



<i>PARECER Nº 213/2013-MPC</i>	
PROCESSO Nº.	0212/2013
ASSUNTO	Representação
ÓRGÃO	Secretaria de Estado da Saúde
RESPONSÁVEL	Antônio Leocádio Vasconcelos Filho
RELATOR	Conselheiro Reinaldo Fernandes Neves Filho

EMENTA - REPRESENTAÇÃO. DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO PARA BENEFICIAR EMPRESA PREDETERMINADA. INTENÇÃO DOLOSA DO REPRESENTADO. TENTATIVA CONFIGURADA. INTERVENÇÃO DO MPC QUE ENSEJOU A ALTERAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO ADOTADO COM SUBSTITUIÇÃO DE EDITAL. ECONOMIA DE R\$ 2.085.838,68 AOS COFRES PÚBLICOS. RELATÓRIOS TÉCNICOS DA LAVRA DOS AUDITORES DO TCE QUE CONFIRMARAM A EXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO EDITAL ANTERIOR. EXCLUSÃO DAS CLÁUSULAS IRREGULARES E RESTRITIVAS NO EDITAL SUBSTITUTIVO. APLICAÇÃO AO CASO DO ART. 83 DA LEI 8.666/93.

NÃO OBSTANTE TENHAM SIDO EXCLUÍDAS AS IRREGULARIDADES EXISTENTES NO EDITAL Nº 051/2012 (PREGÃO PRESENCIAL), A RESPONSABILIZAÇÃO DO REPRESENTADO É MEDIDA NECESSÁRIA POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 83 DA LEI DE LICITAÇÕES QUE PREVÊ A FORMA TENTADA PARA OS CRIMES PREVISTOS NA REFERIDA LEI.

I – RELATÓRIO

Cuida-se de Representação proposta pelo Ministério Público de Contas contra ANTÔNIO LEOCÁDIO VASCONCELOS FILHO, Secretário de Saúde do Estado de Roraima, tendo em vista as irregularidades encontradas no processo de licitação da Secretaria de Saúde do Estado de Roraima que seria realizada na modalidade Pregão



Presencial, visando a contratação de empresa para fornecimento de alimentos às unidades de saúde do Estado (Processo nº 020601.01348/11-51).

A relatoria coube ao Conselheiro Reinaldo Fernandes Neves Filho que determinou a realização de uma análise pela DIFIP no Edital do Pregão Eletrônico nº 001/2013 (Processo nº 020601.01348/11-51) com o intuito de verificar se as cláusulas restritivas existentes no edital anterior (presencial) haviam sido alteradas.

Às fls. 1.084/1.090, vol. VI, dos autos, consta a cópia do Relatório de Análise Preliminar – DIFIP que confirmou a existência de irregularidades, cujas conclusões foram anexadas aos presentes autos com fins de recomendação ao gestor para que tenha uma maior atenção e cautela quanto às futuras licitações. Textualmente:

(...)

2.1. Adoção da modalidade de pregão presencial em detrimento de pregão eletrônico.

(...)

Dessa forma, depreende-se que o pregão 051/2012 deveria ser processado por meio da modalidade de pregão na sua forma eletrônica.

2.2. Restrição à competitividade – inclusão de exigências sem previsão legal no edital do pregão presencial 051/2012 e nos seus anexos, com reflexos na competitividade do certame.

Perscrutando os autos do processo 020601.01348/11-51 é possível verificar que foram inseridas exigências sem a devida previsão legal no edital do pregão presencial nº 051/2012 e nos seus anexos (fls. 79-v a 123-v, vol I) as quais comprometem a competitividade do certame, em razão de restringir a participação de possíveis interessados, sendo elas:

a) proibição de remessa da documentação referente à habilitação e propostas por via postal ou similar, conforme item 1.2 do preâmbulo edital (fls. 79-v, vol. I)

b) exigência de que a cozinha da contratada, onde serão preparadas as refeições, esteja a uma distância de até 20 km da unidade de saúde correspondente, conforme item 6.2.1 do anexo X do edital (fls. 109, vol I); e

c) exigência de que a contratada possua frota de veículos para o transporte das refeições para as unidades de saúde, conforme item 6.5.1.1. do anexo X do edital (fls. 110, vol I).

(...)

Dessa forma, constata-se que as exigências elencadas acima restringem o caráter competitivo do pregão presencial 051/2012 e, por conseguinte, afrontam o inciso I, do § 1º, do art. 3º, da Lei de Licitações.



2.3. Indicação de dotação orçamentária com ausência de previsão no Plano Plurianual e na Lei Orçamentária Anual.

(...)

Em consulta aos instrumentos orçamentários: Plano Plurianual 2012-2015, Lei 837, de 17/1/2012, e a Lei Orçamentária Anual para o exercício de 2013, Lei 889, de 14/1/2012, não foi localizada a dotação orçamentária para esta ação, em descumprimento ao inciso III, § 2º, do art.7º, da Lei 8.666/93.

(...)

Ressalta-se que tanto na consulta aos instrumentos orçamentários, PPA e LOA, quanto ao sistema de contabilidade FIPLAN referente ao exercício 2013 não foi localizada a dotação para o programa;ação 782175/01, o que indica incoerência quanto a indicação de recursos para a execução da ação.

Conclusão :

*Conforme consignado na introdução do presete relatório, o pregão presencial 051/2012 foi revogado, em 14/01/2013, pelo Secretário de Estado da Saúde, Antônio Leocádio Vasconcelos, e portanto, os potos levantados pela equipe de auditoria perderam o objeto. Mas, contudo, **em face da possibilidade de realização de novo procedimento licitatório para a contratação do objeto do pregão 051/2102, sobretudo, em razão da importância do objeto para o funcionamento das unidades de saúde, faz-se necessário dar conhecimento deste relatório ao Secretário de Estado de Saúde, para que as irregularidades apresentadas não se repitam no futuro certame.** (original sem negrito)*

Às fls. 1.091/1.097, consta o Relatório de Auditoria nº 071/2013,

nos termos propostos pelo Conselheiro Relator. A análise do edital do Pregão Eletrônico nº 001/2013-SRP confirmou a existência de cláusulas restritivas no Edital do pregão presencial, bem como concluiu que das 4 (quatro) cláusulas analisadas, 2 (duas) foram sanadas com suas respectivas exclusões no novo edital e as demais foram consideradas regulares. A conclusão foi apresentada nos seguintes termos:

“ 3 CONCLUSÃO

Conforme consignado no subitem 2.2 do presente relatório, o edital do Pregão Eletrônico nº 001/2013 SRP, que substituiu o Pregão Presencial nº 051/2012 SRP, foi republicado no dia 12/03/2013.

Da análise, constatou-se que das quatro cláusulas consideradas como restritivas ao caráter competitivo relatadas na REPRESENTAÇÃO n 002/2013, duas foram alteradas, conforme consignado nos subitens



2.2.1 e 2.2.4 deste relatório.

Por sua vez, conforme o subitem 2.2.2, a cláusula referente a exigência de veículos providos permanentemente de termômetros para transporte das refeições permaneceu quando da republicação do edital do Pregão Eletrônico nº 001/2013 SRP, que a partir das análises depreende-se como válida a exigência.

Por fim, no que tange à exigência de alvará sanitário, verificou-se que em ambos os editais foi exigida a apresentação de alvará expedido pelo órgão competente, independentemente da esfera administrativa e da sede da licitante, restando afastada a restrição à competitividade.”

O aludido Relatório de Auditoria foi acatado pelo Diretor da DIFIP (fls. 1099 - vol. VI, dos autos).

A liminar *inaudita altera parte* para o afastamento do Secretário de Saúde, requerida pelo MPC, foi indeferida (fls. 1.100/1.110, vol VI) pelo Conselheiro Relator diante dos inexistentes “*fumaça do bom direito*” e “*o perigo da demora*” no pedido, porque entendeu que estavam ausentes os 3 (três) pressupostos ensejadores do afastamento cautelar, quais sejam: “*o possível retardamento ou dificuldade de realização de auditoria ou inspeção; ocasionamento de novos danos ao erário ou a inviabilização do seu ressarcimento*”.

Regularmente citado no dia 04/04/2013 (fls. 1.112), o Responsável apresentou Contestação (fls. 1.116/1.132, vol. VI), tempestivamente, conforme certificado às fls. 1.159, vol. VI, dos autos.

Após os procedimentos de praxe, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas para a devida manifestação.

Chegados os autos no MPC, estes retornaram ao e. TCE para fins de juntada dos documentos de fls. 1.166/1.167, consoante certidão de fls. 1.168.

Vieram os autos para análise e parecer.

É o relatório.



II - DOS ARGUMENTOS DA CONTESTAÇÃO:

O Representado, preliminarmente, suscitou a falta de interesse do MPC na promoção da investigação. Questionou a legitimidade do Órgão para realizar investigações pelo fato da autonomia deste se encontrar no aguardo de decisão do STF. Ainda, afirmou que o motivo ensejador da representação seriam questões subjetivas - uma vingança pessoal, ódio e inimizade supostamente nutridas pelo Chefe maior do Ministério Público de Contas.

Em sua defesa, o Representado tentou demonstrar que “voluntariamente” suspendeu o certame para atender a recomendação do Ministério Público de Contas. Ao final, pugnou pelo arquivamento do feito.

Nas razões de mérito, a contestação abordou a acusação de indícios de falta de planejamento e desídia do Titular da Pasta referente ao contrato com a empresa MEGAFOODS (07/2007), que venceria em 26.10.2012.

Nesse tópico, aduziu existir contradição na representação, uma vez que o foco seria a licitação e seu direcionamento à empresa THAYTY, estranhando as indagações do *Parquet* sobre o contrato anterior, por sinal, abalizado pela Procuradoria Geral do Estado de Roraima frente a economicidade administrativa e a continuidade dos serviços que vinham sendo prestados.

Destacou que as decisões do processo anterior não incidem sobre a nova licitação e culpou, pelo atraso na contratação da nova empresa, a necessidade de adequação do projeto básico, o processo de modernização e melhoria da eficiência dos sistemas da SESAU. Chamou atenção ao fato das prorrogações e situações emergenciais terem sido avalizadas pela PROGE, tendo o gestor agido em consonância com os pareceres emitidos por ela.

Alegou que o gestor não pode ser penalizado por toda a carga de inércia administrativas anterior, haja vista ter assumido o cargo somente em janeiro de 2011.



No que diz respeito à restrição do caráter competitivo do certame, o Representado alegou inexistir qualquer restrição, focando sua defesa tão somente no novo edital que previa o pregão eletrônico em substituição ao problemático pregão presencial, nos seguintes termos:

“(...) inexistente qualquer razão para o Parquet de Contas aduzir que este gestor buscou restringir a competitividade do certame licitatório, tendo sempre atendido às recomendações tanto do próprio MPC como do E. TCE, com que vem trabalhando em conjunto no intuito de melhor trato à coisa pública.”

O Representado também destacou a “atipicidade em relação ao previsto no art. 96, I e V da Lei de Licitações, bem como a irresponsabilidade do denunciante e a necessidade de adoção de medidas necessárias”.

Novamente, reputou serem “frágeis e irresponsáveis” a conduta do Procurador Geral de Contas ao se referir sobre os indícios das irregularidades apontadas, bem como a expressão “*modus operandi* desse grupo criminoso”, frente ao princípio da presunção de inocência, razão pela qual a referida expressão merece ser riscada dos autos.

A respeito dos indícios de superfaturamento, o Representado considerou que a análise do MPC foi “leviana e rasa, beirando as vias da ignorância básica”, referindo-se a comparação feita entre os editais do pregão presencial e o eletrônico, afirmando que “inexistente superfaturamento sem fatura”.

Alegou que os preços foram cotados segundo o valor praticado pelas empresas. Que no segundo edital as propostas baixaram diante da suspensão do certame. Nesse momento, o Representado, outra vez, aproveitou o ensejo para afirmar que o Procurador Geral do MPC “também faz parte do grupo criminoso” uma vez que, se houve alteração nas propostas, estas teriam partido da “empresa defendida abertamente



pelo Procurador de Contas”.

Ressaltou que o valor das cotações é meramente estimativo, servindo para orientar os preparativos da Administração quanto às possíveis despesas oriundas do referido contrato, posto que a Lei de Responsabilidade Fiscal veda a prática de despesa sem prévia programação.

Para justificar a “Adoção de Licitação por Lotes” embasou-se na Súmula 247 do TCU, com objetivo de esclarecer que a “utilização de lotes ao invés do fracionamento do objeto licitado seria a maneira viável e correta de se proceder, estando pois, o edital assaz regular e legal no referido aspecto”.

Por fim, encerrou sua intervenção destacando que “no Direito Penal denota que a formação de quadrilha não admite modalidade 'tentada', razão pela qual considerou a representação inepta.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

a) Considerações iniciais:

“Não há maneira melhor de tentar vencer uma disputa teórica do que procurar desqualificar o oponente, ainda mais quando este é extremamente preparado. Desqualificando seu opositor, a pessoa procura ganhar o debate sem ter necessidade de efetivamente provar seus próprios pontos: o objetivo é tornar-se vencedor, tentando mostrar que o adversário não é tão capacitado quanto a pessoa que o critica. Desse modo, foge-se do verdadeiro debate”.¹

Essa é a intenção externada pelo Representado em sua contestação através de suas acusações infundadas e inverídicas contra a pessoa do Procurador Geral de Contas. Incapaz de refutar as conclusões do Ministério Público de Contas, resolveu atacar quem somente intenciona cumprir heroicamente com sua obrigação institucional.

Diante dessa desagradável situação, necessário se faz que o Ministério Público de Contas lembre a toda a sociedade qual é o seu papel institucional.

¹. Machado, Vitor Barleta. Sociologia da Religião. Marx: religião e estruturas de dominação. www.claretiano.edu.br.



Na ordem constitucional vigente (art. 130 c/c art. 71 da CF/1988), incumbe ao MPC a missão precípua de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis junto ao Tribunal de Contas para tutelar a supremacia e indisponibilidade do interesse público, sendo sua atuação imprescindível.

Entre as prerrogativas e garantias que lhes são inerentes de cunho institucional e funcional destaca-se a independência funcional e seus respectivos “consectários instrumentais” entre os quais se deve citar: o poder-dever de instaurar procedimentos para apuração de possível lesão ao patrimônio público, requisitar informações e documentos necessários à instrução do referido procedimento.

Comezinho é que entre as fontes do direito temos a lei, a doutrina e a jurisprudência.

Quanto ao entendimento doutrinário, os doutrinadores tem externado a opinião de que também são aplicáveis ao MPC as disposições do **art. 129 da CF/88**, bem como da **Lei Federal n. 8.625/93** e , ainda, a **Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais**.

A Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON), tendo em vista diversas questões institucionais entre as quais o poder requisitório, fez uma consulta junto ao jurista Juarez Freitas que assim respondeu:

“(d) No que concerne ao **quarto quesito, relativo à admissibilidade da expedição de ofícios diretamente pelos Procuradores de Contas às autoridades e demais pessoas sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, a resposta é cabalmente afirmativa** no tocante à prerrogativa que deveria ser pacífica, já como resultado da **cogência direta e imediata (independente das regras legais) do princípio da independência funcional e do poder implícito (“implied power”) associado**, já pela aplicação análoga de dispositivo expresso da Lei Orgânica do Ministério Público. Quer dizer, por um outro modo de argumentar, **trata-se de poder-dever seguramente respaldado nos arts. 130 e 129, II e IV, assim como no art. 26, I, “b”, da Lei Federal n. 8.625/93**, sem embargo das



disposições a respeito nas respectivas Leis Orgânicas do Ministério Público Estadual. Exemplos concretos, ademais, evidenciam que tais providências podem ser extremamente benéficas à guarda, em tempo útil, da coisa pública”.

Quanto à lei, sabe-se que as exegeses as modificam com o decorrer do tempo e, no caso do MPC esta modificação está em fase de solidificação. Exemplo maior é o fato do *Parquet* de Contas, em 1988, ter sido constitucionalizado, não obstante tenha preexistido via leis ordinárias.

A jurisprudência está se firmando no sentido de que as requisições do MPC devem ser atendidas. Textualmente:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISIÇÕES FORMULADAS À CORTE DE CONTAS. FOLHAS DE PAGAMENTO APRESENTADAS PELA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PARA VERIFICAR A DIFERENÇA ENTRE OS RELATÓRIOS DE GESTÃO FISCAL DA CORTE DE CONTAS. INTERESSE DE AGIR. SUBSISTÊNCIA. OBRIGATORIEDADE NO ATENDIMENTO DAS REQUISIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS NECESSÁRIAS AO DESEMPENHO DE SUAS ATRIBUIÇÕES.

1. As folhas de pagamento, com a discriminação dos valores relacionados ao Imposto de Renda Retido na Fonte, documentos estes exibidos pela Secretaria de Administração, não se apresentam como registros iguais ao demonstrativo de cálculo da despesa com pessoal que serviria de base à elaboração do Relatório de Gestão Fiscal do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, no qual, deve vir também consignado, além dos números relacionados às folhas de pagamento, os dispêndios e as deduções efetuadas por rubrica.
2. Do mesmo modo, com relação à requisição objeto do processo n. 8.636/04-TC, a informação constante do Ofício n. 304/2004-GP/TCE, enviado pelo Presidente do TCRN é insuficiente em face da totalidade do pedido ministerial porque não dispõe sobre a habilitação dos servidores ali elencados, o treinamento oferecido e sua lotação dentro de cada área na Corte de Contas.
3. Nesse sentido, evidente está o interesse ministerial de agir relativamente ao cumprimento das requisições por ele



formuladas à Corte de Contas estadual, a fim de se ter condições de avaliar, fiscalizar, investigar os números lançados pelo Tribunal no seu Relatório de Gestão Fiscal do 1º quadrimestre de 2004. 4. O art. 32 da Lei Complementar estadual n. 121/1994 e do art. 3º, p. ún., da Lei Complementar estadual n. 178/2000 obriga os órgãos da Administração direta ou indireta dos Estados e dos Municípios, **bem como as demais entidades, de direito público ou privado, que administrem ou apliquem dinheiros públicos a atenderem as requisições do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas necessárias ao desempenho de suas atribuições e a lhe exibirem**, para o mesmo fim, seus livros e registros, tudo a fim de fiscalizar a administração e a boa e regular aplicação dos dinheiros públicos, e, como é o caso dos autos, para avaliar, fiscalizar, investigar os números lançados pelo Tribunal no seu Relatório de Gestão Fiscal do 1º quadrimestre de 2004. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (rms 22.91/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, Dje 02/12/2010).

A Lei Complementar nº 006/2007 (Lei Orgânica do TCE/RR) estendeu aos Procuradores de Contas as prerrogativas, garantias, impedimentos, vencimentos, vantagens e vedações conferidas aos membros do Ministério Público Estadual (art. 93, § 3º), entre as prerrogativas registre-se a inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentais, nos limites de sua independência funcional.

A citada Lei Complementar também reconheceu a competência do *Parquet* de Contas para **promover a defesa da ordem jurídica**, representando ao Tribunal de Contas e aos órgãos competentes para que adotem as medidas de interesse público (art. 95,I).

A Lei Orgânica do Ministério Público de Contas (Lei Complementar nº 205/2013) considerando a competência de promover a defesa da ordem jurídica inerente ao MPC, entre outros assuntos, disciplinou os instrumentos pelos quais essa defesa será concretizada: *expedição de notificações, recomendações com o fito de zelar pela*



observância das normas relativas às licitações, instauração de procedimentos de investigação preliminar, notificação de testemunhas e requisitar a condução coercitiva destas (se preciso for); requisição de informações e documentos de autoridades da Administração Pública direta e indireta, realização de inspeções e diligências investigatórias em defesa da probidade administrativa, bem como dos bens e interesses do patrimônio público.

Não existe nada de abusivo, tendencioso, leviano ou irresponsável na conduta dos membros do Ministério Público de Contas, principalmente do seu Procurador Geral. Todos os atos foram realizados dentro da legalidade e respeitando os direitos constitucionais do Representado que, EM MOMENTO ALGUM, colaborou com o *Parquet* de Contas na promoção da defesa da ordem jurídica quando este foi instado a verificar a existência de irregularidades no processo de licitação na SESAU.

Público e notório, inclusive veiculado pelos meios de comunicações sociais, que o Secretário de Saúde desde o recebimento de uma simples recomendação para suspender o certame com o fito de verificar a veracidade ou não da denúncia anônima, adotou uma postura de rivalidade e promoveu todo o tipo de ataques para desacreditar o Ministério Público de Contas, chegando ao cúmulo do desespero de tentar transparecer uma situação de inimizade e perseguição onde não existiu. O Procurador Geral de Contas **NÃO É** inimigo do Representado. Apenas cumpriu com sua função institucional de promover a defesa da ordem jurídica.

Conforme destacado anteriormente, em momento algum, houve a colaboração do Secretário de Saúde, todos os documentos que foram recebidos pelo MPC foram entregues a este na ausência do Sr. Antônio Leocádio Vasconcelos Filho que havia se exonerado do cargo. Quem colaborou para tentar esclarecer os fatos foi o Secretário Adjunto Alexandre Salomão que atendeu a recomendação de envio de documentos e suspensão do certame quando ficou à frente da SESAU.

O Ministério Público de Contas possui legitimidade para, dentro da esfera de sua competência, tomar as medidas necessárias à garantir a lisura nas licitações. Essa competência foi reforçada pela Emenda Constitucional nº 29/2011 que lhe conferiu



autonomia.

Não obstante a questão de sua autonomia estar no aguardo de decisão final do Supremo Tribunal Federal, por provocação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4725 que questionou a constitucionalidade da EC nº 29/2011, até que haja o julgamento do mérito dessa ADI, a referida Emenda Constitucional e legislações que dela decorreram não podem ser consideradas inconstitucionais pelos tribunais inferiores e não podem deixar de serem aplicadas aos casos concretos.

b) Da disposição do art. 83 da Lei 8.666/93 e a confirmação da existência de cláusulas restritivas no edital nº 051/2012 (pregão presencial).

Compulsando os autos, constatou-se que, de fato, houve tentativa de fraudar a licitação em análise, utilizando-se do pregão presencial para alcançar o objetivo de direcionamento à vitória da empresa THAYTY no certame.

Desde os atos preparatório até o lançamento do edital, as cláusulas restritivas foram intencionalmente inseridas para a **consecução do intento doloso**. Não se trata de mero erro culposo ou desatenção.

O representado e seus pares só não lograram o êxito de fraudar a licitação graças a intervenção do Ministério Público de Contas que conseguiu agir antes da consumação do ato, intervenção que resultou uma economia aos cofres públicos no importe de **R\$ 2.085.838,68 (dois milhões oitenta e cinco mil oitocentos e trinta e oito reais e sessenta e oito centavos)**.

O fato de terem os atos sido “corrigidos” no segundo edital, que substituiu o pregão presencial pelo pregão eletrônico, não elidem a responsabilização dos agentes, visto que, **em primeiro lugar**, a correção só se deu mediante pressão do Ministério Público de Contas. **Em segundo lugar**, porque os atos preparatórios foram efetivados, mas frustrados quanto ao alcance do objetivo lesivo, enquadrando-se ao conceito da tentativa prevista da Lei de Licitações no art. 83.

A forma tentada é inerente a todos os crimes descritos na Representação e não apenas à formação de quadrilha, considerando que o Secretário de Saúde não agiu sozinho em seu mister, contando com a colaboração de servidores públicos e de terceiros estranhos à administração para direcionar a licitação de modo a ensejar a vitória da



empresa THAYTY.

A simples tentativa, por si, já enseja providências por parte das autoridades competentes, motivo que ensejou a Representação, considerando os indícios confirmados no relatório de auditoria, bem como no relatório preliminar.

Vale repetir o teor conclusivo do Relatório de Auditoria nº 071/2013:

“ 3. CONCLUSÃO

Conforme consignado no subitem 2.2 do presente relatório, o edital do Pregão Eletrônico nº 001/2013 SRP, que substituiu o Pregão Presencial nº 051/2012 SRP, foi republicado no dia 12/03/2013.

Da análise, constatou-se que das quatro cláusulas consideradas como restritivas ao caráter competitivo relatadas na REPRESENTAÇÃO n 002/2013, duas foram alteradas, conforme consignado nos subitens 2.2.1 e 2.2.4 deste relatório.

Por sua vez, conforme o subitem 2.2.2, a cláusula referente a exigência de veículos providos permanentemente de termômetros para transporte das refeições permaneceu quando da republicação do edital do Pregão Eletrônico nº 001/2013 SRP, que a partir das análises depreende-se como válida a exigência.

Por fim, no que tange à exigência de alvará sanitário, verificou-se que em ambos os editais foi exigida a apresentação de alvará expedido pelo órgão competente, independentemente da esfera administrativa e da sede da licitante, restando afastada a restrição à competitividade.”

Entendeu o Representado que a tentativa destacada na Representação dizia respeito tão somente à formação de quadrilha, mas esta também era inerente às condutas típicas previstas na Lei de Licitações, conforme deixou claro o MPC, nos seguintes termos:

“O fato dos Representados não terem conseguido lograr êxito em seus intentos, haja vista a recomendação da suspensão do processo pelo Ministério Público de Conta, não elide a responsabilização daqueles na forma tentada, conforme previsão do artigo 83, da Lei 8.666/93, textualmente:

Art. 83. Os crimes definidos nesta lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando os servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo. (grifado)”



b.1. Da análise do Relatório de Auditoria nº 071/2013:

O relatório de auditoria supracitado ateve-se a análise de apenas 4 (quatro) pontos da representação, a seguir delineados:

1. Modalidade pregão eletrônico:

“(…)

No entanto, verifica-se a republicação do edital do Pregão eletrônico nº 001/2013 SRP e seus dez anexos, que substituiu o Pregão Presencial nº 051/2012 SRP, que a modalidade do certame licitatório em análise foi alterada para pregão eletrônico sob o sistema de registro de preços, conforme disposto o subitem 1.1. do edital do Pregão Eletrônico nº 001/2013 SRP”.

Destaque-se que o decreto nº 8.334-E, de 1º/10/2007, no art. 4º, determinou que a modalidade pregão seja, preferencialmente, o eletrônico.

É o pregão eletrônico que permite a participação de maior número de empresas na licitação de modo a proporcionar que a Administração Pública possa selecionar a proposta mais vantajosa.

Para melhor ilustrar o asseverado, vale colacionar a informação trazida pelos auditores no Relatório Preliminar de fls. 1086:

“Cabe destacar ainda que, em 26/09/2012, o Estado de Rondônia, por meio de sua Superintendência de Estadual de Compras e Licitação, realizou o pregão 350/2012 para aquisição de objeto semelhante, qual seja, a prestação de serviços de alimentação hospitalar para suas unidades de saúde. O pregão 350/2012 foi processado de forma eletrônica, com a participação de 15 (quinze) empresas, enquanto o pregão presencial 051/2012, realizado pela Secretaria de Estado da Saúde de Roraima, teve a participação de apenas duas empresas.”

A praxe identificada na SESAU quanto à realização de suas licitações é exatamente essa modalidade. Corrobora essa conclusão o fato do MEMO 011/2011 (fls. 7



a 8, vol I) referir-se ao pregão eletrônico.

Estranhamente, no processo nº 020601.01348/11-51, o gestor - propositadamente - optou pelo pregão presencial que limitou a concorrência às empresas que se fizerem “fisicamente” presentes no certame, em especial a THAYTY.

Sendo assim, **ratificando** os argumentos explicitados na Representação, tal situação, de per si, tornou-se indício de direcionamento sobre a qual recai também o disposto no art. 83 da Lei 8.666/93, pelas razões já apresentadas e nos argumentos retro expendidos, não obstante tenha-se alterado a modalidade de pregão para eletrônico no Edital nº 001/2013.

2. Exigência de termômetro de fácil leitura para controle de temperatura de produtos

“cláusula pertinente para o monitoramento da qualidade higiênico - sanitária do objeto - Resolução de Diretoria Colegiada – RDC 216/2004, a ANVISA.”

Entendeu a auditoria ser pertinente a exigência de termômetro de fácil leitura com fins de controlar a temperatura dos produtos transportados nos veículos da empresa que seria a vencedora da licitação. Não havendo qualquer restrição à concorrência.

O Ministério Público de Contas não concorda com tal entendimento. Talvez o raciocínio externado na Representação não tenha sido alcançado pelos auditores.

O ponto crucial da discussão não é a existência do termômetro em si. Acredita-se ser necessário para o controle e manutenção da qualidade dos alimentos. O que se questionou foram as exigências “permanentemente” e “de fácil leitura” somada àquela de que a frota de veículo deveria ser de propriedade da empresa vencedora.

Uma empresa que possui veículos com termômetro, mas que estes tem uma tecnologia mais complexa na leitura estaria impedida de participar da licitação.

Uma empresa que possui veículo com termômetro removível,



portanto, não permanente, também não poderia participar.

Uma empresa que mantém um contrato de locação dos carros que utiliza na prestação de seus serviços, estaria impedida de concorrer.

Vislumbra-se, portanto, que a cláusula limitação a concorrência, portanto, é **restritiva** consoante o disposto no art. 3º, I, §1º, da Lei de Licitações.

3. Apresentação de alvará sanitário estadual atualizado da empresa situada em Boa Vista no pregão presencial

“Consta no projeto básico nº 011/20111/CGUE/SESAU (fls. 435, vol. III) a exigência desse alvará sanitário. Tal exigência não foi consignada no Edital do Pregão Presencial nº 051/2012 SRP nem no Eletrônico 001/2013 SRP”.

Deve-se registrar que o projeto básico e demais anexos dos editais de licitação são partes integrantes deles, nesse sentido, toda a concorrência será pautada pelas condicionantes que trazem em seu corpo.

Lógico que, por se tratar de uma atividade que envolve alimentos, deve a empresa estar de acordo com as normas da vigilância sanitária. O que não se pode permitir é que seja dado tratamento diferenciado entre os participantes no que se refere ao **momento** da apresentação do alvará sanitário.

O item 15.2. (fls. 435, vol. III), que prevê as Condições especiais de **participação** dos licitantes, leva ao entendimento de que as empresas sediadas em Boa Vista para poderem participar da concorrência devem apresentar de imediato o alvará sanitário, enquanto as empresas com sede fora do Estado de Roraima teriam a obrigação de apresentar o alvará somente 40 (quarenta) dias após a assinatura do contrato.

15.2.3. *“Apresentar Alvará Sanitário Estadual (atualizado) da Empresa sediada no Município de Boa Vista/RR. Caso a Empresa possua sua sede em outro Estado e/ou Município, terá o prazo de 40*



(quarenta) dias, após a assinatura do Contrato, para a sua transferência no Município de Boa Vista-RR, com todas as instalações e documentações (Alvará Sanitário).

O que chamou atenção foi que tal cláusula beneficiaria a empresa THAYTY, que seria favorecida no certame haja vista ter sua sede no município do Cantá.

Desse modo, **ratificando** os argumentos explicitados na Representação, depurou-se indícios de intenção dolosa para o direcionamento da licitação via restrição ao seu caráter competitivo. Valendo lembrar que sobre essa situação recai também o disposto no art. 83 da Lei 8.666/93.

4. Distância de 20km entre a cozinha e a unidade hospitalar

*“verifica-se na republicação do edital do Pregão Eletrônico, esta exigência foi alterada (...)
Portanto, verifica-se que o disposto na letra “b” foi devidamente atendido.”*

Consoante afirmado inicialmente, o relatório de auditoria constatou a existência de cláusulas restritivas no pregão presencial. Tal constatação reforçou os argumentos da Representação haja vista a **proposital alteração** no projeto básico para a inclusão da referida distância de 20 km entre a cozinha da empresa vencedora e a unidade hospitalar. Não há que se falar em mero equívoco a inclusão da sobredita cláusula.

Vale registrar que o *Parquet* de Contas constatou que a empresa THAYTY era a maior beneficiária dessa cláusula, uma vez que se situa há exatos 18 km do destino do fornecimento.

Fora essa questão, destaque-se a ausência de previsão legal para a inclusão da referida restrição, conforme bem concluiu o relatório preliminar às *fls. 1087*.

“Quanto a exigência de que a localização da cozinha da contratada não pode ultrapassar uma distância de 20 km da unidade de saúde



correspondente, embota a Administração possa alegar que a licitante estaria obrigada a cumprir a exigência somente após a contratação e não em momento prévio, a legislação afeta à matéria não traz qualquer condicionante em relação à distância, devendo ser observados, sobretudo, a forma de acondicionamento, a temperatura das refeições e o tempo em que estas serão servidas.”

O representado somente não logrou êxito em seu intento doloso porque o Ministério Público de Contas interveio a tempo de controlar a situação.

Sendo assim, **ratificando** os argumentos explicitados na Representação, tal situação, de per si, tornou-se indício de intenção dolosa de direcionamento sobre a qual recai também o disposto no art. 83 da Lei 8.666/93, pelas razões já apresentadas na Representação e nos argumentos retro expendidos, não obstante tenha sido excluída no edital do eletrônico no Edital nº 001/2013.

c) Dos indícios de superfaturamento.

O Representado ressaltou em sua contestação que o valor das cotações era meramente estimativo, servindo tão somente para orientar os preparativos da Administração quanto às possíveis despesas oriundas do referido contrato, posto que a Lei de Responsabilidade Fiscal veda a prática de despesa sem prévia programação.

Ainda, que os preços foram cotados segundo o valor praticado pelas empresa. Considerando rasa e leviana a análise do MPC haja vista “inexistir superfaturamento sem fatura”, considerando também a correção feita nos editais, entendo ser atípica a situação ao artigo 96, I e V da Lei de Licitações.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:



I - elevando arbitrariamente os preços;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato;

Por fim, aduziu que a diminuição do valor constante nas propostas das empresas decorreram da primeira suspensão da licitação.

Equivocado está a conclusão do Representado sobre a inexistência de indícios de superfaturamento, esquecendo-se de que à conduta lesiva prevista no art. 96 aplica-se o art. 83 da Lei de Licitações. É punível a mera tentativa de fraude a ensejar o superfaturamento.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Considera-se superfaturamento a “emissão de uma fatura cujo preço está acima do valor de mercado.” Não é a emissão da fatura em si que resulta o superfaturamento, mas o fato do preço praticado estar acima do valor de mercado.

No caso em questão, tem-se como condição *sine qua non* (sem o qual não pode ser) a proposta determinante, acolhida desde a Cotação de Preço que - dolosamente- estava acima do valor praticado no mercado, portanto, superestimada , o que resultaria num pagamento superfaturado à empresa vencedora da licitação.

Havia elevação abusiva dos preços propostos, situação que amolda ao tipo previsto no art. 96, I e V da Lei 8666/93.

A intervenção do Ministério Público de Contas frustrou a intenção e atos dolosos praticados pelo Representado e demais servidores envolvidos no esquema fraudulento, atraindo a aplicação ao caso do citado art. 83 da Lei de Licitações.

A comparação feita entre os dois editais serviu para demonstrar que os valores na Cotação, para o pregão presencial, estava **realmente acima**



do valor de mercado. No edital do pregão eletrônico houve a redução em \$ 2.085.838,68 (dois milhões oitenta e cinco mil oitocentos e trinta e oito reais e sessenta e oito centavos), o que indubitavelmente resultou em economia aos Cofres Públicos.

d) Do Contrato nº 057/2007 e Falta de Planejamento.

A situação do contrato nº 057/2007 também está correlata à presente licitação uma vez que se destinava a dar continuidade à prestação do serviço de fornecimento de alimentos às unidades hospitalares.

Desde 2007, a prestação desse serviço era executada pela empresa MEGAFOODS (contrato nº 057/2007), cujo contrato, em sua 5ª prorrogação, possuía termo final marcado para o dia 26.10.2012.

O Gestor, não obstante tivesse assumido a Secretaria em 2011, estava ciente da data do término do contrato com empresa Megafoods e, mesmo assim, deixou de tomar as medidas necessárias à concretização da licitação antes do término do contrato.

A omissão por parte do Secretário *Antônio Leocádio Vasconcelos Filho* está na falta de diligência que ensejasse na conclusão urgente dos procedimentos para a nova licitação (processo nº 0206010001348/11-51).

Os atos iniciais ocorreram em 08 de fevereiro de 2011, mas não foi dada a celeridade necessária, mesmo após as inúmeras reclamações sobre a qualidade dos serviços da empresa Megafoods, feitas pelas unidades de saúde usuárias dos serviços a respeito do *fornecimento de comidas estragadas, atrasos na entrega das refeições e outros descasos que colocavam em risco a saúde dos seus destinatários.*

Com a aproximação do fim do prazo de vigência do contrato nº 57/2011 somado as reclamações sobre a qualidade do serviço prestado, o Secretário de Saúde deveria ter dado maior atenção ao caso, mas este permaneceu inerte para – propositadamente – prorrogar o contrato com a empresa MEGAFOODS, fabricando assim uma situação de emergência a justificar a contratação direta.



Diante da situação emergencial e a necessária continuidade na prestação do serviço, a Procuradoria Geral do Estado, de certo, seria favorável a prorrogação, mas desconsiderou a quebra do contrato por parte da MEGAFOODS no que diz respeito a péssima qualidade do serviço prestado. Tal situação foi internamente comunicada ao Representado, mas este ficou-se inerte. Inércia que favoreceu a prorrogação do contrato, fabricando-se a “situação de emergência”.

Sobre esse assunto, novamente, colaciona-se trecho da obra de *Marçal Justen Filho*, que esclarece com precisão as consequências sobre os fatos retro expendidos:

“Isso não significa afirmar a possibilidade de sacrifício de interesses curados pelo Estado em consequência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão a interesses, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada “emergência fabricada”, em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tivesse sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação de emergência). O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Deverá fazer-se a contratação pelo menor prazo e com o objetivo mais limitado possível, visando a afastar o risco de dano irreparável. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos. 11ª edição. Dialética. São Paulo: 2005. p.238.)

A falta de planejamento foi o fator preponderante na crise gerada na SESAU, decorrente da desídia funcional do Secretário de Saúde o qual, como gestor público, deveria ter adotado as cautelas necessárias para que fosse realizada - em tempo - a nova licitação de maneira que esta coincidisse com o término do contrato anterior, estando incluídas a previsão quanto à necessidade de contratação de pessoal e modernização do sistema. Por conseguinte, correta está a aplicação do artigo 92 da Lei



8.666/93.

A respeito da licitação prevista no edital nº **051/2012**, na modalidade pregão presencial, esta foi iniciada sem que houvesse previsão orçamentária, conforme conclusão do Relatório Preliminar dos Auditores do E. Tribunal de Contas, **nos autos do processo 213/2013, às fls. 308/314**, cuja cópia encontra-se às **fls. 149/155** dos presentes autos.

Tal fato confirma a **falta de planejamento que ocorreu na gestão do Representado, seja ela dolosa ou culposa**, resultando em afronta a Lei de Responsabilidade Fiscal, **em descumprimento ao inciso III, §2º, do art. 7º, da Lei 8.666/93.**

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

(...)

Textualmente, eis a conclusão dos Auditores:

2.3. Indicação de dotação orçamentária com ausência de previsão no Plano Plurianual e na Lei Orçamentária Anual.

Com o fito de verificar a dotação orçamentária indicada para fazer face as despesas do pregão presencial 051/2012, realizou-se pesquisas aos instrumentos orçamentários, Plano Plurianual 2012-2015, a Lei Orçamentária Anual de 2013 e ao sistema de contabilidade do governo FIPLAN.

Consta, às fls. 56 a 74 do vol. I, projeto básico elaborado pela SESAUI o qual indica como fonte de recurso a dotação orçamentária, fls. 74, apresentada a seguir:

Quadro 01 – Dotação orçamentária informada para o pregão presencial 051/2012 (...)

Em consulta aos instrumentos orçamentários: Plano Plurianual 2012-2015, Lei 837, de 17/1/2012, e a Lei Orçamentária Anual para o exercício de 2013, Lei 889, de 14/01/2012, não foi localizada a



dotação orçamentária para esta ação, em descumprimento ao inciso III, §2º, do art. 7º, da Lei 8.666/93.

Conforme pesquisa ao programa 078 -Atenção Integral à Saúde (fls. 143 a 147, vol. I) do PPA 2012-2015, verificou-se que constam as seguintes ações:

Quadro 02 – Relação de ações do programa 078 – Atenção Integral à Saúde (...)

Observa-se a partir do quadro acima que não consta a ação 2175 no programa de governo indicado no projeto básico e tampouco dotação para a mesma.

Realizou-se, ainda, pesquisa junto ao sistema FIPLAN em 17/1/2013 a fim de verificar se a referida ação constava no programa de governo indicado para o exercício de 2013, entretanto, não foi localizada a dotação desta mesma ação (fls. 148, vol. I).

Ressalta-se que tanto na consulta aos instrumentos orçamentários, PPA e LOA, quanto ao sistema de contabilidade FIPLAN referente ao exercício de 2013 não foi localizada dotação para o programa/ação 78215/01, o que indica incoerência quanto a indicação de recursos para a execução da ação. (grifado)

Assim, nesse diapasão, a aplicação do artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, é medida necessária:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

[...]

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente” (grifei).

Dessa sorte, não existe contradição alguma na Representação. O Secretário de Saúde deve ser responsabilizado pelos fatos acontecidos em sua gestão, portanto, sob sua responsabilidade, haja vista competir ao administrador público sempre a intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da população, de modo a agir de forma mais eficaz; evitando o desperdício do dinheiro público, impondo uma execução de serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.



A administração poderia ter obtido um resultado mais eficaz e eficiente se o Representado tivesse agido com maior diligência na realização do procedimento licitatório e penalização da empresa MEGAFOODS. Assim, pelos motivos já explicados na Representação, deve o Sr. Antônio Leocádio Vasconcelos Filho responder por ato de improbidade, nos termos da lei.

e) Da Adoção de Licitação por Lotes:

Para justificar a “Adoção de Licitação por Lotes”, Antônio Leocádio Vasconcelos Filho embasou-se na Súmula 247 do TCU, com objetivo de esclarecer que a *“utilização de lotes ao invés do fracionamento do objeto licitado seria a maneira viável e correta de se proceder, estando pois, o edital assaz regular e legal no referido aspecto”*.

O cerne da questão pairou sobre a situação do lote – Dietas Especias, por suas peculiaridades.

Percebeu-se que as dietas especiais *hiperprotéica e hipercalórica, redução de resíduos, imunodeprimido e isenta de lactose* foram nominalmente destacadas e quantificadas, porém, tal iniciativa não foi adotada quanto às *dietas hipoglicídica, hipoprotéica, hipossódica, assódica, hipolipídica*. Estas foram aglomeradas em um único item - DIETA ESPECIAL, de maneira que não se pode **individualizar sua quantidade, peso e porção, facilitando a alteração da substância, qualidade e quantidade do produto.**

O preço é obtido da relação quantidade – peso – porção. A aglomeração das dietas *hipoglicídica, hipoprotéica, hipossódica, assódica, hipolipídica* não deixou clara a fração destinada para cada uma, o que constituiu num facilitador de fraudes, considerando que seus produtos são mais caros e, por isso, controlado para se evitar as alterações retro citadas.

A individualização, no item em comento, não contraria a súmula 247 do TCU, uma vez que se destina a evitar prejuízo ao erário e há viabilidade técnica para



individualizar as demais dietas especiais. Ela é medida necessária para proporcionar maior controle sobre as aquisições, preços, acompanhamento do serviço prestado e reclamações a respeito dele.

Portanto, o Ministério Público ratifica suas afirmações no bojo da Representação uma vez que visa resguardar a transparência do processo licitatório e segue **na mão** do interesse público.

III – CONCLUSÃO

Destarte, não obstante tenha havido a publicação do edital nº 001/2013 esta não tem o condão de elidir a responsabilização do Sr. Antônio Leocádio Vasconcelos Filho quanto aos fatos indicados na Representação nº 02012/2013.

O Ministério Público de Contas, pelas razões de fato e de direito acima apresentadas, opina pela **PROCEDÊNCIA TOTAL DA REPRESENTAÇÃO** uma vez que foram comprovadas existências de irregularidades na licitação referente ao processo nº 020601.01348/11-51 , com a devida responsabilização do Sr. Antônio Leocádio Vasconcelos Filhos, nos termos da lei.

Por oportuno, nos termos preconizados no relatório preliminar de **fls. 149/155**, seja realizada também a recomendação de cautelas ao gestor da pasta ou seu substituto para que não permita a repetição das irregularidades descritas nos presentes autos nas próximas licitações.

Por fim, requer o Ministério Público de Contas seja juntada aos presentes autos a cópia assinada do referido relatório constante no processo nº 213/2013, às **fls. 308/314**.

É o parecer.

Boa Vista-RR, 16 de maio de 2013.



MPC | Ministério Público
de Contas

MPC/RR

PROC. 0212/2013

FL. _____

VOL. VI

Paulo Sérgio Oliveira de Sousa
Procurador de Contas