

TC-009.211/2011-0

Tipo: embargos de declaração em tomada de contas especial (recursos de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Município de Caxias/MA.

Recorrente: Humberto Ivar Araújo Coutinho (CPF 027.657.483-49) e Maria Francilene Rodrigues de Moura (CPF 272.634.523-91).

Advogados: Jaques Fernando Reolon (OAB/DF 22.885); e outros; procurações: peças 31 e 32.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de contas especial. Irregularidades na aplicação de recursos do Sistema Único de Saúde. Contas irregulares. Multa. Inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança. Declaração de inidoneidade de contratadas. Embargos de declaração. Conhecimento. Rejeição de um dos embargos. Acolhimento parcial do outro. Manutenção do acórdão. Recursos de reconsideração. Índícios vários e coincidentes que apontam para fraude à licitação. Prova. Exigência de identificação de licitantes e demonstração de poderes dos prepostos, para formulação de propostas e prática de atos inerentes ao Pregão presencial. Ônus do gestor de provar a aplicação regular dos recursos públicos sob a responsabilidade dele. Desorganização administrativa decorrente da omissão do Prefeito. Responsabilização. Responsabilidade do pregoeiro em velar pela observância das disposições legais e editalícias. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos Humberto Ivar Araújo Coutinho, ex-Prefeito do Município de Caxias/MA (peça 186); e Maria Francilene Rodrigues de Moura, ex-pregoeira do mesmo ente municipal (peça 187), contra o Acórdão 3.447/2014 (peça 139), mantido pelo Acórdão 1.219/2015 (peça 174), ambos do Plenário, com o seguinte teor:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea “b”; 23, inciso III; 28, inciso II; 46; 58, inciso II; e 60 da Lei nº 8.443/1992 e nos arts. 209, § 7º; 214, inciso III, alínea “a”; 250, § 2º; 270, § 3º; e 271 do Regimento Interno, em:

9.1. excluir a responsabilidade das empresas REMAC Odontomédica Hospitalar Ltda., J. Nerval de Sousa, R. F. Carvalho e R. O. Carvalho do Nascimento neste processo;

- 9.2. rejeitar as razões de justificativa de Humberto Ivar Araújo Coutinho, Maria Francilene Rodrigues de Moura, Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed sobre os indícios de montagem do procedimento licitatório relativo ao Pregão 87/2008;
- 9.3. julgar irregulares as contas de Humberto Ivar Araújo Coutinho e Maria Francilene Rodrigues de Moura, bem como das empresas Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed, e aplicar aos dois primeiros multa individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;
- 9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;
- 9.5. declarar Humberto Ivar Araújo Coutinho e Maria Francilene Rodrigues de Moura inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal pelo período de 5 (cinco) anos;
- 9.6. declarar a Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e a E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed inidôneas para licitar com a Administração Pública Federal por 2 (dois) anos;
- 9.7. dar ciência à Prefeitura Municipal de Caxias/MA que a ausência de atesto nas notas fiscais por agente público oficialmente designado para tal fim, quando do recebimento de bens e serviços contratados pela Administração, contraria o previsto no art. 63 da Lei 4.320/1964;
- 9.8. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para as providências que entender cabíveis;
- 9.9. comunicar à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, após o trânsito em julgado deste acórdão, acerca da inabilitação de Humberto Ivar Araújo Coutinho e Maria Francilene Rodrigues de Moura para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, pelo período de 5 (cinco) anos, para que proceda aos devidos registros no Sistema Siape;
- 9.10. remeter cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de tomada de contas especial – TCE, instaurada por determinação do Acórdão 2.678/2010 – Plenário (peça 1), em decorrência de irregularidades na aplicação de recursos do Sistema Único de Saúde - SUS no Município de Caxias/MA, relacionadas a licitações de material médico-hospitalar. O julgado decorreu de Solicitação do Congresso Nacional para investigar irregularidades em diversos setores do ente municipal, culminando em processos apartados.

2.1. As irregularidades que deram ensejo à oitiva das partes, no presente caso, envolveram os Pregões presenciais 49/2008 e 87/2008, sendo que as audiências foram formatadas nos seguintes termos (peça 140, p. 1-2):

2.1.Pregão 49/2008

2.1.1. Audiência do prefeito, o Senhor Humberto Ivar Araújo Coutinho; da pregoeira, a Senhora Maria Francilene Rodrigues de Moura; e das licitantes, as empresas Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed, em razão das seguintes irregularidades:

a) indícios de procedimentos fraudulentos na condução do processo licitatório, indicando possível ocorrência de conluio, direcionamento de licitação ou licitação montada, contrariando o art. 9º da Lei 10.520/2002 c/c os arts. 3º e 90 da Lei 8.666/1993, com as especificações e evidências constantes do item 30.1 do relatório de fls. 151/259;

b) falta de numeração das folhas do processo licitatório, contrariando o art. 38, caput, da Lei 8.666/1993 (item 30.1 do relatório de fls. 151/259).

2.1.2. Citação do prefeito, o Senhor Humberto Ivar Araújo Coutinho; da pregoeira, a Senhora Maria Francilene Rodrigues de Moura; e das licitantes, as empresas Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed, em razão de indícios de que não houve entrega dos produtos licitados, uma vez que não consta atestado de recebimento nas notas fiscais emitidas, conforme o discriminado nos seguintes quadros, contrariando o art. 63 da Lei 4.320/1964:

Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda.	
Data	Débito (R\$)
19/6/2008	396.618,12
22/7/2008	120.945,47
30/12/2008	19.880,00
30/12/2008	32.618,00

E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed	
Data	Débito (R\$)
10/12/2008	32.577,80
8/8/2008	314.367,71
19/6/2008	308.760,43

2.2. Pregão 87/2008

2.2.1. Audiência do prefeito, o Senhor Humberto Ivar Araújo Coutinho; da pregoeira, a Senhora Maria Francilene Rodrigues de Moura; e das licitantes, as empresas Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda., E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed, REMAC Odontomédica Hospitalar Ltda., J. Nerval de Sousa, R. F. Carvalho e R. O. Carvalho, em razão das seguintes irregularidades:

a) indícios de procedimentos fraudulentos na condução do processo licitatório, indicando possível ocorrência de conluio, direcionamento de licitação ou licitação montada, contrariando o art. 9º da Lei 10.520/2002 c/c os arts. 3º e 90 da Lei 8.666/1993, com as especificações e evidências constantes do item 31.1 do relatório de fls. 151/259;

b) falta de numeração das folhas do processo licitatório, contrariando o art. 38, caput, da Lei 8.666/1993 (item 31.3 do relatório de fls. 151/259).

2.2.2. Citação do prefeito, o Senhor Humberto Ivar Araújo Coutinho; da pregoeira, a Senhora Maria Francilene Rodrigues de Moura; e das licitantes, as empresas Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed, em razão de indícios de que não houve entrega dos produtos licitados, uma vez que não consta atestado de recebimento nas notas fiscais emitidas, conforme o discriminado nos seguintes quadros, contrariando o art. 63 da Lei 4.320/1964:

Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda.	
Data	Débito (R\$)
2/10/2008	24.308,32

E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed	
Data	Débito (R\$)
9/1/2009	63.838,10



28/5/2009	18.120,16
27/3/2009	1.312,05
17/4/2009	1.307,65
21/5/2009	28.537,50
25/5/2009	30.480,43
6/1/2009	9.148,80
19/1/2009	1.046,04
9/1/2009	16.638,00

2.2. Após primeira audiência das partes e análise das razões de justificativa apresentadas, a unidade técnica considerou necessário ouvir Humberto Ivar Araújo Coutinho, Maria Francilene Rodrigues de Moura e as pessoas jurídicas Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e E. M. M. Mota – Distribuidora Multimed acerca de informações repassadas pelas empresas Remac Odontomédica Hospitalar Ltda., J. Nerval de Sousa, R. F. Carvalho e R. O. Carvalho de que não participaram dos Pregões 49/2008 e 87/2008 (peça 140, p. 4).

2.3. Na sequência, depois de analisado o conjunto das razões de justificativa apresentadas, o Tribunal, por meio do Acórdão 3.447/2014 – Plenário, julgou irregulares as contas dos agentes públicos envolvidos e das empresas Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e E. M. M. Mota – Distribuidora Multimed.

2.4. A Corte aplicou, também, multa e promoveu a inabilitação para o exercício de cargos e funções na Administração Pública dos gestores; além de declarar inidôneas as pessoas jurídicas citadas no item anterior, na forma transcrita na introdução acima.

2.5. No intuito de sanear omissões no julgado, Humberto Ivar Araújo Coutinho (peça 145) e Maria Francilene Rodrigues (144) apresentaram embargos de declaração ao Acórdão 3.447/2014 - Plenário, tendo o Tribunal acolhido parcialmente o recurso do ex-Prefeito, sem alteração do julgado embargado, apenas para explicitar a razão pela qual o responsável foi apenado. Com isso, a Corte, por intermédio do Acórdão 1.219/2015 – Plenário (peça 174), *in verbis*, decidiu por:

9.1. conhecer dos embargos de declaração opostos por Humberto Ivar Araújo Coutinho para, no mérito, acolhê-los parcialmente, sem alteração do Acórdão 3.447/2014 – Plenário;

9.2. conhecer dos embargos de declaração opostos por Maria Francilene Rodrigues de Moura, para, no mérito, rejeitá-los;

9.3. notificar os embargantes acerca desta deliberação.

2.6. Ainda insatisfeitos, Humberto Ivar Araújo Coutinho e Maria Francilene Rodrigues de Moura interpuseram recursos de reconsideração. O pedido do ex-Prefeito (peça 186) abarca a totalidade dos argumentos apresentados pela ex-pregoeira (peça 187), nos quais requerem o conhecimento do recurso e, no mérito, seu provimento, de modo a afastar as penalidades a eles aplicadas, determinando-se o arquivamento dos autos (peça 186, p. 13).

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 196-197), ratificado pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator, na peça 205, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 3.447/2014, mantido pelo Acórdão 1.219/2015, ambos do Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constituem objetos dos recursos as seguintes questões:

a) Se a ausência de numeração de folhas no processo administrativo ou coincidências nas grafias das propostas dos certames constituem faltas graves o suficiente para ensejar aplicação de sanção aos responsáveis (peças 186, p. 2-5; e 187, p. 2-5);

b) Se há provas de que empresas com propostas registradas no Pregão 87/2008, de fato, não participaram da disputa (peças 186, p. 5-7; e 187, p. 5-7);

c) Se o recorrente Humberto Ivar Araújo Coutinho, ex-Prefeito municipal, pode ser responsabilizado pelas irregularidades descritas nos autos (peça 186, p. 8-13);

d) Se a ex-pregoeira Maria Francilene Rodrigues de Moura pode ser responsabilizada pelas irregularidades descritas nos autos (peça 187, p. 7-9).

5. Ausência de numeração de folhas no processo administrativo, coincidências nas grafias das propostas dos certame, faltas graves e aplicação de sanções (peças 186, p. 2-5; e 187, p. 2-5)

5.1. Os recorrentes afirmam que a ausência de numeração de folhas no processo administrativo e as coincidências nas grafias das propostas de preços não constituem faltas graves aptas a ensejar sanções aos responsáveis, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) Em que pese esteja registrado no voto condutor dos embargos de declaração que a irregularidade das contas decorreu de procedimentos fraudulentos em dois pregões, o Relator do acórdão recorrido acolheu a proposta da unidade técnica, a qual não apontou montagem no Pregão n. 49/2008. Logo, o objeto dos recursos será apenas o Pregão n. 87/2008 (peça 186, p. 2);

b) A ausência de numeração de folhas constitui apenas vício de forma, podendo ser corrigido de imediato pelo responsável pela autuação do processo administrativo. Essa fragilidade não causou prejuízo ao erário, sendo que toda a documentação produzida estava organizada na sequência lógica dos atos necessários à correta condução do certame (peça 186, p. 3);

c) A ausência de numeração de folhas não impediu o direito de acesso ao processo pela competente equipe de fiscalização, assegurando-se a ação de controle. Em inúmeros julgados, esta Corte deliberou apenas por orientar o órgão responsável acerca da falha (peça 186, p. 3);

d) Em caso em que o próprio recorrente figurava como responsável, o Tribunal afastou a aplicação de penalidade por ausência de gravidade na falta de numeração de folhas do processo administrativo. Para a Corte, esse fato não é grave o suficiente para ensejar aplicação de sanção aos responsáveis, sendo adequada a cientificação do ente municipal acerca do tema (peça 186, p. 3);

e) As propostas de preço apresentadas pelas empresas Dismahc e E.M.M. Mota são bem diferentes, tanto na formatação quanto na redação;

f) A proposta da Dismach não tem planilha, tem tipo de fonte moderna escrita em caixa baixa. Já a proposta da E.M.M Mota tem outro tipo de fonte, mais tradicional, escrita em caixa alta, contém planilhas e possui espaçamentos bastante diferentes da proposta da Dismach (peça 186, p. 3);

g) As diferenças entre as propostas são maiores do que as semelhanças, as quais são insuficientes para supor a existência de conluio. Há apenas algumas coincidências que podem ser consideradas padronizadas, por conta de itens inseridos na planilha de custos (peça 186, p. 4);

h) As matrizes de planilhas e do edital são disponibilizadas em meio eletrônico aos interessados no certame, o que pode gerar obviamente semelhanças entre as propostas, pelo uso do material padrão;

i) As poucas semelhanças verificadas pela auditoria decorrem dos arquivos padronizados, sistemática relevante para facilitar o preenchimento dos preços pelas empresas e auxiliar as conferências e comparações pela Administração, tornando mais célere o certame;

j) Apesar de se ter sugerido o conluio com base na idêntica redação dos textos de endereçamento, identificação da licitação e data, local e hora do certame, essa exigência decorre do próprio edital (peças 186, p. 4; e 9, p. 9, item 8.3); e

k) O Tribunal já decidiu que, mesmo reconhecido o conluio entre os licitantes, fato não ocorrido no presente caso, não caberia aplicar penalidade a membros da Comissão de Licitação, pois não notar a similaridade entre as propostas é fato escusável. A Corte também acolheu as justificativas dos recorrentes, ao considerar razoável a coincidência nas grafias por conta de modelo fornecido pela Administração e em decorrência de contato entre as empresas a respeito de dúvidas sobre o edital (peça 186, p. 4-5).

Análise

5.2. Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar. É pacífica nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal - STF jurisprudência no sentido de que indícios vários e coincidentes que apontam para fraude à licitação, consubstanciada na prática de atos capazes de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e de promover o direcionamento do certame, constituem prova (Acórdão 502/2015 – Plenário).

5.3. Nesse sentido, não obstante a ausência de numeração de folhas no processo administrativo e as coincidências nas grafias das propostas de preços do Pregão 87/2008 isolados não possam conduzir à apenação dos recorrentes, analisados em conjunto constituem prova relevante. Essa conclusão se mostra acertada especialmente diante dos fortes indícios de direcionamento do certame às empresas empresas Dismahc – Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e E. M. M. Mota – Distribuidora Multimed.

5.4. Destaque-se que havia a necessidade de credenciar sócio, proprietário, dirigente ou assemelhado ou dar poderes formais a procurador para que a licitante realizasse atos no Pregão 89/2008 (peça 9, p. 7). Esse credenciamento é que permitiria, inclusive, a apresentação de propostas de preços (peça 9, p. 9, item 8.2).

5.5. Nesse sentido, a Dismahc Comércio e Representação de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e a E. M. M. Mota – Distribuidora Multimed apresentaram procuradores para representá-los no certame (peça 9, p. 42-47). Por oportuno, cabe relatar que essas empresas foram as únicas vencedoras de todos os itens da disputa (peça 14, p. 25-29).

5.6. Não há nos autos procuração ou qualquer documento semelhante em nome das demais supostas participantes do procedimento licitatório, as quais foram apontadas como tendo apresentado propostas válidas, mesmo sem procurador (peça 13, p. 2-43). O tema será melhor

discutido na questão subsequente.

5.7. De outro lado, ao contrário do que buscam fazer crer os recorrentes, a unidade técnica não apontou semelhança na grafia das propostas da Dismahc e da E. M. M. Mota, mas sim entre os documentos dessas empresas e de outras supostas licitantes. Isso pode ser confirmado com a consulta ao Relatório original de auditoria, constante do TC 013.939/2009-5, sem indicação de peça eletrônica (Volumes digitalizados – PRINCIPAL_VOL_000_FOLHAS_00190_00247, p. 59, item 31.1).

5.8. Na descrição do achado, os auditores demonstram, por exemplo, fortes semelhanças nas propostas de preços da Dismahc e da Remac, como a estruturação das tabelas e a redação dos textos. De fato, ao consultar esses elementos nos presentes autos, verificam-se as similitudes apontadas pela equipe (peças 9, p. 48-63; e 10, p. 1-35 e 36-58).

5.9. Do mesmo modo, as redações dos textos de endereçamento, identificação da licitação e data, local e hora do certame são idênticas nas propostas da Dismahc Comércio e Representações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda., Remac Odontomédica Hospitalar Ltda., e J. Nerval de Sousa (peças 9, p. 48; 10, p. 36; e 11, p. 51).

5.10. Note-se que não se trata de padronização de planilhas ou exigências comuns do edital, como afirmam os recorrentes. O formato dos textos em muito se assemelha, o que integra os demais indícios de conluio.

5.11. Além disso, em associação aos elementos descritos acima, soma-se a ausência de numeração do processo administrativo relativo ao certame, tendo em vista que esse fato se alinha à tese de montagem do procedimento licitatório.

5.12. De acordo com o *caput* do artigo 38 da Lei 8.666/1993, aplicável de forma subsidiária à questão, “o procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado”.

5.13. Não se trata de mera formalidade, conforme lição de Marçal Justen Filho (**Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 684):

A autuação, o protocolo e a numeração destinam-se a assegurar a seriedade e a confiabilidade da atividade administrativa. A documentação por escrito e a organização dos documentos em um único volume asseguram a fiscalização e o controle da legalidade do procedimento. Será assegurada a possibilidade de evolução do procedimento.

5.14. Dessa forma, a organização do processo administrativo, com a devida numeração das páginas, visa assegurar o controle da evolução histórica do procedimento, com a identificação da sequência dos atos.

5.15. A ausência de numeração de páginas e a semelhança na grafia das propostas foram objetos de atuação do Tribunal em outros processos relacionados aos próprios recorrentes, oriundos também do Acórdão 2.678/2010 – Plenário.

5.16. Nessa linha, citem-se o Acórdão 2.730/2014, mantido pelo Acórdão 1.218/2015; bem como o Acórdão 1.778/2015, todos do Plenário, sendo que se destaca do último julgado citado o seguinte trecho do voto condutor da deliberação:

51.No tocante à ausência de numeração das folhas que integram o processo administrativo (item

“a”), os argumentos não merecem ser acolhidos. Em homenagem ao princípio da transparência, a Lei 8.666/1993, em seu art. 38, exige que o procedimento licitatório seja iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa. Não se trata, portanto, de mero formalismo, mas da garantia de que a atividade administrativa seja desempenhada de maneira séria e confiável, de modo a permitir sua fiscalização e controle.

5.17. Assim, não obstante em determinado processo, diante das circunstâncias específicas colocadas, o Tribunal não tenha entendido graves a ausência de numeração de páginas do processo administrativo e a semelhança na grafia das propostas, nos presentes autos, esses indícios reunidos constituem prova relevante do conluio em favor das empresas Dismahc – Comércio e REpresentações de Material Hospitalar e Cirúrgico Ltda. e E. M. M. Mota – Distribuidora Multmed. Essa conclusão se acentua com a análise da próxima questão.

6. Empresas com propostas registradas no Pregão 87/2008 e participação efetiva na disputa (peças 186, p. 5-7; e 187, p. 5-7)

6.1. Os recorrentes afirmam haver provas nos autos de que as empresas R. F. Carvalho; R. O. Carvalho, Remac Odontomédica e J. Nerval de Souza participaram do Pregão 87/2008, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) O ponto principal da condenação dos recorrentes reside na existência de propostas no processo licitatório, cuja apresentação foi negada pelas próprias licitantes (peça 186, p. 5);

b) Consta da ata de realização da sessão que apenas duas empresas compareceram com representantes credenciados: Dismahc e E. M. M. Mota, o que realmente ocorreu. Somente essas pessoas jurídicas credenciaram representantes nos autos, os quais assinaram e rubricaram o documento;

c) Não há nos autos qualquer indício de tentativa de querer fazer crer que as demais empresas teriam comparecido à sessão. Ao contrário, está expresso na ata que as pessoas jurídicas R. F. Carvalho, R. O. Carvalho, Remac Odontomédica e J. Nerval de Sousa participaram da licitação “sem representante credenciado” (peça 186, p. 5-6);

d) A menção à participação das referidas entidades se deu por conta da existência, no processo, de comprovantes de recebimento de edital pelas empresas, a exemplo do registro da pessoa jurídica R. O. Carvalho do Nascimento, com carimbo e assinatura de Isaías Félix do Nascimento, dentre outras (peça 186, p. 6). Essa postura decorreu, também, da existência de propostas de preço apresentadas pelas licitantes, em papel timbrado, com assinatura de prepostos, como o documento da J. Nerval (peça 186, p. 6);

e) A documentação apresentada pelas empresas é suficiente para comprovar a participação delas no certame, mesmo diante da ausência de representantes na sessão, com a consequente impossibilidade de participação na fase de lances (peça 186, p. 6);

f) A empresa R. F. Carvalho não nega ter recebido o edital. A R. O. Carvalho, além de não negar ter recebido o documento, não afirma desconhecer a proposta acostada à licitação. Ao contrário, relata não conhecer a proposta apresentada pela R. F. Carvalho (peça 186, p. 7);

g) A empresa Remac afirma que o signatário do comprovante de recebimento do edital, de fato, já fez parte do quadro de funcionários daquela pessoa jurídica (peça 186, p. 7);

h) Mesmo diante da negativa das empresas de terem participado do certame, não há como negar o valor da prova documental, em especial quando integra processo administrativo público. Há presunção de veracidade em detrimento de meras alegações em sentido contrário, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cabendo o ônus da prova de falsidade a quem alega (peça 186, p. 7); e

i) A simples declaração das licitantes de que não participaram da licitação não é o suficiente para descaracterizar a prova documental juntada aos autos (peça 186, p. 7).

Análise

6.2. Não assiste razão aos recorrentes. Como já destacado anteriormente, não obstante o edital exigisse o credenciamento de representantes das empresas para a prática de atos no Pregão 87/2008, apenas as empresas Dismahc e E. M. M. Mota credenciaram prepostos para tal.

6.3. Entretanto, equivocam-se os recorrentes na leitura das atas da sessão de julgamento das propostas (peça 13, p. 2-43). Como se verifica nos documentos, as empresas R. F. Carvalho, R. O. Carvalho, Remac Odontomédica hospitalar Ltda. e J. Nerval de Sousa, mesmo sem representantes credenciados, tiveram as supostas propostas de preços aceitas, sendo que todas foram consideradas aptas para a fase de lances. Em todos os itens, a competição foi travada com a falsa participação dessas pessoas jurídicas.

6.4. De acordo com o inciso IV do artigo 4º da Lei 10.520/2000, na fase externa do pregão, observam-se as seguintes regras:

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

6.5. Portanto, no Pregão presencial, para a formulação de propostas e para a prática de atos inerentes ao certame, os licitantes deverão estar devidamente identificados e eventuais prepostos terão que demonstrar os necessários poderes. Portanto, nessa fase, não seriam suficientes comprovantes de recebimento de edital. Nesse sentido, cabe colacionar trecho do voto condutor do Acórdão 1.055/2009 - Segunda Câmara:

Quanto ao mérito, também entendo assistir razão à 3ª Secex. A Lei 10.520/2002 (art. 4º, inciso VI) e o Decreto 3.555/2000 (art. 11, inciso IV), que instituem e regulamentam a modalidade de licitação denominada pregão, estabelecem que, na sessão pública para recebimento das propostas e da documentação de habilitação, o interessado ou seu representante legal deve "proceder ao respectivo credenciamento, comprovando, se for o caso, possuir os necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame". Resta evidente que, não o fazendo nesse momento, a empresa interessada fica impossibilitada de participar da fase de lances. O credenciamento a posteriori da empresa pelo órgão licitante implicaria em situação de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, porque o edital previu o exato momento em que seria recebida a documentação ao guardar conformidade com a lei.

6.6. O edital do Pregão 87/2008 previu o credenciamento de sócios, proprietários, dirigentes ou assemelhados, responsáveis pelas empresas na condução do certame; bem como instrumento público ou particular de mandato, no caso de procurador (peça 9, p. 7-8, item 5). Os interessados deveriam comprovar, por meios próprios, poderes para formulação de ofertas e lances verbais, antes

do início da sessão (peça 9, p. 9, itens 8.2 e 8.3).

6.7. Todavia, quatro empresas supostamente teriam participado da sessão de julgamento das propostas, sem representante credenciado, tendo sido aceitos os documentos por ela apresentados, os quais foram julgados juntamente com os lances da Dismahc e da E. M. M. Mota. Essa versão não se mostra razoável.

6.8. Mesmo que se aceitassem apenas o envio de propostas sem credenciamento, como destacou a unidade técnica (peça 140, p. 8), não há qualquer prova no processo administrativo ou na defesa das partes, mesmo agora em grau recursal, do efetivo recebimento dessas ofertas, por protocolo da Administração ou sistemática assemelhada.

6.9. Dessa forma, o grande volume de indícios constantes dos autos permite que se considere verdadeira a tese apresentada na deliberação recorrida, no sentido de que as propostas apresentadas pelas empresas R. F. Carvalho, R. O. Carvalho, Remac Odontomédica Hospitalar Ltda. e J. Nerval de Sousa tinham apenas a finalidade de dar aspecto de legalidade à licitação, a qual se direcionava em conluio para a Dismahc e a E. M. M. Mota, diferentemente do afirmado na peça recursal.

6.10. Note-se que, no contexto da discussão empreendida até agora, sequer seriam necessárias as declarações das empresas com negativas de participação na disputa para concluir pelo conluio apontado na deliberação recorrida, como sugerem os recorrentes.

6.11. As declarações das empresas J. Nerval de Sousa (peça 43), R. F. Carvalho (peça 62), R. O. Carvalho do Nascimento (peça 63) e Remac Odontomédica Hospitalar Ltda. (peça 65), em uníssono, no sentido de não terem participado do certame e desconhecerem as propostas juntadas ao presente processo apenas integram o conjunto contundente sobre o conluio, em desfavor dos recorrentes. Não constituem os elementos cruciais na conclusão do Tribunal, como pretende fazer acreditar os recorrentes.

6.12. O valor da prova documental deve encontrar respaldo no conjunto probatório presente nos autos e não deve conter elementos contundentes de fraude, como demonstram os documentos contidos nos autos, analisados com profundidade pelos técnicos da Corte. A presunção de veracidade é relativa.

6.13. A comprovação de que quatro das seis empresas não participaram efetivamente da competição, a ausência de numeração de páginas do processo administrativo, a semelhança na grafia de algumas propostas, culminando na vitória da Dismahc e da E. M. M. Mota em todos os mais de 470 itens da disputa, constituem conjunto de indícios relevantes considerados pela jurisprudência desta Corte e do STF, prova.

6.14. Assim, na forma do tópico anterior, indícios vários e coincidentes que apontam para fraude à licitação, consubstanciada na prática de atos capazes de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e de promover o direcionamento do certame, constituem prova.

6.15. Por fim, diferentemente do que alegam os responsáveis, na gestão de recursos governamentais e conforme pacífica jurisprudência desta Casa, incide sobre o gestor o ônus de provar a aplicação regular dos recursos públicos de responsabilidade dele.

7. Responsabilidade do ex-Prefeito municipal e irregularidades descritas nos autos (peça 186, p. 8-13)

7.1. O recorrente Humberto Ivar Araújo Coutinho, ex-Prefeito do Município de Caxias/MA,

afirma não poder ser responsabilizado pelas irregularidades descritas nos autos, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) Compete ao Secretário de Saúde ou órgão equivalente a gestão dos recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, conforme o artigo 9º, combinado com os artigos 18, I; e 32, §2º, da Lei 8.080/1990. Conforme jurisprudência do Tribunal, a responsabilidade do secretário municipal somente pode ser afastada quando existir ato formal que atribua essa competência a outrem, não podendo o Gabinete do Prefeito ser considerado entidade orgânica com a equivalência exigida na norma (peça 186, p. 8);

b) Mesmo que se entendesse pela culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, essa responsabilidade deveria recair sobre o Secretário de Saúde e não sobre o Prefeito, no presente caso. Esse fato encerra sozinho qualquer discussão sobre a responsabilização do recorrente Humberto Ivar Araújo Coutinho. Ele não era o ordenador de despesas, não cabendo ao Prefeito ser responsabilizado por irregularidade na aplicação dos recursos fiscalizados (peça 186, p. 8);

c) O recorrente não teve qualquer participação na condução do Pregão. Não assinou o edital, não participou da sessão pública de julgamento, não adjudicou o objeto e não homologou o certame, conforme os autos. A homologação foi realizada por Domingos Vinicius de Araújo Santos, Secretário Municipal de Saúde, como ordenador de despesas da gestão de recursos do SUS (peça 186, p. 9);

d) Em caso semelhante ao ora analisado, a unidade técnica, em instrução acolhida pelo Relator e por unanimidade pelo Plenário, concordou não ser razoável apenar o recorrente quanto a semelhanças nas propostas ou ausência de numeração de folhas, quando não acessou o processo por não ter homologado o certame (peça 186, p. 9);

e) Os precedentes já mencionados no recurso demonstram não caber a responsabilização dos membros da Comissão de Licitação, mesmo no caso de conluio entre as empresas. É escusável não se notar semelhanças entre as propostas apresentadas ou ausência de numeração de páginas, inconsistência não grave (peça 186, p. 10);

f) Se essas irregularidades não são imputadas aos membros da Comissão de Licitação, responsáveis pela condução do certame, com mais razão não devem ser atribuídas ao Prefeito, sobretudo quando não homologou a disputa e não é o ordenador de despesas (peça 186, p. 10);

g) A ausência de paginação é visível, havendo razão para excluir a responsabilidade do Prefeito por não ter aferido a falsidade das propostas apresentadas, em especial quando não há qualquer elemento capaz de levar a essa conclusão. A própria unidade técnica somente tomou ciência da suposta falsidade após a declaração das empresas. Não se poderia exigir que o homem médio concluísse dessa forma, mesmo se tivesse homologado o certame, quanto mais sem que tenha realizado essa atividade e não sendo ele o ordenador de despesas. Essa argumentação se torna mais consistente, ao se verificar que os documentos juntados estavam carimbados, assinados e timbrados (peça 186, p. 10);

h) Mesmo que se entenda ter havido apresentação de propostas falsas na licitação, não há motivos para crer que qualquer gestor público tenha participado do ato. A licitação foi publicada no Diário Oficial do Estado do Maranhão, no Diário Oficial do Município de Caxias, em jornal de grande circulação, na rede mundial de computadores e, ainda, afixado no quadro de avisos da Prefeitura. Questiona-se se, caso o gestor desejasse montar processo licitatório, com falsas

propostas, iria dar ampla publicidade ao certame, com cumprimento dos requisitos legais e garantia de participação dos interessados. A resposta é negativa (peça 186, p. 10-11);

i) O resultado da licitação seria o mesmo, com ou sem a juntada de propostas falsas aos autos. Mesmo que apenas as empresas Dismahc e E. M. M. Mota tivessem disputado o certame, tratar-se-ia de situação regular, admitida pelo Tribunal (peça 186, p. 11);

j) Até a participação de apenas uma empresa é aceita pela Corte, quando se verifica no caso concreto a publicidade dada ao certame e a aderência dos preços ao mercado, requisitos atendidos na espécie;

k) Ofende a razoabilidade entender que qualquer gestor interessado em contratar empresa específica tenha se valido de procedimento que, além de ilícito, é inútil para os fins almejados (peça 186, p. 11);

l) Com o objetivo de reforçar a boa-fé no caso, destaca-se que o contrato foi rigorosamente cumprido, tendo as obrigações contratuais sido cumpridas integralmente, demonstrando a eficácia da contratação. O acórdão recorrido afastou a possibilidade de não terem sido entregues os materiais, proferindo apenas determinação acerca da ausência do atesto de recebimento em notas fiscais (peça 186, p. 11);

m) É subjetiva a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, sendo que, no presente caso, sequer se aplica ao recorrente, mas sim ao Secretário de Saúde (peça 186, p. 12);

n) Não há nos autos e nem poderia haver qualquer indício da participação do recorrente na suposta falsificação das propostas, razão pela qual se afasta o dolo no caso. Não há, também, elementos que apontem culpa do responsável, pois ele não participou do certame em nenhum momento e nem deveria ter participado, haja vista não ser ordenador de despesas;

o) Não se pode imputar ao recorrente culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, pois ele não era o responsável por gerir os recursos do SUS. Logo, reitera-se questão colocada nos embargos de declaração, no sentido de que, caso se entenda pela prática de ilícito, que se averiguada a autoria da falsificação junto ao Ministério Público Federal (peça 186, p. 12);

p) Como já decidiu o Tribunal, os prefeitos integram rol restrito de agentes políticos, que somente podem ser responsabilizados quando praticam atos administrativos. No mesmo julgado, restou definido que o responsável não atuante no procedimento licitatório não deve ser apenado por ocorrências de caráter essencialmente técnico (peça 186, p. 12-13);

q) O Tribunal concluiu não ser razoável atribuir responsabilidade às autoridades que exerçam cargos de gestão maior, por irregularidades de natureza meramente operacional, podendo-se apenas responsabilizá-los por ilegalidades grosseiras, avaliadas sob amplo enfoque, o corridas em assuntos da competência do gestor (peça 186, p. 13);

r) A necessidade de o dirigente máximo verificar, em cada caso, o cumprimento de disposições legais corriqueiras pelos subordinados implicaria em excessiva concentração de atribuições, de modo a inviabilizar a administração de estruturas complexas, como a prefeitura. Isso agiria de forma a desprestigiar a necessária descentralização das atividades e a segregação de funções;

s) Não é razoável exigir do Prefeito que realize trabalhos burocráticos, como verificar a grafia das palavras escritas nas propostas encaminhadas pelos licitantes, numeração de páginas ou a

veracidade dos comprovantes de recebimento de editais e das propostas de preços (peça 186, p. 13).

Análise

7.2. Os argumentos do recorrente não merecem prosperar. É verdadeira a afirmação do ex-Prefeito, no sentido de que, com fulcro no artigo 9º, combinado com os artigos 18, I; e 32, §2º, da Lei n.8.080/1990, a direção do SUS no âmbito municipal é realizada pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente, responsável por gerir e executar os serviços públicos de saúde.

7.3. Entretanto, não se pode olvidar que, no âmbito do Município, como regra, a totalidade das ações relacionadas à gestão de recursos financeiros tem como ordenador de despesas o Prefeito, por natural ascendência hierárquica.

7.4. Dessa forma, o Tribunal de Contas da União – TCU, em inumeráveis julgados, entende como compartilhada a gestão dos recursos federais da saúde no município, de forma que irregularidades ligadas aos valores transferidos no âmbito do SUS serão de responsabilidade solidária do Secretário Municipal de Saúde e do Prefeito do Município, podendo incidir sobre ambos multa. A exclusão de qualquer um desses gestores do rol passivo da demanda exige prova contundente de que ele não tinha envolvimento com a administração financeira.

7.5. Nesse sentido, pode-se citar trecho do voto condutor do Acórdão 1.409/2014 – Primeira Câmara, *in verbis*:

11. Apesar de, em geral, o prefeito ser o ordenador de despesas máximo e atuar como última instância decisória na alocação dos recursos municipais, na área de saúde, de acordo com o estrutura concebida pelo SUS, essas atribuições são compartilhadas com a Secretaria Municipal de Saúde e seu respectivo titular. Assim, a princípio, a gestão dos recursos é exercida conjuntamente pelo chefe do poder executivo local e pelo Secretário Municipal de Saúde, não tendo este último apresentado nenhum documento que permita afastar essa presunção.

7.6. De fato, seria até mesmo temerário restringir a responsabilização acerca de irregularidades na gestão dos recursos do SUS ao Secretário Municipal de Saúde, sobretudo quando reconhecidamente a ingerência do Prefeito nessa seara é ampla e irrestrita, o que poderia levar à impunidade.

7.7. Não é por acaso que o volume de condenações solidárias entre o Prefeito e Secretário municipal de saúde, com aplicação de multas em ambos, é vasto, ao se consultar a jurisprudência desta Corte (Acórdãos 1.102/2014 – Plenário e 4.976/2008 – Segunda Câmara, por exemplo).

7.8. Assim, não se pode de imediato excluir a responsabilidade do recorrente acerca das irregularidades tratadas nos presentes autos, não obstante não se deva praticar responsabilização objetiva, devendo a conduta do ex-gestor ser analisada individualmente.

7.9. Nessa linha, é sempre tormentosa a discussão sobre a responsabilização do dirigente máximo dos órgãos e entidades jurisdicionados a esta Corte, especialmente quando a questão envolve agentes políticos, como o prefeito, ora recorrente. O tema sempre traz acirrados debates desde a unidade técnica até os colegiados do Tribunal. Logo, o ponto deverá ser tratado cuidadosamente nesta assentada, sobretudo por envolver contexto probatório de fraude à licitação.

7.10. A celeuma envolvida decorre da própria estrutura da Administração Pública, a qual possui grande complexidade. Com isso, para o atingimento do interesse público, é imprescindível a

desconcentração administrativa e até a descentralização, com o uso frequente da ferramenta da delegação de competência.

7.11. É verdadeira a afirmação do recorrente, baseada inclusive em precedente do Tribunal, de que o Prefeito não pode ser responsabilizado por falhas na estrutura de controle dos atos administrativos, haja vista a dimensão do ente municipal. O Tribunal, em diversos precedentes, reconhece essa conjuntura, nas discussões sobre delegação de competência. Cite-se, como exemplo, trecho do voto condutor do Acórdão 5.793/2011 – Segunda Câmara, *in verbis*:

6. Pensar de maneira diversa, exigindo do agente delegante o controle de todo e qualquer ato delegado, significa tornar letra morta o instituto da delegação de competência, razão pela qual concordo com o Sr. [...], para quem ‘seria absolutamente ilógico e irrazoável que a legislação previsse a delegação de competência [...] e ainda assim exigisse o acompanhamento casuístico - o único que pode levar à responsabilização - de todo ato administrativo por parte da autoridade que detém a competência geral, no caso quem exerce o cargo de direção’.

7.12. Todavia, deve-se questionar se o instituto da delegação de competência empreendida pelos dirigentes máximos dos órgãos e entes federativos tem o condão de afastá-los definitivamente de responsabilização, em caso de irregularidades em atos delegados praticados pelos subordinados. A ausência de lógica, nesse caso, estaria no fato de o gestor máximo assumir a atribuição de conduzir determinado ente e estar isento, quando identificados atos irregulares praticados pelos subordinados do acusado, sendo ele o último elo na cadeia decisória da instituição.

7.13. No presente caso, não se esperaria que um dos responsáveis pelo esquema fraudulento, conforme a deliberação recorrida, subscrevesse descuidadamente documentos relativos à execução de recursos do SUS. De fato, é normal não haver, no caso, sequer uma assinatura do ex-prefeito.

7.14. Esta Corte, após enfrentar centenas de casos de responsabilização do gestor máximo e analisar com acuidade a questão, tem concluído, de forma amplamente majoritária, pela possibilidade de inclusão do dirigente máximo no rol dos culpados, especialmente do Prefeito municipal.

7.15. Esse posicionamento decorre do entendimento disseminado nas análises técnicas, segundo o qual o dirigente pode até delegar a execução de determinadas tarefas, mas a fiscalização dos atos dos subordinados é competência irrenunciável (Acórdão 1.346/2013 – Plenário):

Em segundo lugar, o instituto da delegação é uma manifestação da relação hierárquica que transfere atribuições ao agente delegado, mas não exime o autor da delegação do dever de acompanhar os atos praticados. Isso porque as prerrogativas e os poderes do cargo, tais como a supervisão, não são conferidos em caráter pessoal ao agente público, mas sim para o bom desempenho de seu papel institucional, sendo, portanto, irrenunciáveis.

7.16. Em vertente bastante difundida nesta Corte, utilizada como fundamento da deliberação recorrida, o gestor máximo deve escolher adequadamente os subordinados para os quais direcionará a delegação de competência e fiscalizar-lhes as ações, sob pena de responder por culpa *in elegendo* ou *in vigilando* (Acórdão 1.619/2004 – Plenário):

5. É entendimento pacífico no Tribunal que o instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, visto que remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado (v.g. Acórdão 56/1992 - Plenário, in Ata 40/1992; Acórdão 54/1999 - Plenário, in Ata 19/1999; Acórdão 153/2001 - Segunda Câmara, in Ata 10/2001). Cabe, por conseguinte, à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus

subordinados, diante da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*.

7.17. Ainda assim, no caso do processo no Tribunal de Contas da União, a questão se mantém controversa, pois não há responsabilidade objetiva na atividade punitiva estatal, devendo os órgãos sancionadores demonstrar conduta dolosa ou culposa dos agentes, como cita o precedente juntado pela parte. As hipóteses de responsabilização por eleger mal ou vigiar de forma defeituosa se aproximam, para parte da doutrina e da jurisprudência, da responsabilidade objetiva, sem análise da culpa ou do dolo.

7.18. Esses institutos, entretanto, foram importados para a jurisprudência desta Casa, oriundos do Direito Civil; especialmente das discussões empreendidas no Código Civil de 1916; e aproximam-se, de fato, da culpa presumida, estágio intermediário entre as responsabilidades subjetiva e objetiva, como leciona Sérgio Cavalieri Filho (**Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 40):

A culpa presumida foi um dos estágios na longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima. O fundamento da responsabilidade, entretanto, continuou o mesmo – a culpa (...)

7.19. Mesmo no bojo da responsabilidade civil aquiliana, essas espécies de culpa estão em extinção, pois o Código Civil de 2002, em seu art. 933, fixou objetivamente as ações antes avaliadas de forma presumida, a exemplo da responsabilização do empregador em relação ao empregado ou do detentor do animal que causou dano (**Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 39)

7.20. Por outro lado, alerta Cavalieri Filho que, mesmo na responsabilidade civil, com sistema doutrinário com maior consolidação, “a culpa presumida não se afastou do sistema da responsabilidade subjetiva, pelo que admite discutir amplamente a culpa do causador do dano (...) (**Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 40).

7.21. Nota-se que a situação é controversa e nenhuma das duas posturas deve ser tomada de forma automática. Não se pode punir o prefeito objetivamente apenas pelo cargo por ele ocupado e também não se deve afastar-lhe responsabilidade apenas em razão da delegação de competência e da desconcentração administrativa. O Tribunal tem ciência disso (Acórdão 2.300/2013 – Plenário):

12. Ou seja, a responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta. Pelos precedentes judiciais, doutrina e dispositivo legal mencionados, verifica-se que a análise das situações fáticas é imprescindível para definir essa responsabilidade. Do contrário, inviabiliza-se o próprio instituto da delegação e cai por terra o objetivo pretendido por ele. 13. É necessário verificar se existem condutas desabonadoras cometidas pela autoridade delegante.(...)

7.22. Nesta Corte, na atuação cotidiana sobre eventos envolvendo a responsabilidade do dirigente máximo, ao menos um grupo de irregularidades é imputado a esses agentes pelos intérpretes sem maiores controvérsias.

7.23. Admite-se a responsabilização quando se verifica que o contexto de irregularidades e desorganização administrativa é de tal monta que o papel do gestor principal é sobremaneira relevante naquela conjuntura. Discute-se, nesse ponto, a culpa, por negligência, do agente político,

na condução da pasta:

17. Entretanto, essa hipótese não prospera, pois está demonstrado nos autos que a execução de despesas sem cobertura contratual e sem licitação era situação corriqueira na Secretaria Estadual de Saúde durante a gestão daquele Titular. O descontrole administrativo reinante naquela pasta era notório e prolongado, conforme descrito no parecer da Procuradoria Geral do Estado de Goiás transcrito no item 26 da instrução precedente. Dessa forma, o Sr. [...] então Secretário Estadual de Saúde agiu, no mínimo, com culpa *in eligendo* na escolha de seus subordinados, e com negligência na gestão dos recursos federais provenientes do Convênio n. 781/2000/MS. (Acórdão 1.181/2012 – Plenário).

7.24. Trata-se exatamente do caso em questão. O Acórdão 2.678/2010 – Plenário, decorrente de solicitação do Congresso Nacional, determinou a abertura de apartados para se investigar irregularidades envolvendo recursos das mais diversas origens, desde que o Fundef/Fundeb, SUS até merenda escolar, convênios e contratos de repasse, depois de iniciada a gestão do ora recorrente.

7.25. Além da deliberação que ora se discute, já há pelo menos duas condenações do ex-gestor por fatos graves similares aos enfrentados no presente processo. Citem-se, nesse sentido, o Acórdão 2.730/2014, mantido pelo Acórdão 1.218/2015; bem como o Acórdão 1.778/2015, todos do Plenário.

7.26. Além disso, no caso ora em debate, verifica-se a ingerência da Prefeitura municipal no Pregão n. 87/2008. O pedido de aquisição é oriundo da Coordenação Administrativa, tendo sido o certame conduzido pela Comissão Permanente de Licitação do Município (peça 9, p. 3 e 6). Portanto, os servidores responsáveis pela gestão e análise do certame foram ou deveriam ter sido nomeados pelo ora recorrente.

7.27. Destaque-se que, não obstante tenha sido o Secretário municipal de saúde o signatário da homologação do certame, esse gestor agiu em nome do Prefeito Municipal de Caxias, como se nota no preâmbulo do documento (peça 14, p. 29), no âmbito do Gabinete da Prefeitura. Portanto, não se mostra logicamente razoável afastar o recorrente do polo passivo da presente demanda, sem que ele traga elementos contundentes acerca da ausência de responsabilidade dele.

7.28. Assim, ao se verificar que o contexto de irregularidades e desorganização administrativa é de tal monta que o papel do gestor principal é sobremaneira relevante naquela conjuntura, deve-se responsabilizá-lo por negligência na condução da pasta. Dessa forma, seja sob esse prisma ou no contexto da culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, mostra-se acertada a deliberação recorrida, não sendo escusável a omissão do Prefeito ou do pregoeiro, no caso.

7.29. Diferentemente do que afirma o recorrente, a unidade técnica já havia apontado os fortes indícios de conluio, inclusive as dúvidas quanto à participação das empresas, no relatório de auditoria (TC 013.939/2009-5 - Volumes digitalizados – PRINCIPAL_VOL_000_FOLHAS_00190_00247, p. 59, item 31.1).

7.30. Além disso, a publicidade ao certame, a aderência aos preços de mercado e a devida entrega dos materiais não afastam as provas de que a disputa foi direcionada para as empresas Dismahc e E. M. M. Mota, em flagrante conluio com anuência de agentes públicos. Cabe lembrar que essas licitantes venceram todos os mais de 470 itens do Pregão 87/2008, o que, por si, já causa estranheza. Diante dos demais elementos já discutidos nos autos, mostra-se adequado o andamento dado à questão na deliberação recorrida.

7.31. Por fim, quanto à investigação do possível ilícito penal presente nos autos, o encaminhamento da deliberação, após o trânsito em julgado, já foi determinada no acórdão combatido, sem que interfira na atuação do Tribunal, dada a independência de instâncias.

8. Responsabilidade da pregoeira e irregularidades descritas nos autos (peça 187, p. 7-9)

8.1. A ex-pregoeira Maria Francilene Rodrigues de Moura afirma não ter responsabilidade pelos fatos descritos nos autos, tendo em vista os seguintes argumentos, individualizados neste tópico, em homenagem ao contraditório e ampla defesa:

a) Os precedentes descritos na peça recursal demonstram não caber a responsabilização dos membros da Comissão de Licitação, mesmo no caso de conluio entre as empresas. É escusável não se notar semelhanças entre as propostas apresentadas ou ausência de numeração de páginas, inconsistência não grave (peça 187, p. 7);

b) Se essas irregularidades não são imputadas aos membros da Comissão de Licitação, responsáveis pela condução do certame, com mais razão não devem ser atribuídas no caso de falsidade das propostas, quando não há qualquer elemento inserto nelas que leve a essa conclusão (peça 187, p. 7);

c) A própria unidade técnica somente tomou ciência da suposta falsidade após a declaração das empresas. Não se poderia exigir que o homem médio concluísse dessa forma. Essa argumentação se torna mais consistente, ao se verificar que os documentos juntados estavam carimbados, assinados e timbrados (peça 187, p. 7-8);

d) Mesmo que se entenda ter havido apresentação de propostas falsas na licitação, não há motivos para crer que qualquer gestor público tenha participado do ato. A licitação foi publicada no Diário Oficial do Estado do Maranhão, no Diário Oficial do Município de Caxias, em jornal de grande circulação, na rede mundial de computadores e, ainda, afixado no quadro de avisos da Prefeitura. Questiona-se se, caso o gestor desejasse montar processo licitatório, com falsas propostas, iria dar ampla publicidade ao certame, com cumprimento dos requisitos legais e garantia de participação dos interessados. A resposta é negativa (peça 187, p. 8);

e) O resultado da licitação seria o mesmo, com ou sem a juntada de propostas falsas aos autos. Mesmo que apenas as empresas Dismahc e E. M. M. Mota tivessem disputado o certame, tratar-se-ia de situação regular, admitida pelo Tribuna;

f) Até a participação de apenas uma empresa é aceita pela Corte, quando se verifica no caso concreto a publicidade dada ao certame e a aderência dos preços ao mercado, requisitos atendidos na espécie;

g) Ofende a razoabilidade entender que qualquer gestor interessado em contratar empresa específica tenha se valido de procedimento que, além de ilícito, é inútil para os fins almejados (peça 187, p. 8-9);

h) Com o objetivo de reforçar a boa-fé no caso, destaca-se que o contrato foi rigorosamente cumprido, tendo as obrigações contratuais sido cumpridas integralmente, demonstrando a eficácia da contratação. O acórdão recorrido afastou a possibilidade de não terem sido entregues os materiais, proferindo apenas determinação acerca da ausência do atesto de recebimento em notas fiscais (peça 187, p. 9);

Análise

8.2. A recorrente não logrou êxito em afastar as irregularidades que lhe são imputadas. O pregoeiro deve velar pela observância das disposições legais e editalícias (Acórdão 2.390/2007 – Plenário).

8.3. Na forma já exaustivamente discutida nesta instrução e conforme o inciso IV do artigo 4º da Lei 10.520/2002 e o edital do Pregão 87/2008 (peça 9, p. 7-9, itens 5, 8.2 e 8.3), exigia-se credenciamento dos licitantes para realizar atos no certame. Apenas as empresas Dismahc e E. M. M. Mota credenciaram prepostos para tal, mas outras quatro competidoras participaram da fase de lances, sem qualquer identificação confiável.

8.4. A pregoeira Maria Francilene Rodrigues de Moura, sem qualquer questionamento, aceitou as supostas propostas das empresas R. F. Carvalho, R. O. Carvalho, Remac Odontomédica hospitalar Ltda. e J. Nerval de Sousa, mesmo sem representantes credenciados; e considerou-as aptas à fase de lances, em detrimento do edital do certame e da Lei do Pregão (peça 13, p. 2-43).

8.5. Além disso, não há qualquer elemento no processo administrativo ou nas peças recursais da ex-gestora que demonstre que o Município efetivamente recebeu os referidos documentos, nem ao menos simples protocolo na prefeitura.

8.6. Esses elementos, associados às declarações das supostas licitantes (peças 43, 62, 63 e 65), além da ausência de numeração de páginas nos autos do procedimento licitatório e a semelhança entre documentos de diferentes competidores confluem para fraude ao certame. Seria exigível do gestor médio, sobretudo o responsável pela licitude do certame, questionar em minúcias aspectos tão controversos.

8.7. Em que pese se pudesse ter legalmente a participação de apenas duas licitantes no pregão, não se admite o direcionamento deliberado da disputa para esses competidores, como a prova dos autos demonstra, sob pena de afronta aos princípios licitatórios.

8.7. Nessa linha, a responsabilização da ex-pregoeira, responsável pela condução do procedimento licitatório com volumosos indícios de fraude, mostra-se adequada ao conjunto probatório descrito nos autos.

CONCLUSÃO

9. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) Indícios vários e coincidentes que apontam para fraude à licitação, consubstanciada na prática de atos capazes de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e de promover o direcionamento do certame, constituem prova;

b) No Pregão presencial, para a formulação de propostas e para a prática de atos inerentes ao certame, os licitantes deverão estar devidamente identificados e eventuais prepostos terão que demonstrar os necessários poderes;

c) Incide sobre o gestor o ônus de provar a aplicação regular dos recursos públicos sob a responsabilidade dele;

d) Ao se verificar que o contexto de irregularidades e desorganização administrativa é de tal monta que o papel do gestor principal é sobremaneira relevante naquela conjuntura, deve-se responsabilizá-lo por negligência na condução da pasta; e

e) O pregoeiro deve velar pela observância das disposições legais e editalícias.

9.1. Como demonstrado anteriormente, os elementos juntados aos autos e os argumentos expendidos pelas partes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, mantendo-se inalterado o julgado.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I; e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao Gabinete do Relator, propondo:

- a) conhecer dos recursos interpostos e, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) comunicar aos responsáveis, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão e à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte;
- c) comunicar à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, após o trânsito em julgado da deliberação que vier a ser proferida por esta Corte, acerca da inabilitação de Humberto Ivar Araújo Coutinho e Maria Francilene Rodrigues de Moura para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, pelo período de 5 (cinco) anos, para que proceda aos devidos registros no Sistema Siape.

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 22 de outubro de 2015.

[assinado eletronicamente]

Judson dos Santos
AUFC – mat. 5677-4