



Decisão 01488/2021-2 - Plenário

Processos: 12866/2019-3, 00288/2020-2, 11988/2019-1, 02965/2016-6

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: SESA - Secretaria de Estado da Saúde

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: Sindicato (SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES PUBLICOS, ATIVOS E APOSENTADOS DO ESTADO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO), RICARDO DE OLIVEIRA, JOSE HERMINIO RIBEIRO, MAGNUS BICALHO THEZOLIN, MARCELO DASSIE, TATIANA AGUIAR E CARNEIRO LEAL LOPES, SILVESTRE LABS QUIMICA & FARMACEUTICA LTDA, EDMAR MOREIRA CAMATA

Recorrente: JOCILENE DA SILVA PINHEIRO

Procuradores: MARCOS GOMES RIBEIRO (OAB: 21094-ES), VITOR RIZZO MENECHINI (OAB: 10918-ES), RICARDO ALVARES DA SILVA CAMPOS JUNIOR (OAB: 9374-ES, OAB: 233054-SP), TAREK MOYSES MOUSSALLEM (OAB: 8132-ES, OAB: 233060-SP), JULIANO PEREIRA DE SA ROSA (OAB: 170146-RJ)

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – ACÓRDÃO TC
00618/2019-9-PLENÁRIO – CONHECER –
SOBRESTAR – DAR CIÊNCIA.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **Recurso de Reconsideração** interposto pela **Sr^a. Jocilene da Silva Pinheiro**, em face do **Acórdão TC 00618/2019-9 - Plenário**, prolatado nos autos do Processo TC 02965/2016-6 (Tomada de Contas Especial Convertida), reformado parcialmente pelo Acórdão TC nº 01480/2019-1, constante dos autos do Processos TC nº 11.988/2019-1 (Embargos de Declaração).

A irregularidade imputada à recorrente foi de “direcionamento da contratação direta com sobrepreço”. Houve imputação de ressarcimento solidária à recorrente na ordem de **R\$ 1.102.500,00 (um milhão, cento e dois mil e quinhentos reais), equivalente a 373.235,38 VRTE**, bem como multa individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A recorrente, em síntese, almeja que seja provido o presente recurso, requerendo, em síntese, que: seja anulado o Acórdão recorrido (em razão de argumentação de violação ao direito da ampla defesa e do contraditório) ou, caso não haja tal anulação, seja o Acórdão inteiramente reformado e julgada regulares as contas.

Registre-se que o presente recurso foi conhecido, por meio da Decisão Monocrática nº 00098/2020.

Instada a se manifestar, a Área Técnica, por meio do NRC - Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00050/2021, opinou pelo não provimento deste recurso.

O Ministério Público de Contas, através da Ciência nº 00593/2021, da lavra do

Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu à proposta delineada na Instrução Técnica de Recurso nº 00050/2021.

Na 21ª Sessão Ordinária do Plenário o patrono da Srª. Jocilene da Silva Pinheiro realizou sustentação oral em que alegou que esta não contribuiu com nenhuma conduta irregular.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Tendo sido interposto o recurso de **Recurso de Reconsideração** pela **Srª. Jocilene da Silva Pinheiro** em face do **Acórdão TC 00618/2019-9 - Plenário**, no bojo dos autos originários **Processo TC 02965/2016-6**, necessária é sua análise.

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Cabe informar que o Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas, nos termos do **Acórdão TC 00618/2019-9**, ora atacado, assim deliberou, *litteris*:

[...]

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1 Rejeitar a preliminar arguida, nos termos fundamentos expostos na fundamentação do item 2.1 desta decisão;

1.2 Converter os autos em tomada de contas especial, tendo em vista a existência de dano ao erário, na forma do art. 57, IV, da Lei Complementar 621/2011;

1.3 Rejeitar o pedido de concessão de medida cautelar de indisponibilidade do patrimônio dos responsáveis pelo dano erário, pelas razões expostas no item 3 desta decisão;

1.4 Manter as seguintes irregularidades:

- ORÇAMENTAÇÃO DEFICIENTE

Critérios: Artigo 26 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993; Acórdão TCU 2.019/2010 Plenário, Art. 70 da Constituição Federal, de 15 de outubro de 1988 - CRFB (Princípio da Economicidade) c/c art. 3º (Princípio da Vantajosidade) da Lei 8.666/93.

Responsáveis: Magnus Bicalho Thezolin - Subsecretário de Estado da Saúde para Assuntos de Regulação e Organização da Atenção à Saúde.

José Hermínio Ribeiro - Subsecretário de Estado da Saúde para Assuntos de Administração e de Financiamento da Atenção à Saúde.

Tatiana Aguiar e Carneiro Leal – Servidora do Núcleo Especial de Compras e Licitações;

Marcelo Dassie – Chefe do Núcleo Especial de Compras e Licitações;

Ricardo de Oliveira - Secretário de Estado da Saúde;

- SUPERFATURAMENTO NA AQUISIÇÃO DE REPELENTE

Critérios: Art. 70 da CRFB (Princípio da Economicidade) c/c art. 3º (Princípio da Vantajosidade) da Lei 8.666/93.

Responsáveis: Magnus Bicalho Thezolin - Subsecretário de Estado da Saúde para Assuntos de Regulação e Organização da Atenção à Saúde.

José Hermínio Ribeiro - Subsecretário de Estado da Saúde para Assuntos de Administração e de Financiamento da Atenção à Saúde.

Ricardo de Oliveira - Secretário de Estado da Saúde.

Silvestre Labs Química e Farmacêutica Ltda. – empresa contratada.

- DIRECIONAMENTO DA CONTRATAÇÃO DIRETA COM SOBREPREÇO

Critérios: Art. 3º, §1º, inciso I, Art. 7º, §5º e Art. 15, §7º, I, todos da Lei Federal n. 8.666/1993

Responsáveis: Deisiany Lippel da Silva - servidora pública

Mauro Roberto Cardoso Torres - representante da MPX - Consultoria, Comércio e Representações LTDA.

Paulo Roberto Ventura Maciel - representante da MPX - Consultoria, Comércio e Representações LTDA.

Jocilene da Silva Pinheiro - gerente comercial da Silvestre Química e Farmacêutica Ltda.

1.5 Acolher as razões de justificativa e alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Marcelo Dassie, pela Sra. Tatiana Aguiar e Carneiro Leal Lopes, pelo Sr. Ricardo de Oliveira e pelo Sr. Magnus Bicalho Thezolin;

1.6 Rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica LTDA., pelo Sr. José Hermínio Ribeiro, pelo Sr. Mauro Roberto Cardoso Torres, pelo Sr. Paulo Roberto Ventura Maciel, pela Sr.^a Deisiany Lippel da Silva e pela Sr.^a Jocilene da Silva Pinheiro;

1.7 Julgar regulares as contas do Sr. Marcelo Dassie, da Sra. Tatiana Aguiar e Carneiro Leal Lopes, do Sr. Ricardo de Oliveira e do Sr. Magnus Bicalho Thezolin;

1.8 Julgar irregulares as contas do Sr. José Hermínio Ribeiro, em razão da irregularidade mantida nos termos da fundamentação externada no item 2.2.1 deste decisão, **condenando-o ao ressarcimento ao erário estadual do valor total de R\$ 1.102.500,00 (um milhão, cento e dois mil e quinhentos reais), equivalente a 373.235,38 VRTE**, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar 621/2012, imputado solidariamente à empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica LTDA., ao Sr. Mauro Roberto Cardoso Torres, ao Sr. Paulo Roberto Ventura Maciel e à Sr.^a Jocilene da Silva Pinheiro;

1.9 Julgar irregulares as contas da empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica LTDA., em razão da irregularidade mantida nos termos da fundamentação externada no item 2.2.1 deste decisão, **condenando-a ao ressarcimento ao erário estadual do valor total de R\$ 1.102.500,00 (um milhão, cento e dois mil e quinhentos reais), equivalente a 373.235,38 VRTE**, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar 621/2012, imputado solidariamente ao Sr. José Hermínio Ribeiro, ao Sr. Mauro Roberto Cardoso Torres, ao Sr. Paulo Roberto Ventura Maciel e à Sr.^a Jocilene da Silva Pinheiro;

1.10 Julgar irregulares as contas do Sr. Mauro Roberto Cardoso Torres, em razão da irregularidade mantida nos termos da fundamentação externada no item 2.2.2 deste decisão, **condenando-o ao ressarcimento ao erário estadual do valor total de R\$ 1.102.500,00 (um milhão, cento e dois mil e quinhentos reais), equivalente a 373.235,38 VRTE**, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar 621/2012, imputado solidariamente ao Sr. José Hermínio Ribeiro, à empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica LTDA., ao Sr. Paulo Roberto Ventura Maciel e à Sr.^a Jocilene da Silva Pinheiro;

1.11 Julgar irregulares as contas do Sr. Paulo Roberto Ventura Maciel, em razão da irregularidade mantida nos termos da fundamentação externada no item 2.2.2 deste decisão, **condenando-o ao ressarcimento ao erário estadual do valor total de R\$ 1.102.500,00 (um milhão, cento e dois mil e quinhentos reais), equivalente a 373.235,38 VRTE**, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar 621/2012, imputado solidariamente ao Sr. José Hermínio Ribeiro, à empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica LTDA., ao Sr. Mauro Roberto Cardoso Torres e à Sr.^a Jocilene da Silva Pinheiro;

1.12 Julgar irregulares as contas do Sr.^a Jocilene da Silva Pinheiro, em razão da irregularidade mantida nos termos da fundamentação externada no item 2.2.2 deste decisão, **condenando-a ao ressarcimento ao erário estadual do valor total de R\$ 1.102.500,00 (um milhão, cento e dois mil e quinhentos reais), equivalente a 373.235,38 VRTE**, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar 621/2012, imputado solidariamente ao Sr. José Hermínio Ribeiro, à empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica LTDA., ao Sr. Mauro Roberto Cardoso Torres e ao Sr. Paulo Roberto Ventura Maciel;

1.13 Condenar o Sr. José Hermínio Ribeiro, nos termos do arts. 139 e 141, II, da Lei Complementar 621/2012, em virtude da gravidade da infração cometida à **pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança e proibição de contratação, pelo Poder Público estadual ou municipal, ambos no prazo de 5 anos**;

1.14 Declarar a inidoneidade empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica LTDA. **para participar de licitação ou contratar com a administração pública estadual e municipal, durante o prazo de 5 anos**, conforme artigo 140 da Lei Complementar 621/2012;

1.15 Condenar o Sr.^a Deisiany Klippel da Silva, nos termos do arts. 139, da Lei Complementar 621/2012, em virtude da gravidade da infração cometida à **pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no prazo de 2 anos**;

1.16 Aplicar multa pecuniária individual, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ao Sr. José Hermínio Ribeiro, ante a infringência dos dispositivos legais atinentes às irregularidades mantidas nesta decisão, bem como pela da constatação de prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, prevista no artigo 135, II c/c art. 389, II, da Resolução TC 261/2013, e pelo constatação de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resultou injustificado dano ao erário, na forma do art. 135, III, da Lei Complementar 621/2012 c/c artigo 389, III, da Resolução TC 261/2013;

1.17 Aplicar multa pecuniária individual, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) à Sr.^a Deisiany Lippel da Silva, ante a infringência dos dispositivos legais atinentes às irregularidades mantidas nesta decisão, bem como pela da constatação de prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, prevista no artigo 135, II c/c art. 389, II, da Resolução TC 261/2013;

1.18 Aplicar multa pecuniária individual, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) à empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica LTDA., ao Sr. Mauro Roberto Cardoso Torres, ao Sr. Paulo Roberto Ventura Maciel, à Sr.^a Jocilene da Silva Pinheiro, ante a infringência dos dispositivos legais atinentes às irregularidades mantidas nesta decisão, bem como pela da constatação de prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, prevista no artigo 135, II c/c art. 389, II, da Resolução TC 261/2013;

1.19 Dar ciência ao signatário da representação do teor desta decisão;

1.20 Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

[...]

Isto posto, passo à análise da presença dos requisitos de admissibilidade deste recurso.

2.2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Denota-se que o presente Recurso já fora conhecido, através da Decisão Monocrática nº 00098/2020, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, razão pela qual entendo que deva ser mantido o conhecimento do recurso intentado, conforme antes decidido, devendo a referida decisão ser referendada pelo Colegiado do Plenário.

Ultrapassada esta fase, passo à análise de mérito recursal.

2.3. DO MÉRITO RECURSAL:

A recorrente alega os seguintes pontos em seu recurso (abaixo de cada item será exposta a fundamentação do voto):

- a) Nulidade do Acórdão recorrido em razão das escutas telefônicas (oriundas de Relatório de Autoridade Policial) não estarem integralmente no processo desta Corte de Contas.

Quanto a esse ponto a Instrução Técnica de Recurso 50/2021 assim se manifestou:

Como já exposto, a ITI-C 759/2017 (vide item 1.3 desta ITR) relatou:

Por fim, analisa-se a conduta da Sra. Jocilene da Silva Pinheiro, que atuava como gerente comercial da empresa SILVESTRE LABS. Foi apontado no Documento Eletrônico n. 84 - Documentação Comprobatória 00053/2017-8, pagina, 28:

A intenção livre e consciente de JOCILENE PINHEIRO, num conchavo com os representantes da MPX SOLUÇÕES, em distender e elevar o preço dos repelentes para a SESA é também decorrente da sua função de gerente regional de vendas em que recebe adicional por premiação por meta de sua empregadora SILVESTRE LABS.

Foi apontado que sua atuação junto aos Srs. Mauro Roberto Cardoso Torres e Paulo Roberto Ventura Maciel ensejaram um prejuízo ao erário, bem como rendeu à Sra. Jocilene da Silva Pinheiro um benefício patrimonial.

Conforme ficou apontado na interceptação telefônica do dia 18/07/2016 a gerente comercial reformou sua casa. **Conforme transcrição** (Documento Eletrônico n. 84 - Documentação Comprobatória 00053/2017-8, pagina, 28): *“Ah, mas tá... Foi tudo bem. Foi tudo bem, graças a Deus, tranquilo. Bom, mas pelo menos, olha... Fiz a reforma da minha casa inteira (risos)”*.

Complementa sua participação o fato que nos autos do processo administrativo de contratação direta (Proc. 72800240) a responsável pela proposta da SILVESTRE LABS é a Sra. Jocilene, conforme fls. 101 e 102, no valor de R\$ 23,50.

Nesses termos, conclui-se que as condutas da Sra. Jocilene da Silva Pinheiro contribuíram para o direcionamento da contratação direta que causou prejuízo ao erário.

Ainda em relação ao tema, o Parecer MPC 2330/2018 (item 1.5 desta ITR), citando o Relatório de Investigação Policial NUROCC 02/2016, delinea a amplitude das condutas ilícitas identificadas: *“há uma **coalizão de fatores que implicam no sobrepreço do produto vendido para a SESA** (relatório de investigação), fatores estes que envolveram ardil e fraude incontestáveis”*.

Desta forma, entendemos não caber razão à Recorrente quanto à preliminar apresentada.

É fato que a Investigação Policial NUROCC 02/2016 utilizou-se de métodos investigativos característicos e essenciais para a adequada persecução criminal, tais como o levantamento das comunicações entre os investigados (não apenas da agente Jocilene da Silva Pinheiro), que envolveu a quebra do sigilo telemático

que alcançou as ligações telefônicas, smartphones e aplicativos de comunicação (whatsapp), correio eletrônico, entre outros.

Tais métodos investigativos, associados às diversas outras condutas dos envolvidos, evidenciou o que se denominou “coalizão de fatores”, resultando no superfaturamento constatado.

Assim, em relação à agente Jocilene da Silva Pinheiro foram constatadas condutas ilícitas, normalmente em conluio com outros envolvidos, que não se reduzem à interceptação telefônica reclamada pela Recorrente.

Por exemplo, a mensagem eletrônica interceptada² evidenciou o ajuste de preços entre os envolvidos, no qual se destaca a conduta da agente como articuladora e mentora do grupo que buscava fraudar a contratação, tendo alcançado o seu intento.

Como se observa, nesta “coalizão de fatores” trazidas pelo NUROCC, a interceptação telefônica em que a agente se regozija de ter reformado sua residência³ é de somenos importância, em especial na esfera administrativa e, embora indicativa do resultado alcançado, não foi determinante para provocar o dano, a contrário das demais provas ou mesmo o e-mail supracitado.

Tanto que, nos parece, a exclusão do trecho narrado da interceptação telefônica transcrita na ITI-C 759/2017 não alteraria a percepção da existência de uma “coalizão de fatores” que produziu o dano e não resultaria em decisão distinta desta Corte, que julgou a Recorrente por “Direcionamento da contratação direta com sobrepreço”, pela conduta de “dar causa, por meio de ajustes, à contratação direta com sobrepreço”, conforme ITI-C 759/2017 e ITC 6082/2017, mantidas no Acórdão 618/2019.

Logo, a *contrario sensu*, não se vislumbra prejuízo à Recorrente, no âmbito deste Tribunal, da transcrição apenas parcial das interceptações eletrônicas da Recorrente, trazidas pela Investigação Policial NUROCC 02/2016.

Em conclusão, não se acolhem as justificativas apresentadas pela Recorrente na forma de preliminares.

Constata-se, assim, que a responsabilidade da recorrente não decorreu exclusivamente das escutas telefônicas, mas de uma coalização de fatores, aliás, como apontado na Instrução Técnica de Recurso 50/2021: “a interceptação telefônica em que a agente se regozija de ter reformado sua residência é de somenos importância, em especial na esfera administrativa e, embora indicativa do resultado alcançado, não foi determinante para provocar o dano, a contrário das demais provas ou mesmo o e-mail supracitado”.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade do Acórdão TC 00618/2019-9 – Plenário.

² E-mail em 15 de dezembro de 2015, 16h:06:04, de "JOCILENE PINHEIRO" para "maurompxsolucoes@gmail.com" e "Simone Cruz simonecruz@SILVESTRELABS.com.br", assunto: ORÇAMENTO 0933- REPELENTE, vide item 1.5 desta ITR.

³ Conforme transcrição (Documento Eletrônico n. 84 - Documentação Comprobatória 00053/2017-8, pagina, 28): “Ah, mas tá... Foi tudo bem. Foi tudo bem, graças a Deus, tranquilo. Bom, mas pelo menos, olha... Fiz a reforma da minha casa inteira (risos)”

b) Alegação de “ausência de qualquer conduta apta a configurar o alegado conluio entre a Recorrente e os representantes da empresa MPX”.

Esse item do Recurso é idêntico à defesa original da Recorrente (Resposta de Comunicação 321/2017, Processo TC 02965/2016).

Quanto a tais argumentos a Instrução Técnica Conclusiva 6082/2016 (Processo TC 02965/2016) já havia se manifestado:

Ocorre que tal argumento não merece prosperar, tendo em vista que o e-mail trocado entre a Sra. Jocilene e os representantes da empresa MPX, foi enviado na data 15/12/2015 e nesta data consta que o valor normal do produto era de R\$ 16,45, ao passo que no mesmo dia foi ofertado o preço de R\$ 23,50, conforme fls. 101/102 do Processo Administrativo 72800240 (digitalizado em CD, às fls. 243 dos autos). Inclusive, a Sra. Jocilene informa que a Silvestre Labs, em momento posterior, vendeu seus produtos a R\$ 15,20.

[...]

A Sra. Jocilene da Silva Pinheiro foi a responsável que no mesmo dia informou ao representante da Empresa MPX que o preço era R\$ 16,45 e apresentou proposta para a Secretaria de Saúde no valor de R\$ 23,50. Ou seja, arbitrariamente elevou os preços, sabendo da contratação. Porém, é razoável considerar que a responsável não teve conhecimento da alteração do termo de referência e da exclusão das propostas de menor valor. Nesses termos, o dano ao erário produzido por ela tem cálculo diverso dos demais.

Corroborando o envolvimento ilícito o fato da Sra. Jocilene da Silva Pinheiro em sua defesa, repetidamente, alegar que os Srs. Mauro Roberto Cardoso Torres e Paulo Roberto Ventura Maciel atuaram como representantes da empresa. Mas, conforme apontado anteriormente, não atuaram efetivamente como representantes, já que apresentaram proposta própria e não foram responsáveis pela proposta da Silvestre Labs.

O Acórdão recorrido (618/2019) assim se posicionou sobre tais alegações:

[...]

No tocante à Sr.^a Jocilene da Silva Pinheiro, atribui-se a conduta de ter se aproveitado de sua condição de gerente comercial da empresa Silvestre

Labs Química e Farmacêutica LTDA. para negociar ilicitamente o preço que viria a integrar a proposta comercial da referida empresa, valendo-se de uma mancomunação com os Srs. Mauro Roberto Cardoso Torres e Paulo Roberto Ventura Maciel, ambos representantes da empresa MPX Soluções, para, também, se beneficiar pessoalmente de toda a articulação fraudulenta sobreposta ao procedimento que resultou na contratação direta da empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica LTDA., em detrimento do erário.

[...]

Quanto a estes fatos, destaco não ser válida a argumentação lançada em sede de justificativas pela responsável em que alega que a troca de informações seja algo natural para fins de avaliação de preço de mercado, até porque, no caso em tela, ambas as empresas citadas concorriam num mesmo processo de aquisição, motivo pelo qual não seria minimamente justificável este tipo de comunicação.

- c) Alegação quanto à “utilização de contratação irregular realizada por outro ente” para fundamentar o superfaturamento.

O Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo utilizou o valor pago pela Prefeitura da Serra como parâmetro de preço para fins de definir o quantitativo do superfaturamento.

A recorrente argumenta, sem qualquer comprovação, irregularidade naquela contratação, não havendo, portanto, conforme mencionado na Instrução Técnica de Recurso 50/2021, substrato fático para analisar a matéria.

- d) Alegação de “utilização de comparativos que devem guardar semelhança ou identidade com o produto” na definição do superfaturamento.

Em relação a tais argumentos a Instrução Técnica Conclusiva 6082/2016 (Processo TC 02965/2016) pronunciou:

[...]

Ocorre que nos presentes autos há comprovação de que foram alteradas as exigências do Termo de Referência, de modo que não é possível se

falar em concorrência plena, mas sim a exclusão de propostas de valor inferior e o direcionamento para contratação da empresa Silvestre Labs. No contexto do direcionamento, o aumento arbitrário de preços por parte de um particular não se enquadra no conceito de concorrência pura, se trata de um ajuste ilegal que lhe garantirá mais vultos econômicos em detrimento do erário, que pagará um preço superior àqueles praticados pelo mercado.

[...]

Já a Instrução Técnica de Recurso 259/2019 (Processo TC 11988/2019) que enfrentou argumentos semelhantes realizados pela empresa Silvestre Labs em sede de Embargos de Declaração, expôs:

[...]

Ocorre que esse contexto não tem relação direta com a elevação do preço na contratação examinada. Isso porque a irregularidade não consiste em comparar o preço posterior ao surto de *zika* e ao aumento do preço do dólar com o anterior, mas em uma aquisição de repelentes por meio de “um procedimento desenvolvido à base de condutas fraudulentas” (trecho do Acórdão TC-618/2019). Essas condutas fraudulentas teriam ocasionado um aumento injustificado no preço dos repelentes, num cenário onde já estavam presentes o surto do *zika* e o aumento do dólar, os quais já afetavam o preço de mercado. Nesse sentido, tem-se o uso da expressão “tudo isso no corrido mês de dezembro de 2015”, utilizada no Parecer do MPEC e encampada pelo Acórdão, que a reproduziu.

A fim de esclarecer que a irregularidade se passa tendo esse contexto de pano de fundo, mas o qual não a afeta, resgatem-se os motivos da condenação. Segundo o Acórdão TC-618/2019, o superfaturamento foi identificado na contratação pela soma dos seguintes fatores: a adulteração do Termo de Referência, o qual passou a exigir, sem justificativa técnica, percentual de DEET entre 8% e 15%, o que excluiu fornecedores cujo produto possuía concentração mínima inferior da substância; a substituição de folha em processo administrativo, incluindo, em seu lugar, o Termo de Referência adulterado; o desprezo da comunicação sobre possível superfaturamento; a negociação entre a Silvestre Labs e a MPX Soluções do preço a ser ofertado à Administração Pública por meio de

troca de e-mails; a relação de proximidade entre representantes da MPX Soluções e o Subsecretário de Estado da Saúde.

[...]

Novamente, **não assiste razão ao Embargante. O Acórdão TC-618/2019 manteve a irregularidade de superfaturamento em relação à Embargante adotando como fundamento “todo esquema arditoso e fraudulento montado pelo Sr. José Hermínio Ribeiro junto à empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica”, o qual incluía o aumento de preços no mesmo dia, conforme comunicações via e-mail da representante da Embargante com outra fornecedora do produto. Essa fundamentação adotada prescinde de analisar o preço ofertado em sites de compras, uma vez que o superfaturamento consistiria no aumento arbitrário de preços da Silvestre Labs ao negociar a participação com a MPX Soluções.** E como já dito, a decisão não é omissa quando fundamenta suficientemente a solução adotada, deixando de apreciar todos os pontos trazidos pela parte. **Em todo caso, o Acórdão TC-618/2019 foi expresso em deixar de acolher a sugestão da ITC 4354/2016, peça em que se sugere o afastamento da responsabilidade da Embargante com base na pesquisa de preços trazida em defesa.**

- e) Alegação de “impossibilidade de se utilizar produto que não atende aos requisitos estabelecidos pelo poder público - concentração de DEET - produto absolutamente diferente”, em comparação com o produto vendido pela empresa.

Sobre a alegação da diferença de percentual do princípio ativo, conforme ressaltado no Parecer 2330/2018 do Ministério Público de Contas (Processo TC 2965/2016): “não havia qualquer fundamentação técnica para a definição do percentual mínimo de 8%, apenas a finalidade de direcionar a licitação, mediante fraude, ardit e conluio [...]”. Ora, a partir do momento em que tal diferença de percentual do princípio ativo não seria necessária, sendo fruto de conduta dolosa e de má-fé dos envolvidos, o ressarcimento deve ser considerado a partir de um produto que geraria os mesmos efeitos do contratado.

Quanto a tais argumentos a Instrução Técnica Conclusiva 4354/2016 (Processo TC 02965/2016) também já havia se manifestado:

[...]

A discussão quanto a utilização do parâmetro permeia o assunto já tratado da divergência de concentração mínima exigida no Termo de Referência (8%) e a apresentação de propostas com valores muito inferiores, cuja concentração do produto era próxima ao mínimo exigido (7% e 7,5%).

Há, nas alegações de defesas, argumentos de que não seria possível comparar preços por serem produtos diferentes, mas tal alegação não deve prosperar, pois para a Administração vige o princípio da impessoalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal). O produto ou fornecedor não são relevantes para a contratação, mas sim a capacidade do produto de atender à demanda do interesse público. Isso, obviamente, concatenado com os outros princípios inclusive o da eficiência e da economicidade.

O que se pretende demonstrar é que a desclassificação de empresas cujo o mínimo de concentração no produto era muito próximo do exigido demonstra o descumprimento dos deveres de gestor público. Principalmente considerando que **era exigida uma FAIXA DE CONCENTRAÇÃO**, ou seja, qualquer concentração entre 8% e 15%, sendo que foram desclassificadas empresas que apresentariam uma faixa de concentração entre 7% a 15% ou 7,5% a 15%.

Conclusão, **desconsiderou-se empresas que efetivamente poderiam ter concentração acima dos 8% na entrega total dos 75.000 frascos de repelente.**

Exigia-se dos agentes públicos um mínimo de atenção, ao serem alertados que a mínima diferença de concentração da substância DEET ensejaria uma contratação por MENOS DA METADE DO PREÇO. Uma diferença de R\$ 1.102.500,00 (um milhão, cento e dois mil e quinhentos reais), conforme tabela apresentada na Instrução Técnica Inicial.

Já Instrução Técnica Conclusiva 6082/2016 (Processo TC 02965/2016) ressaltou:

[...]
As alegações de que os produtos eram diferentes já foram rechaçadas anteriormente, nos seguintes termos: “era exigida uma FAIXA DE CONCENTRAÇÃO, ou seja, qualquer concentração entre 8% e 15%, sendo que foram desclassificadas empresas que apresentariam uma faixa de concentração entre 7% a 15% ou 7,5% a 15%”
[...]

No mesmo sentido a Instrução Técnica de Recurso 259/2019 (Processo TC 11988/2019):

[...]

A fim de esclarecer que a irregularidade se passa tendo esse contexto de pano de fundo, mas o qual não a afeta, resgatem-se os

motivos da condenação. Segundo o Acórdão TC-618/2019, o superfaturamento foi identificado na contratação pela soma dos seguintes fatores: a adulteração do Termo de Referência, o qual passou a exigir, sem justificativa técnica, percentual de DEET entre 8% e 15%, o que excluiu fornecedores cujo produto possuía concentração mínima inferior da substância; a substituição de folha em processo administrativo, incluindo, em seu lugar, o Termo de Referência adulterado; o desprezo da comunicação sobre possível superfaturamento; a negociação entre a Silvestre Labs e a MPX Soluções do preço a ser ofertado à Administração Pública por meio de troca de e-mails; a relação de proximidade entre representantes da MPX Soluções e o Subsecretário de Estado da Saúde.

[...]

O Acórdão recorrido (618/2019) enfrentou esses pontos:

[...]

De modo geral, é alegado nas defesas apresentadas que tal comparação não seria aceitável, porquanto a concentração mínima de DEET estabelecida no Termo de Referência não permitia a consideração de uma série de produtos ofertados nas propostas comerciais que não a da Silvestre Labs Química e Farmacêutica, por exemplo, cuja produto se amoldava perfeitamente aos parâmetros fixados.

Vale dizer, enquanto a concentração mínima de DEET referente aos frascos adquiridos se harmonizava impecavelmente aos limites firmados no Termo de Referência elaborado no âmbito da SESA, atendendo-se às quantidades mínimas e máximas, respectivamente de 8% e 15%, as demais propostas – neste momento tidas como mais vantajosas para a Administração – fundavam-se em produtos com concentração mínima abaixo em até 1% do estipulado pelo Termo de Referência, abrangendo, portanto, repelentes compostos com uma concentração mínima de 7% ou 7,5% de DEET.

A despeito deste argumento, fato é que, em termos comparativos, se fossem consideradas as propostas de produtos cuja concentração mínima de DEET se estendesse ao limite de 7%, estaríamos diante de uma significativa economia aos cofres públicos, perfazendo, à luz

do parâmetro adotado pela área técnica deste TCEES – preço contratado pelo Município de Serra (R\$ 8,80) –, o montante equivalente a 1.102.500,00 (...).

Deve-se frisar que, muito mais do que uma contratação caracterizada como antieconômica, oriunda de possíveis falhas na gestão da situação de emergência e de todo o processo de escolha do fornecedor e da efetiva contratação, resta claro que se tratou de um procedimento desenvolvido à base de condutas fraudulentas, destinadas indubitavelmente ao benefício de determinados atores envolvidos, em detrimento da Administração Pública e do erário.

- f) Alegação “da necessidade de se verificar as circunstâncias específicas do momento da aquisição - surto de infecção pelo zika vírus - desabastecimento de produto no mercado - aquisição de DEET dos EUA”.

A Instrução Técnica Conclusiva 6082/2016 (Processo TC 02965/2016) discorreu sobre tal argumentação:

[...]

Assim, as alegações de que os insumos para a fabricação do repelente estavam mais caros, sendo esse o fundamento para o encarecimento do produto, não condizem com a documentação probatória trazida aos autos. Inclusive, os responsáveis não trouxeram documentos comprovando o efetivo aumento dos insumos e seu reflexo de aumento no preço do produto.

[...]

Um superfaturamento pode ser considerado presente quando o objeto é vendido por um preço que, em condições regulares, não seria comercializado. No caso concreto o recorrente argumenta que o aumento ocorreu em razão da alta procura do produto, decorrente do surto de *zika* vírus e do crescimento do dólar (já que a matéria-prima é importada dos Estados Unidos da América).

A Instrução Técnica de Recurso 259/2019 (Proc. TC 11989/2019) deixou claro que houve, em verdade, “um procedimento desenvolvido à base de condutas

fraudulentas [que] teriam ocasionado um aumento injustificado no preço dos repelentes, num cenário onde já estavam presentes o surto do *zika* e o aumento do dólar, os quais já afetavam o preço de mercado”.

Nota-se que há um conjunto probatório de que houve um acordo de valores entre a Silvestre Labs – fabricante do repelente – e uma outra empresa que também apresentou proposta (MPX Consultoria, Comércio e Representação Ltda) – representante daquela. Ora, esse acordo mostra a intenção da empresa de vender o produto acima do preço de mercado, restando caracterizado o dolo de um superfaturamento, ao utilizar meios ilícitos para angariar obtenção indevida de lucro.

O Relatório de Investigação Policial 02/2016 do Núcleo de Repressão às Organizações Criminosas e à Corrupção – NUROCC citado pelo Parecer 2330/2018 do Ministério Público de Contas (Processo TC 2965/2016) ressalta a presença desse ato ilícito para vender o repelente acima do preço de mercado:

Depois de disparados e-mails com as cotações do produto repelente, apenas a MPX SOLUÇÕES apresentou sua oferta, no valor de R\$ 29,61 (...) cada unidade e na data de 16/12/2015 às 15h25min hora (fl. 99 do processo n° 72800240). **A SILVESTRE LABS QUÍMICA & FARMACÊUTICA LTDA não ofertou sua proposta via e-mail, tendo chegado aos autos do processo sua oferta pelas mãos de DEISIANY KLIPPEL, que confessou em depoimento ter juntado diversos documentos que chegaram a ela sem obedecer a instrumentalidade do processo licitatório.**

[...]

Ocorre que, **a oferta da empresa MPX SOLUÇÕES serviu apenas para "cobrir" a SILVESTRE LABS, nome que se dá à fraude consistente na prática de, mediante prévio ajuste, apresentar preço com valor propositadamente alto somente para endossar como mais vantajosa a proposta de outra empresa interessada.**

Outros elementos informativos que encontramos nas investigações dão conta de que **a SILVESTRE LABS sempre**

manteve contato com os representantes MPX SOLUÇÕES, recebendo informações sobre licitações e repassando seu preço, recebendo pedido do valor de comissão caso a representante não sagra-se vencedora. (grifo nosso)

Não bastasse isso, o relatório de investigação também constata que a Silvestre Labs, seis meses após a venda do objeto superfaturado, ou seja, quando o dólar não tinha sofrido variação cambial significativa, cotou o produto por R\$ 8,96 em junho de 2016 e R\$ 9,27 em julho de 2016. Isso mostra que não prospera a alegação de aumento do dólar, até porque na licitação objeto desse processo houve o fornecimento de 75 mil unidades, sendo que a grade de escala vendida também influencia em uma redução do valor.

Algumas considerações ainda cabem ser feitas: a comissão paga à empresa MPX Soluções não restou devidamente fundamentada. Argumenta a recorrente que a MPX Soluções atuou representando a Silvestre e não diretamente como fornecedor/representante comercial.

Porém conforme mostrado na Instrução Técnica Conclusiva 6082/2016 (Processo TC 02965/2016), esta consignou que: **“Corrobora o envolvimento ilícito o fato da Sra. Jocilene da Silva Pinheiro em sua defesa, repetidamente, alegar que os Srs. Mauro Roberto Cardoso Torres e Paulo Roberto Ventura Maciel atuaram como representantes da empresa.** Mas, conforme apontado anteriormente, não atuaram efetivamente como representantes, já que apresentaram proposta própria e não foram responsáveis pela proposta da Silvestre Labs”.

Tanto é assim, que a empresa Silvestre Labs Química & Farmaceutica Ltda trouxe uma outra fundamentação para justificar a comissão em seu Recurso de Reconsideração (Processo 00288/2020-2), qual seja, o fato de a fabricante (Silvestre Labs Química & Farmaceutica Ltda) adentrar em esfera de participação da representante (MPX Soluções).

Dessa forma, entendo por acompanhar a fundamentação da Instrução Técnica de Recurso 0050/2021.

Fato é que esse superfaturamento decorrente de conduta fraudulenta está sendo discutido em um processo criminal (nº 0014312-51.2016.8.08.0024) na 4ª Vara Criminal de Vitória/ES. Os réus dessa ação são os senhores Jose Hermínio Ribeiro, Deisiany Klippel da Silva, Mauro Roberto Cardoso Torres, Paulo Roberto Ventura Maciel e Jocilene da Silva Pinheiro (está última é a recorrente).

Realmente há uma independência entre as instâncias penal, administrativa e civil. Porém um julgamento penal de absolvição reconhecendo a inexistência do fato ou da autoria influencia diretamente nas demais instâncias. Assim expõe Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ao relacionar processo em Cortes de Contas com a discussão do mérito em um processo criminal:

Pode ocorrer, contudo, que a conduta do agente tenha ensejado, independentemente das contas, um exame judicial estrito e, nessa hipótese, caberá à Corte de Contas, em nome da segurança das relações jurídicas e pela prevalência da decisão judicial, encerrar o processo. Mesmo considerando que o julgamento das contas é privativo dos Tribunais de Contas, é forçoso reconhecer que a TCE guarda relações com o processo judiciário e, portanto, pode ter o exame de mérito impedido por força de decisão judicial transitada em julgado.

Embora as esferas administrativa, civil e penal sejam independentes, as penalidades de cada uma das esferas de competência podem se cumular. A responsabilidade administrativa do servidor, entretanto, deve ser afastada no caso de absolvição civil ou criminal que negue a existência do fato ou a autoria.⁴

Esse autor ainda cita um julgado do Tribuna de Contas da União:

A absolvição criminal pelo reconhecimento da inexistência do fato impõe o afastamento do débito no âmbito do TCU e o conseqüente arquivamento da tomada de contas especial, sem julgamento de mérito, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 212 do Regimento Interno do TCU).⁵

⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Julgamento de contas pelo TCU e relações com o processo criminal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5637, 7 dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69678>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁵ TCU. Processo nº 033.676/2012-7. Acórdão nº 10939/2018 – Primeira Câmara. Relator: ministro Augusto Sherman.

No caso em questão o processo penal está em fase de alegações finais do Ministério Público, para, após, apresentação de alegações finais dos réus. A Juíza de Direito, Excelentíssima Senhora Gisele Souza de Oliveira, na data de 11 de março de 2021 encerrou a instrução do feito, de modo que após a apresentação das alegações finais o processo estará concluso para julgamento, razoável, então, a suspensão do presente processo até posterior julgamento do processo criminal (tais informações constam no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo).

O parágrafo único do artigo 64 do Código de Processo Penal menciona que: “Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela”. Realmente processos em Tribunais de Contas não se confundem com processos no âmbito de instância civil, mas o fundamento teleológico pode ser aplicado para julgamentos em Cortes de Contas.

Entendo que o vocábulo “poderá” do parágrafo único do artigo 64 do Código de Processo Penal é uma faculdade do julgador, de modo que suspendo o presente feito apenas até o julgamento em primeira instância do processo penal (não até o trânsito em julgado do mesmo).

Eugênio Pacelli de Oliveira fundamenta essa discricionariedade do juiz:

o vocábulo *poderá*, constante do citado art. 64, parágrafo único, do CPP, confere verdadeiro poder discricionário ao juiz do cível, acerca da conveniência da suspensão do processo naquela instância. Embora alguns autores entendam que esse termo (*poderá*) contemplaria verdadeiro dever, entendemos que a hipótese é mesmo de discricionariedade. Isso porque, somente a partir do exame do estágio de desenvolvimento procedimental de um e outro processo (a ação cível e penal) é que se poderá avaliar a conveniência de se suspender o processo no cível.⁶

O momento mencionado na citação doutrinária está justificado, considerando que já houve a instrução do processo penal, restando apenas as alegações finais para que haja o julgamento.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 191.

Não há risco de prescrição no caso concreto, pois o julgamento do processo e a interposição de recurso são causas que interrompem a prescrição, de modo que só haverá a prescrição após 2024. Conforme inciso III do §4º do art. 373 do Regimento Interno do TCEES a interposição do recurso interrompe a prescrição.

Cabe pontuar que esta Corte de Contas possui julgado no sentido de que a absolvição na esfera penal acarreta o afastamento da irregularidade (Acórdão TC 1314/2019 – Segunda Câmara, Processo 2598/2010):

Assim, em que pese a independência das instâncias, averiguo, in casu, a ocorrência de exceção à regra, por se tratar de absolvição na esfera penal por inexistência do fato (materialidade), o que vincula todas as demais instâncias em razão do maior rigor probatório exigido para a instância penal.

Dessa forma, suspendo a deliberação sobre esse recurso até o julgamento em primeira instância do Processo judicial n. **0014312-51.2016.8.08.0024** da 4ª Vara Criminal de Vitória/ES.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, divergindo dos posicionamentos da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Plenário aprove a seguinte minuta de Decisão que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1488/2021-2

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONHECER do presente Recurso de Reconsideração, interposto pela **Srª. Jocilene da Silva Pinheiro**, em face do **Acórdão TC 00618/2019-9 - Plenário**,

prolatado nos autos do Processo TC 02965/2016-6 (Tomada de Contas Especial Convertida).

1.2. SOBRESTAR A ANÁLISE DO PROVIMENTO RECURSAL até o julgamento em primeira instância do Processo judicial n. **0014312-51.2016.8.08.0024** da 4ª Vara Criminal de Vitória/ES, respeitado o período máximo de 1 (um) ano a partir da publicação desse Acórdão.

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que votou acompanhando a área técnica e o MPC, por negar provimento ao recurso.

3. Data da Sessão: 18/05/2021 - 24ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente