

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 003.377/2015-6

Natureza: Pedido de Reexame (Representação).

Órgão/Entidade: Fundação Nacional de Saúde (26.989.350/0001-16).

Recorrentes: Carlos Luiz Barroso Junior (563.644.741-87); Sergio Luiz de Castro (308.374.991-00); Raquel Marra Molina de Aguiar (842.163.521-20).

Representação legal: Mikaela Minare Brauna (18.225/OAB-DF) e outros, representando Sergio Luiz de Castro e Raquel Marra Molina de Aguiar; Álvaro Luiz Miranda Costa Júnior (29.760/OAB-DF), Cristiana Muraro Tarsia (48.254/OAB-DF), Thiago Lelis de Freitas (48.856/OAB-DF) e Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (41.796/OAB-DF), representando Carlos Luiz Barroso Junior; Mauro Vinicius da Rocha Marques (172.665/OAB-RJ) e outros, representando Venus World Comércio de Equipamentos e Material Para Escritório Ltda. EPP.; Claudia Tereza Sales Duarte (20.825/OAB-DF), representando Alex Ferreira Brito; e André Puppim Macedo (12004/OAB-DF), representando Simpress Comércio, Locação Serviços S/A e Simpress Comércio, Locação e Serviços Ltda.

Pedido de sustentação oral à peça 159.

SUMÁRIO: PEDIDOS DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. FUNASA. PREGÃO ELETRÔNICO PARA SERVIÇOS DE CÓPIAS, DIGITALIZAÇÃO, IMPRESSÃO. CLÁUSULAS RESTRITIVAS AO CERTAME. NÃO PARCELAMENTO DO OBJETO. SOBREPREÇO. MULTAS. CONHECIMENTO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE DESCARACTERIZAM, EM PARTE, AS IRREGULARIDADES E MITIGAM A REPROVABILIDADE DAS CONDUTAS. FALHAS FORMAIS. PROVIMENTO. INSUBSISTÊNCIA DAS SANÇÕES. CIÊNCIA AOS RECORRENTES.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedidos de Reexame interpostos por Carlos Luiz Barroso Junior, na condição de Diretor de Administração da Fundação Nacional de Saúde (Funasa) (Peça 107), Sérgio Luiz de Castro, então Diretor Substituto de Administração da Funasa (Peça 110), e Raquel Marra Molina, Coordenadora Substituta da CGMTI da Funasa à época (Peça 110), contra o Acórdão 3.009/2015 – TCU – Plenário (Peça 84).

2. Ao apreciar a Representação originadora do processo, o Plenário proferiu a seguinte deliberação:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. excluir Duncker Soares Silva Júnior (635.017.161-68) da relação processual;

- 9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Alex Ferreira Brito (CPF 950.088.881-53), Sergio Luiz de Castro (CPF 308.374.991-00), Carlos Luiz Barroso Junior (CPF 563.644.741-87) e Raquel Marra Molina de Aguiar (CPF 842.163.521-20);
- 9.3. aplicar aos responsáveis abaixo arrolados, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor:
 - 9.3.1. Alex Ferreira Brito (CPF 950.088.881-53) e Sérgio Luiz de Castro (CPF 308.374.991-00), no valor de R\$ 3.000,00;
 - 9.3.2. Carlos Luiz Barroso Júnior (CPF 563.644.741-87) e Raquel Marra Molina de Aguiar (CPF 842.163.521-20), no valor de R\$ 2.500,00;
- 9.4. determinar à Fundação Nacional de Saúde, nos termos do art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, que, caso não atendidas as notificações, efetue o desconto das multas imputadas das remunerações dos respectivos responsáveis, em favor do Tesouro Nacional, na forma estabelecida no art. 46 da Lei 8.112/1990;
- 9.5. na impossibilidade de adoção do desconto previsto no item 9.4., autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;
- 9.6. autorizar, antecipadamente, caso seja requerido, o pagamento das dívidas em até trinta e seis parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU, fixando-se o vencimento da primeira parcela em quinze dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada trinta dias, devendo incidir sobre cada uma os encargos devidos, na forma prevista na legislação em vigor, alertando os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217, § 2º, do Regimento Interno/TCU;
- 9.7. considerar cumprida pela Funasa a determinação consignada no item 9.2 do Acórdão 1.297/2015–TCU-Plenário;
- 9.8. dar ciência do inteiro teor desta deliberação à Funasa, aos responsáveis e às empresas representante e interessada.

3. Irresignados, os responsáveis Carlos Luiz Barroso Junior, Sérgio Luiz de Castro e Raquel Marra Molina de Aguiar interpuseram Pedidos de Reexame, que foram analisados no âmbito da Secretaria de Recursos, cuja instrução conclusiva, com proposta de mérito endossada pelo corpo diretivo da unidade (Peças 156-158), reproduzo a seguir, com os ajustes de forma que julgo pertinentes:

HISTÓRICO

3. O processo versa, originalmente, sobre representação formulada pela empresa Simpress Comércio Locação e Serviços S.A., acerca de irregularidades no Pregão Eletrônico 1/2015, promovido pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa, cujo objeto visava ao registro de preços para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de cópia, digitalização, impressão e plotagem, com fornecimento, instalação e configuração de equipamentos (novos e sem uso), com reposição de peças e todo material de consumo necessário ao seu perfeito funcionamento, exceto papel, bem como assistência técnica preventiva e corretiva continuada, garantia ‘on site’ e transferência de conhecimento para a Funasa Presidência e Superintendências.

4. Examinado o procedimento, a unidade técnica destacou as seguintes irregularidades:

- a) cláusulas restritivas de competitividade no edital;
- b) não demonstração da inviabilidade de parcelamento do objeto;
- c) indícios de sobrepreço do serviço a ser contratado;
- d) ausência de justificativa a respeito da vantagem do modelo de contratação adotado pela Funasa e

e) previsão, sem motivação, da adesão de órgãos não participantes à ata de registro de preços (ARP).

5. Por meio do Acórdão 1.297/2015 – TCU – Plenário, esta Casa conheceu da representação, assinou prazo para a anulação do certame, cientificou a Funasa sobre as falhas detectadas no procedimento licitatório e determinou a audiência dos responsáveis em razão das seguintes irregularidades, 'in verbis':

9.4.1. elaboração (ou aprovação) do termo de referência do pregão eletrônico contendo as seguintes cláusulas restritivas da competitividade, sem a devida justificativa, o que afronta o art. 3º, caput, e §1º, II, da Lei 8.666/1993:

9.4.1.1. intervalo de gramatura do papel entre 64 e 240 g/m² para as impressoras, itens 1 a 3 do termo de referência, e entre 50 a 240g/m² para os scanners, item 4 do termo de referência (peça 27, p. 10-13);

9.4.1.2. tamanho de documento mínimo para os scanners entre 50x70mm a 300x430mm, item 4 do termo de referência (peça 27, p. 13);

9.4.1.3. inclusão em um único grupo, para adjudicação em conjunto, dos serviços de outsourcing de impressão e dos serviços de plotagem, sem a demonstração da vantagem dessa opção diante da perda de competição que ela acarreta, infringindo o art. 23, §1º, da Lei 8.666/1993, e a Súmula TCU 247;

9.4.2. adjudicação de proposta com fortes indícios de sobrepreço e contrária à economicidade da contratação, em razão das deficiências na pesquisa de preços de referência realizada no âmbito da Funasa, que não considerou a economia de escala decorrente da quantidade de impressões/cópias a serem contratadas, e pelo superdimensionamento do número de impressoras a serem disponibilizadas para atender a demanda da entidade, em infração ao art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993.

6. Naquela oportunidade, identificaram-se os seguintes responsáveis:

- Alex Ferreira Brito (CPF 950.088.881-53) e Sérgio Luiz de Castro (CPF 635.017.161-68), subscritores do termo de referência contendo as cláusulas impugnadas, e Duncker Soares Silva Júnior (CPF 635.017.161-68), responsável, em conjunto com os dois primeiros, pela manifestação técnica em resposta à oitiva determinada pelo TCU;

- Raquel Marra Molina de Aguiar (CPF 842.163.521-20), Coordenadora Substituta da CGMTI, e Carlos Luiz Barroso Júnior (CPF 563.644.741-87), Diretor Substituto de Administração, que aprovaram o termo de referência (responsabilizados apenas pelas irregularidades descritas no item 9.4.1).

7. Coligidas e rechaçadas as razões de justificativa, o exame concluiu pela apenação dos responsáveis, proposta acolhida parcialmente pelo relator, que, à exceção de Duncker Soares Silva Júnior, excluído do rol de responsáveis, determinou a aplicação de multa aos agentes, consoante os termos do acórdão recorrido.

8. Inconformado, Alex Ferreira Brito opôs embargos declaratórios, recurso conhecido e rejeitado, nos termos do Acórdão 1.166/2016 – TCU – Plenário (peças 98 e 115 a 117).

9. Na esteira da não resignação, Carlos Luiz Barroso Junior (peça 107), Sérgio Luiz de Castro e Raquel Marra Molina (peça 110) interpuseram pedidos de reexame, objetos do presente exame.

10. Adicionalmente, Carlos Luiz Barroso Junior apresentou memorial contendo apenas síntese dos fatos alegados na peça recursal, sem introduzir elementos adicionais de defesa.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

11. Os exames preliminares concluíram pela admissibilidade dos recursos e a suspensão dos efeitos dos itens 9.2, 9.3.1, 9.3.2, 9.4 e 9.5 do Acórdão 3.009/2015 – TCU – Plenário, conforme peças 134 e 135, e o despacho do Relator à peça 138.

EXAME TÉCNICO

12. A questão central do processo consiste na restrição à competitividade do certame promovido pela Funasa em razão da (o):

a) restritividade das cláusulas do termo de referência relacionadas às características dos scanners e das impressoras, a exemplo do intervalo exigido para a gramatura do papel e o tamanho dos documentos;

b) não parcelamento do objeto licitado;

c) sobrepreço dos valores cotados, com base em pesquisa restrita a três fornecedores, sem considerar os ganhos de escala em razão do alto volume da demanda de serviços.

13. Dos argumentos recursais, vê-se que os recorrentes apresentaram teses defensivas no sentido de minimizar a reprovabilidade das condutas sancionadas por esta Corte de Contas.

14. A defesa lastreia-se na:

i) preliminar de ilegitimidade para figurar no polo da relação processual;

ii) ausência de dano e má-fé;

iii) dificuldade real de se coligir informações quanto aos preços de mercado;

iv) ausência de proporcionalidade e razoabilidade no tratamento conferido ao caso sob análise, por parte do TCU e inexigibilidade de conduta diversa.

15. As teses foram dissociadas em tópicos, acrescidas dos argumentos constantes das razões recursais e da análise correspondente, conforme a seguir.

i) Preliminar: ilegitimidade para figurar no polo processual.

16. De acordo com as razões recursais apresentadas por Carlos Luiz Barroso Filho, então Diretor de Administração da Funasa, houve equívoco por parte do exame efetuado por esta Corte de Contas ao acrescentá-lo à relação processual, haja vista não ter praticado o ato que lhe fora imputado (peça 107, p. 3-4).

17. Segundo informa, não aprovou o termo de referência que efetivamente constou do edital da licitação impugnada, pois, à época em que os documentos foram efetivamente aprovados, encontrava-se em licença-prêmio, logo, não praticou a conduta reprovada por esta Casa, o que rompe o nexo de causalidade e afasta a aplicação de sanção (peça 107, p. 3-4).

18. Aponta que o responsável pela aprovação em definitivo dos documentos teria sido seu substituto, Joselias Ribeiro da Silva (peça 107, p. 4).

19. Argumenta que se o TCU excluiu Duncker Soares Silva Júnior da relação processual dos presentes autos, em razão da falta de comprovação de que teria colaborado para a elaboração do Termo de Referência, por isonomia no tratamento da matéria, deveria ser afastada a sua responsabilidade, dada a ausência de condutas para o resultado impugnado por esta Casa (peça 107, p. 8).

Análise

20. A preliminar aventada refere-se a exame quanto à situação circunstanciada nos autos.

21. A respeito da hipótese aventada, dos documentos acostados ao presente processo, verifica-se não assistir razão ao recorrente, haja vista sua aprovação concedida ao termo de referência inicial, desenvolvido na fase de planejamento da licitação (peça 26, p. 138-183), o qual já continha todos os requisitos técnicos considerados pelo TCU como restritivos à competitividade.

22. Inclusive, o documento previamente aprovado foi examinado pela área técnica PCTI e pela área jurídica, e posteriormente utilizado para a abertura do procedimento da licitação (peça 26, p. 138).

23. De fato consta dos autos um novo termo de referência, sem a assinatura do recorrente, localizado à peça 27. No entanto, o novo documento apenas repete as características dos equipamentos anteriormente definidas e aprovadas pelas áreas técnica e jurídica, e pelo recorrente.

24. Tanto assim que, ao se comparar os requisitos técnicos restritivos relativos à gramatura do papel para a impressora e o scanner, não se verificam diferenças entre os dois documentos localizados às peças 26, p. 138-183 e 27.

25. Logo, não há como se imputar a responsabilidade pelo ato de aprovação do termo de referência ao substituto, como pretende o recorrente.

26. Importante, inclusive, observar, que Duncker Soares Silva também subscreveu o termo de referência inicialmente examinado (peça 26, p. 138), e, portanto, discorda-se da decisão relativa à sua exclusão da relação processual.

27. De toda forma, bem é de se ver que a posição anterior do TCU a respeito de Duncker não vincula o posicionamento técnico desta Casa e, portanto, ao ver desta unidade técnica, não afasta a responsabilidade do recorrente.

ii) Ausência de dano e má-fé.

28. Carlos Luiz Barroso Filho destaca a inexistência de má-fé ou tentativa de locupletamento, e alega configurada a sua boa-fé em virtude do cumprimento à determinação do TCU de anular o certame (peça 107, p. 9).

29. Nessa toada, Sérgio Luiz de Castro e Raquel Marra Molina de Aguiar pugnam no mesmo sentido, de que não há nos autos a demonstração de que tenham agido com má-fé na realização do certame (peça 110, p. 5).

30. Os recorrentes indagam a ausência do dolo na prática da restritividade à competitividade quanto aos atos de elaboração e aprovação do termo de referência (peça 110, p. 5).

31. Ao longo das razões recursais, asseveram a ausência de dano ao Erário, dado que a contratação decorrente do certame não teria se concretizado (peça 110, p. 5).

Análise

32. Sobre a natureza subjetiva do processo de responsabilização de agentes perante o TCU, no âmbito dos processos de controle externo, vale lembrar que para a aplicação da penalidade de multa basta a verificação da culpa em sentido lato.

33. No que concerne à culpabilidade das recorrentes, que alegam ausência de dolo, má-fé ou culpa, verifica-se, no caso, que a responsabilização decorreu de conduta culposa – negligência e/ou imperícia ao elaborar e/ou aprovar termo de referência que continha cláusulas restritivas à competitividade do certame, situação que configura ato contrário à norma legal

34. A culpa ‘stricto sensu’ advém da violação de um dever jurídico por negligência, imperícia ou imprudência. No presente caso, o desrespeito a determinação desta Casa e aos preceitos do Decreto 7.892/2013 configurou a chamada culpa contra legalidade, pois o dano ao Erário resultou da violação de obrigação normativamente imposta, em especial ao decreto que regulamenta o Sistema de Registro de Preços.

35. Quanto ao tema, Sergio Cavalieri Filho in Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., 2007, p. 40), ensina que estabelecido o nexos causal entre o fato danoso e a infração da norma regulamentar, nada mais resta a investigar, pois a culpa ‘in re ipsa’ não exige a demonstração de imprudência ou imperícia.

36. Portanto, a responsabilização do agente público perante o controle externo requer apenas a comprovação da culpa em sentido amplo (latu sensu) na conduta do agente para efeito da imposição de sanções ou do dever de indenizar (restituir ao Erário) (Acórdão 267/2007-2ª Câmara).

37. Nesses casos, a responsabilização detém natureza subjetiva, podendo, assim, ter origem em conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado viole os deveres impostos pelo regime de direito público que se aplica aos que gerem recursos da União. (Acórdão 3514/2016 – TCU – 2ª Câmara; Acórdão 4508/2016 – TCU – 2ª Câmara; Acórdão 392/2007 – TCU – Plenário; Acórdão 3036/2006 – TCU – 1ª Câmara).

38. A despeito da natureza abstrata do exercício de avaliação da conduta do agente público e de suas consequências, para fins de responsabilização, é possível identificar na jurisprudência desta Corte parâmetros objetivos que facilitam o seu delineamento. É o caso, por exemplo, do Acórdão 2343/2006 – TCU – Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que trata de imprudência, negligência e culpa ‘in elegendo’.

39. Naquela assentada, restou concluído que age com imprudência e negligência, a permitir a conclusão pela existência de nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo Erário, o gestor público que aprova projetos inadequados. Isso porque a ausência de cautela e zelo profissional de agentes administrativos contribui significativamente para a ocorrência/potencialidade de dano ao Erário. Desta forma, a preservação do Patrimônio Público jamais pode ficar à mercê do conhecimento sobre a intenção do agente causador do dano, de modo que a culpa, por negligência ou imprudência, é suficiente para ensejar a imposição de sanções.

40. Portanto, diferentemente dos argumentos aduzidos pelos recorrentes, a ausência de dolo e de locupletamento não afasta a ilegalidade, e, portanto, a reprovabilidade das condutas dos agentes (Decisão 207/2002 – TCU – Plenário).

41. Vale repisar que os agentes foram sancionados com base no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, que não exige a constituição de um dano objetivamente mensurável para a aplicação da sanção à conduta do agente, bastando apenas a prática do ato com grave infração à

norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

42. Para a configuração do grave ato praticado previsto no dispositivo legal mencionado, veja-se que a restrição ao caráter competitivo do certame afronta o art. 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

43. Para que não se parem dúvidas a respeito dos atos ilegais praticados, de acordo com a instrução do processo, a restrição restou caracterizada em virtude da (o): a) restritividade das cláusulas do termo de referência relacionadas às características dos scanners e das impressoras, a exemplo do intervalo exigido para a gramatura do papel e o tamanho dos documentos; b) não parcelamento do objeto licitado; c) sobrepreço dos valores cotados, com base em pesquisa restrita a três fornecedores, sem considerar os ganhos de escala em razão do alto volume da demanda de serviços.

44. No caso das características das impressoras, restou evidenciado que, em relação às impressoras multifuncionais, a exigência relativa à gramatura do papel restringe injustificadamente e sobremaneira a competitividade do certame (Acórdão 1297/2015 – TCU – Plenário).

45. O edital estabeleceu, para os três tipos de impressora, que elas tenham a capacidade de trabalhar com papéis na gramatura entre 64 e 240 g/m². Conforme explicado por uma das empresas que impugnaram o edital, acima de 160g/m², o material de impressão se assemelha a um papelão, com pouca utilidade para a entidade (Acórdão 1297/2015 – TCU – Plenário).

46. Registre-se que quatro empresas impugnaram o edital quanto a essa exigência, não obtendo êxito em reformá-lo. Em nenhum momento do processo de contratação, foi explicado em que medida seria necessário realizar trabalhos em papéis com gramaturas desse porte (Acórdão 1297/2015 – TCU – Plenário).

47. Ainda, nenhuma das impressoras citadas pela Funasa em sua defesa atendia às exigências do edital. As impressoras citadas relativas ao item 1 (Samsung SCX 6555 NX, Xerox Word Centre 4260 e Lexmark MX611 dhe) só tinham capacidade para papéis com gramatura de até 220g/m². Da mesma forma, a Xerox ColorQube 8900, a HP Color Enterprise CM 454OF CC420A HP e a Lexmark c792de, citadas para o item 2, e as Brother DCP-L8400CDN, Xerox Work Centre e Lexmark CX510dhe, citadas para o item 3, também não atingiam a gramatura de 240g/m² (Acórdão 1297/2015 – TCU – Plenário).

48. No caso dos scanners, ficou comprovado, pela instrução técnica, que houve a inserção de cláusulas restritivas de competitividade quanto à gramatura e ao tamanho do papel. O edital exige scanner com capacidade para trabalhar com papel de gramatura entre 50 a 240g/m² e tamanho de documento mínimo de 50x70mm a 300x430mm. Um dos modelos indicados pela Funasa, o Fujitsu Fi-6800, não atende nenhuma das especificações desses dois aspectos, enquanto que o outro, Kodak Alaris Ngenuity 9125, embora atenda, possui características muito superiores às configurações exigidas para o serviço (ciclo de trabalho diário de 125 mil folhas, enquanto que o ofertado pela licitante vencedora possuía ciclo de 60 mil digitalizações) (Acórdão 1297/2015 – TCU – Plenário).

49. A falta de parcelamento do objeto também restringiu a competitividade do certame. Sobre o assunto, o pregão destinou-se à locação de equipamentos multifuncionais (impressão, digitalização, cópia e fax) e scanner, em conjunto com a contratação de serviços de impressão por página, compondo os serviços de outsourcing de impressão propriamente ditos, e à contratação de serviços de plotagem sob demanda. Todos os itens foram incluídos em um único grupo e adjudicados a uma única empresa pelo menor preço por grupo (Acórdão 1297/2015 – TCU – Plenário).

50. Consoante abordado na instrução técnica, empresas de outsourcing de impressão não seriam indicadas para orçar os serviços de plotagem sob demanda com a melhor relação custo benefício, uma vez que são especializadas em prestar serviços com equipamentos na sede do contratante, enquanto que outras empresas ficaram impossibilitadas de participar por prestarem apenas serviços de plotagem (Acórdão 1297/2015 – TCU – Plenário).

51. Não é demais lembrar que o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993 impõe a adjudicação por item quando o objeto da contratação tiver natureza divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto a ser licitado. Assim, no caso em relevo, considerando que o objeto era divisível, a

Funasa deveria ter demonstrado a vantagem da escolha pela adjudicação por preço global (Acórdão 1297/2015 – TCU – Plenário).

52. Dos argumentos expostos, os recorrentes cingem-se a tentar afastar a gravidade da conduta, mas em nenhum momento afastam as irregularidades havidas. Portanto, os argumentos não podem ser acolhidos.

iii) Dificuldade de se coligir informações quanto aos preços de mercado.

53. Sérgio Luiz de Castro e Raquel Marra Molina de Aguiar, ainda, suscitam a dificuldade de obtenção dos preços dos produtos junto ao mercado, no momento da pesquisa. Informam o encaminhamento de solicitação de propostas de preços a sete empresas diferentes, sendo que apenas três retornaram o contato com as informações (peça 110, p. 4).

54. Acresceram que os preços de contratações em outros órgãos não foram utilizados como referência, em razão da divergência entre os requisitos técnicos das soluções de informática adotadas. Assim, utilizou-se como referência o valor orçado as propostas encaminhadas pelos fornecedores (peça 110, p. 4).

Análise

55. A dificuldade na realização de pesquisa de preços não exime os agentes da Administração Pública da obrigação legal imposta.

56. De acordo com o disposto nos arts. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, é obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, daqueles fixados por órgão oficial competente ou, ainda, daqueles constantes do sistema de registro de preços.

57. No que concerne às normas que disciplinam o orçamento dos custos envolvidos na contratação para o SRP, a Lei 8.666/1993 dispõe que o registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado. Por sua vez, os incisos II e IV do art. 5º do Decreto 7.892/2013 conferem atribuições ao órgão gerenciador para consolidar informações relativas à estimativa individual e total de consumo e realizar pesquisa de mercado para a identificação do valor estimado da licitação.

58. Complementarmente, de acordo com o art. 7º do Decreto 7.892/2013, a licitação para registro de preços será precedida de ampla pesquisa de mercado.

59. Paralelamente, como forma de avaliar se os preços fornecidos encontram-se condizentes com aqueles praticados pelo mercado, deve solicitar informações a respeito dos serviços contratados por outros órgãos da Administração Pública.

60. O valor estimado da contratação serve de parâmetro objetivo para o julgamento das ofertas desconformes ou incompatíveis. A comissão de licitação deve dispor, portanto, de estimativas de custos antes da abertura das licitações, com o maior nível de detalhamento possível, ainda que se trate de julgamento por valor global. Esta medida permite à comissão de licitação pautar sua atuação, no que concerne ao julgamento das propostas, com a objetividade que a lei exige. (Acórdão 828/2004 – TCU – 2ª Câmara).

61. Ademais, embora a IN 5/2014 SLTI/MPOG preveja a pesquisa com fornecedores como um dos parâmetros a serem utilizados na pesquisa de preços, não pode ser considerada isoladamente. A própria norma, em seu art. 2º, prevê outros três parâmetros, quais sejam: Portal de Compras Governamentais (www.comprasgovernamentais.gov.br); pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; e contratações similares de outros entes públicos.

62. Nesse ponto, vale citar o inciso V do art. 15 da Lei 8.666/1993/93, segundo o qual, sempre que possível, as compras devem ser balizadas pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. Embora o caput faça referência a compras, trata também de sistema de registro de preços, que tem sido empregado nas contratações em questão, de modo que o dispositivo parece ser aplicável ao caso sob análise (Acórdão 2816/2014 – TCU – Plenário).

63. Portanto, a pesquisa/estimativa dos custos envolvidos deve ser realizada de forma responsável de sorte a refletir a realidade do mercado, da Administração e/ou do próprio órgão.

64. Por conclusão dos raciocínios, não se acolhem os argumentos recursais.

iv) Ausência de proporcionalidade e razoabilidade no tratamento conferido ao caso sob análise, por parte do TCU e inexigibilidade de conduta diversa.

65. Em caráter subsidiário, Carlos Luiz Barroso Filho argumenta que, dada a ausência de conhecimentos técnicos suficientes sobre uma matéria especializada – informática, não seria razoável exigir que detivesse conhecimentos pormenorizados suficientes a aferir se os requisitos técnicos apontados pela área de suprimentos de informática eram imprescindíveis para o bom funcionamento das impressoras e scanners, ou se restringiam a competitividade do certame (peça 107, p. 10).

66. Em seu juízo, o homem médio não tem capacidade de conhecer de forma ampla e irrestrita todas as matérias. O gestor, com formação acadêmica em administração, não possui conhecimento de tecnologia de informação no nível de avaliar, por exemplo, qual a capacidade de gramatura de papel uma impressora deve ter (peça 107, p. 11).

67. Por consequência, após colacionar precedentes e doutrina a respeito da razoabilidade de se exigir conhecimentos especializados que refogem à capacidade do administrador, requereu a aplicação da excludente de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa (peça 107, p. 11-15).

68. Sérgio Luiz de Castro e Raquel Marra Molina de Aguiar colacionam doutrina a respeito dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, asseveram que falhas ocorrem em qualquer seara da vida, reafirmam a ausência de dolo, má-fé e a intenção de direcionar o certame, reproduzem precedentes do TCU a respeito da ausência de dolo e má-fé (peça 107, p. 9-13).

Análise

69. Não se verificou a alegada ausência de razoabilidade e proporcionalidade no tratamento conferido à matéria. Ao contrário, o Relator avaliou individual e circunstanciadamente cada conduta reprovada, e as sanções aplicadas encontram adesão aos precedentes tratados no âmbito desta Corte de Contas – restrição à competitividade de certames impõe a aplicação de sanção aos responsáveis, a exemplo do Acórdão 184/2012 – TCU – Plenário e Acórdão 8679/2011 – TCU – 2ª Câmara.

70. Demais disso, as razões recursais apresentadas para o provimento dos presentes recursos não foram suficientes para afastar as irregularidades que lhes foram impingidas.

71. É pacífica a aceitação, neste Tribunal, da tese que defende que o administrador público, jungido pelo princípio do controle (art. 13 do Decreto-Lei 200/1967), deve fiscalizar as atividades de seus subordinados e não se exime da responsabilidade por seus maus resultados, a não ser que logre comprovar que eles tenham exorbitado as ordens recebidas (Acórdão 487/2008 – TCU - Plenário, Acórdão 1026/2008 – TCU – Plenário e Acórdão 665/2008 - TCU Plenário ; Acórdão 5866/2010 - TCU - Segunda Câmara; e Acórdão 2473/2007 - TCU - 1ª Câmara). A mera alegação de que a competência para a prática dos atos havia sido delegada a subordinados, substitutos e especialistas, portanto, não é suficiente para a elisão das responsabilidades.

72. Desta forma, ao revés do alegado pelo recorrente, esta Casa não exigiu o cumprimento de medida desarrazoada, desproporcional ou desamparada de previsão legal. Ao contrário, requereu o cuidado minimamente esperado em uma fase de planejamento de licitação, de sorte a resguardar a seleção da proposta mais vantajosa para a entidade contratante, bem como garantir a isonomia entre os interessados em contratar com a Administração.

73. Não se aplica a inexigibilidade de conduta diversa, pois a ausência de conhecimentos específicos sobre o assunto não justifica a homologação do termo de referência contendo cláusulas restritivas. A alegada ausência de capacidade técnica não socorre Carlos Luiz Barroso Junior, pois a aprovação de termos de referência constitui atribuição do cargo ocupado.

74. Não podem ser acatadas as alegações quanto à complexidade técnica da matéria, eis que poderia ser consultada junto a demais setores, especialistas e técnicos da Funasa ou da Administração Pública.

75. Os argumentos não podem ser acatados.

CONCLUSÃO

76. Da análise aos elementos circunstanciados nos autos, os recorrentes não aduziram elementos de defesa capazes de afastar as irregularidades que lhes foram imputadas, concernentes à restrição do caráter competitivo do Pregão Eletrônico 1/2015 promovido pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa, cujo objeto visava à ata de registro de preços para a contratação de

empresa especializada na prestação de serviços de cópia, digitalização, impressão e plotagem, com fornecimento, instalação e configuração de equipamentos (novos e sem uso), com reposição de peças e todo material de consumo necessário ao seu perfeito funcionamento, exceto papel, bem como assistência técnica preventiva e corretiva continuada, garantia 'on site' e transferência de conhecimento para a Funasa Presidência e Superintendências.

77. Examinado o procedimento, a unidade técnica destacou as seguintes irregularidades: a) cláusulas restritivas de competitividade no edital; b) não demonstração da inviabilidade de parcelamento do objeto; c) indícios de sobrepreço do serviço a ser contratado; d) ausência de justificativa a respeito da vantagem do modelo de contratação adotado pela Funasa e e) previsão, sem motivação, da adesão de órgãos não participantes à ata de registro de preços (ARP).

78. Os recorrentes cingiram a alegar i) preliminar de ilegitimidade para figurar no polo da relação processual; ii) ausência de dano e má-fé; iii) dificuldade real de se coligir informações quanto aos preços de mercado; iv) ausência de proporcionalidade e razoabilidade no tratamento conferido ao caso sob análise, por parte do TCU e inexigibilidade de conduta diversa.

79. A preliminar de ilegitimidade restou afastada diante da aprovação do termo de referência inicialmente elaborado e posteriormente utilizado na licitação por Carlos Luiz Barroso Junior.

80. Conforme visto, para a responsabilização subjetiva dos agentes em processos de controle externo basta a verificação da culpa em sentido amplo, no caso configurada por meio da negligência ou imperícia na elaboração/aprovação de termo de referência contendo cláusulas restritivas à competitividade do certame.

81. As dificuldades de se colher dados por meio de pesquisas de preços junto ao mercado não eximem os gestores da obrigação, pois prevista em lei.

82. O tratamento conferido à matéria guarda semelhança aos demais casos tratados no âmbito desta Corte de Contas, e não se verificou sinais de ofensa à proporcionalidade ou razoabilidade. Ao contrário, há precedentes que amparam a aplicação de multa à situação tratada nos autos.

83. Não se aplica a excludente de culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa, haja vista que a ausência de conhecimentos específicos sobre informática não justifica a homologação do termo de referência contendo cláusulas restritivas. A alegada ausência de capacidade técnica não socorre Carlos Luiz Barroso Junior, pois a aprovação de termos de referência constitui atribuição do cargo ocupado.

84. Na ausência de elementos de defesa capazes de modificar o entendimento desta Corte de Contas, propõe-se o conhecimento dos recursos para que lhes sejam denegados provimento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

85. Ante o exposto, submetem-se à consideração superior o exame dos pedidos de reexame interpostos por Carlos Luiz Barroso Junior, Sérgio Luiz de Castro, e Raquel Marra Molina contra o Acórdão 3009/2015 – TCU – Plenário, com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 286 do RI/TCU, com a proposta de:

- a) conhecer dos pedidos de reexame para, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) dar ciência da deliberação que vier a ser prolatada aos recorrentes e demais interessados..

É o Relatório.

VOTO

Atendidos os requisitos de admissibilidade constantes dos arts. 33 e 48 da Lei 8.443/92, cumpre conhecer dos Pedidos de Reexame, em ratificação à decisão do então relator (Peça 138), Ministro Raimundo Carreiro, a quem sucedo na condução do processo, em razão de Sua Excelência ter assumido a Presidência deste Tribunal.

2. Conforme descrito no relatório precedente, a deliberação combatida condenou os recorrentes, de forma individual, ao pagamento da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, por grave infração à norma legal ou regulamentar, em virtude das seguintes ocorrências, assim descritas no Acórdão 1.297/2015-TCU-Plenário:

9.4.1. elaboração (ou aprovação) do termo de referência do pregão eletrônico contendo as seguintes cláusulas restritivas da competitividade, sem a devida justificativa, o que afronta o art. 3º, caput, e §1º, II, da Lei 8.666/1993:

9.4.1.1. intervalo de gramatura do papel entre 64 e 240 g/m² para as impressoras, itens 1 a 3 do termo de referência, e entre 50 a 240g/m² para os scanners, item 4 do termo de referência (peça 27, p. 10-13);

9.4.1.2. tamanho de documento mínimo para os scanners entre 50x70mm a 300x430mm, item 4 do termo de referência (peça 27, p. 13);

9.4.1.3. inclusão em um único grupo, para adjudicação em conjunto, dos serviços de outsourcing de impressão e dos serviços de plotagem, sem a demonstração da vantagem dessa opção diante da perda de competição que ela acarreta, infringindo o art. 23, §1º, da Lei 8.666/1993, e a Súmula TCU 247;

9.4.2. adjudicação de proposta com fortes indícios de sobrepreço e contrária à economicidade da contratação, em razão das deficiências na pesquisa de preços de referência realizada no âmbito da Funasa, que não considerou a economia de escala decorrente da quantidade de impressões/copias a serem contratadas, e pelo superdimensionamento do número de impressoras a serem disponibilizadas para atender a demanda da entidade, em infração ao art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993.

3. Referidas ocorrências foram apuradas no processamento do Pregão Eletrônico 1/2015, conduzido pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa), versando sobre registro de preços para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de cópia, digitalização, impressão e plotagem, e outros serviços acessórios para atendimento às necessidades operacionais da presidência da entidade e suas superintendências.

4. A matéria foi inicialmente apreciada em sede de Representação, da relatoria do eminente Ministro Bruno Dantas, culminando com a prolação do Acórdão 1.297/2015-Plenário, com assinatura de prazo para a anulação do certame e determinação para promoção de audiência dos responsáveis, dentre outras providências.

5. Após analisadas as Razões de Justificativa apresentadas, o Plenário exarou o Acórdão 3.009/2015, por meio do qual foram apenados com a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, os responsáveis nominados a seguir:

a) Alex Ferreira Brito (integrante técnico da equipe de planejamento da contratação) e Sérgio Luiz de Castro (integrante técnico da equipe de planejamento da contratação), subscritores do termo de referência contendo as cláusulas impugnadas e aglutinando no mesmo certame os serviços de “outsourcing” de impressão e plotagem;

b) Raquel Marra Molina de Aguiar (Coordenadora-substituta da Coordenação-Geral de Modernização e Tecnologia da Informação - CGMTI - da Funasa, à época) e Carlos Luiz Barroso Júnior (então Diretor de Administração da Funasa), pela aprovação do termo de referência com as supostas cláusulas restritivas à competitividade.

6. Os recursos **sub examine** foram interpostos por Carlos Luiz Barroso Junior (peça 107), Sérgio Luiz de Castro e Raquel Marra Molina (peça 110), deixando de apresentar recurso o responsável Alex Ferreira Brito.

7. Feito esse breve relato, passo ao exame de mérito.

8. Conforme pontuado na instrução reproduzida no relatório precedente, os recorrentes concentraram suas alegações na aferição da culpabilidade de suas condutas, intentando mitigá-la e, assim, afastar a incidência da multa que lhes foi imposta. Seguem os argumentos centrais apresentados pelos recorrentes:

a) ilegitimidade para figurar no polo da relação processual;

b) ausência de dano e má-fé;

c) dificuldade real de se coligir informações quanto aos preços de mercado;

d) ausência de proporcionalidade e razoabilidade no tratamento conferido ao caso sob análise, por parte do TCU, e inexigibilidade de conduta diversa.

9. Em sua análise, a Secretaria de Recursos (Serur) concentrou-se apenas nesses questionamentos, provavelmente guiada por uma interpretação restritiva da premissa **tantum devolutum quantum appellatum**. Embora concorde ser cabível, no essencial, a análise empreendida pela unidade técnica, observo, com as vênias por divergir do encaminhamento proposto, que a instrução deixou de considerar informações relevantes, constantes dos autos, a revelar questões de fato imprescindíveis para o deslinde do processo e o julgamento de mérito dos recursos.

10. Aprofundada leitura dos autos permite identificar que o acórdão recorrido também deixou de ponderar algumas informações relevantes trazidas pelos responsáveis na fase anterior do processo, conforme será demonstrado mais adiante, aptas a elidir em parte as irregularidades que motivaram a apenação dos recorrentes.

11. Antes de prosseguir, porém, cabe ressaltar que o efeito devolutivo do pedido de reexame, à semelhança do recurso de apelação no processo civil, é amplo. Não se restringe à estrita análise das alegações dos recorrentes.

12. A par das diversas fontes doutrinárias e jurisprudenciais que avalizam a referida dicção, suficiente mencionar precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 927958 MG), cuja ementa bem resume o entendimento esposado no item precedente:

Ementa: *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. EFEITO DEVOLUTIVO. ARTIGO 515 DO CPC. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. ENQUADRAMENTO NO ART. 9º DO DECRETO-LEI Nº 406 /68. 1. A apelação é o recurso por excelência, consagrado por todos os nossos matizes europeus e pelos sistemas latino-americanos do mesmo tronco científico do que o nosso, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e **pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição.** 2. O Código de Processo Civil adstringe a atuação do tribunal aos limites da impugnação (art. 515, caput) [correspondente ao atual art. 1.013 da Lei 13.105/2015 – novo CPC], vigorando a máxima ‘tantum devolutum quantum appellatum’. Todavia, por vezes, o tribunal exerce cognição mais vertical do que o juiz a quo, porquanto lhe é lícito conhecer de questões que sequer foram apreciadas em primeiro grau, haja vista que a apelação é recurso servil ao afastamento dos “vícios da ilegalidade” e da “injustiça”, encartados em sentenças definitivas ou terminativas. 3. O recurso da apelação devolve, em profundidade o conhecimento da matéria impugnada, ainda que não resolvida pela sentença, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 515 do CPC. 4. (...) [– Relator: Ministro Luiz Fux; julgamento: 21/10/2008, Primeira Turma, DJe 13/11/2008; (grifei).*

13. Tal entendimento ganha maior relevo no caso presente que, conduzido na esteira de processo administrativo no qual se aplicou sanção aos responsáveis, deve ser pautado pelo princípio da busca da verdade material, o que amplifica o efeito devolutivo da fase recursal.

14. Isso posto, passo a demonstrar, com as devidas vênias, as razões que me levam a discordar da proposta de mérito da Serur.

15. No que tange à suposta inserção de cláusulas restritivas à competição do certame, as discussões levadas a efeito nos autos concentram-se no fato de o termo de referência e o edital terem definido um intervalo muito grande de gramatura (densidade do papel de uso para impressoras e *scanners*) para os equipamentos elegíveis para o registro de preços, o que, em tese, teria reduzido o número de potenciais concorrentes. Questionamento semelhante também foi feito em relação ao “tamanho de documento mínimo para os *scanners*”, para os quais o termo de referência teria definido os limites “entre 50x70mm a 300x430mm”.

16. Nas razões de justificativa originalmente apresentadas, os responsáveis alegaram que tal especificação tivera objetivo oposto, qual seja, o de aumentar o leque de especificações dos equipamentos, para obter a maior quantidade de concorrentes. Assim foi demonstrado nas seguintes alegações da Funasa, coligidas à peça 71, não mencionadas na instrução da Serur:

*14. Durante a fase que antecedeu a realização do pregão foram apresentados pelas empresas pedidos de impugnação. Em resposta, a Fundação esclareceu que **todos equipamentos que estiverem compreendendo os intervalos numéricos, conforme entendimento acima, de acordo com o mínimo exigido atenderiam ao Edital.** Vejamos, em resposta ao pedido de impugnação apresentado **pela Simpress, a FUNASA respondeu:***

“Entendemos que todos equipamentos que estiverem compreendendo os intervalos entre 50 g/m² e 240 g/m² atenderão aos itens, não havendo restrição de participação com equipamento que atenda as especificações mínimas [scanners].

Entendemos que todos equipamentos scanners que estiverem compreendendo os intervalos numéricos de no mínimo 50 mm atenderão aos itens. As especificações técnicas podem ser atendidas por equipamentos de outros fabricantes, por exemplo: Kodak - 63,5 mm, Canon - 50,8 mm e Fujitsu - 52 mm” [scanners].

Para o pedido de impugnação apresentado pela empresa CNC, a FUNASA respondeu:

“As especificações técnicas do item 4 podem ser atendidas por diversos fabricantes, por exemplo: Kodak, Canon, Fujitsu não havendo restrição de participação com equipamento que atenda as especificações mínimas. Entendemos que todos os equipamentos de impressão que estiverem compreendendo os intervalos numéricos de no mínimo 50 g/m² e 240 g/m² atenderão ao item, não havendo restrição de participação com equipamento que atenda as especificações mínimas” [scanners].

Em resposta ao pedido de impugnação apresentado pela empresa Tecnew, a FUNASA esclareceu:

“Entendemos que todos equipamentos que estiverem compreendendo os intervalos numéricos de no mínimo 64 g/ m² atenderão aos itens (1, 2 e 3) e para o Item 4 no mínimo 50 g/m². As especificações técnicas podem ser atendidas por diversos fabricantes, por exemplo: Lexmark, Xerox, Ricoh, Samsung, Canon não havendo restrição de participação com equipamento que atenda as especificações mínimas” [impressoras e scanners].

15. Tais respostas e decisões são públicas e de conhecimento dos participantes e/ou interessados. Este entendimento pode ser percebido em outros órgãos, como por exemplo pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo - TCM/SP, que na realização do pregão eletrônico nº 03/2013, teve o mesmo entendimento ao responder questionamentos apresentados por empresas sobre o mesmo assunto, em que os equipamentos que trabalhem com gramatura dentro do intervalo requisitado seriam aceitos.

16. Os itens 1 e 4, do referido edital, requeriam gramatura entre 65 e 200 g/m². Ao ser questionado sobre equipamentos com gramatura entre 60 e 176 g/m², para o item 1 e gramatura entre 60 a 120 g/m², para o item 4, o Tribunal informou que o intervalo está dentro do solicitado e atende ao requisito, mesmo entendimento da FUNASA. Anexamos o questionamento da empresa e a resposta do TCM/SP.

17. Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - no pregão eletrônico nº 50/2012, solicitou equipamento com intervalo de gramatura entre 52 e 220 g/m². Ao ser questionado sobre equipamentos com gramatura entre 64 e 220 g/m², o Tribunal informou que o intervalo está dentro do solicitado e atende ao requisito para o item. O questionamento e a resposta do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará foram anexados.

(...)

19. Além disso, reforçamos a informação de que **todos os participantes tiveram pleno acesso às respostas feitas pelas empresas impugnantes, visto estarem disponibilizadas no comprasnet.gov.br**. (peça 71, p. 6 e 7; grifos acrescidos).

17. Importa observar, nesse item, que a instrução precedente ao acórdão que ordenou a audiência dos responsáveis (Peça 33) conferiu outra interpretação às referidas alegações. Sustentou

que a Funasa ao responder, aos potenciais licitantes, que seriam admitidos os equipamentos com especificações “*compreendendo os intervalos numéricos*” entre “x” e “y”, teria sinalizado que somente seriam acolhidos aqueles cujas especificações abrangessem **toda a faixa especificada**, o que não corresponde, no meu entender, a uma interpretação razoável da documentação apresentada.

18. Ora, a intenção da Funasa foi exatamente oposta, conforme comprova o texto das respostas dadas aos licitantes, quando assinalam, em mais de uma passagem, que seriam admitidos equipamentos **que atendessem às especificações mínimas** (vejam-se os quatro segmentos grifados na transcrição: “não havendo restrição de participação com equipamento que atenda as especificações mínimas”).

19. Conforme assinalou a Funasa, as respostas foram públicas, acessíveis ao conhecimento de todos os interessados. E ainda que se questione a dubiedade da informação “*compreendendo os intervalos numéricos*” – que, isoladamente considerada, poderia ensejar a interpretação de que as especificações de cada equipamento deveriam compreender todo o intervalo informado no edital –, o tema foi saneado na própria sequência dos textos de resposta aos licitantes.

20. Com efeito, referidas respostas também consignaram que seriam admitidos equipamentos que atendessem às especificações mínimas, restando claro, também, que o termo “mínimo” seria o menor número da faixa especificada (“*scanners que estiverem compreendendo os intervalos numéricos de no mínimo 50 mm atenderão aos itens*”; “*compreendendo os intervalos numéricos de no mínimo 64 g/m² atenderão aos itens (1, 2 e 3) e para o Item 4 no mínimo 50 g/m²”).*

21. Considero, portanto, que tal imprecisão textual não se mostra suficiente para justificar a imposição de multa aos responsáveis, por grave infração à norma legal, sob a alegação de restrição ao caráter competitivo do certame.

22. Veja-se, ademais, que o procedimento da Funasa foi pautado na prática adotada por outros órgãos públicos, mencionados alhures. E, para espancar qualquer dúvida quanto à busca de uma conduta correta pelos responsáveis, quando da condução do certame, resta confirmada a alegação da Funasa – lançada nos autos, mas não aquilatada adequadamente na fase inicial do processo e agora na fase recursal, de que “**as especificações técnicas dos equipamentos foram baseadas no Caderno de Logística, Prestação de Serviços de Reprografia da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP)**” (item 10 da instrução à peça 33, baseado nas informações às peças 26 a 29).

23. De fato, a especificação utilizada no edital questionado na presente Representação foi extraída, **ipsis litteris**, do exemplo contido no Caderno de Logística – Prestação de Serviços de Reprografia, publicado em 2014 pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, unidade responsável pela coordenação geral das aquisições logísticas do Poder Executivo Federal (p. 33, disponível em www.comprasgovernamentais.gov.br, acesso em 5/5/2017). E não consta dos autos impugnação do Tribunal quanto ao referido caderno de orientações, que é dirigido a uma miríade de órgãos da administração federal, podendo ser reproduzida especificação técnica em outros certames.

24. Veja-se o que diz o referido manual:

“Guia de Orientação sobre os aspectos gerais na contratação de Serviços de Reprografia, ou seja, impressão, digitalização, reprodução de cópias com fornecimento de equipamentos e insumos, inclusive suporte, manutenção e disponibilização de sistema de gerenciamento para controle de cópias (outsourcing) no âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional.”

“a) **Exemplos de descrição de equipamento.**

A descrição dos equipamentos, aqui apresentada, pode variar em função das inovações tecnológicas e dos novos produtos lançados no mercado.

1. Equipamento de reprografia e impressão em preto e branco por meio digital

Para prestação dos serviços no (descrição do local onde será instalada o equipamento), exige-se da empresa contratada que disponibilize no mínimo 1 (um) equipamento novo, sem uso anterior (primeiro uso), em linha de produção do fabricante, não remanufaturado, não recondicionado, não reformado e em perfeitas condições de funcionamento e produtividade, com especificações mínimas para executar os serviços nas seguintes condições:

(...)

“• **impressão em papel com gramatura de 64 g/m² a 240 g/m²;**” (grifei).

25. Desse modo, afigura-se pouco razoável que o Tribunal aplique sanção por grave infração à norma legal ou regulamentar, como ocorreu no presente caso, a agentes públicos que utilizaram uma especificação sugerida no manual de orientação específico para contratações da espécie, não impugnado pelo Tribunal, produzido pelo órgão responsável pela expedição de orientações sobre o tema a todas as unidades do Poder Executivo Federal.

26. Em relação ao tamanho dos papéis para uso em **scanners**, as especificações do termo de referência da Funasa também se amoldam à orientação da SLTI.

27. Isso porque o referido manual orienta no sentido de que sejam aceitos equipamentos com capacidade para “*possibilitar a digitalização de documentos com tamanhos de originais de até 8,5” x 14”*” (p. 37 do Caderno de Logística – Prestação de Serviços de Reprografia-2014, da SLTI). Em outras palavras, a SLTI entende razoável exigir nas licitações **scanners** que permitam digitalizar documentos com tamanho **até** o equivalente ao chamado *papel ofício 8,5”x14”*.

28. No caso presente, constou a especificação “*documento mínimo para os scanners entre 50x70mm a 300x430mm*”. Assim, a exigência da Autarquia foi até menos rigorosa do que a preconizada pela SLTI, porquanto as dimensões, em polegadas, de 8,5” x 14”, equivalem a 215,9 mm x 355,6 mm, faixa superior à especificação mínima exigida pela Autarquia.

29. Note-se que a resposta dada pela Funasa aos licitantes, se interpretada literalmente, implicaria a aceitação, em tese, de equipamentos com capacidade para digitalizar apenas documentos de dimensões muito reduzidas (50 mm), o que não se afigura razoável. Trata-se, obviamente, de imprecisão na resposta da Autarquia, impropriedade formal ou falha de menor gravidade que, na prática, mostra-se inócua, pois é notório que os equipamentos disponíveis no mercado, de um modo geral, aceitam papéis até, pelo menos, o tamanho A4 (210 mm x 297 mm). Por outro lado, é certo que tal resposta, ao contrário de restringir o universo de potenciais licitantes, ampliou-o, o que descaracteriza, no meu entender, a suposta restrição à competição.

30. Assim, considero satisfatoriamente elidido o questionamento quanto a esse ponto, de que as especificações dos equipamentos teriam, na prática, restringido o caráter competitivo do certame.

31. No que tange à ausência de parcelamento do objeto – adjudicação conjunta de serviços de impressão/digitalização **outsourcing** com serviços de plotagem –, também considerada como restritiva ao caráter competitivo do pregão, também entendo que essa ocorrência, à luz das circunstâncias do caso concreto, não caracterizou “grave” infração à norma legal.

32. Embora os agentes responsáveis não tenham formalizado as justificativas circunstanciadas para a aglutinação, no mesmo item de adjudicação, de dois objetos distintos, que poderiam, em tese, ser contratados separadamente, observo que tal prática – de reunir serviços de plotagem e impressão em contrato único – é verificada com regular frequência na Administração Pública, bem como que os autos não trazem evidências de que o procedimento restringiu significativamente o caráter competitivo do certame.

33. No que tange à frequência do procedimento na Administração Pública Federal, breve pesquisa realizada por minha assessoria no sistema “Comprasnet” (<https://www.governoeletronico.gov.br/eixos-de-atuacao/governo/sistema-de-administracao-dos-recursos-de-tecnologia-da-informacao-sisp/ncti-nucleo-de-contratacoes-de-tecnologia-da-informacao/consulta-licitacoes-de-ti>), mantido pelo Poder Executivo Federal, revela diversos editais de pregões eletrônicos, no exercício de 2015 e posteriores, para contratação de serviços de plotagem e de impressão em contrato único, ou seja, sem parcelamento do objeto, entre os quais cito: Pregão Eletrônico 22/2016, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; Pregão Eletrônico 14/2016, da Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região-Paraná; Pregão Eletrônico 375/2015 – Eletrobrás Termonuclear S.A.; Pregão Eletrônico 18/2015 – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Tocantins; dentre outros.

34. Em relação à competitividade, as instruções que precederam o acórdão recorrido concluem pela restrição ao caráter competitivo do certame alegando que apenas 4 (quatro) empresas apresentaram propostas e que somente a licitante vencedora cotou valores inferiores aos estimados pela Funasa (peças 33 e 78).

35. No entanto, ao contrário do alegado pela Selog, não foi apresentada nenhuma evidência sobre o grau de competitividade usualmente obtido em certames comparáveis ao versado no processo, em que o volume de serviços estimados para contratação, via registro de preços, foi substancial (452 impressoras multifuncionais monocromáticas; 98 multifuncionais policromáticas; 150 multifuncionais policromáticas; 59 **scanners** monocromáticos e policromáticos; mais de 1 milhão de cópias; mais de 40 mil plotagens). Em uma amostra de 329 licitações para serviços de **outsourcing** de impressão, extraída do “Comprasnet” (link citado no item 33), referentes aos anos de 2015 a 2017, obtém-se o valor médio de R\$ 60,01 mil, sendo apenas 4 (quatro) licitações com preços totais superiores a R\$ 1 milhão, enquanto o valor mensal para a contratação em debate foi estimado em R\$ 2.968.649,98 (item 3 do despacho à peça 15).

36. Prosseguindo com a análise, consulta ao “Comprasnet” revela diversos certames similares – para serviços de **outsourcing** de impressão – com número de participantes próximo ao verificado no caso vertente:

- Pregão Eletrônico 06/2016 – Fundação Universidade Federal do Piauí – **6 licitantes** (2 máquinas; 3,5 milhões de cópias);
- Pregão Eletrônico 10/2016 – Superintendência Regional da Polícia Rodoviária Federal em Mato Grosso do Sul – **4 licitantes** (438 mil cópias);
- Pregão Eletrônico 39/2016 – Universidade Federal de Santa Catarina – **6 licitantes** (30 mil cópias);
- Pregão Eletrônico 20/2015 – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sul de Minas Gerais – **4 licitantes** (30 equipamentos; cerca de 1 milhão de cópias);
- Pregão Eletrônico 375/2015 – Eletrobrás Termonuclear S/A – **4 licitantes** (36 equipamentos de impressão e plotagem)
- Pregão Eletrônico 15/2016 – Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – **6 licitantes** (5 *plotters*).

37. Ressalto que os exemplos acima foram obtidos a partir de pesquisa sobre a mencionada amostra de 329 certames similares, extraída do “Comprasnet” e, por isso, não esgotam o rol de casos similares com números de licitantes próximos ao verificado no Pregão Eletrônico 1/2015, da Funasa.

38. Tais evidências concorrem para descaracterizar a conclusão assinalada nas instruções precedentes e acolhida na fundamentação do acórdão recorrido, porquanto, à luz da realidade de mercado aplicável a licitações similares, não há elementos suficientes para comprovar que o pregão sob análise foi efetivamente eivado de baixa competitividade em função das supostas cláusulas restritivas.

39. Dessarte, considero elidida a ocorrência de inserção de cláusulas restritivas à competitividade do certame, o que conduz ao necessário provimento dos recursos interpostos por **Raquel Marra Molina de Aguiar** (Coordenadora-substituta da Coordenação-Geral de Modernização e Tecnologia da Informação - CGMTI - da Funasa, à época) e por **Carlos Luiz Barroso Júnior** (então Diretor-substituto de Administração da Funasa), apenados unicamente pela aprovação do termo de referência com as supostas cláusulas restritivas à competitividade.

40. E ainda com relação ao responsável Carlos Luiz Barroso Júnior, concorre para elidir a responsabilização do recorrente, por questão de isonomia, o entendimento esposado em apreciação anterior do Tribunal (Acórdão 1.297/2015-TCU-Plenário), no qual não houve a inclusão, na relação processual, apesar da proposta de promoção de audiência contida na instrução da Selog, do dirigente Sr. Duncker Soares Silva Júnior (gestor da equipe de planejamento responsável pela avaliação do parcelamento da solução de TI a ser contratada), em razão da falta de comprovação de que este teria colaborado para a elaboração e assinado o termo de referência oficial da licitação, que efetivamente compôs o edital, e não o da fase interna (do qual participou), de planejamento do certame (peça 107, p. 8). Acrescente-se ainda o fato de o Sr. Carlos Luiz Barroso Júnior (então Diretor de Administração) encontrar-se em gozo de licença-prêmio quando da aprovação do termo de referência e do edital (Peça 107, doc. 2, período de 26/1/2015 a 14/2/2015), e de ter sido substituído por outro gestor, Sr. Joselias Ribeiro da Silva (Diretor de Administração Substituto),

que aprovou e assinou a documentação do edital, mas que não integrou o rol de responsáveis na apreciação inicial da representação.

41. As conclusões lançadas, fundadas em circunstâncias objetivas e em fatos comprovados, impõem, nos termos do art. 281 do Regimento Interno deste Tribunal, a extensão de seus efeitos ao recorrente Sérgio Luiz de Castro e, por último, ao responsável Alex Ferreira Brito, o qual não recorreu da decisão ora revista.

42. Vencidas essas questões, resta analisar o recurso interposto por Sérgio Luiz de Castro (subscritor do termo de referência), no que se refere ao **quantum** da multa que lhe foi aplicada em face da irregularidade assim descrita no subitem 9.4.2 do Acórdão 1.297/2015-Plenário, **verbis**:

“adjudicação de proposta com fortes indícios de sobrepreço e contrária à economicidade da contratação, em razão das deficiências na pesquisa de preços de referência realizada no âmbito da Funasa, que não considerou a economia de escala decorrente da quantidade de impressões/copias a serem contratadas, e pelo superdimensionamento do número de impressoras a serem disponibilizadas para atender a demanda da entidade, em infração ao art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993” (grifei).

43. Da leitura do referido tópico de audiência, extraem-se dois núcleos semânticos importantes à análise de mérito: 1) “deficiências na pesquisa de preços de referência”, que “não considerou a economia de escala” 2) “proposta com fortes indícios de sobrepreço e contrária à economicidade da contratação”.

44. Quanto à pesquisa de preços, **restou efetivamente comprovado que tal procedimento foi realizado** (Peça 26. Fls. 43-122), porém seus resultados não se mostraram compatíveis com os parâmetros de mercado colhidos pela unidade técnica. A par disso, os responsáveis apresentaram diversos argumentos que mitigam a culpabilidade das condutas, conforme se infere das seguintes passagens extraídas da instrução à peça 78 (itens 72 a 76):

- foram considerados somente os quantitativos estimados da Funasa Presidência, visto que as Superintendências apenas registraram suas intenções;
- **a pesquisa de preço foi realizada em conformidade com a IN 5/2014 da SLTI-MP, consultando outros órgãos e empresas fornecedoras do serviço** (peça 71, p. 16);
- No entanto, **houve grande dificuldade em obter preços junto ao mercado, visto que foram solicitadas propostas de preços a sete empresas diferentes, sendo que apenas três encaminharam suas propostas** (peça 71, p. 16).
- **foram pesquisados preços praticados em outros órgãos, porém, por se tratar de contratações similares com diferentes requisitos técnicos, os valores utilizados para compor o valor orçado para contratação foram os das propostas de preços encaminhadas por fornecedores** (peça 71, p. 16).
- a pesquisa de preço foi realizada anteriormente ao registro de intenção das Superintendências Estaduais;
- o valor unitário da impressão considerou outros aspectos que não somente a quantidade a ser impressa;
- **o valor alcançado no pregão encontra-se dentro do valor médio contratado em alguns órgãos, razão pela qual não há que se falar em indícios de sobrepreço** (peça 71, p. 16).

- a contratação consiste em um registro de preço e (...) o faturamento está atrelado à produção [e] (...) dificilmente o valor pago atingiria o valor contratado... (peça 16, p. 16). [Grifei].

45. Cumpre observar que a própria Selog reconheceu a dificuldade de se realizar pesquisa de preços fidedigna às peculiaridades do pregão analisado, conforme se verifica na seguinte passagem da instrução à peça 33, referida também à peça 78 (item 81), a saber:

55.Referida análise encontrou obstáculos para localizar licitações que contivessem os mesmos níveis de exigência para os equipamentos, o que pode ter influência nos preços ofertados. Diante da grande variabilidade de configurações, optou-se, de forma conservadora, por selecionar aqueles com configurações similares ou superiores às listadas no termo de referência da Funasa (com base na velocidade por página, capacidade de memória e velocidade do processador) (peça 33).

46. Vê-se, do exposto, que os responsáveis empenharam esforços para realizar – e realizaram – a pesquisa de preços. Todavia, a confiabilidade do procedimento esbarrou em dificuldades de ordem técnica (variações nas especificações dos equipamentos) e de mercado (poucas empresas a oferecer cotações), circunstâncias que podem ser acolhidas como atenuantes de culpabilidade no presente processo.

47. Quanto aos fortes indícios de sobrepreço na proposta adjudicada, importa considerar que a audiência dos responsáveis, no ponto em questão, não teve como foco principal a adjudicação do objeto com indícios de sobrepreço (realizada por outros agentes, cf. ata à peça 6 e, frise-se, **não chamados ao processo**), mas a insuficiente fidedignidade na pesquisa de preços que balizou o certame.

48. Em outras palavras, os fortes indícios de sobrepreço e de antieconomicidade da proposta adjudicada foram considerados pelo Tribunal, no ato de audiência, como uma falta decorrente, acessória, da imperfeição da pesquisa de preços.

49. E, conforme demonstrado, as deficiências nos resultados da pesquisa de preços tiveram sua gravidade mitigada em virtude das reconhecidas dificuldades – técnicas e de mercado – que os responsáveis encontraram para promovê-la a contento, não obstante os esforços empreendidos (consulta a órgãos públicos e a potenciais fornecedores, busca de adequação às normas da SLTI etc.).

50. Para finalizar, acrescento que, por ocasião do acórdão ora recorrido, as multas aplicadas aos responsáveis - R\$ 2.500,00 e R\$ 3.000,00¹ – foram muito próximas ao limite mínimo adotado pelo Tribunal à época – de R\$ 2.476,75 –, o que denota um juízo original de baixa reprovabilidade das respectivas condutas. Tal fato concorre para corroborar a plausibilidade das conclusões assentadas no presente voto.

51. Em vista dessas ponderações, dou provimento integral aos recursos, para tornar insubsistentes as multas aplicadas aos recorrentes, estendendo os efeitos desta decisão ao Sr. Alex Ferreira Brito, nos termos do art. 281 do Regimento Interno deste Tribunal.

¹ Respectivamente, para Raquel Marra Molina de Aguiar e Carlos Luiz Barroso Júnior, e Alex Ferreira Brito e Sérgio Luiz de Castro. O limite mínimo, à época, de R\$ 2.476,75, equivale a 5% do valor máximo anualmente definido pelo Tribunal, nos termos do art. 58, §2º, da Lei 8.443/1992 e no art. 268, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, que, em 2015, era R\$ R\$ 49.535,41.



Ante o exposto, VOTO por que seja aprovado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de maio de 2017.

AROLDO CEDRAZ

Relator

ACÓRDÃO Nº 1176/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 003.377/2015-6.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame (Representação).
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessados: Fundação Nacional de Saúde (26.989.350/0001-16); Vênus World Comércio de Equipamentos e Material Para Escritório Ltda. EPP. (05.633.420/0001-29).
 - 3.2 Responsáveis: Alex Ferreira Brito (950.088.881-53); Carlos Luiz Barroso Junior (563.644.741-87); Raquel Marra Molina de Aguiar (842.163.521-20); Sergio Luiz de Castro (308.374.991-00)
 - 3.3. Recorrentes: Carlos Luiz Barroso Junior (563.644.741-87); Sergio Luiz de Castro (308.374.991-00); Raquel Marra Molina de Aguiar (842.163.521-20).
4. Órgão/Entidade: Fundação Nacional de Saúde (26.989.350/0001-16).
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur) e Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal:
 - 8.1. Mikaela Minare Brauna (18.225/OAB-DF) e outros, representando Sergio Luiz de Castro e Raquel Marra Molina de Aguiar;
 - 8.2. Álvaro Luiz Miranda Costa Júnior (29.760/OAB-DF), Cristiana Muraro Tarsia (48.254/OAB-DF), Thiago Lelis de Freitas (48.856/OAB-DF) e Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (41.796/OAB-DF), representando Carlos Luiz Barroso Junior.
 - 8.3. Mauro Vinicius da Rocha Marques (172.665/OAB-RJ) e outros, representando Venus World Comércio de Equipamentos e Material Para Escritório Ltda. EPP.
 - 8.4. Claudia Tereza Sales Duarte (20.825/OAB-DF), representando Alex Ferreira Brito.
 - 8.5. André Puppim Macedo (12.004/OAB-DF), representando Simpress Comércio, Locação Serviços S.A. e Simpress Comércio, Locação e Serviços Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, discutidos e relatados estes autos de Representação, na qual são apreciados os Pedidos de Reexame interpostos por Carlos Luiz Barroso Junior, Sérgio Luiz de Castro e Raquel Marra Molina, contra o Acórdão 3.009/2015 – TCU – Plenário (ratificado pelo Acórdão 1166/2016 – TCU – Plenário), por meio do qual, dentre outras deliberações, foi aplicada aos recorrentes e ao responsável Alex Ferreira Brito, a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão ordinária do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. nos termos dos arts. 32, 33 e 48 da Lei 8.443/92, conhecer dos Pedidos de Reexame, para, no mérito, dar-lhes provimento, estendendo os efeitos da presente deliberação, nos termos do art. 281 do Regimento Interno do TCU, ao responsável Alex Ferreira Brito e, assim, promover alterações no Acórdão 3.009/2015 – TCU – Plenário (ratificado pelo Acórdão 1.166/2016 – TCU – Plenário), conferindo nova redação ao item 9.2, conforme a seguir:

9.2 *nos termos do art. 250, §1º, do Regimento Interno deste Tribunal, acolher, excepcionalmente, as razões de justificativa dos responsáveis Alex Ferreira Brito (950.088.881-53); Carlos Luiz Barroso Junior (563.644.741-87); Raquel Marra Molina de Aguiar (842.163.521-20); e Sergio Luiz de Castro (308.374.991-00);*

9.2. tornar insubsistentes os itens 9.3 (e subitens); 9.4; 9.5 e 9.6, referentes às multas aplicadas aos recorrentes e ao Sr. Alex Ferreira Brito;

9.3. dar ciência deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam:

9.3.1. aos recorrentes e ao Sr. Alex Ferreira Brito, por intermédio dos advogados constituídos nos autos, nos termos do §7º do art. 179 do Regimento Interno deste Tribunal;

9.3.2. à Fundação Nacional de Saúde.

10. Ata nº 20/2017 – Plenário.

11. Data da Sessão: 7/6/2017 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1176-20/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz (Relator) e José Múcio Monteiro.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral