garante que, conforme consta dos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

autos do certame, todos os atos transcorreram dentro da legalidade e que a empresa não praticou nenhuma ilegalidade (peça 18, p. 2).

33. Ressalta que os preços praticados em contratos públicos tendem a ser mais altos que aqueles destinados ao consumidor final, devido a algumas condições, tais como a necessidade de regularidade fiscal durante todo o contrato. Este fato geraria, segundo a defesa, um custo operacional que deve compor o preço da mercadoria (peça 18, p. 2).

34. Além disso, sustenta que há outro custo que também deve compor o preço dos produtos, que é a necessidade de se manter os mesmos preços durante toda a vigência do contrato. Para ela, a sazonalidade dos produtos alimentícios é uma característica frequente na sua demanda, sendo um fator importante para a atribuição de seu preço (peça 18, p. 2-3).

35. Por isso, entende "conveniente utilizar procedimentos para avaliar a sazonalidade e métodos de precisão que considerem o efeito das flutuações sazonais sobre a demanda". Cita os estudiosos Wallis & Thomas, para quem a sazonalidade pode ser definida como "o conjunto de movimentos e flutuações com período igual ou superior a um ano, sistemáticos, mas não necessariamente regulares, que ocorrem numa série temporal". Dessa forma, deduzem que a sazonalidade faz com que os preços dos alimentos sofram aumentos durante a vigência do contrato, configurando um custo que compõe o preço das mercadorias para a contratante (peça 18, p. 3).

36. Cita tributos e gastos com frete e logística para entrega dos produtos no município como fatores que aumentam o custo dos produtos, além da necessidade de troca das mercadorias, "mesmo quando as avarias e o vencimento ocorrerem por culpa exclusiva da administração pública". Acrescenta que o prazo de pagamento de até trinta dias após o fornecimento também geraria um custo (peça 18, p. 3).

37. Dessa forma, insiste que os preços praticados em contratos públicos devem ser diferenciados devido à necessidade de a empresa mantê-los durante sua vigência, efetuar trocas em caso de problemas e entregar mercadorias com prazo de validade superior a noventa dias em todo o território municipal. Acredita que não há como comparar preços de contratos públicos com preços praticados por estabelecimentos que não pagam frete para entregar as mercadorias, que podem expor em promoção mercadorias com exíguo prazo de validade e que não efetuam trocas de mercadorias (peça 18, p. 4).

38. Afirma que os preços do contrato impugnado não são calculados aleatoriamente, mas por meio de um "estudo sério, abrangente e complexo". Garante que a empresa nunca tentou obter vantagem indevida por superfaturamento de preços, e que, ao contrário, deixou de incluir custos que aumentariam os preços. Acusa o MPE/AL de leviandade em função das suposições acerca de superfaturamento levadas à imprensa (peça 18, p. 4).

39. Aponta falhas na cotação de preços efetivada pelo Promotor de Justiça responsável pela ação de improbidade administrativa, pois teriam sido considerados produtos diferentes dos licitados. Segundo afirma, mercadorias como o charque não atenderiam as exigências contidas nas normas do FNDE. Além disso, de acordo com a empresa, o MPE/AL teria adquirido um quilograma de "Charque Ponta de Agulha", o qual seria diferente do licitado, no caso "Charque Dianteiro", empacotado a vácuo e com data de fabricação, prazo de validade, carimbo do Serviço de Inspeção Federal (SIF) e informações nutricionais (peça 18, p. 4-5).

40. Aduz que o referido Promotor efetuou a compra do charque em um estabelecimento que, à época, não possuiria certidão que demonstrasse a sua regularidade fiscal. Dessa forma, no seu entendimento, esse preço não serviria como parâmetro de comparação. Observa que o agente público não possuiria "a menor noção acerca de licitações", em especial quanto à modalidade pregão, pois teria apontado a existência de superfaturamento sem atentar para o fato de que "o preço global do lote licitado, na modalidade pregão, depois de realizada a readequação das propostas, pode ser diluído nos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

preços dos itens" (peça 18, p. 5).

41. Exemplifica sua tese da seguinte forma: segundo sua lógica, por quilograma fornecido à municipalidade o charque poderia custar um real e o sal iodado, quinze, desde que o valor global corresponda ao lance ofertado pela vencedora, "respeitados o quantitativo e as características físicas e nutricionais dos produtos licitados". Considera imperioso questionar acerca da alegação de superfaturamento no preço dos biscoitos, pois a empresa não iria "sujar" seu nome alterando o preço dos pacotes do produto. Para ela, é claro que houve erro na elaboração da planilha de preços encaminhada à prefeitura, uma vez que, como a cotação de grande parte dos itens é feita em quilos, o mesmo ocorreu com relação ao biscoito (peça 18, p. 5).

42. A empresa afirma que vai apresentar "perícia técnica demonstrando a sua idoneidade na exibição dos valores encaminhados à prefeitura de União dos Palmares". Explicita que a "formação de preços não é somente acumular custos e acrescentar uma margem de lucro". Enumera os seguintes princípios que devem ser observados na formação dos preços (peça 18, p. 6):

> (..) a distribuição dos custos comuns entre produtos e serviços; o volume da produção para o cálculo do custo unitário; a tributação incidente sobre os produtos; o tratamento de custos variáveis não padronizados, levando-se em conta as várias formas de recebimento de crédito pela empresa; a inclusão de todos os custos de oportunidade, que são baseados no pró-labore de cada sócia da empresa; e, por último, a distorção do objetivo da formação de preços, não apenas repassando os custos daquele produto, mas sim, demonstrando que a empresa não tem competitividade para oferecer aquele produto ou serviço.

43. Após apresentar estas explanações, a empresa garante ser possível verificar que "os preços encaminhados à prefeitura de União dos Palmares não são calculados aleatoriamente, mas através de um estudo sério, abrangente e complexo". Abaixo, segue a transcrição do que seria a conclusão do laudo da perícia técnica acima mencionada (peça 18, p. 6-7):

> O processo de formação de preços é naturalmente abrangente e complexo e, por isso, bastante desafiador. A não aceitação desse fato conduz invariavelmente a decisões erradas. Em muitos casos, as consequências das decisões erradas não se fazem sentir de imediato. É exatamente nesse ponto onde a precificação incorreta pode ser mais danosa para a empresa.
>
> Neste caso especifico concluímos que a empresa em questão desconsidera muitos dos custos (CUSTOS LOGÍSTICOS, FATOR DE RISCO NA MANUTENCÃO DE PRECOS, RISCO DE ESTOQUE MUNICÍPIO, entre outros citados acima) que onerariam os produtos vendidos, mas o que analisamos nas planilhas em anexo é uma margem de contribuição mínima muito longe de qualquer majoração de preços. (Maiúsculas e sublinhado no original)

44. A partir do texto acima, a empresa afirma que se pode concluir que não tentou obter vantagens indevidas na participação do pregão em foco com o superfaturamento de preços e que, ao contrário, deixou de computar custos que aumentariam os valores. Ressalta que as "matérias levianas" veiculadas por intermédio do Promotor supracitado resultaram em danos irreparáveis à imagem da empresa, além dos prejuízos materiais que a empresa vem arcando (peça 18, p. 7).

45. Defende que é possível constatar sua boa-fé a partir do fato de que, durante o período de suspensão do contrato, continuou a fornecer os alimentos para as crianças locais. Acredita que, em nenhum momento, infringiu as normas e os princípios da Administração Pública, conforme pretendido pelo MPE/AL em sua denúncia de superfaturamento nos preços. Assim, solicita que sejam acolhidas suas alegações de defesa, com a declaração de que não houve superfaturamento no contrato que firmou com a prefeitura de União dos Palmares (peça 18, p. 7-8).

I.4 Análise

46. O cerne da questão aqui discutida diz respeito ao cálculo do superfaturamento efetivado, tendo em vista que o ex-Prefeito e a ex-Secretária, em sua defesa, confirmam que houve problemas nos preços praticados no âmbito do contrato firmado com a empresa Laguna. Ambos contestam o valor

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

calculado pelo TCU com base em outros preços incluídos no processo. Assim, de acordo com pesquisa elaborada pela própria Laguna, considerada a execução total do contrato, o prejuízo seria de R$84.764,10 (peça 24, p. 4 e 19). Já com base em contratação emergencial efetivada pela Prefeitura, a diferença seria de R$96.548,79 (peça 24, p. 4 e 20).

47. Quanto ao primeiro valor, não é possível saber maiores detalhes de como foi feita a pesquisa. No relatório da comissão instalada pelo ex-Prefeito para avaliar a irregularidade, há a informação de que a pesquisa foi realizada considerando uma unidade de cada item constante da licitação. Dessa forma, esse número não pode ser levado em consideração, pois se baseou em pesquisa que não considerou a escala do fornecimento embora, ainda assim, tenha apresentado preços inferiores aos da contratação em foco, no geral (peça 24, p. 19-20).

48. Em relação ao segundo valor, verifica-se que foram utilizados os preços de uma pesquisa realizada para celebrar contrato emergencial com a finalidade de cobrir o período de suspensão do contrato firmado com a Laguna. De acordo com a planilha anexada que demonstra esse número, não foram levados em consideração as quantidades do contrato com a Laguna e, sim, as do contrato emergencial. Assim foi apontado um sobrepreço de R$96.548,79 referente a um total de R$324.550,81 (peça 24, p. 14 e 20).

49. Vê-se, a partir do ajuste firmado com a Laguna, que o total contratado atingiu o montante de R$2.677.500,00 e que o superfaturamento calculado pelo TCU foi de R$48.408,52, para um total executado de R$172.617,49. Note-se que R$52.944,52 era o valor do débito antes de ser deduzida quantia já ressarcida pela empresa, conforme consta da última instrução. Assim, o sobrepreço calculado pelo TCU corresponde a 28,04% do total executado (R$48.408,52 / R$172.617,49 * 100), enquanto que o valor calculado pela comissão, a 29,75% do total contratado emergencialmente (peça 1, p. 9, e Processo 008.866/2012-0, peça 44, p. 2).

50. Ou seja, os percentuais são bastante próximos. Dessa forma, os números apresentados pelos gestores não conseguem afastar as suspeitas de superfaturamento. Ao contrário, apenas confirmam a adequação do cálculo feito pelo TCU.

51. A empresa Laguna tenta justificar seus preços com os seguintes argumentos, em suma: necessidade de manutenção dos preços e da regularidade fiscal durante todo o contrato; sazonalidade que faz com que os preços dos alimentos sofram aumentos durante a vigência do contrato; tributos e gastos com frete e logística para entrega dos produtos no município; necessidade de troca de mercadorias avariadas; e prazo de pagamento de até trinta dias. Assim, defende que seus preços não são calculados aleatoriamente, mas por meio de um estudo sério, que leva em consideração esses custos.

52. Parte desses argumentos já foi analisada em instrução passada, como a questão relativa à ausência de certidão de regularidade fiscal das empresas pesquisadas pelo MPE/AL. Quanto ao prazo de pagamento, observa-se que, no contrato em foco, o prazo era de dez dias após a entrega das mercadorias, ou seja, praticamente à vista. Em relação à manutenção dos preços e da regularidade fiscal, ao transporte e entrega na prefeitura e à tributação incidente sobre os produtos fornecidos, não há dúvidas de que são custos que influenciam na formação do preço de venda dos produtos (peças 1, p. 7-8, e 44, p. 2).

53. De fato, esses custos não foram levados em consideração na pesquisa de preços do MPE/AL que serviu de base para o cálculo do sobrepreço ora analisado, com exceção do caso da tributação, já que mercadorias vendidas no varejo também sofrem a incidência de tributos. Contudo, como enfatizado na instrução anterior, a contratação em foco não é uma compra comum, pois envolve valores em torno de R$2 milhões e quantidades significativas de cada item, "o que justifica ou exige a prática de preços diferenciados, resultantes do ganho de escala" (peça 1, p. 7).

54. Por outro lado, não basta que a empresa alegue que esses custos influem nos seus preços de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

venda. Ela poderia, por exemplo, decompor seus preços nos seus componentes de custos, como custos de aquisição das mercadorias vendidas e custos resultantes do rateio de despesas de pessoal, de transporte e de aluguel, e, assim, demonstrar que o lucro que está auferindo na operação é razoável.

55. Aliás, a empresa garante que fez perícia técnica para demonstrar a regularidade dos preços praticados, mas, do texto apresentado não é possível deduzir nada, porque não há dados básicos referentes a ele, como autoria e data em que foi realizado o trabalho. Não há nada que possa ligar o estudo apresentado com os preços dos produtos aqui impugnados, sendo, portanto, inservível para comprovar que seus preços não são calculados aleatoriamente, mas por meio de um estudo sério, abrangente e complexo, conforme alega a empresa.

56. Do mesmo modo, a necessidade de troca de mercadorias avariada e a sazonalidade não podem prosperar como argumentos para justificar diferenças tão consideráveis de preços. Quanto ao segundo, é necessário observar que a sazonalidade tem influência tanto no aumento, quanto na diminuição dos preços. Contudo, é certo que esses custos podem influir na margem de lucro inicialmente fixada, pois são inerentes a esse tipo de negócio, o que faz com que haja diferenciação de preços quando comparados com preços de balcão, objeto da pesquisa do MPE/AL.

57. De qualquer forma, a própria Lei 8.666/1993 protege o equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes públicos em seu art. 65, inc. II, alínea "d". Dessa forma, caso a perda por avarias ou por sazonalidade seja de tal forma que comprometa a relação inicialmente pactuada entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração do fornecimento, o contrato poderá ser alterado por acordo das partes.

58. A empresa reclama que a cotação de preços efetivada pelo MPE/AL teria considerado produtos diferentes dos licitados, citando o charque como exemplo da falha. Para ela, o charque adquirido pelo *parquet* não atenderia as exigências do FNDE e seria do tipo "Charque Ponta de Agulha", diferente do licitado, no caso "Charque Dianteiro".

59. A pesquisa de preços mencionada incluiu apenas três das sete empresas, cujos preços foram utilizados pelo TCU para o cálculo da média que serviu de base para se chegar no sobrepreço: Panificação Vanessa e Supermercados Globo e Econômico. Registre-se, por oportuno, que os preços da própria Laguna foram incluídos no cálculo (Processo 008.866/2012-0, peça 110).

60. Mesmo assim, nada há que indique a correção da afirmativa da empresa Laguna em sua defesa. Ao contrário, na peça onde constam os preços dessas três empresas, há a indicação de que o produto cotado era "Charque Dianteiro". Além disso, foram cotados os preços de três marcas diferentes para cada fornecedor (Processo 008.866/2012-0, peça 3, p. 147-161).

61. Dois pontos levantados na instrução que deu origem à TCE merecem ser relembrados. O primeiro refere-se ao fato de que a pesquisa do MPE/AL foi realizada em agosto de 2010, três meses depois da contratação, e, mesmo assim, constatou preços significativamente menores. Isso porque, em geral, os preços dos produtos aumentam com o passar do tempo (peça 1, p. 7).

62. O outro aspecto seria quanto ao custo de transporte, que influencia, como já visto, no preço final das mercadorias. A cotação feita pelo MPE/AL se restringiu a empresas locais, enquanto que a contratação da Prefeitura envolveu uma empresa de Maceió. Causa, portanto, estranheza que empresas locais não tenham participado do certame, às quais não teriam que arcar com o custo adicional de transporte de Maceió para União dos Palmares. Em seus depoimentos, os responsáveis pelas empresas afirmaram que teriam interesse em contratar com a municipalidade, caso houvessem tomado conhecimento do evento (peça 1, p. 7).

63. A empresa Laguna afirma que o Promotor de Justiça acima mencionado não possuiria conhecimentos acerca de licitações, pois não saberia que o preço global pode ser diluído nos preços dos itens, e dá um exemplo que resultaria em preços irreais de produtos, mantendo-se o valor global. Óbvio está que o exemplo apresentado não condiz com a realidade jurídica do Brasil. Como se vê, o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

inc. XVI do art. 11 do Decreto 3.555/2000, que regulamenta a modalidade "pregão" de licitação, prevê a possibilidade de negociação com o vencedor do certame para a obtenção de melhor valor.

64. Claro que esse novo valor obtido deve necessariamente modificar os preços unitários dos itens da proposta vencedora. Contudo, essa readequação não pode, em nenhuma hipótese, desrespeitar as exigências fixadas no edital, conforme inc. XIV do mesmo artigo. Uma dessas exigências é justamente a compatibilidade com os critérios de aceitabilidade dos preços unitários, parte obrigatória do edital, conforme previsto expressamente no inc. X do art. 40 da Lei 8.666/1993.

65. Como se vê, os argumentos apresentados não possuem o condão de desqualificar o método utilizado pelo TCU para o cálculo do dano, nem que os preços da empresa Laguna eram compatíveis com os praticados no mercado.

66. Todos os responsáveis perante esta TCE sustentam que agiram movidos pela boa-fé e dão exemplos de fatos que, segundo eles, atestariam a probidade de suas condutas. Antes de mais nada, é preciso atentar que as instâncias civil, penal e administrativa são independentes. Assim é que, enquanto nas duas primeiras instâncias o aspecto volitivo, subjetivo, tem papel relevante, no TCU o que importa é o nexo de causalidade entre a conduta do responsável e o dano constatado. Esses aspectos são analisados, no TCU, mediante um instrumento denominado matriz de responsabilização (peça 29).

67. O ex-Pregoeiro admite que cometeu uma falta funcional que ele reputa como simples. Na realidade, havia uma regra no edital do PP 7/2010 que previa o exame da aceitabilidade da proposta vencedora pelo pregoeiro, o qual deveria motivar sua decisão. Essa aceitabilidade deveria ser aferida mediante o confronto com os preços de mercado vigentes na data e apurados por meio de pesquisa realizada pelo órgão (item 6.9 do edital do PP 7/2010, TC 008.866/2012-0, peça 27, p. 9).

68. Não há notícia de que o pregoeiro tenha adotado as medidas previstas no edital, mesmo porque, se houvesse feito, iria constatar a inadequação dos preços e rejeitar a proposta, o que não ocorreu. Além disso, de acordo com a sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de União dos Palmeiras no âmbito da ação de improbidade civil já citada, ele declarou a empresa Laguna como vencedora da licitação, mesmo com a empresa Colombo tendo oferecido proposta mais vantajosa, se bem analisada. Logo, não há como aceitar a tese de que ele cometeu apenas uma falha simples, pois a sua omissão foi causa direta do superfaturamento constatado (peça 24, p. 23 e 40).

69. O ex-Prefeito e a ex-Secretária também se defendem com a alegação de que agiram de boa-fé, sem intenção de causar o dano. Para eles, o que houve foi um erro da administração, embora esse erro seja desculpável, já que adotaram as providências cabíveis, quando detectaram a irregularidade nos preços. Não é possível aceitar a defesa nesse sentido, pois, da mesma forma que no caso do ex-Pregoeiro, as condutas dos gestores têm relação direta com o prejuízo apontado.

70. Entende-se que a responsabilidade do ex-Prefeito não pode ser afastada, porque ele homologou e assinou o contrato a partir de uma licitação para a qual não havia pesquisas de preços, ou seja, parâmetros de comparação que permitissem aferir a vantagem da contratação para a administração. Como bem analisado na sentença de primeira instância que o condenou, em casos de difícil detecção, é possível excluir a culpa do agente, mas, nesse caso, os erros eram claros. Caberia ao ex-Prefeito identificar os vícios e não homologar a licitação (peça 24, p. 38).

71. De fato, conforme registrado na sentença precitada e na sua defesa, após saber das irregularidades detectadas pelo MPE/AL, o gestor suspendeu o contrato, afastou os supostos envolvidos e colaborou com a apuração dos fatos. Contudo, é necessário frisar que ele só adotou essas providências após o início das investigações pelo MPE/AL. Note-se que, caso os serviços contratados fossem totalmente executados, o prejuízo seria da ordem de R$828.339,11, conforme registrado em instrução anterior a esta (peças 1, p. 9, e 24, p. 38).

72. Além disso, ele também autorizou os pagamentos de notas fiscais que continham produtos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

com sobrepreço. Nesse ponto, é preciso esclarecer que não havia expedientes autorizando os pagamentos nos processos que serviram de base para o cálculo do sobrepreço. Entretanto, na ação de improbidade, consta a informação de que os cheques que autorizaram os pagamentos foram assinados pelo ex-Prefeito e pela ex-Secretária (TC 008.866/2012-0, peças 3, p. 30, e 50, 52, 54, 57 e 62).

73. Quanto à ex-Secretária de Educação, observe-se, de início, que foi excluída sua responsabilidade na ação de improbidade administrativa, de acordo com certidão emitida pelo TJ/AL. No entanto, na sentença de primeira instância, há depoimento da ex-Secretária em que ela confirma que solicitou a licitação e assinou os cheques de pagamento de parte do contrato (peça 24, p. 22 e 26).

74. Além disso, consta, na instrução anterior a esta, que a gestora era a responsável pela Secretaria de Educação, pasta que recebeu os recursos do FNDE para execução do Pnae. Assim, seria sua função acompanhar de perto a execução do programa e a regularidade dos pagamentos afetos a sua Secretaria (peça 1, p. 19).

75. Não há, no contrato em foco, cláusula estipulando quem deveria fiscalizar a sua execução, mas há um parágrafo em que se define a Secretaria de Educação como responsável pelo atesto nas notas fiscais, "observando principalmente a data, valor, rasuras e emissão em nome do contratante" (TC 008.866/2012-0, peças 44, p. 2).

76. Como se vê, não havia dispositivos que indicassem que era atribuição da ex-Secretária a verificação da correção dos preços dos produtos contratados, mesmo porque esse procedimento deve ser feito durante a licitação e não por ocasião dos pagamentos. Por isso, com a devida vênia, discorda-se que a gestora deva ser responsabilizada pelo dano porque se omitiu em verificar a correção dos preços contratados.

77. Por outro lado, não há dúvidas de que ela autorizou parte dos pagamentos e que esse ato tem relação direta com o dano. Nesse caso, a gestora deveria ser responsabilizada em função do total autorizado. Contudo, não há, nos autos desse processo, cópia dos cheques que resultaram no dano calculado e não cabe, nesse momento processual, despender mais recursos para obter tais cópias. Por tudo isso, entende-se que as alegações de defesa da ex-Secretária devem ser rejeitadas, mas, excepcionalmente, sua responsabilidade deve ser afastada no presente processo quanto a esta irregularidade.

78. A empresa Laguna, por sua vez, defende-se afirmando que durante o período de suspensão do contrato, continuou a fornecer os alimentos para as crianças locais. Todavia, não se pode perder de vista que os preços superfaturados foram iniciativa dela e causa principal do dano. Assim, deve-se rejeitar a defesa da empresa quanto à presente irregularidade.

I.5 Conclusão

79. O cerne da questão aqui discutida diz respeito ao cálculo do superfaturamento efetivado, que é contestado pelos responsáveis, embora os agentes públicos confirmem que houve problemas nos preços. Bem analisado, vê-se que são bastante próximos os percentuais de sobrepreço em relação à contratação total, quando considerados o cálculo do TCU e aquele efetivado pela comissão instalada pelo ex-Prefeito para avaliar a regularidade dos preços. Dessa forma, os números apresentados pelos gestores não conseguem afastar as suspeitas de superfaturamento e apenas confirmam a adequação do cálculo feito pelo TCU (parágrafos 46 a 50).

80. A empresa Laguna tenta justificar seus preços afirmando que eles não são calculados aleatoriamente, mas por meio de um estudo sério, que leva em consideração diversos custos. Não há dúvidas de que esses custos influenciam na formação do preço de venda dos produtos e que alguns não foram levados em consideração na pesquisa de preços do MPE/AL que serviu de base para o cálculo do sobrepreço ora analisado. Contudo, a contratação em foco não é uma compra comum em termos de materialidade, o que justifica ou exige a prática de preços diferenciados, resultantes do ganho de escala (parágrafos 51 a 53).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

81. Por outro lado, não basta que a empresa alegue que esses custos influem nos seus preços de venda, pois seria possível demonstrar que o lucro na operação é razoável por meio da decomposição do preço de venda dos produtos em seus componentes de custos, por exemplo. Isso a empresa não fez, apesar de alegar a existência de perícia técnica para demonstrar a regularidade dos preços praticados. Por problemas técnicos, tal perícia é inservível para comprovar que os preços são razoáveis (parágrafos 54 a 55).

82. A empresa Laguna alega que há custos que podem influir na margem de lucro inicialmente fixada, como a necessidade de troca de mercadorias avariada e a sazonalidade. Esses são custos inerentes a esse tipo de negócio, mas, caso a perda seja de tal forma que comprometa a relação inicialmente pactuada, o contrato poderá ser alterado por acordo das partes para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, conforme prevê a Lei 8.666/1993 (parágrafos 56 a 57).

83. Nada há que indique a correção da afirmativa da empresa Laguna de que a cotação de preços efetivada pelo MPE/AL teria considerado produtos diferentes dos licitados. Ainda assim, convém mencionar que o TCU incluiu mais empresas que as citadas pela empresa como problemáticas. Registre-se que os preços da própria Laguna foram incluídos no cálculo e que a pesquisa do MPE/AL foi realizada três meses depois da contratação e, mesmo assim, constatou preços significativamente menores (parágrafos 58 a 61).

84. Causa estranheza que empresas locais não tenham participado do certame, embora seus responsáveis tenham demonstrado, em depoimento, interesse em contratar com a municipalidade, caso houvessem tomado conhecimento do evento. Não procede a acusação da empresa Laguna de que o Promotor responsável pela ação de improbidade não possuiria conhecimentos acerca de licitações. Como se vê, os argumentos apresentados não possuem o condão de desqualificar o método utilizado pelo TCU para o cálculo do dano, nem que os preços da empresa Laguna eram compatíveis com os praticados no mercado (parágrafos 62 a 65).

85. Todos os responsáveis perante esta TCE sustentam que agiram movidos pela boa-fé, mas é preciso atentar que, no TCU, o que importa é o nexo de causalidade entre a conduta do responsável e o dano constatado. O ex-Pregoeiro admite que cometeu apenas uma falta simples, porém não há como aceitar sua tese, pois sua falha foi causa direta do superfaturamento constatado (parágrafos 66 a 68).

86. O ex-Prefeito acredita que cometeu um erro desculpável, pois adotou as providências cabíveis, quando o MPE/AL detectou a irregularidade nos preços. Não é possível aceitar a defesa nesse sentido, pois, da mesma forma que no caso do ex-Pregoeiro, sua conduta têm relação direta com o prejuízo apontado. Quanto à ex-Secretária, entende-se que as alegações de defesa da ex-Secretária devem ser rejeitadas, mas, excepcionalmente, sua responsabilidade deve ser afastada no presente processo quanto a esta irregularidade. Já a empresa Laguna deve ser responsabilizada, pois os preços superfaturados foram iniciativa dela e causa principal do dano (parágrafos 69 a 78).

I.6 Proposta de encaminhamento

87. As alegações de defesa dos responsáveis devem ser rejeitadas quanto a essa irregularidade, sem comprovação de boa-fé nas suas condutas. Excepcionalmente, a responsabilidade da ex-Secretária de Educação deve ser afastada no presente processo quanto a esta irregularidade. A proposta completa de responsabilização será efetivada ao final dessa instrução.

2 – Item de citação: ausência de realização de pesquisa prévia de preços.

88. Responderam por essa irregularidade o Sr. Areski e o Sr. Lúcio.

II.1 Argumentos do Sr. Areski Damara de Omena Freitas Júnior (peça 24)

89. Garante que as pesquisas de preços existiram, apesar da polêmica acerca da juntada posterior, e que elas atestam a compatibilidade dos preços da vencedora com os preços de mercado. Na peça do ex-Prefeito em que ele decidiu suspender o contrato com a empresa laguna, relata-se que

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

foram realizadas as pesquisas de mercado para formação do preço de referência relativo ao pregão analisado. Segundo o documento, a razão para que a pesquisa tenha sido juntada tardiamente consistiu em uma prática da administração, a qual costumeiramente faz juntar a pesquisa somente ao final do certame licitatório, para não dar conhecimento do preço pesquisado aos competidores (peça 24, p. 2 e 10).

II.2 Argumentos do Sr. Lúcio José Oliveira Bezerra (peça 17)

90. O ex-Pregoeiro registra que o TCU desconfiou da pesquisa de preços, porque foi o último documento incluído no processo, indicando que foi realizada após o encerramento do pregão. Declara que "realizou seu trabalho de acordo com a cotação que lhe foi entregue no dia do pregão" e que, por isso, agiu de boa-fé ao realizar seu trabalho, acreditando que a cotação fora realizada com a cautela e com a responsabilidade devidas. Crê que não pode ser punido pelos erros dos outros e que não há como reconhecer sua má-fé neste caso, pois não haveria dúvidas de que não concorreu para o cometimento das irregularidades. Reconhece que cometeu uma falta funcional simples (peça 17, p. 2, 3-4 e 7).

II.3 Análise

91. Quanto a esta irregularidade, considera-se suficiente a análise efetivada na instrução pretérita, já que os gestores não trouxeram nenhum fato novo capaz de alterar as conclusões ali obtidas. A alegação de defesa dos responsáveis deve ser rejeitada quanto a esta irregularidade (peça 1, p. 5-6, parágrafo 10.7).

II.4 Conclusão

92. A alegação de defesa dos responsáveis deve ser rejeitada quanto à ausência de realização de pesquisa prévia de preços (parágrafo 91).

II.5 Proposta de encaminhamento

93. As alegações de defesa dos responsáveis devem ser rejeitadas quanto a essa irregularidade, sem comprovação de boa-fé nas suas condutas. A proposta completa de responsabilização será efetivada ao final dessa instrução.

III – Item de citação: realização do pregão do tipo menor preço global por lote sem justificativa.

94. Responderam por essa irregularidade o Sr. Areski e a Sra. Gabriela, mas não foram apresentados argumentos acerca deste item de citação.

III.1 Análise

95. A análise da irregularidade está suficientemente detalhada na instrução anterior (peça 1, p. 15, parágrafos 16.5 a 16.22).

96. Em relação à responsabilidade dos agentes quanto a essa irregularidade, nota-se que a conduta do ex-Prefeito guarda relação direta com ela, pois homologou a licitação e assinou o contrato. É bem verdade que ele o fez com base em parecer jurídico, o qual deveria ter apontado o defeito. O assessor jurídico responsável pelo parecer não foi, contudo, chamado aos autos para responder por essa irregularidade e não cabe mais, nesse momento processual, proceder à sua citação para apresentar alegações de defesa (TC 008.866/2012-0, peça 37).

97. Quanto à ex-Secretária, entende-se que sua conduta não guarda relação direta com a irregularidade aqui analisada. Isso porque ela apenas solicitou a compra, mas, ao que tudo indica, a responsabilidade pela elaboração do edital com a falha apontada deve ser atribuída ao ex-Pregoeiro, pois foi ele quem encaminhou a minuta do edital do PP 7/2010 para análise e parecer. Na instrução anterior, contudo, não foi proposta a citação do pregoeiro e não mais convém, neste momento, repetir a sua citação por esse motivo (peça 1, p. 20, e TC 008.866/2012-0, peça 25, p. 36)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

III.2 Conclusão

98. Embora os responsáveis não tenham apresentado argumentos quanto à realização de pregão do tipo menor preço global por lote sem justificativa por essa escolha, a análise efetivada permite concluir que o ex-Prefeito deve ser responsabilizado por esta irregularidade, embora sua decisão tenha se baseado em parecer jurídico. Em relação à ex-Secretária, entende-se que sua conduta não guarda relação direta com a irregularidade aqui analisada e sua responsabilização deve ser afastada (parágrafos 96 a 97).

III.3 Proposta de encaminhamento

99. Apenas ex-Prefeito deve ser responsabilizado por esta irregularidade. A proposta completa será efetivada ao final dessa instrução.

CONCLUSÃO

100. O cerne da questão aqui discutida diz respeito ao cálculo do superfaturamento efetivado, que é contestado pelos responsáveis, embora os agentes públicos confirmem que houve problemas nos preços. Bem analisado, vê-se que são bastante próximos os percentuais de sobrepreço em relação à contratação total, quando considerados o cálculo do TCU e aquele efetivado pela comissão instalada pelo ex-Prefeito para avaliar a regularidade dos preços. Dessa forma, os números apresentados pelos gestores não conseguem afastar as suspeitas de superfaturamento e apenas confirmam a adequação do cálculo feito pelo TCU (parágrafos 46 a 50).

101. A empresa Laguna tenta justificar seus preços afirmando que eles não são calculados aleatoriamente, mas por meio de um estudo sério, que leva em consideração diversos custos. Não há dúvidas de que esses custos influenciam na formação do preço de venda dos produtos e que alguns não foram levados em consideração na pesquisa de preços do MPE/AL que serviu de base para o cálculo do sobrepreço ora analisado. Contudo, a contratação em foco não é uma compra comum em termos de materialidade, o que justifica ou exige a prática de preços diferenciados, resultantes do ganho de escala (parágrafos 51 a 53).

102. Por outro lado, não basta que a empresa alegue que esses custos influem nos seus preços de venda, pois seria possível demonstrar que o lucro na operação é razoável por meio da decomposição do preço de venda dos produtos em seus componentes de custos, por exemplo. Isso a empresa não fez, apesar de alegar a existência de perícia técnica para demonstrar a regularidade dos preços praticados. Por problemas técnicos, tal perícia é inservível para comprovar que os preços são razoáveis (parágrafos 54 a 55).

103. A empresa Laguna alega que há custos que podem influir na margem de lucro inicialmente fixada, como a necessidade de troca de mercadorias avariada e a sazonalidade. Esses são custos inerentes a esse tipo de negócio, mas, caso a perda seja de tal forma que comprometa a relação inicialmente pactuada, o contrato poderá ser alterado por acordo das partes para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, conforme prevê a Lei 8.666/1993 (parágrafos 56 a 57).

104. Nada há que indique a correção da afirmativa da empresa Laguna de que a cotação de preços efetivada pelo MPE/AL teria considerado produtos diferentes dos licitados. Ainda assim, convém mencionar que o TCU incluiu mais empresas que as citadas pela empresa como problemáticas. Registre-se que os preços da própria Laguna foram incluídos no cálculo e que a pesquisa do MPE/AL foi realizada três meses depois da contratação e, mesmo assim, constatou preços significativamente menores (parágrafos 58 a 61).

105. Causa estranheza que empresas locais não tenham participado do certame, embora seus responsáveis tenham demonstrado, em depoimento, interesse em contratar com a municipalidade, caso houvessem tomado conhecimento do evento. Não procede a acusação da empresa Laguna de que o Promotor responsável pela ação de improbidade não possuiria conhecimentos acerca de licitações.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

Como se vê, os argumentos apresentados não possuem o condão de desqualificar o método utilizado pelo TCU para o cálculo do dano, nem que os preços da empresa Laguna eram compatíveis com os praticados no mercado (parágrafos 62 a 65).

106. Todos os responsáveis perante esta TCE sustentam que agiram movidos pela boa-fé, mas é preciso atentar que, no TCU, o que importa é o nexo de causalidade entre a conduta do responsável e o dano constatado. O ex-Pregoeiro admite que cometeu apenas uma falta simples, porém não há como aceitar sua tese, pois sua falha foi causa direta do superfaturamento constatado (parágrafos 66 a 68).

107. O ex-Prefeito acredita que cometeu um erro desculpável, pois adotou as providências cabíveis, quando o MPE/AL detectou a irregularidade nos preços. Não é possível aceitar a defesa nesse sentido, pois, da mesma forma que no caso do ex-Pregoeiro, sua conduta têm relação direta com o prejuízo apontado. Quanto à ex-Secretária, entende-se que suas alegações de defesa devem ser rejeitadas, mas, excepcionalmente, sua responsabilidade deve ser afastada no presente processo quanto a esta irregularidade. Já a empresa Laguna deve ser responsabilizada, pois os preços superfaturados foram iniciativa dela e causa principal do dano (parágrafos 69 a 78).

108. A alegação de defesa dos responsáveis deve ser rejeitada quanto à ausência de realização de pesquisa prévia de preços (parágrafo 91).

109. Embora os responsáveis não tenham apresentado argumentos quanto à realização de pregão do tipo menor preço global por lote sem justificativa por essa escolha, a análise efetivada permite concluir que o ex-Prefeito deve ser responsabilizado por esta irregularidade, embora sua decisão tenha se baseado em parecer jurídico. Em relação à ex-Secretária, entende-se que sua conduta não guarda relação direta com a irregularidade aqui analisada e sua responsabilização deve ser afastada (parágrafos 96 a 97).

110. Em face da análise promovida nos itens 1, 2 e 3 da seção "Exame Técnico", propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Areski Damara de Omena Freitas Júnior e Lúcio José Oliveira Bezerra, além da empresa Laguna Distribuidora Ltda., uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a eles atribuídas.

111. Os argumentos de defesa tampouco lograram afastar o débito imputado aos responsáveis. Ademais, inexistem nos autos elementos que demonstrem sua boa-fé ou a ocorrência de outros excludentes de culpabilidade. Desse modo, suas contas devem, desde logo, ser julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU, procedendo-se à sua condenação em débito e à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

BENEFÍCIOS DAS AÇÕES DE CONTROLE EXTERNO

112. Dentre os benefícios do exame desta TCE, podem ser mencionados a aplicação de multa e a imputação de débito aos responsáveis.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

113. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo o seguinte:

a) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "c", e § 2º da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, e §§ 5º, 6º, inciso II, e 7º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, que sejam julgadas **irregulares** as contas dos Srs. Areski Damara de Omena Freitas Júnior, CPF 384.374.144-15, ex-Prefeito de União dos Palmares, e Lúcio José Oliveira Bezerra, CPF 122.189.794-20, ex-Pregoeiro;

b) condenar os Srs. Areski Damara de Omena Freitas Júnior, CPF 384.374.144-15, ex-Prefeito de União dos Palmares, e Lúcio José Oliveira Bezerra, CPF 122.189.794-20, ex-Pregoeiro, em solidariedade com a empresa Laguna Distribuidora Ltda., CNPJ 07.888.067/0001-53, ao pagamento da quantia a seguir especificada, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.

comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

VALOR ORIGINAL (R$)	DATA DA OCORRÊNCIA
48.408,52	22/6/2010

Valor atualizado até 25/9/2014: R$61.769,27

c) aplicar aos Srs. Areski Damara de Omena Freitas Júnior, CPF 384.374.144-15, ex-Prefeito de União dos Palmares, e Lúcio José Oliveira Bezerra, CPF 122.189.794-20, e à empresa Laguna Distribuidora Ltda., CNPJ 07.888.067/0001-53, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor.

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

e) autorizar, desde logo, caso requerido, o pagamento da dívida dos Srs. Areski Damara de Omena Freitas Júnior, CPF 384.374.144-15, ex-Prefeito de União dos Palmares, e Lúcio José Oliveira Bezerra, CPF 122.189.794-20, e da empresa Laguna Distribuidora Ltda., CNPJ 07.888.067/0001-53, em 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

f) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República em Alagoas, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.

SECEX-AL, em 25 de setembro de 2014.

(Assinado eletronicamente)
ANTÔNIO MARTINS JÚNIOR
AUFC – Mat. 5636-7

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51862457.