



Acórdão 01246/2021-3 - Plenário

Processos: 00288/2020-2, 12866/2019-3, 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, EDMAR MOREIRA CAMATA, JOCILENE DA SILVA PINHEIRO

Recorrente: SILVESTRE LABS QUIMICA & FARMACEUTICA LTDA

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

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONHECER –
NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO – DAR CIÊNCIA
– ARQUIVAR.**

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

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **Recurso de Reconsideração** interposto pela empresa **SILVESTRE LABS QUIMICA & FARMACEUTICA LTDA**, 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 “superfaturamento na aquisição de repelente”, sendo que à gerente comercial da empresa SILVESTRE LABS QUIMICA & FARMACEUTICA LTDA incidiu a irregularidade de “direcionamento da contratação direta com sobrepreço”. Houve imputação de ressarcimento 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) e declaração de inidoneidade para participar de licitação ou contratar com a administração pública estadual e municipal, durante o prazo de 5 anos.

A recorrente, em síntese, almeja que seja provido o presente recurso, requerendo, em síntese, que: seja deferida a juntada de laudo técnico elaborado por peritos sobre os temas fáticos de saber científico específico; seja analisado o contexto fático/jurídico da aquisição e pesquisa de preços realizada à época e seja o v. Acórdão combatido inteiramente reformado, cassando seus efeitos, a fim de julgar regulares as contas e o serviço prestado pela recorrente.

Registre-se que o presente recurso foi conhecido, por meio da Decisão Monocrática nº 00106/2020.

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 00288/2020-2, opinou pelo não provimento deste recurso.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer nº 00697/2021-5, da lavra do Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu os argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica de Recurso nº 00288/2020-2.

Por meio da **Decisão 01489/2021 - Plenário**, houve o sobrestamento da 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. Considerando que já houve sentença neste referido processo penal (Evento 28), passo à análise do mérito recursal.

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Tendo sido interposto o recurso de **Recurso de Reconsideração** pela empresa **SILVESTRE LABS QUIMICA & FARMACEUTICA LTDA** 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 SOBREPREGO

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 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 pela 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 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 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 01489/2021 - Plenário, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Ultrapassada esta fase, passo à análise de mérito recursal.

2.3. DO MÉRITO RECURSAL:

O recorrente alega os seguintes pontos em seu recurso:

a) O aumento do preço do repelente decorreu do surto do *zika* vírus, haja vista que durante esse período foi farta a procura por esse tipo de produto como forma de combate ao referido vírus.

b) Essa busca por repelentes aumentou o volume de produção com a consequente falta de matéria-prima em âmbito nacional, qual seja, o DEET (ingrediente ativo

importado). Argumenta a recorrente que importa esse ingrediente ativo dos Estados Unidos da América, sofrendo, então, com a alta do dólar do ano de 2015.

c) O parâmetro que o Tribunal de Contas utilizou como preço ideal foi referente ao frasco de 100 ml, com concentração do princípio ativo de 7% (por R\$ 8,80), enquanto o fornecido pela recorrente foi de 200 ml, com referida concentração superior a 8% (por RS 23,50).

e) O Parecer Pericial Contábil da recorrente (Peça 04), fundamenta, também, a inexistência de conluio entre os envolvidos na contratação pública.

Pois bem. Passemos à análise.

a) Do Parâmetro de preço

Inicia-se a presente representação examinando a argumentação recursal referente ao repelente adquirido pelo Município da Serra. A alegação do recurso é de que esse repelente não poderia ser utilizado como parâmetro de preço pois seria de 100ml.

Acontece que a Instrução Técnica de Recurso 45/2-2021 deixou claro que 100ml foi o quantitativo mínimo que o frasco deveria possuir, conforme aviso de dispensa de licitação publicado no Diário Oficial do Estado. A compra efetiva feita por esse município foi de 200ml no valor de R\$ 8,80 a unidade. A Análise Técnica 005/2016 da Controladoria Geral do município de Serra-ES, datada de 03/02/2016, comprova isso:

PREFEITURA MUNICIPAL DA SERRA ESTADO DO ESPÍRITO SANTO CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO		PROC. Nº 2965/2016 Fl.: 190 208.456
XXII.	Despacho para SESA/CPL / despacho para SESA/FARMÁCIA, para atendimento ao parecer da PROGER (fl.118);	
XXIII.	Despacho da Gerente de Assistência Farmacêutica para CPL/SESA (fl.119);	
XXIV.	Despacho de encaminhamento à CGM (fl.119-verso);	
2.1. Das cotações de Preços		
Ao procedermos à análise dos autos, verificamos que houve pesquisa de preços com consequente negociação do valor, tendo em vista a proposta de menor preço apresentada pela empresa SFB Comercio LTDA (fls.30) no valor unitário de R\$ 8,80 (oito reais e oitenta centavos), totalizando R\$ 35.200,00 (trinta e cinco mil e duzentos reais).		
Observa-se, que o processo fora instruído para aquisição de frasco com 100 ml, porém, a empresa SFB Comercio LTDA , em sua proposta, indica frasco com 200 ml, e nesse sentido, somente poderá ser alterado caso haja redução satisfatória do valor da proposta.		
Às fls. 97 <i>usque</i> 117, o Procurador Geral Adjunto do Município, emitiu parecer jurídico, opinando pela possibilidade da contratação direta por dispensa de licitação nos termos do art. 24, IV da Lei 8.666/93, no qual destacamos:		

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, ardil 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. Sobre o conluio será aberto um item separado neste voto.

b) Da argumentação de aumento do dólar e do surto de *Zika* Virus

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).

Apesar da alegada omissão no Acórdão 618/2019-Plenário e Acórdão 1480/2019-Plenário (este fruto de embargos de declaração - Proc. TC 11989/2019), 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 recorrente (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 da recorrente 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 recorrente, 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.

c) Do conluio no procedimento de aquisição

O Parecer Pericial Contábil da recorrente (Peça 04), fundamenta, também, a inexistência de conluio ressaltando que o e-mail trocado entre a gerente comercial da Silvestre Labs (recorrente) – fabricante – e a MPX Consultoria, Comércio e Representação Ltda – representante – não comprovaria uma conduta fraudulenta entre as empresas e que a comissão paga pela recorrente (contratada pelo Poder Público) a sua representante (que ofertou um valor maior no procedimento de dispensa de licitação) possuiria natureza contratual e obrigatória, em razão de a fabricante adentrar em esfera de participação da representante.

O recorrente argumenta que o Ministério Público de Contas teria que juntar aos autos tal contrato de comissão. Ora, esse documento, caso existente, poderia ser juntado pela recorrente, seja no processo original, seja no recursal, demonstrando que o percentual pago de comissão possuiria previsão contratual entre as empresas. As considerações feitas nesse Parecer da defesa (Peça 04) não são aptas a afastar as conclusões apontadas no Parecer 2330/2018 do Ministério Público de Contas (Processo TC 2965/2016), o qual transcrevo a parte pertinente a esse ponto:

Como consta de tal trecho, as empresas SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA e MPX CONSULTORIA COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA eram, respectivamente, fabricante e fornecedora (representante comercial) do mesmo produto, concorrendo juntas – ambas com conhecimento uma da outra –, porém, com a fornecedora participando sem autorização (carta de credenciamento ou similar) e tendo recebido comissão da fabricante, que, nos termos da ITC 06082/2017-5, “não tem fundamento lógico: não atuaram como representantes e não foram contratados pela Secretaria de Saúde. Mesmo assim, receberam 15% do total da venda de repelentes, conforme comprovado nas notas fiscais nos valores de R\$ 176.250,00 e R\$ 88.125,00, datadas de 23/02/2016 e 03/03/2016, respectivamente”.

Outrossim, há afirmações nos autos do próprio proprietário da SILVESTRE LABS QUÍMICA & FARMACÊUTICA LTDA (SILVESTRE LABS) de que a empresa não faz negociações com o poder público, o que “curiosamente” foi excepcionado no certame em análise.

Deveras, todos esses fatos comprovam que a especificação do objeto, que levou à orçamentação deficiente e ao superfaturamento, foi o meio

utilizado pelo Sr. José Hermínio Ribeiro para alcançar a contratação da SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA, tanto que, consoante relatório de investigação, antes mesmo de se confeccionar o termo de referência, ele, em reunião, “apresentou uma amostra do produto repelente da marca SILVESTRE LABS, fato este confirmado pelas testemunhas oculares” e enrobustecido “com as fotografias extraídas dos equipamentos eletrônicos apreendidos na residência de JOSÉ HERMÍNIO”, cuja “data de criação foi de 07/12/2015, o que nos remete a indução de prévio contato entre JOSE HERMÍNIO e o produto quanto com os seus fornecedores”. Tais fotografias não eram de “produtos antigos, pois a data de fabricação dos mesmos indica que foram produzidos em dezembro de 2015”.

Todavia, a especificação do objeto não foi o único meio. Afinal, consoante o até aqui narrado, 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 empregados pelo Sr. José Hermínio em conluio com a empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA e os Srs. MAURO ROBERTO CARDOSO TORRES, PAULO ROBERTO VENTURA MACIEL (sócios da MPX CONSULTORIA COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.), JOCILENE DA SILVA PINHEIRO E DEISIANY KLIPPEL DA SILVA.

A propósito, os autos demonstram fatos de natureza gravíssima no que se refere à relação entre os Srs. MAURO ROBERTO CARDOSO TORRES e PAULO ROBERTO VENTURA MACIEL, sócios da MPX CONSULTORIA COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., que também são diretores da Organização Social “OS GERAÇÃO DE SEMELHANTES PARA A EDUCAÇÃO E SAÚDE – OS GERAÇÃO” – (que participou da Concorrência Pública nº 001/2015 da SESA)², e o Sr. José Hermínio, que teve despesas, suas e de sua esposa, pagas por esta OS. Senão vejamos (Documentação Comprobatória 00053/2017-8, fl.40, e 00054/2017-2, fls. 11 a 13):

2.5 – MPX – CONSULTORIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA, pessoa jurídica e direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 12.430.340/0001-31, [...]

2.5.1 - MAURO ROBERTO CARDOSO TORRES, brasileiro nato, casado, empresário, CPF 966.211.507-25, RG 078068541/RJ, residente e domiciliado na Rua Gastão, nº 38, apto. 202 - Andaraí - Rio de Janeiro/RJ.

2.5.2 - PAULO ROBERTO VENTURA MACIEL, brasileiro nato, casado, empresário, portador do CPF 969.132.587-04, RG 073901597/RJ, residente e domiciliado na Travessa Sá e Albuquerque, nº 14 - Andaraí - Rio de Janeiro/RJ;

[...]

Na continuidade das investigações recebemos resposta da Google Inc. sobre as contas de e-mail sesassafas@gmail.com e jhribeiroes01@gmail.com e encontramos similitude de IP no seguinte protocolo: 187.36.145.147. Isto nos aponta à indução de que JOSÉ HERMÍNIO utilizou ambas as contas, até mesmo porque as contas foram encontradas associadas em dispositivos eletrônicos (tablete e pen-drive) encontrados em sua residência. Verificamos o histórico de localização da conta sesassafas@gmail.com associada a um smartphone com sistema Android, que utiliza GPS, [...].

Aprofundando nesse campo fértil de informações sobre a conta sesassafas@gmail.com, logramos arrecadar informações que indicaram que entre 24 a 25/07/2015 (sexta e sábado) o GPS do smartphone com

² Documentação Comprobatória 00050/2017-4, fls.41 a 50.

sistema Android esteve no Rio de Janeiro/RJ e com diversas consultas de distâncias entre locais. Dentre uma das consultas, realizadas no dia 24/07/2015 às 18:29:44 horas, partiu do ponto consistente à Rua Álvaro Alvim, 20 - Centro, Rio de Janeiro/RJ. Também consta pesquisa de localização sobre o Itajubá Hotel que fica localizado na mesma rua, porém no número 23, efetuada às 20:29:18 horas do dia 25/07/2015, conforme as ilustrações dos mapas a seguir:

[...]

As informações acima estão em consonância com aquelas obtidas pela concessionária de telefonia no tocante ao terminal 27997476249, utilizado por JOSÉ HERMÍNIO, que apontou que as antenas de estação rádio base - ERB utilizadas pelo citado telefone indicaram a cidade do Rio de Janeiro/RJ, conforme extrato abaixo:

[...] ITAJUBÁ HOTEL INFORMOU QUE JOSÉ HERMÍNIO E SUA ESPOSA JULIANA CASTRO RIBEIRO SE HOSPEDARAM NAS DATAS DE 24 A 27 DE JULHO DE 2015 ÀS EXPENSAS DA OS GERAÇÃO DE SEMELHANTES NO VALOR TOTAL DE R\$ 720,00 REAIS.

Destarte, sobram fundamentos para a aplicação de pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança ao Sr. José Hermínio Ribeiro.

Por sua vez, quanto à empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA, é a partir deste ponto que se fundamenta a discordância do Ministério Público de Contas com o afastamento da sua responsabilidade pelo superfaturamento no valor de R\$ 1.102.500,00 (um milhão, cento e dois mil e quinhentos reais), equivalente a 373.235,38 VRTE, conforme ITC's.

Ora, os elementos dos autos comprovam que **o valor de R\$ 23,50, cobrado pela unidade de repelente foi superfaturado por conluio prévio entre JOSÉ HERMÍNIO, a empresa SILVESTRE LABS, MAURO ROBERTO CARDOSO TORRES, PAULO ROBERTO VENTURA MACIEL** (sócios da MPX CONSULTORIA COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.), **JOCILENE DA SILVA PINHEIRO E DEISIANY KLIPPEL DA SILVA**, não sendo aceitável, no presente caso, para qualquer fim, a justificativa de que “para os particulares vige a livre iniciativa e o aumento arbitrário de lucros (art. 170, caput e art. 173, §4º da Constituição Federal)”, pois estas previsões não justificam práticas ilegais, fraude, conluio e ardil, constatados nos autos.

Aliás, se o entendimento fosse o esposado na ITC, de que vige **ilimitadamente** a livre iniciativa e o aumento arbitrário de lucros, empresas como a OAS, a Odebrecht, entre outras, não seriam condenadas na chamada “Operação Lava Jato”, pois, sem dúvidas, suas práticas ilegais visavam a obtenção de lucros.

Ademais, necessário asseverar, nos termos do relatório de investigação, que “observando as cotações do produto da **SILVESTRE LABS** verificamos que em junho/2016 o valor do produto foi de **R\$ 8,96** e, em julho de 2016, foi no valor de **R\$ 9,27**”. A diferença da média dessas quantias do valor de R\$ 23,50, cobrado da SESA seis meses antes, representa um decréscimo de mais de 150% (cento e cinquenta por cento).

Assim, nos termos daquele relatório, “o valor variável entre **R\$ 8,96 a R\$9,27** que a empresa **SILVESTRE LABS** ofertou a outras pessoas jurídicas, conforme já afirmado e arrecadado nas mensagens de e-mails, consistiria no preço crível de mercado que poderia se pactuar com a SESA, sem causar prejuízos aos cofres públicos, tampouco à empresa privada, a qual, obviamente, visa o lucro, posto que segundo se infere das mensagens de e-mails verificadas tal

preço já estaria incluindo os custos que integram a aquisição de matéria-prima, gastos tributários e margem de lucro³”.

Portanto, ao contrário do que consta na ITC, o preço cobrado da SESA NÃO demonstra uma proximidade daqueles praticados no mercado para o produto da **empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica Ltda.**

De fato, como consta no multicitado relatório de investigação, “a SILVESTRE LABS construiu um álibi no sentido de que o custo da produção do repelente estava alto, devido ao dólar, atrelado a escassez de mercado e alta demanda”. Ocorre que **“o preço do dólar tanto na época da compra emergencial quanto na data retro mencionada não sofreu significativa variação cambial de aumento, de modo a influir abusivamente no custo da produção do repelente.** Ora, a venda para o Estado do Espírito Santo foi de grande proporção - 75 mil unidades - de sorte que a empresa se favorece da economia de escala [...]”.

Destarte, houve elevação arbitrária do preço dos repelentes praticada pela SILVESTRE LABS, tornando o contrato mais oneroso para o Estado do Espírito Santo, causando prejuízo ao erário, razão pela qual a empresa deve ser condenada ao ressarcimento.

Nesse sentido, a Lei 8666/93 é clara ao estabelecer, em seu art. 25, §2º, que “[...] **em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis**”.

É o que também dispõe a Lei Orgânica dessa Corte, *in verbis*:

Art. 57. Na fase de instrução, havendo indícios de irregularidade, cabe ao Tribunal de Contas ou ao Relator:

I - definir a responsabilidade individual ou solidária pelo ato impugnado, inclusive do terceiro que, como contratante ou parte interessada, haja concorrido para o dano;

Enfim, há provas de que a empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA é responsável pela irregularidade praticada em detrimento da Administração Pública, afinal:

1. O produto pertencia à empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA;
2. O preço superfaturado foi proposto e justificado pela empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA;
3. A empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA contratou a empresa MPX CONSULTORIA COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. como representante;
4. A principal beneficiária do conluio foi a empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA, que apesar de alegar que não fornecia para a Administração Pública, no presente caso forneceu;

³ Basta verificar nas mensagens de Jocilene Pinheiro ao responder a empresas representantes as cotações de preços para licitações quando faz referência ao *mark-up* do produto que é variável de acordo com a porcentagem incidente sobre a venda.

5. A conduta do gestor na fase interna da contratação teve como objetivo a eliminação de todas as empresas para que prevalecesse a proposta da empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA;

6. A empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA entregou uma amostra do produto contratado antes de iniciado o procedimento de compra.

Assim não resta dúvidas quanto à responsabilidade da empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACEUTICA.

Para fins de complementação desse voto, mostra-se abaixo trecho da Instrução Técnica de Recurso 45/2021, a qual acompanhamos e adotamos como fundamentação:

[...]

A Recorrente alega que duas matérias – “contexto fático da aquisição e pesquisa de preços realizada à época” e “processo de definição do preço do produto” – não foram objeto análise no Acórdão 618/2020, conforme exposto no item 1.7 desta ITR.

De imediato, percebe-se que as matérias elencadas no presente recurso são idênticas àquelas apresentadas no Embargo de Declaração analisados pela ITR 259/2019, como também nas justificativas da defesa original, tratada pelo ITC 4354/2016, exceto quanto às alegações acerca do volume do produto tomado como referência do superfaturamento (100ml), diferente do produto vendido pela empresa (200ml).

No caso, cabe rememorar que a empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica foi responsabilizada pela irregularidade “superfaturamento na aquisição de repelente” (item 2.1 da ITI 584/2016 e 2.2 da ITC 4354/2016), tendo por critério o art. 70 da CRFB (Princípio da Economicidade) c/c art. 3º (Princípio da Vantajosidade) da Lei 8.666/93.

Logo, de pronto, parece haver alguma confusão por parte da Recorrente, uma vez que a) o superfaturamento apontado foi definido e calculado tendo por referência os preços efetivamente praticados na administração pública (prefeitura da Serra), o que, nos parece, b) não tem pertinência com os custos de produção ou qualquer outro “tema fático” que diga respeito às decisões estratégicas da empresa, e c), como bem trazido pela ITR 259/2019, com a qual corroboramos, “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”.

Observa-se, pois, que os **“temas fáticos”** e **“o contexto fático/jurídico da aquisição e pesquisa de preços realizada à época”**, tratados pela Recorrente, referem-se aos alegados motivos determinantes da suposta majoração dos custos de produção do repelente: a doença zika, que aumentou a demanda pelos repelentes à base de DEET (“a procura por repelentes aumentou expressivamente, ensejando o aumento dos preços, que ... chegaram a subir 200%”), associada à variação da taxa de câmbio que afetou a importação dos insumos (“com a valorização do dólar à época em 2015 ... subiu cerca de 48%”); entretanto, como exposto, tais argumentos são idênticos àqueles da Defesa original.

Tal matéria já foi enfrentada pelo Parecer MPC 2330/2018, com o qual também corroboramos, que, com base nas provas levantadas pelo Relatório de

Investigação Policial 02/2016 do Núcleo de Repressão às Organizações Criminosas e à Corrupção – NUROCC, contestou cada um dos argumentos da Defesa, conforme se ressalta nos seguintes excertos:

(...)

Destarte, não havia qualquer fundamentação técnica para a definição do percentual mínimo de 8%, apenas a finalidade de direcionar a licitação, mediante **fraude, ardil e conluio**, o que gerou a orçamentação deficiente e o superfaturamento (...)

(...)

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. (g.n.)

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.

(...)

Todavia, a especificação do objeto não foi o único meio. Afinal, consoante o até aqui narrado, 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 empregados pelo Sr. José Hermínio em **conluio** com a empresa SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA e os Srs. (...).

(...)

Ademais, necessário asseverar, nos termos do relatório de investigação, que "**observando as cotações do produto da SILVESTRE LABS verificamos que em junho/2016 o valor do produto foi de R\$ 8,96 e, em julho de 2016, foi no valor de R\$ 9,27**". A diferença da média dessas quantias do valor de R\$ 23,50, cobrado da SESA seis meses antes, representa um decréscimo de mais de 150% (...).

De fato, como consta no multicitado relatório de investigação, "**a SILVESTRE LABS construiu um álibi no sentido de que o custo da produção do repelente estava alto, devido ao dólar, atrelado a escassez de mercado e alta demanda**". Ocorre que "**o preço do dólar tanto na época da compra emergencial quanto na data retro mencionada não sofreu significativa variação cambial de aumento**, de modo a influir abusivamente no custo da produção do repelente. Ora, a venda para o Estado do Espírito Santo foi de grande proporção - 75 mil unidades - de sorte que a empresa se favorece da economia de escala [...]". (grifos nossos).

Como exposto, a ITR 259/2019 também enfrentou a matéria proposta na forma de embargos, cuja análise realizada entendeu ausente o nexo entre as alegações e a irregularidade contestada:

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.**

(...)

Desse modo, as questões invocadas em Embargos de Declaração fazem parte de uma conjuntura da contratação, mas não se relacionam diretamente à irregularidade, sendo incapazes, portanto, de influenciar no seu afastamento.

(...)

Quanto à pesquisa de mercado realizada pela empresa, o Embargante alega que, na instrução processual, demonstrou a equivalência do seu preço com o praticado no mercado, o que afastaria a imputação de superfaturamento. No entanto, segundo argumenta, o Acórdão não tratou desse ponto, de sorte a necessitar de integração.

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 ardiloso 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.**

Como se vê no Parecer MPC 2330/2018, os “temas fáticos” alegados trata-se, de fato, de “um alibi” construído pela empresa Silvestre Labs “no sentido de que o custo da produção do repelente estava alto, devido ao dólar, atrelado a escassez de mercado e alta demanda”, mas ao analisar o mesmo produto que a empresa “ofertou a outras pessoas jurídicas”, “em junho/2016 ... R\$ 8,96 e, em julho de 2016, ... R\$ 9,27”, o que contrasta o argumento variação cambial, já que “o preço do dólar tanto na época da compra emergencial [março de 2016] quanto na data

retro mencionada [junho/julho de 2016] não sofreu significativa variação (...)", conforme relato do Parecer MPC 2330/2018.

É de se notar que o presente Recurso de Reconsideração não enfrenta os argumentos trazidos pela ITR 259/2019 e pelo MPC (com o auxílio do Relatório de Investigação Policial NUROCC 02/2016), limitando-se em repetir o que já havia apresentado em sua Defesa original (Proc. TC 2965/2016, fls. 815-1012) e nos Embargos de Declaração:

78. De forma a contextualizar a compra efetuada e o mercado do momento do fornecimento, deve ser lembrado a V. Exas. que em 2015, consoante amplamente noticiado, a moeda norte-americana subiu cerca de 48% (quarenta e oito por cento), sendo a maior alta anual em quase 13 anos (...).

79. Ora, se a defendente importa a matéria-prima do repelente dos Estados Unidos, ante a inegável preocupação da empresa com seus consumidores, esse fato influencia diretamente no valor final atribuído ao produto.

(...)

84. E, conforme deduzido nesta defesa por diversas vezes, a época na qual se deu a aquisição dos repelentes pode ser assim descrita: a) surto de infecção pelo zika vírus no Estado do Espírito Santo com o consequente aumento dos casos de microcefalia; b) crescimento extraordinário pela procura por repelentes, o que gerou a falta do produto no mercado; c) consequente alta nos preços que chegaram a subir cerca de 200%; e, ainda, d) alta do valor do dólar.

Logo, embora os fatos trazidos pela Recorrente não estejam evidenciados no Acórdão 816/2020, foram enfrentados pelo Parecer MPC 2330/2018 (pois que já presentes na Defesa original) e pela ITR 259/2019 (em análise dos embargos de declaração apresentados pela Recorrente) que, ao fim, demonstraram não caber razão à Recorrente, em especial porque os fatos apresentadas não foram suficientes para justificar o suposto aumento dos custos de produção e, por consequência, do preço do produto e, menos ainda, o superfaturamento constatado, resultado de fraude, conluio e outros ilícitos.

Mais ainda, a ITR 259/2019 apontou que, "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".

Ademais, ainda que tais argumentos fossem suficientes para justificar o aumento dos custos e preço do repelente produzido pela empresa, não basta, como concluiu a ITC 4354/2016, para afastar o superfaturamento:

(...) pois para a Administração vige o princípio da impessoalidade (...). 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.

Não há, pois, conexão entre os fatos alegados pela recorrente – em suma, de que seus custos de produção foram majorados – e a irregularidade relatada, superfaturamento, já que a base de comparação foi a aquisição do mesmo tipo de produto pela prefeitura da Serra que, no caso, nos parece suficiente para identificar o superfaturamento.

Conforme já enfrentado pela ITC 4354/2016, o superfaturamento foi calculado tendo por referência o valor efetivamente contratado de produto pela prefeitura da Serra – no caso, a se destacar o art. 15 da Lei 8666/93: "as compras, sempre que possível [...] deverão balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública":

ITC 4354/2016

(...)

Assim, foi adotado como parâmetro o valor de R\$ 8,80. É de se verificar que o produto VAP foi ofertado para a SESA por um valor unitário de R\$ 7,00, conforme fornecedor JW Distribuidora Importadora e Exportadora de Cosméticos conforme fls. 89 do Processo Administrativo 72800240 (...). Mesmo assim, entende-se razoável a adoção do padrão de contratação do Município da Serra, por ter sido efetivado nesse preço, não sendo uma cotação.

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.

(...)

Também foi apresentada Ata de Registro de Preço do Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo – IASES – sob número 4/2015 na qual a empresa SFB Comércio Ltda. sagrou-se vencedora no tocante ao fornecimento de repelentes, ao custo unitário de R\$ 7,88 (...).

Em conclusão das constatações, ficou definido o seguinte [na ITI 584/2016]:

A partir daí, extrai-se que o preço pago pelo Estado do Espírito Santo foi mais de duas vezes superior ao preço pago pela Prefeitura Municipal da Serra, mesmo o Estado tendo uma Ata de Registro de Preços com a empresa que forneceu repelentes para o município em questão, uma vez que o IASES é uma autarquia estadual. Ou seja, houve uma falta de zelo com o bem público por parte dos agentes do Estado.

Logo, os preços da prefeitura da Serra e do IASES são, efetivamente – no caso – mais adequados para sinalizar o preço de mercado do que a própria pesquisa realizada pela SESA, que admitiu, de forma fraudulenta, o orçamento da empresa MPX Consultoria, sendo que, conforme o Parecer MPC 2330/2018 (citando o Relatório de Investigação Policial NUROCC 02/2016):

(...) 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 (...).

Ademais, se os insumos de algumas empresas são importados ou não, tais fatos só interessam à administração pública se resultarem em menores preços e a vantajosidade da contratação – de produtos de mesma composição –, uma vez que é devaneio estabelecer que as empresas com custos em dólar tenham qualquer forma de “preferência”, por exemplo, preços maiores que a concorrência.

Ao contrário, é obrigação da empresa “cumprir a regra deduzida do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, qual seja, ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado, independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento”, em consonância com a jurisprudência do TCU:

Acórdão 1304/2017-Plenário

(...)

3. TCU - O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992) na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois à licitante cabe ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei

8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento. O TCU apreciou embargos de declaração opostos por empresas que tiveram suas contas julgadas irregulares e foram condenadas ao pagamento de débitos e multas por meio de acórdão proferido pelo TCU, em sede de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) para apurar irregularidades verificadas na aquisição de medicamentos. Uma das empresas embargantes aduziu que “sua proposta decorreu de ação de agentes públicos que participaram da elaboração do ato convocatório do Pregão Presencial 10/2006 e que a empresa observou os limites impostos pelo orçamento estimativo do edital, razão pela qual não haveria qualquer razão para eventual presunção da prática de sobrepreço.” A empresa entendeu, assim, que “inexistiria qualquer conduta dolosa ou culposa por ela praticada, sendo irrazoável sua condenação a devolver os valores ditos como superfaturados.” O relator do processo esclareceu que o “fato de a empresa não ter participado da elaboração do edital e do orçamento base da licitação ocorre em todos os casos em apuração no Tribunal, afinal tais atividades são atribuição exclusiva da Administração Pública. Nas hipóteses em que essa situação não é verificada, há ocorrência de ilícito de extrema gravidade, difícil de ser detectado sem meios próprios de investigação policial. Entretanto, isso não é relevante para o deslinde da matéria, uma vez que, como será demonstrado a seguir, cabia à licitante, *sponte própria*, cumprir a regra deduzida do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, qual seja, ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado, independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento”. Na mesma linha, o relator continuou sua argumentação: “Ainda que a Administração, por meio de seus agentes, tenha incorrido em erro, ao definir, no Pregão Presencial 10/2006, um orçamento-base superestimado, a conduta da empresa contratada de propor preços acima dos valores de mercado constituiu ato ilícito, na medida em que infringiu o dever jurídico preceituado no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Tal comportamento foi concausa relevante do prejuízo causado ao erário, pois sem ele não teria havido o superfaturamento. Ainda que os preços ofertados pelas distribuidoras de medicamentos estivessem em consonância com os limites fixados no orçamento-base do certame, é de se ressaltar que, se por um lado orçamento estimativo da licitação serve de parâmetro para apreciação das propostas da licitação, por outro, torna-se necessário, para que haja atendimento ao critério legal previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, ou seja, que os preços praticados na licitação e no referido orçamento reflitam os paradigmas de mercado, caso contrário, caberá a responsabilização solidária da empresa contratada – beneficiária dos valores superestimados - com os agentes públicos que praticaram os atos irregulares. Embora o valor orçado pela administração se situe além dos preços praticados no mercado, o particular poderia ofertar proposta aderente aos valores de mercado.” O relator ressaltou ainda que “que os comandos da Lei 8.666/1993 se direcionam tanto ao agente público quanto ao privado, que renuncia em alguma medida ao ambiente de liberdade econômica que prevalece nos contratos privados.” Para fundamentar sua posição, o relator citou, inclusive, dois precedentes do STF: “recentemente o Supremo Tribunal Federal manteve condenação de ressarcimento ao erário imposta pelo TCU à empresa contratada pela Administração Pública. Tal decisão foi adotada no âmbito do Mandado de Segurança 29.599, impetrado por uma empreiteira com o objetivo de anular ato do Tribunal de Contas da União, o qual condenou a empresa a devolver valores ao erário em razão de superfaturamento de preços. Naquele julgado, a situação era análoga ao caso em apreciação, pois o particular alegava exatamente ter participado de regular processo licitatório, tendo cumprido todas as especificações do edital, inclusive com relação ao preço dos serviços a serem executados. Assim, a contratada entendia não haver nenhuma

ilegalidade em sua conduta e que o TCU não possuía competência constitucional para promover alteração retroativa e unilateral dos preços, modificando cláusulas econômico-financeiras do contrato. Porém, ao contrário do que afirmara a construtora, entendeu o STF que ela não foi condenada a restituir os valores recebidos em razão da execução do contrato, mas a restituição aos cofres públicos da diferença dos valores em que se identificou o sobrepreço na forma calculada pelo TCU. É relevante citar também decisão monocrática do Ministro Luiz Fux no âmbito do MS 30.924, em que o consórcio contratado para executar obra de usina hidroelétrica buscava a anulação do item 9.4 do Acórdão 2.234/2011 do Plenário do TCU, o qual teria determinado a retenção de parte do preço contratado entre o consórcio impetrante e a empresa Furnas Centrais Elétricas S.A. Entre outros pontos, a inicial do *writ* argumentava que o TCU não poderia interferir no conteúdo econômico-financeiro do contrato para impor unilateral e retroativamente os preços teóricos calculados pelos seus técnicos, inclusive com relação a serviços já executados e pagos. O pedido formulado foi denegado pelo relator, que entendeu não haver dúvidas de que o Tribunal de Contas pode exercer controle de economicidade de atos administrativos, sem que se possa vislumbrar nisso qualquer inconstitucionalidade. Ademais, foi reconhecido que o Tribunal de Contas pode determinar a retenção de valores contratados em sede cautelar, conforme o inciso IX do art. 71 da Lei Maior.” Ao final, o relator propôs o conhecimento dos embargos e o seu acolhimento parcial, pelo colegiado, para incorporar o § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992 como fundamento legal para a condenação solidária das empresas ao ressarcimento do débito, proposta acatada pelo Plenário. Acórdão 1304/2017 Plenário. Informativo de Licitações e Contratos n. 325.
(in Informativo de Jurisprudência TCEES nº 60, 26 de junho a 07 de julho de 2017).

Se a empresa produz com custos maiores, trata-se de uma realidade a ser enfrentada pela corporação e característica da dinâmica do sistema capitalista; o que não se mostra lícito é que a administração pública engendre subrepticiamente mecanismos para justificar a contratação antieconômica, direcionada e superfaturada, como ficou cabalmente demonstrado no caso em tela, pelo Parecer 2330/2018 (com suporte no Relatório de Investigação Policial NUROCC 02/2016).

E, no caso, não há como se afastar do conjunto amplo de condutas ou a soma de fatores ilícitos evidenciados, que objetivaram a contratação fraudulenta – quer dizer, o conluio e outros ajustes ilícitos entre a empresa Silvestre Labs, MPX, OS Geração e os agentes públicos com diversas condutas reprováveis - do que resulta necessariamente no reconhecimento da participação efetiva da Recorrente nos crimes cometidos e no dano apurado.

Conforme destacado pela ITR 259/2019,

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.

Em relação à alegação da Recorrente de que “o produto tomado como *parâmetro de mercado* possuía metade do volume [100ml] apresentado pelo produto fornecido pela Silvestre Labs (de 200ml)”, embora pareça não ter sido tratado anteriormente (ITC 4354/2016, ITC 6082/2017, Parecer MPC 2330/2018, Acórdão 618/2019 e ITR 259/2019), entendemos não haver fundamento para afastar a responsabilidade da Recorrente.

Como já exposto anteriormente, o superfaturamento apontado foi definido e calculado tendo por referência os preços efetivamente praticados na administração pública (prefeitura da Serra), sendo irrelevante para o caso a pesquisa de preços realizada pela SESA, especialmente porque, como já exposto, tal pesquisa admitiu de forma fraudulenta, o orçamento da empresa MPX Consultoria para “cobrir” os preços da Silvestre Labs.

Sem esquecer que o tema já foi abordado pela ITR 259/2019, que demonstrou não haver conexão entre as pesquisas de preços prévias ou posteriores, realizadas pela SESA ou pela Recorrente, e o superfaturamento constatado:

O Acórdão TC-618/2019 manteve a irregularidade de superfaturamento em relação à Embargante adotando como fundamento “todo esquema ardiloso e fraudulento montado pelo Sr. José Herminio 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.

Não fica demonstrado, portanto, tal qual argumentado na análise dos outros “**temas fáticos**” e “**contexto fático/jurídico**”, conexão entre os fatos alegados pela Recorrente (pesquisa de preços) e a irregularidade apontada, superfaturamento.

Ainda que tal conclusão seja bastante para não acolher os argumentos da Recorrente, efetuamos a análise dos autos e constatamos que as alegações não encontram aderência aos fatos e à realidade – de que “o produto tomado como *parâmetro de mercado* possuía metade do volume [100ml] apresentado pelo produto fornecido pela Silvestre Labs (de 200ml)”.

Para não restar dúvidas, uma vez que a alegação da Recorrente não indica qual o “produto tomado como *parâmetro de mercado*”, analisamos a pesquisa realizada pela SESA e os produtos adquiridos pela prefeitura da Serra:

- a) Pesquisa de preços da SESA. Conforme Processo SESA 72800240, foram enviados mensagens eletrônicas a diversos fornecedores (fls. 37-58), informando as características do produto (repelente, DEET, 200ml) resultando em propostas e orçamentos (fls. 61-109), e em todos os casos os preços cotados indicam o volume do produto igual a 200ml (fl. 110 do Proc. SESA 72800240; fl. 68 do Proc. TC 2965/2016, doc. 06, vol. 6814), conforme *print* do mapa de preços (Figura 1):

PROCESSO: AINDA NÃO TEM
OBJETIVO: AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTO PARA ATENDER AOS A. PLANILHA PARA FINS DE AVALIAÇÃO DA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DE ADEQUAÇÃO DE PREÇOS (CAP)

DESCRITOS NOS AUTOS MEDIANTE MANDADO JUDICIAL

ITEM	MEDICAMENTO	MARCA / FABR.	QUANT	PREÇO DE FÁBRICA (ALÍQUOTA 10%)	QTD POR EMS.	PREÇO UNIT. (PREÇO DE ENLAF. / QUANT.)	DESC. CAP (Res. nº 2, de 02/07/2011, de 09/03/2011, SCS nº 1, PMS-3)	DESC. UNIT.	VALOR COM O CAP APLIC.	VALOR TOTAL COM O CAP APLIC.	VALOR COM O CAP APLIC. CONSUMIDOR	PREÇO UNIT MAX CONSUMIDOR	VALOR MÍNIMO AO CONSUMIDOR TOTAL	FORNECEDOR	VALOR UNIT. PELO CRITÉRIO (UNITÁRIO) - INCREMENTO MODIFICANTE SE DIFERENTE DO REAL	VALOR TOTAL PROP. FORNECEDOR
01	REPELENTE CONTRA INSETOS PRINCÍPIO ATIVO: N,N-DIETHYL-META-TOLUAMIDE (DEET), CONCENTRAÇÃO 8 A 15%, LOÇÃO HIDRATANTE, RÁPIDA ABSORÇÃO, NÃO OLEOSO, DERMATOLOGICAMENTE TESTADO, AGRADÁVEL FRAGRÂNCIA - FRASCO 200ML	SUISSA	75.000											ALLIANZA FARMA CNPJ 16.803.930/0001-13	7,5000	562.500,00
		VAP	75.000											JW DISTRIBUIDORA IMPORTADORA E EXPORTADORA DE COSMÉTICOS CNPJ 16.302.852/0001-62	7,0000	525.000,00
		SILVESTRE LABS	75.000											SILVESTRE LABS QUÍMICA E FARMACÊUTICA CNPJ 33.019.548/0001-32	23,5000	1.762.500,00
		SILVESTRE LABS	75.000											MPX CONSULTORIA COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA	29,6100	2.220.750,00
		REPELEX	75.000											RS MED LTDA CNPJ 03.840.189/0001-19	30,5000	2.287.500,00
		REPELEX	75.000											RS PRODUTOS CNPJ 12.013.255/0001-78	30,5000	2.287.500,00
		OFF	75.000											CLAUPERNEO COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA CNPJ 06.247.063/0001-23	42,0000	3.150.000,00
		PROSUN	75.000											BRUNISA COMERCIO CNPJ 20.901.717/0001-11	22,4500	1.683.750,00
		XO INSETO	75.000											CIMED IND. DE MEDICAMENTOS LTDA CNPJ 02.814.497/0002-36	9,2000	690.000,00
		OFF	75.000											RS PRODUTOS CNPJ 12.013.255/0001-78	28,0000	2.100.000,00

NÃO SE APLICA COSMÉTICO

Figura 1. Mapa de preços da pesquisa realizada pela SESA para a aquisição de repelentes. Processo SESA 72800240.

- b) Em relação à contratação pela prefeitura da Serra, critério utilizado para a definição do superfaturamento, constata-se que, efetivamente, o produto adquirido tinha volume de 200ml. No caso, o resumo do edital publicado no Diário Oficial do Estado (Figura 2), informa que o objeto a ser contratado deve conter “frasco MÍNIMO de 100ml”. Após a compra realizada, foram feitos os seguintes procedimentos comprobatórios de que o produto adquirido tinha volume de 200ml ao preço unitário de R\$8,80:

Serra

AVISO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

A **PREFEITURA MUNICIPAL DA SERRA**, através da Secretaria Municipal de Saúde, **TORNA PÚBLICO** o interesse em adquirir, por Dispensa de Licitação, Art. 24, Inciso II, **REPELENTE**, princípio ativo à base de DEET (N,N-DIETHYL-META-TOLUAMIDA), **CONCENTRAÇÃO DE 8 A 15%**, não oleoso, dermatologicamente testado, loção/creme/spray, frasco mínimo 100ml, deverá constar no rótulo o tempo de duração da proteção, número de registro na ANVISA, produto conforme RDC Nº 19 de 10 de abril de 2013. Os interessados deverão entrar em contato pelos Telefones (27) 3252-7434/3252-6288/3252-6508 e o prazo para entrega das propostas e documentação é 05/01/2016.

SESA/CPL 30/12/2015
Protocolo 206373

Figura 2. Serra. DOE de 30/12/2015. Aviso de dispensa de licitação – repelente. (TC 2965, fl. 84).

[...]

Dessa forma, entendo pelo não provimento do recurso.

Como o superfaturamento decorrente de conduta fraudulenta estava sendo discutido em um processo criminal (nº 0014312-51.2016.8.08.0024) na 4ª Vara Criminal de Vitória/ES, houve o sobrestamento do presente recurso, haja vista que um

juízo penal de absolvição reconhecendo a inexistência do fato ou da autoria influenciaria diretamente nas demais instâncias.

Considerando que a Sentença Penal oriunda do processo 0014312-51.2016.8.08.0024 condenou a gerente comercial da recorrente nas sanções do art. 90 da Lei n.º 8.666/93, **confirmando, então, o direcionamento da contratação direta com sobrepreço, mantenho meu entendimento acima pelo não provimento recursal.**

3. DOS DISPOSITIVOS:

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

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1246/2021 – PLENÁRIO:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** 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. REJEITAR as razões, no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Reconsideração interposto pela empresa SILVESTRE LABS QUIMICA & FARMACEUTICA LTDA, mantendo-se, quanto a esta, incólume os termos 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 dos Processos TC nº 11.988/2019-1 (Embargos de Declaração).

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados.

1.3. ARQUIVAR o feito, após trânsito em julgado, na forma do art. 330, inciso I, do

Regimento Interno deste Tribunal.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/10/2021 - 57ª 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.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões