

VOTO

Em exame, representação formulada pela Secex-MS, em razão de supostas irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico 243/2011, cujo objeto era a contratação de empresa prestadora de serviços de manutenção corretiva e preventiva de equipamentos médico-hospitalares. O processo está relacionado à “Operação Sangue Frio” da Polícia Federal, na qual se apurou um esquema de fraude à licitação ocorridas no nosocômio na gestão de José Carlos Dorsa Vieira Pontes.

2. Manifesto minha concordância parcial com as conclusões da Secex-MS. Adoto o entendimento da unidade, na essência, excluindo apenas algumas irregularidades, no que diz respeito aos responsáveis José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Marcelino Chehoud Ibrahim e Antônio Carlos Machado, incorporando às minhas razões de decidir os fundamentos por ela aduzidos na instrução à peça 157. Divirjo, no entanto, em relação aos responsáveis Pedro Alcântara Soares Morel e Adilson Shiguyassu Aguni. Passo a tecer as minhas ponderações.

II

3. José Carlos Dorsa Vieira Pontes, ex-Diretor-Geral do HU/UFMS, foi ouvido em audiência em razão das 11 irregularidades listadas a seguir:

a) deficiência do projeto básico que serviu de suporte ao pregão eletrônico 243/2011, notadamente, no que se refere à especificação do serviço a serem prestados e a sua forma de medição, em dissonância ao disposto no art. 6º, inciso IX, da Lei 8666/1993 e 3º, incisos I, II e III da Lei 10520/2002, bem como a jurisprudência do Tribunal consolidada por meio da Súmula 177;

b) inexistência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do serviço licitado por meio do Pregão 243/2011, em infração ao art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8666/1993;

c) realização de pagamentos ao amparo do Contrato 5/2012, sem que tenha ocorrido a regular liquidação da despesa, traduzida na ausência dos comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço, em contrariedade ao art. 63 da Lei 4.320/1964;

d) presença de cláusulas restritivas à competitividade no Edital e Termo de Referência relativos ao Pregão 243/2011, em afronta ao disposto no art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei 8666/1993, materializadas por meio das seguintes exigências às licitantes:

d.1) certificação, com base na RDC 59/2000, sendo a comprovação descrita no laudo de vistoria da Vigilância Sanitária (Federal, Estadual ou Municipal);

d.2) autorização de funcionamento registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);

d.3) apresentação obrigatória de certificado de regularidade inerente às atividades propostas e desenvolvidas nos Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura (CREA/MS), Enfermagem (Coren/MS) e de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (Crefito/MS);

d.4) necessidade de os certificados de regularidade mencionados nos subitens 8.4, alínea “a” do Edital e 6.4 do Termo de Referência, ambos do Pregão 243/201, serem emitidos pelo Crea, Coren e Crefito sediados no estado de Mato Grosso do Sul; e

d.5) realização de vistoria técnica obrigatória ao local em que os serviços de manutenção de equipamentos médico-hospitalares serão realizados, com agendamento prévio de horário na Seção de Manutenção do NHU/FUFMS, para obter declaração indispensável à habilitação no certame;

e) omitir-se em relação ao conluio praticado pelas empresas Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda., Medcel Equipamentos Hospitalares Ltda. e Nova Clean Tecnologia Ltda. no fornecimento de dados necessários à elaboração da estimativa de preços da Administração referente ao Pregão 243/2011, haja vista os liames de natureza societária, contábil e, até mesmo física, entre as citadas pessoas jurídicas, uma vez que, ao homologar o certame, deveria promover o controle de todo o procedimento licitatório no que respeita ao mérito e à legalidade, situação essa que afronta os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade insculpidos no art. 37 da CF e, ainda, o art. 3º da Lei 8.666/1993;

f) avocar irregularmente as atribuições de pregoeiro, tendo em vista que, ao arripio do disposto no art. 9ª, inciso VIII, do Decreto 3555/2000, considerou improcedentes as impugnações ao Edital do Pregão 243/2011 apresentadas pelas empresas Girogaz Comércio de Oxigênio Ltda. EPP, Campagnoni & Cassemunha Advogados e Alpi Medic Eletromedicina Ltda.;

g) omitir-se, no momento em que homologou o Pregão 243/2011, em relação ao fato de a empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda. ter apresentado atestado de capacidade técnica inapto a comprovar a sua experiência anterior na execução de atividades similares às do certame, haja vista a irrelevância dos serviços prestados anteriormente, o valor irrisório dos mesmos frente ao montante pactuado no Contrato 5/2012 e a complexidade dos serviços a serem prestados, violando, em consequência, o art. 3º da Lei 8.666/1993, o art. 4º, inciso XIII, da Lei 10.520/2002 e o seu dever de promover o controle de todo o procedimento licitatório no que respeita ao mérito e à legalidade;

h) omitir-se, no exercício do dever de garantir o fiel cumprimento do Contrato 5/2012 e de supervisionar as atividades de seus subordinados quanto ao acompanhamento da execução do citado ajuste, ao permitir que a empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda. deixasse de fornecer relação completa de todos os materiais de consumo necessários ao perfeito funcionamento dos equipamentos com a respectiva procedência (fabricante e nacionalidade) e de apresentar, mensalmente, junto à respectiva nota fiscal, relatório dos serviços executados, de maneira a identificar os nomes dos técnicos executores dos respectivos atos, os equipamentos assistidos, o local de execução dos serviços, horários, códigos e ações realizadas, valores e tempo despendido para o conserto, situação essa que violou o art. 67 da Lei 8.666/1993 e a Cláusula Quarta, subitem 4.1, inciso II, alíneas “c” e “f” do Contrato 5/2012;

i) omitir-se, no exercício do dever de garantir o fiel cumprimento do Contrato 5/2012 e de supervisionar as atividades de seus subordinados quanto ao acompanhamento da execução do citado ajuste, ao permitir que a empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda. repassasse a terceiros a responsabilidade por executar serviços de manutenção de equipamentos médico-hospitalares, a exemplo do que ocorreu com o refrigerador tombado sob o n. 37507; o sistema de função pulmonar martercreen Jaeger, patrimônio 89010, o ventilador pulmonar, patrimônio 46778; o aparelho litotriptor intracorpóreo, patrimônio 117000, a caldeira a vapor, patrimônio 108112, e a calandra a vapor, patrimônio 117749, situação essa que infringe o art. 78, inciso VI, da Lei 8666/1993 e os subitens 1.5 e 2.3 do Edital 243/2011 e do Contrato 5/2012, respectivamente;

j) contratar indevidamente, mediante inexigibilidade de licitação, a empresa Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos para a Saúde Ltda., para realização de serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos de esterilização por plasma de peróxido de hidrogênio modelo Sterrad NXJN 20-169, haja vista o posicionamento adotado pela Advocacia Geral da União consubstanciado na Orientação Normativa 15/2009, na qual afirma que a contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços; e

k) receber vantagem indevida de caráter monetário paga pela empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda., pessoa jurídica com a qual o Hospital Maria Aparecida Pedrossian – NHU/FUFMS celebrou o Contrato 5/2012, cujo objeto consiste na prestação de serviços de

manutenção de equipamentos médico-hospitalares, conduta essa que afronta os princípios da legalidade e moralidade insculpidos no art. 37 da CF; os arts. 116, incisos I, II, III e IX, e 117, incisos IX e XII, ambos da Lei 8.112/1990; o art. 4º da Lei 8.429/1992 e, ainda, os incisos XIV, alíneas “c”, “f” e “u”, e XV, alíneas “a” e “g”, do Decreto 1.171/1994;

4. Em relação às irregularidades descritas nas alíneas “c”, “e”, “j” e “k”, acolho as razões de justificativa do ex-Diretor, pelos motivos que exponho a seguir.

5. Primeiramente, no que se refere à imputação de realização de pagamentos ao amparo do Contrato 5/2012, sem que tenha ocorrido a regular liquidação da despesa, considero que não se pode concluir, no caso em relevo, que inexistiu a “regular liquidação da despesa”. De acordo com o Contrato 5/2012 (peça 77, p. 229-236), a empresa seria remunerada por um valor fixo mensal “para a manutenção corretiva e preventiva de equipamentos médico-hospitalares”. A liquidação da despesa, portanto, deveria ser feita mediante a apresentação da nota fiscal, no valor de R\$ 149.000,00, e o atesto, pelo fiscal do contrato, de que os serviços de manutenção requeridos naquele mês teriam sido prestados. Diante do que foi acordado, não vislumbro a ilegalidade apontada. Não há evidências de que a empresa deixou de prestar serviços mensais de manutenção à contratada. A quantidade e o valor real dos serviços prestados por mês não eram relevantes para a liquidação da despesa com base no que foi estipulado, pois o contrato não previa a quantidade que deveria ser executada, nem estipulava o pagamento com base nos custos desses serviços. Além disso, o sobrepreço na contratação dos serviços não descaracterizam a regularidade da liquidação da despesa. Por essas razões, discordo do entendimento da unidade técnica na instrução à peça 157 quanto a este ponto.

6. No que tange à omissão diante do conluio entre as empresas que participaram da cotação de preços (irregularidade descrita na alínea “e”), diferentemente também do que entendeu o auditor da Secex-MS, considero que não teria como se exigir do agente, na qualidade de Diretor Geral e autoridade homologatória da licitação, o dever de verificar o vínculo entre os sócios das empresas. Da forma como a audiência foi redigida, ela pressupõe que a autoridade homologatória teria obrigação de analisar esmiuçadamente o procedimento licitatório, realizando pesquisas sobre sócios de empresas que cotaram preços, o que não é razoável. Vale registrar que a constatação do conluio foi feita pela Controladoria Geral da União, mediante vários procedimentos de investigação: consulta ao cadastro da Receita Federal, análise dos telefones das empresas etc., o que não caberia em um exame para fins homologatório. Embora haja evidências que o ex-Diretor-Geral tenha direcionado a licitação, a análise da irregularidade deve estar adstrita à forma como ela constou no ofício de audiência, no qual consta: “omitir-se em relação ao conluio ..., uma vez que, ao homologar o certame, deveria promover o controle de todo o procedimento licitatório no que respeita ao mérito e à legalidade...”.

7. Quanto à irregularidade contida na alínea “j”, verifica-se, conforme instrução da Secex-MS à peça 157, que a Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos para a Saúde Ltda. era a única que poderia executar o serviço, não sendo razoável exigir outro procedimento que não sua contratação por inexigibilidade.

8. Por fim, em relação ao recebimento de propinas (alínea “k”), da forma como foi descrita a irregularidade, ela também não deve ser apreciada por esta Corte, pelos motivos expostos na instrução do auditor da Secex-MS, os quais relembro abaixo:

“55.15. O responsável ouvido em audiência, como visto, argumenta no sentido de que “... refoge da competência desse E. Tribunal, *data venia*, a apreciação da ocorrência ou não de ilícito penal” (Peça 124, p. 8).

55.16. A ele assiste razão. De fato, a conduta imputada ao responsável (“receber vantagem indevida”) corresponde ao delito de “corrupção passiva”, tipificado no art. 317 do Código Penal (destaque acrescido):

‘Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.’

55.17. Com efeito, é pacífica a jurisprudência desta Corte de Contas no sentido da incompetência deste Tribunal para emitir juízo de valor sobre a ocorrência de ilícitos penais. Nesse sentido (destaque acrescido):

48. A comissão processante entendeu que, embora a servidora (...) tenha cometido um ilícito administrativo disciplinar grave, qual seja o abandono do cargo por ela ocupado, não teria ocorrido a prática do crime de abandono de função, que está capitulado no art. 323 do Código Penal Brasileiro. Tal afirmação encontra fulcro no entendimento de que a tipificação de uma conduta como abandono de função depende da possibilidade de essa conduta causar dano ou prejuízo à Administração Pública.

49. Discordo nesse particular da comissão processante, pois considero que o TCU não possui competência para emitir juízo de valor sobre a prática ou não de um ilícito penal. Afinal, consoante disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Por via de consequência, o Parquet possui competência para deliberar sobre a existência de indícios da prática de um ilícito penal e, com fulcro nessa deliberação, adotar as medidas cabíveis.

50. Daí decorre que os agentes públicos federais devem comunicar à Procuradoria da República a prática de condutas que possam, em tese, ser consideradas como ilícitos penais. No caso vertente, entendo que uma cópia destes autos deve ser encaminhada à Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, para a adoção das providências que o órgão ministerial considerar adequadas. (Acórdão 3.366/2010 – Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler)

55.18. Na mesma linha, entre outros: Acórdãos 1.101/2008, 487/2010 e 97/2015, do Plenário, e 4.612/2010, da 2ª Câmara.

55.19. Outrossim, há de se convir que este Tribunal, ordinariamente, sequer dispõe de meios que possam levar a cabo apurações desse jaez, que visam a aferir o efetivo recebimento de vantagem indevida por parte de agente público, posto que, ‘a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do art. 38 da Lei 4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001’ (MS 22.934. STF. 2ª Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJE 9/5/2012). No mesmo sentido têm-se as decisões do STF proferidas nos MS 22.801 e 33.340.

55.20. Nessas condições, tratando-se de conduta tipificada como crime pela lei penal, refoge à esta Corte de Contas competência para promover a sua apuração, cabendo, tão somente, a teor da antiga, porém vigente, Súmula 70 deste Tribunal, dar conhecimento à autoridade competente para a adoção das medidas que se mostrarem cabíveis:

Ao exercer a auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das Unidades Administrativas, inclusive inspeção *in loco*, pode o Tribunal de Contas da União dar também conhecimento à autoridade competente das irregularidades cuja apreciação não seja da sua competência.

55.21. Nessa linha de raciocínio, dado que a conduta imputada ao responsável, caso confirmada, além de caracterizar o delito tipificado no art. 317 do Código Penal, configura ato de improbidade administrativa (art. 9º da Lei 8.429/1992) e infração funcional (art. 117, incs. IX e XII, da Lei 8.112/1990), propõe-se, desde logo, que cópia da decisão que vier a ser proferida nestes autos seja encaminhada ao Ministério Público Federal – Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul e à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, para a adoção das providências que se mostrarem cabíveis.

55.22. E, tal como requerido pelo responsável, propõe-se que a presente audiência seja tornada insubsistente, de ofício, devido à incompetência absoluta desta Corte de Contas para a sua apuração.”

9. No que tange às demais irregularidades, considero que o ex-Diretor Geral do HU/UFMS não logrou êxito em afastá-las. Elas constituem, na verdade, partes de um conjunto de infrações que foram cometidas com o intuito de realizar uma licitação direcionada para superfaturar o contrato e obter vantagem ilegal.

10. O termo de referência deficiente, sem detalhamento dos serviços a serem prestados e a sua forma de medição (irregularidade descrita na alínea “a”), propiciou que se pagasse mensalmente à contratada um valor fixo R\$ 149.000,00 pela manutenção de equipamentos, quer tenha havido apenas um conserto/manutenção simples, quer tenha havido vários e complexos. Vale lembrar o depoimento do chefe do setor de manutenção do hospital, Carlos Simões Gonçalves, no sentido de que, antes da contratação, o custo mensal do hospital com a manutenção de equipamentos era da ordem de R\$ 20.000,00, conforme citado no item 8 do relatório. Diferentemente do que afirmou o responsável, não é possível sustentar que o termo de referência estava suficientemente especificado se não havia uma estimativa de quais serviços seriam prestados mensalmente e em quais equipamentos. O termo não esclareceu qual seria a periodicidade da manutenção preventiva dos aparelhos, nem estabeleceu, para os casos de manutenção corretiva, as expectativas de conserto. A previsão genérica de que a manutenção seria feita em todos os aparelhos e o estabelecimento de um valor fixo mensal para remunerar esses serviços não atende aos arts. 3º, II, da Lei 10.520/2002 e 9º, I, do Decreto 5.450/2005.

11. O mesmo pode-se dizer em relação à ausência de orçamento detalhado. A estimativa de 2% sobre o valor dos equipamentos é apenas um referencial rudimentar de custo, que não atende aos arts. 3º, III, da Lei 10.520/2002 e 9º, §2º, do Decreto 5.450/2005. Observo que o agente sequer levou em consideração os custos históricos de manutenção dos aparelhos. Seria mister estimar o custo de uma forma mais precisa e fundamentada. No caso da manutenção preventiva, por exemplo, seria necessário levar em consideração a periodicidade na qual os serviços deveriam ser realizados em cada aparelho. Não é demais lembrar que, na gestão de recursos públicos, o agente tem a obrigação de ser eficiente, o que equivale a dizer que ele precisa otimizar o aproveitamento dos recursos disponíveis. Para que isso ocorra, é fundamental que ele orce adequadamente os custos dos serviços, não se admitindo estimativas por meio de ilações, sobretudo em se tratando de um contrato de quase dois milhões de reais.

12. No que se refere às cláusulas restritivas, verifica-se que elas foram questionadas em várias ocasiões por empresas interessadas em participar do certame (peça 77, p. 28-38, 46, 53-60). Os questionamentos foram respondidos negativamente pelo responsável e, quando consubstanciaram, impugnações ao edital, foram indeferidos pessoalmente pelo ex-Diretor Geral, com os dizeres “Indefiro a impugnação...” (peça 77, p. 40, 48 e 62).

13. Diferentemente do que afirmou o Diretor Geral, elas não visavam a garantir a qualidade dos serviços, pois ou exigiam qualificações que não estavam diretamente ligadas à natureza dos serviços, como no caso da RDC 59/2000 e da autorização de funcionamento da Anvisa e até mesmo dos certificados do Crea, Coren e Crefito, ou requeriam obrigações dispensáveis, como no caso da

obrigatoriedade da visita técnica. Por esclarecedora, transcrevo a análise realizada pelo auditor da Secex-MS à peça 157:

“31. **Exame:** Como buscou esclarecer o gestor, tratam as exigências impugnadas de requisitos que deveriam ser comprovados pelos potenciais licitantes a fim de demonstrarem, em essência, a necessária qualificação técnica para a prestação do serviço licitado.

31.1 Tais exigências foram assim descritas no instrumento convocatório (Peça 14, p. 101 e 104):

4.9. Na proposta de preços original deverão constar as seguintes condições: (...)

b) A licitante deverá estar certificada com base na RDC nº 59/2000, sendo a comprovação descrita no laudo de vistoria da VISA (VISA Municipal e ou Estadual e ou Federal)

8.4. Quanto à habilitação as licitantes com ofertas aceitas deverão apresentar ao(a) pregoeiro(a), na forma descrita no subitem 8.1, as documentações relativas à:

a) Apresentar obrigatoriamente o certificado de regularidade inerente às atividades propostas e desenvolvidas nos Conselho de Engenharia e Arquitetura (CREA/MS), Conselho Regional de Enfermagem (COREN/MS), e Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (CREFITO/MS);

b) Autorização de Funcionamento de Empresa da participante, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

c) Declaração de Vistoria Técnica emitida pelo Chefe da Seção de Manutenção do Núcleo de Hospital Universitário/UFMS, no qual certifica a visita técnica do representante da empresa interessada, para a verificação da localidade onde o serviço será prestado, conforme modelo constante no Anexo IV; (...)

31.2. Registra-se que a necessidade de apresentação da documentação em apreço, por sua vez, já havia sido formulada por ocasião da elaboração do termo de referência do certame, aprovado pelo responsável (item 6 do Termo de Referência – Anexo III ao edital – Peça 13, p. 72/73).

31.3. A Lei 8.666/1993, seguindo a diretriz estabelecida na parte final do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, no sentido de somente admitir em procedimentos licitatórios ‘... *exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*’, ao dispor, em seu art. 30, sobre a documentação referente à qualificação técnica, limitou-a a:

a) registro ou inscrição na entidade profissional competente;

b) comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

c) comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

d) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

31.4. Outrossim, o § 5º desse dispositivo foi expresso ao vedar ‘... a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação’ (destaque acrescido).

31.5. Nesse sentido, a jurisprudência uniforme desta Corte de Contas aponta na direção de que as exigências a serem impostas a título de qualificação técnica, além da necessária previsão legal, devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação e indispensáveis ao cumprimento das futuras obrigações contratuais (Acórdãos 1.677/2006, 549/2008, 2.056/2008 e 2.864/2008, do Plenário, entre outros).

31.6. Assim, de pronto, chama atenção a exigência prevista no item 8.4.a do edital, que impunha às licitantes, assim como aos profissionais pertencentes ao seu quadro funcional – conforme esclarecido em resposta à solicitação de esclarecimentos formulada por empresa interessada em participar do certame (Peça 14, p. 87) –, o registro, de forma simultânea, em três conselhos fiscalizadores do exercício de profissões regulamentadas, no caso, os de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Crea), de Enfermagem (Coren) e de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (Crefito).

31.7. Isso porque a Lei 8.666/1993, em seu art. 30, inc. I, somente estabeleceu a possibilidade de exigência de ‘registro ou inscrição na entidade profissional competente’, ao passo que a Lei 6.839/80 estabelece que ‘o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, de las encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros’ (destaque acrescido).

31.8. Nessas condições, observa-se que a obrigatoriedade de inscrição de empresas em determinado conselho é definida segundo a atividade central que é composta pelos serviços da sua atividade fim – *ex vi* Acórdãos 597/2007 – Plenário e 4.608/2015 – 1ª Câmara, entre outros – sendo certo que o objeto licitado (serviço de manutenção de equipamentos médico-hospitais), demandaria, a teor do disposto nas Leis 5.194/1966 e 6.496/1977 e na Resolução 218/1973, editada pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, o registro da licitante somente nesse último órgão.

31.9. Como se não fosse o bastante, exigiu-se, como condição de habilitação, que as licitantes estivessem inscritas nos respectivos conselhos (Crea, Coren e Crefito), sediados no Estado de Mato Grosso do Sul, circunstância que somente poderia ser imposta à empresa declarada vencedora do certame por ocasião da contratação e, mesmo assim, restrita ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, como discorrido acima, conforme pacífica e remansosa jurisprudência desta Corte de Contas (*ex vi* Acórdãos 703/2007, 1.908/2008, 772/2009 e 1.823/2009, do Plenário), onerando a potencial participação no certame de empresas sediadas em outras unidades federativas.

31.10. Na realidade, a exigência do denominado ‘visto’ no conselho regional da jurisdição na qual a obra ou o serviço deva ser executado é decorrente do disposto no art. 69 da Lei 5.194/1966, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo (destaque acrescido):

‘Art. 69. Só poderão ser admitidos nas concorrências públicas para obras ou serviços técnicos e para concursos de projetos, profissionais e pessoas jurídicas que apresentarem prova de quitação de débito ou visto do Conselho Regional da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado.’

31.11. Ocorre que tal dispositivo foi tacitamente revogado por ocasião da edição do Decreto-Lei 2.300/1986, que, em seu art. 25, § 2º, item 1, previa apenas, como requisito de capacitação técnica, a necessidade de registro ou inscrição na entidade profissional competente, sistemática que foi mantida quando da revogação do aludido diploma legal pela Lei 8.666/1993, conforme entendimento já manifestado por esta Corte de Contas. Confira-se:

‘Neste feito, discute-se a questão relevante da eficácia de dispositivo de Lei Específica, art. 69 da Lei nº (sic) 5.144/66, frente a dispositivos de Lei Geral reguladora da mesma matéria, o Decreto-lei nº 2.300/86. O ponto fulcral é a exigência de comprovação de capacidade técnica para participar de processos licitatórios por empresas ou profissionais do ramo da engenharia, arquitetura e agronomia.

Como destacado no Relatório acima, o art. 69 da Lei nº 5.194/66 exige das empresas e profissionais a apresentação de ‘prova de quitação de débito ou visto do Conselho Regional da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado’. É, portanto, um dispositivo restritivo e protecionista.

Ocorre que o Decreto-lei nº 2.300/86, sob cujo império se efetivou a licitação, dispôs, em seu art. 25, II, que “para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a ... capacidade técnica...”. Tal Documentação

consiste, simplesmente, no "registro ou inscrição na entidade profissional competente", conforme disposição contida no citado dispositivo legal.

Frente, pois, este Plenário a uma questão em que a uma Lei Especial se sucede uma Lei Geral regulando a mesma matéria.

É sabido que se a uma Lei Geral se sucede uma Especial, normalmente, aquela continua a vigor, visto que pode coexistir com a outra. Já o contrário é muito duvidoso. Neste passo, como concluiu o analista informante, o art. 69 da Lei nº (sic) 5.194/69 parece ter sido revogado pelos dispositivos citados do Decreto-lei nº 2.300/86. É de notar, por outro lado, que abrogação tácita não resulta, apenas, de incompatibilidade entre dois dispositivos legais: opera-se, também, quanto uma Lei nova regula toda a matéria disciplinada pela Lei anterior. Deduz-se, portanto, no caso, a vontade do legislador de liquidar o passado, estabelecendo um novo ordenamento completo e autônomo, ou seja, um reordenamento jurídico que não tolera desvios de leis precedentes.

O Decreto-lei n. 2.300/86 criou, à época, um ordenamento jurídico completo em matéria de licitação e contrato, como agora, novamente, o faz a Lei nº 8.666/1993. (Decisão 434/1993. Relator: Ministro Olavo Drummond).’

31.12. Outrossim, ao estabelecer, como requisito de habilitação, exigência que somente deveria ser imposta à futura contratada, incorreu o edital em inobservância à Súmula 272 desta Corte de Contas, a qual tem por objetivo expurgar da fase de habilitação dos certames licitatórios encargos que demandem ‘... o cumprimento de requisitos que poderiam ser satisfeitos na fase de execução dos contratos’, conforme discorrido por ocasião da aprovação do verbete adiante reproduzido (Acórdão 1.043/2012 – Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro):

‘No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.’

31.13. Nessas condições, conclui-se que a exigência prevista no item 8.4.a do ato convocatório do certame extrapolou os limites fixados na Lei de Licitações e Contratos.

31.14. De seu turno, no item 8.4.b foi exigido que as licitantes apresentassem autorização de funcionamento, expedida pela Anvisa, autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, como condição de habilitação no certame.

31.15. Com relação a esse aspecto, a Lei 8.666/1993 admite a possibilidade de se exigir, a título de habilitação jurídica, ‘ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir’ (art. 28, inc. V).

31.16. Portanto, desde que a atividade assim o demandar, é lícita a exigência de autorização de funcionamento expedida pelo órgão competente. Ocorre que, o serviço licitado – manutenção de equipamentos médico-hospitais – não demanda autorização de funcionamento a ser expedida pela ANVISA, tal como exigido no instrumento convocatório. Senão vejamos.

31.17. A Lei 6.360/1976, atualmente regulamentada pelo Decreto 8.077/2013, assim como a Lei 9.782/1999, regulamentada pelo Decreto 3.029/1999, sujeitam ao regime de vigilância sanitária a realização de diversas atividades – tais como extração, fabricação, importação e exportação – relacionadas a determinados produtos (medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, entre outros), as quais ficam condicionadas à autorização específica da Anvisa, além da necessidade de licenciamento do estabelecimento pelo respectivo órgão sanitário da unidade federativa em que se localize.

31.18. Dentre as atividades que se sujeitam ao regime de vigilância sanitária e que, portanto, demandam a referida autorização de funcionamento expedida pela Anvisa, de acordo com o previsto no art. 7º, inc. VII, da Lei 9.782/1999, encontram-se a ‘fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos’ (destaques acrescidos).

31.19. Por sua vez, o inc. VI do § 1º do art. 8º do referido diploma legal, define que, dentre outros, equipamentos e materiais médico-hospitalares são considerados bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela agência.

31.20. Tem-se, portanto, a partir da conjugação dos referidos dispositivos legais, que empresas que se dediquem às atividades de fabricação, distribuição e importação de equipamentos e materiais médico-hospitalares estão condicionadas à prévia autorização de funcionamento de competência da Anvisa, sendo certo que o objeto licitado – serviço de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos médico-hospitalares – não demanda tal autorização, posto não ter sido listado no rol constante da legislação supramencionada.

31.21. Inclusive, a jurisprudência consolidada deste Tribunal aponta no sentido de que a autorização de funcionamento prevista nas Leis 6.360/1976 e 9.782/1999, assim como autorizações análogas, somente podem vir a ser exigidas como critério de habilitação em certames licitatórios ‘salvo se a existência de algum desses documentos for imposta pelo Poder Público como requisito para funcionamento da empresa, o que deverá ser expressamente indicado no edital mediante citação da norma de regência’ (Acórdão 3.409/2013 – Plenário. Item 9.3.2. Relator: Ministro Aroldo Cedraz). Na mesma linha, pode-se citar, a título exemplificativo, o Acórdão 7.388/2011 – 2ª Câmara.

31.22. Destarte, conclui-se que a exigência, como condição de habilitação, de autorização de funcionamento expedida pela ANVISA, ultrapassou as balizas fixadas na Lei 8.666/1993 e na legislação que regulamenta o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, posto o serviço licitado não demandar tal condicionante para que possa ser exercido.

31.23. Seguindo no exame das demais exigências editalícias impugnadas na presente representação, passa-se àquela prevista no item 4.9.b do instrumento convocatório, referente à necessidade de que as licitantes contivessem certificação com base na Resolução 59/2000, emitida pela Diretoria Colegiada da ANVISA, a qual tem por objeto o estabelecimento das denominadas “Boas Práticas de Fabricação de Produtos Médicos”.

31.24. De início, observa-se que a exigência em questão, a despeito de ter sido elencada em seção do edital referente aos procedimentos a serem observados por ocasião do envio da proposta de preços no sistema eletrônico em que se processou a licitação em epígrafe, trata-se, na realidade, de requisito de qualificação técnica, posto ter por objetivo avaliar a aptidão técnica de a licitante vir cumprir, a contento, as futuras obrigações contratuais, de modo a bem executar o objeto do contrato.

31.25. E, sob essa seara, a Lei 8.666/1993, em seu art. 30, inc. IV, admite a possibilidade de ser exigida dos licitantes, a título de qualificação técnica, ‘prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso’, sendo que a correta exegese do termo ‘lei especial’ conduz ao entendimento de que ‘... deve ser entendida no sentido lato, englobando inclusive regulamentos executivos’ (Acórdão 1.157/2005 – 1ª Câmara. Relator: Ministro Valmir Campelo).

31.26. De seu turno, estabelece o referido ato normativo (RDC ANVISA 59/2000):

‘A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o art. 11, inciso IV, do Regulamento da ANVISA aprovado pelo Decreto 3.029, de 16 de abril de 1999, em reunião realizada em 20 de junho de 2000;

considerando a Lei nº. 6360, de 23 de setembro de 1976 e seu regulamento, o Decreto nº 79094 de 5 de janeiro de 1977;

considerando a necessidade de instituir e implementar requisitos de Boas Práticas de Fabricação para estabelecimentos que fabriquem ou comercializem produtos médicos, de forma a garantir a qualidade do processo e o controle dos fatores de risco à saúde do consumidor, com base nos instrumentos harmonizados no Mercosul;

considerando a necessidade de dispor de parâmetros para a auditoria e inspeção das Boas Práticas de Fabricação de produtos médicos;

considerando a necessidade de internalizar a Resolução Mercosul/GMC/Res. n.º 04/1995 e Resolução Mercosul/GMC/Res. n.º 131/1996; adota a seguinte Resolução de Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação.

Art. 1º. Determinar a todos fornecedores de produtos médicos, o cumprimento dos requisitos estabelecidos pelas ‘Boas Práticas de Fabricação de Produtos Médicos’, conforme Anexo I desta Resolução.

§ 1º. Os estabelecimentos que armazenem, distribuem ou comercializem produtos médicos deverão, igualmente, cumprir o previsto no Anexo I desta Resolução, no que couber.

§ 2º. Outros produtos de interesse para o controle de risco à saúde da população, alcançados pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária - SNVS e indicados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, equiparam-se aos produtos médicos referidos neste artigo, estando sujeitos às disposições desta Resolução.

Art. 2º. A inspeção dos fornecedores de produtos médicos, será realizada por inspetores da vigilância sanitária do SNVS, que utilizarão os quesitos para "Verificação do Cumprimento das Boas Práticas de Fabricação de Produtos Médicos", estabelecidos no Anexo II desta Resolução. Art. 3º. O não cumprimento de requisitos das Boas Práticas de Fabricação de Produtos Médicos sujeitarão os fornecedores destes produtos às sanções e penalidades previstas na legislação vigente.

Art. 4º. Esta Resolução de Diretoria Colegiada entrará em vigor na data de sua publicação. (destaques acrescidos)'

31.27. Observa-se, pois, que se sujeitam ao cumprimento das denominadas ‘Boas Práticas de Fabricação de Produtos Médicos’ os fornecedores, bem como estabelecimentos que armazenem, distribuam ou comercializem produtos médicos, ao passo que o objeto do certame em foco restringe-se à prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos médico-hospitalares.

31.28. Portanto, ainda que o mencionado ato normativo se enquadre no conceito de “lei especial” previsto no art. 30, inc. IV, do Estatuto de Licitações e Contratos, a exigência de certificação, no caso concreto, mostrou-se desarrazoada e impertinente para o específico objeto do contrato.

31.29. Por fim, fundamentou a audiência do responsável a exigência prevista no item 8.4.c do edital, no qual se previa que as licitantes deveriam apresentar declaração de vistoria técnica emitida pelo Chefe da Seção de Manutenção do Núcleo de Hospital Universitário/UFMS, mediante o qual ficava certificada a visita técnica do representante da empresa interessada, para a verificação da localidade onde o serviço seria prestado.

31.30. A Lei 8.666/1993, em seu art. 30, inc. III, faculta à Administração exigir dos licitantes ‘comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação’.

31.31. Em vista dessa previsão, a jurisprudência deste Tribunal sinaliza que é lícito à Administração exigir como requisito de habilitação, quando for o caso, que os potenciais interessados vistoriem o local de execução dos serviços licitados, desde que reste demonstrado, nos autos do respectivo processo administrativo, ‘tecnicamente, que a exigência é necessária, pertinente e indispensável à correta execução do objeto licitado, de forma que a demanda não constitua restrição ao caráter competitivo do certame’ (Acórdão 571/2006 – 2ª Câmara. Item 9.2.1. Relator: Auditor Marcos Bemquerer Costa).

31.32. No mesmo sentido, entre outras, citam-se as seguintes decisões: Acórdãos 409/2006, 295/2008 e 1.174/2008, do Plenário.

31.33. Compulsados os autos do processo administrativo no qual foi processada a licitação epígrafada – Peças 10 a 17 – observou-se que a necessidade de visita técnica ao local de prestação dos serviços não foi previamente justificada pela autoridade administrativa.

31.34. Outrossim, em vista do específico objeto do contrato – serviço de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos médico-hospitalares – não se vislumbra que a referida vistoria fosse necessária, pertinente e indispensável à correta execução do objeto licitado e, ainda, que pudesse influir na elaboração da proposta de preços a ser ofertada pelos licitantes, considerando, aliás, que o Anexo V ao edital trazia em seu bojo a relação dos equipamentos existentes no nosocômio à época da licitação. Ademais, há de se considerar que a exigência de visita técnica, em qualquer hipótese, onera a participação na licitação de empresas sediadas fora do local de prestação dos serviços.

31.35. E, a despeito do alegado pelo responsável em suas razões de justificativa (Peça 67, p. 8), o edital do certame não facultava a possibilidade de substituição da vistoria por declaração assinada pelo responsável técnico da empresa, circunstância que, caso houvesse sido prevista, iria ao encontro do entendimento deste Tribunal no sentido de que ‘... a substituição do atestado de visita por declaração formal assinada pelo responsável técnico, sob as penalidades da lei, de que tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos, assumindo total responsabilidade por esse fato e informando que não o utilizará para quaisquer questionamentos futuros que ensejem avenças técnicas ou financeiras (...) atende o art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, sem comprometer a competitividade do certame, conforme art. 3º, § 1º, inciso I, do mesmo dispositivo legal’ (Acórdão 1.174/2008 – Plenário. Item 9.1.2. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar).

31.36. Portanto, não tendo sido observada a pertinência da exigência de vistoria técnica à correta execução do objeto licitado e, da mesma forma, não tendo sido prevista a possibilidade de sua substituição por declaração firmada pelos responsáveis técnicos das licitantes de pleno conhecimento das condições e particularidades inerentes à natureza dos trabalhos, conclui-se pela ilegalidade do procedimento adotado pela administração da unidade jurisdicionada.

31.37. Findo o exame acerca da legalidade e da pertinência das exigências constantes do edital do Pregão Eletrônico 243/2011, objeto da audiência ora em exame, é forçoso concluir que não se observou, no processamento do certame em epígrafe, o disposto no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/1993, aplicável à modalidade pregão por força do disposto no art. 9º da Lei 10.520/02, segundo o qual ‘é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, (...) e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...)’.

31.38. Todavia, mais que isso, no caso concreto, as exigências em exame comprometeram o caráter competitivo do certame, ao afastar potenciais licitantes que, em tese, poderiam ter participado da licitação de forma a maximizar a competitividade, conforme se passará a tratar.

31.39. De início, refuta-se a afirmação do responsável no sentido de não ter havido ‘contestação e nem pedido de esclarecimento pelos interessados e participantes do certame licitatório’ (Peça 67, p. 8). Conforme demonstrado no quadro abaixo, o instrumento convocatório do certame foi objeto de diversos questionamentos relacionados exatamente às cláusulas editalícias que fundamentaram a audiência em exame. Confira-se: (ver quadro à peça 157)

31.40. Transcreve-se, a seguir, com os necessários ajustes de forma, parte dos questionamentos apresentados pelas empresas discriminadas no quadro precedente, assim como as respectivas manifestações da Diretoria Clínica e da Direção-Geral do HU/UFMS, conforme o caso, de forma a demonstrar que a linha argumentativa defendida pelas impugnantes/solicitantes é praticamente idêntica à arguida na presente instrução (destaques acrescidos):

(...)

31.41. Portanto, a quantidade de questionamentos apresentados aos termos do edital, por si só, já é indicativo suficiente do caráter restritivo que pautou a sua elaboração, sendo certo que a administração do HU/UFMS, à época capitaneada pelo responsável ouvido em audiência, ainda que nessas condições, optou por dar continuidade ao certame.

31.42. Outrossim, a baixa competitividade verificada por ocasião da efetiva deflagração do procedimento licitatório fica evidente mediante a comparação entre a quantidade de empresas que participaram do certame – 4 (quatro), conforme Ata à Peça 17, p. 49 – com aquela que obteve o edital – 24 (vinte e quatro), conforme termo de retirada à Peça 16, p. 72/74 – sendo que, das empresas que apresentaram solicitações de esclarecimento e/ou impugnaram o edital, somente a Girogaz Comercial de Oxigênio Ltda. EPP veio a participar do certame, tendo sua proposta recusada devido a não ter apresentado os documentos solicitados nos itens 4.9.b e 8.4, “a”, “b” e “c”, conforme registrado na ata da sessão (Peça 17, p. 50).

31.43. Por sua vez, as demais participantes do certame – empresas Empenha Comércio e Serviços de Equipamentos Hospitalares e Completa Comercial e Serviços Ltda. – foram desclassificadas devido a não terem enviado no sistema eletrônico a proposta de preços atualizada e a documentação exigida nos itens 4.9, 8.3 e 8.4 do edital, sagrando-se vencedora, ao final, a empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda. EPP, com proposta no valor de R\$ 1.798.800,00 (um milhão, setecentos e noventa e oito mil e oitocentos reais), o qual, conforme já visualizado por ocasião da inspeção realizada na unidade jurisdicionada ‘é muito próximo ao que a Administração do NHU/FUMS havia estipulado como referência para a realização do certame licitatório (valor total de R\$ 1.830.000,00 e desembolsos mensais de R\$ 152.500,00). O deságio foi de apenas 0,02%’ (Peça 52, item 11.2.3.11).

31.44. Ademais, chama atenção a falta de fundamentação adequada para o indeferimento liminar [arbitrário, inclusive] das impugnações apresentadas, por parte do então Diretor-Geral do HU/UFMS, ora ouvido em audiência, em total descompasso ao princípio da motivação dos atos administrativos previsto no *caput* do art. 2º e no art. 50 da Lei 9.784/1999 e, ainda, aos critérios a serem observados pela Administração Pública na condução dos processos administrativos, discriminados nos incs. VII e VIII do parágrafo único do art. 2º da referida lei, aplicáveis subsidiariamente a processos administrativos regidos por legislação específica, nos termos do art. 69 do multicitado diploma legal.

31.45. Além disso, é, no mínimo, curiosa a circunstância de o próprio ente licitante ter reconhecido a inaplicabilidade do “Certificado de Boas Práticas de Fabricação de Produtos Médicos”, exigido com base na RDC ANVISA 59/2000, ao específico objeto do certame e, mesmo nessas condições, ter mantido a exigência, conforme se depreende do quadro comparativo a seguir: (ver quadro à peça 157)

31.46. Ora, como se observa, excluiu-se a necessidade de apresentação do referido certificado para produtos importados mas manteve-se a exigência de as licitantes comprovarem a certificação, apenas alterando-se a forma como se daria essa comprovação, a qual teria que ser demonstrada em laudo de vistoria da vigilância sanitária e não mais mediante a apresentação do certificado em si.

31.47. Registre-se que em nenhuma outra passagem do edital há a imposição de apresentação de ‘laudo de vistoria da VISA (VISA Municipal e ou Estadual e ou Federal)’, tal qual previsto no item 4.9.b acima reproduzido, de forma que a redação definitiva da cláusula editalícia em voga, além de ilegal e contraditória, peca pela falta de clareza.

31.48. Isto posto, conclui-se que as exigências previstas nos itens 4.9.b e 8.4, “a”, “b” e “c” do instrumento convocatório efetivamente acarretaram restrição injustificada ao caráter competitivo do certame, afastando licitantes que, em tese, estariam aptos a bem executar o específico objeto do contrato, contribuindo, dessa forma, para a realização de licitação em ambiente desprovido de competitividade, razão pela qual propõe-se rejeitar as presentes razões de justificativa, no que concerne a esse ponto específico da audiência ora em exame.”

14. Quanto à avocação irregular das atribuições de pregoeiro (alínea “f”), os documentos juntados à peça 77, p. 40, 48 e 62, deixam claro que o responsável indeferiu pessoalmente os pedidos de impugnação ao edital, ao dizer “Indefiro a impugnação...”, não se manifestando de forma meramente opinativa.

15. No que se refere à omissão em relação ao fato de a Med-Care ter apresentado atestado de capacidade técnica inapto a comprovar a sua experiência anterior, também fica claro que o responsável

agiu dolosamente. Ele foi rigoroso ao indeferir os pedidos de impugnação ao edital das demais licitantes e conivente ao aceitar atestado de capacidade técnica da vencedora que comprovava apenas a execução de serviços no valor de R\$ 3.600,00 de um único aparelho médico-hospitalar, o que flagrantemente não era suficiente para assegurar que a empresa tinha condições de prestar os serviços para todos os equipamentos do hospital, sobretudo levando-se em conta a vedação à subcontratação.

16. Releva notar que o inquérito policial também informa, com base no depoimento de um dos sócios da empresa, que a Med-Care não tinha condições de prestar os serviços para todos os equipamentos do hospital (peça 116, p.39-40).

17. Por fim, no que tange às irregularidades previstas nas alíneas “h” e “f”, embora fosse obrigação precípua do fiscal do contrato garantir que suas exigências fossem cumpridas, o Diretor Geral tinha o dever de supervisionar tal tarefa. Houve várias falhas na fiscalização do contrato, desde a permissão de subcontratação até a falta de exigência de documentos importantes, tais como os relatórios dos serviços executados, que identificavam os nomes dos técnicos executores dos respectivos atos, os equipamentos assistidos, o local de execução dos serviços, horários, códigos e ações realizadas, valores e tempo despendido para o conserto, conforme Cláusula Quarta, subitem 4.1, inciso II, alíneas “f” do Contrato 5/2012. Tais relatórios eram fundamentais para comprovar a execução dos serviços e para garantir que eventual defeito fosse reivindicado à contratada. A deficiência nessa fiscalização tinha o potencial de dificultar o controle da execução por outros órgãos da administração, o que, de fato, ocorreu.

18. Como um todo, as evidências trazidas aos autos não deixam dúvidas sobre a culpabilidade de José Carlos Dorsa Vieira Pontes em relação às irregularidades imputadas. Vê-se que ele participou ativamente do certame, assinando o termo de referência, onde estavam inclusas as cláusulas restritivas, aprovando o edital e indeferindo pedidos de impugnação, ainda que tal atribuição fosse do pregoeiro, o que demonstra o seu dolo em direcionar a licitação. As cópias do inquérito policial da Operação Sangue frio também denotam o recebimento de propina pelo responsável no decorrer da execução do contrato e o pagamento por serviços superfaturados. É importante destacar que o débito em relação ao pagamento desses serviços está sendo apurado no TC 005.212/2014-6 e que o presente processo tem como foco apenas as infrações a normas e regulamentos ocorridas na licitação e no contrato.

19. As irregularidades perpetradas por José Carlos Dorsa Vieira Pontes são consideradas graves, na medida em que foram realizadas de forma dolosa, de modo a direcionar a licitação para uma determinada empresa e permitir o superfaturamento do contrato, merecendo, além da aplicação da multa, a cominação da pena de inabilitação prevista no art. 60 da Lei 8.443/1992, conforme proposto pela Secex-MS.

III

20. **Marcelino Chehoud Ibrahim**, ex-Diretor Clínico do HU/UFMS, foi ouvido em audiência pelas mesmas infrações descritas nas alíneas “d1” a “d5” do item 2 deste voto. Observe-se que, regularmente notificado, o responsável permaneceu silente. Restam, pois, inalterados os fundamentos que justificaram a sua audiência. O responsável foi a autoridade solicitante da contratação em relevo e o signatário, em conjunto com o ex-Diretor-Geral, do termo de referência que estipulava as cláusulas restritivas (peça 75). Embora os documentos da Operação Sangue Frio não tenham mencionado sua participação no esquema de fraudes à licitação, sua conduta, ao estabelecer cláusulas restritivas à disputa, afrontou ao disposto no art. 3º, *caput*, e § 1º, inciso I, da Lei 8666/1993.

IV

21. **Pedro Alcântara Soares Morel**, Presidente da Comissão Permanente de Licitação do HU/UFMS, foi ouvido em audiência pelas mesmas infrações descritas nas alíneas “d1” a “d4” do item 2 deste voto e por omitir-se, em razão de ser o responsável por conduzir formalmente o Pregão 243/2011, em relação ao fato de a empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda. ter apresentado

atestado de capacidade técnica inapto a comprovar a sua experiência anterior na execução de atividades similares às do certame, haja vista a irrelevância dos serviços prestados anteriormente, o valor irrisório dos mesmos frente ao montante pactuado no Contrato 5/2012 e a complexidade dos serviços a serem prestados, violando, em consequência, o art. 3º da Lei 8.666/1993 e o art. 4º, inciso XIII, da Lei 10.520/2002.

22. Diferentemente do que entendeu o auditor da Secex-MS, considero que o presidente da comissão de licitação merece ser responsabilizado pelas irregularidades descritas. Ele atuou ativamente em várias etapas do processo de contratação da Med-Care, assinando o edital de licitação com as cláusulas restritivas (peça 76, p. 57-70) e emitindo parecer no sentido de que a proposta da vencedora “atendia às necessidades do setor interessado no processo de melhoria contínua da gestão dos ativos do nosocômio” (peça 77, p. 203). Também tomou conhecimento das impugnações ao edital, enviando os expedientes diretamente para o ex-Diretor-Geral, que os indeferia em despacho sintético. Seu afastamento por motivo de férias se deu apenas por dezesseis dias, o que não o impediu de participar da maior parte do processo de contratação. Assim, não vislumbro fundamento para afastar sua responsabilidade.

23. Ao contrário, seria, no mínimo, contraditório concluir que, em um processo com flagrante direcionamento de licitação, o **titular** da Comissão **Permanente** de Licitação, supostamente conhecedor da matéria, não tivesse sido, ao menos omissos, ao não se manifestar sobre as cláusulas restritivas do procedimento ou sobre o risco da contratação de uma empresa que não estava comprovando adequadamente a sua capacitação técnica.

V

24. **Adilson Shigueyassu Aguni**, Procurador Federal em exercício na UFMS, foi ouvido em audiência pela emissão de parecer propugnando pela aprovação do edital do Pregão Eletrônico 243/2011, o qual estava eivado de vícios de ilegalidade, em afronta ao disposto nos arts. 3º, caput, e § 1º, inciso I, 6º, inciso IX, e 7º, § 2º, inciso II, todos da Lei 8.666/1993, e no art. 3º, incisos I, II e III, da Lei 10520/2002, materializadas por meio das seguintes exigências descritas nas alíneas “d.1” a “d.4” do item 2.

25. Também discordo das conclusões da unidade instrutora quanto a este responsável. Antes de adentrar nas razões específicas de minha discordância, cumpre tecer algumas considerações sobre a reponsabilidade de pareceristas perante o Tribunal por atos administrativos irregulares.

26. Atualmente, ainda não se pode dizer que exista um entendimento uniforme sobre as situações em que o TCU deva atribuir responsabilidade ao emitente de parecer que dá suporte à prática de ato irregular. A tendência das decisões desta Corte, no entanto, em geral, é de atribuir responsabilidade ao parecerista quando a opinião emitida for desarrazoada, absurda ou claramente insuficiente e tiver servido de fundamentação para a prática do ato ilegal (Acórdãos 512/2003, 1.536/2004, 1.898/2010, 1.380/2011, 1.591/2011, 1.857/2011 e 689/2013, todos do Plenário).

27. Considero que o momento é oportuno para alinharmos nossas decisões ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e sermos mais precisos quanto aos requisitos necessários para a responsabilização dos pareceristas.

28. Na primeira ocasião em que enfrentou diretamente o assunto, no Mandado de Segurança (MS) 24.073/DF, a Suprema Corte entendeu que o parecer não é ato administrativo e que, portanto, o seu emissor não poderia ser corresponsabilizado pela contratação direta irregular de empresa, ainda que a tivesse sugerido. Cumpre citar trecho da ementa relativa ao referido julgamento:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II. O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/1994, art. 32.

III. Mandado de segurança deferido.”

29. O primeiro ponto que merece destaque dessa deliberação é o de que o parecerista não pratica ato administrativo ou, pelo menos, naquele caso específico, não praticou ato administrativo, não podendo, portanto, ser responsabilizado. O parecer teve apenas uma relação indireta com o ato, que foi de livre escolha do gestor.

30. O segundo ponto é que, embora não tivesse praticado ato administrativo, o advogado parecerista poderia ser responsabilizado em uma situação: no caso de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo. Isso por força do art. 32, *caput*, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB). Frise-se que a responsabilidade, neste caso, não seria decorrente de uma coparticipação no ato administrativo, mas de um dispositivo legal presente no Estatuto da Advocacia e da OAB.

31. Em julgado posterior, no MS 24.631/DF, o STF reafirmou que o parecer técnico-jurídico de natureza meramente opinativa não é parte do ato administrativo, não podendo, por conseguinte, seu autor ser corresponsabilizado por ato irregular. Observe-se a ementa de tal julgado:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.”

32. Em outras palavras, se o parecer é meramente opinativo não cabe a responsabilização do parecerista, exceto no caso de culpa ou erro grosseiro. No entanto, nessa situação, é necessário que a existência de culpa ou erro tenha sido apreciada pelas instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, uma vez que decorre de dispositivo do Estatuto da Advocacia.

33. Seguindo esse mesmo entendimento, embora, desta feita, para indeferir o mandado de segurança, a Suprema Corte julgou o MS 24.584/DF, cuja ementa transcrevo a seguir:

“ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE – ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/1993 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/1993 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.”

34. No julgado acima, o STF indeferiu a segurança, considerando possível a condenação do advogado parecerista, mas com a mesma linha de entendimento dos julgados anteriores. É que, na situação do MS 24.584/DF, o parecer havia sido exarado por força do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, que assim prescreve:

“Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes **devem ser previamente examinadas e aprovadas** por assessoria jurídica da Administração.” (grifo nosso)

35. Nesse caso, o parecer não é meramente opinativo, mas tem força vinculante, na medida em que o administrador público, para discordar dos seus termos, necessariamente deverá expor os motivos da discordância. Do mesmo modo, ao seguir a opinião do parecer, o administrador agrega ao seu ato, em razão do mencionado normativo, a fundamentação ali contida. Destarte, entende-se que, nas hipóteses de emissão de parecer com base no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, parte do ato administrativo é composta pelo parecer e, portanto, realizada pelo parecerista.

36. Em síntese, o entendimento da Suprema Corte é no sentido de que:

I. a responsabilização do parecerista jurídico não é cabível no caso de parecer meramente opinativo;

II. a responsabilização do parecerista jurídico é aceitável quando o parecer for vinculante;

III. a responsabilização do advogado parecerista também é aceitável quando agir com erro grave, inescusável ou culpa em sentido amplo, por força dos art. 32 da Lei 8.906/1994 e do art. 159 do Código Civil. No entanto, nesses casos, a matéria deve ser submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias.

37. Assim, de início, deve ser levada em conta a imprescindibilidade do parecer para a tomada de decisão do gestor, pois, nesse caso, o parecer passa a fazer parte do próprio ato administrativo, justificando a corresponsabilidade do seu autor pelo ato irregular. Responsabilizar o autor de mera opinião, dispensável, por ato praticado pelo gestor seria alargar demasiadamente a relação de causalidade entre o seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário, conforme bem salientou o Exmo. Ministro Joaquim Barbosa, Relator do MS 24.631/DF/STF.

38. Outro aspecto que deve ser levado em conta é que a responsabilização com base no art. 38 da Lei 8.666/1993 é “possível”, consoante MS 24.584/DF, mas não necessariamente ocorrerá em qualquer situação em que o parecerista atue com base no supracitado dispositivo legal. É preciso que esteja presente a culpa em sentido amplo (dolo ou culpa *strictu sensu*) na prática da irregularidade.

39. Trazendo-se essas ponderações para o caso concreto, verifico que **Adilson Shigueyassu Aguni** atuou com base no art. 38 da Lei 8.666/1993, o que, a princípio, permitiria sua responsabilização pelo TCU como coautor do ato de gestão irregular. Porém, não vislumbro o elemento “culpa” necessário para sua responsabilização.

40. Culposo (em *lato sensu*) é o ato negligente, imprudente, imperito ou intencionalmente destinado à prática da ilegalidade. De início, não há qualquer evidência nos autos de que houve intenção do procurador de cometer a irregularidade. O inquérito policial ou os documentos da

Controladoria Geral da União não trazem provas de sua participação no esquema de fraude. Poder-se-ia sustentar que o responsável teria agido com culpa *stricto sensu*. Não acho que foi o caso.

41. A culpa se reflete em um agir negligente, imprudente ou imperito. O primeiro estaria configurado diante da falta de um dever de cuidado; o segundo, diante de uma ação sem cautela e o terceiro, com inaptidão. Na análise que se faz desses três aspectos, deve-se indagar o que seria razoável exigir do agente diante das circunstâncias fáticas do caso. Com base nessa premissa e levando-se em conta a natureza técnica das cláusulas restritivas, penso que não seria razoável exigir que o procurador federal percebesse as restrições verificadas.

42. Em outras palavras, não seria razoável exigir que o procurador verificasse se a certificação com base na RDC 59/2000, a autorização de funcionamento da Anvisa, ou os certificados dos conselhos regionais eram realmente necessárias para assegurar a qualidade do objeto contratado. Tais exigências tinham a aparência de legalidade. Tratavam de questões ligadas mais diretamente ao conhecimento técnico dos serviços a serem desenvolvidos do que ao conhecimento jurídico.

43. É verdade que o parecerista jurídico, ao atuar com base no art. 38 da Lei 8.666/1992, tem que verificar a conformidade do conteúdo da minuta com o referido diploma legal e, nesse sentido, é natural que ele deva apontar cláusulas restritivas que “saltem aos olhos”, pois a contratação estaria infringindo o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei 8666/1993. No entanto, seria demais exigir que toda e qualquer restrição pudesse ser percebida pelo consultor. É preciso colocar-se no lugar de quem está agindo. O procurador federal, ao receber a minuta de edital, verifica os aspectos gerais de conformidade aos normativos legais. No caso, por exemplo, o art. 27 da Lei 8666/1993 assim prescreve:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal e trabalhista;
- V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

44. Posteriormente, o consultor irá avaliar se estão presentes, na minuta, os requisitos de habilitação previstos no art. 27. Se as exigências de habilitação técnica têm uma aparência de legalidade, não há como se exigir que ele perceba a restrição. Vale registrar que as alegações de restrição foram feitas posteriormente à emissão do parecer por meio de impugnações ao edital, das quais o parecerista não tomou conhecimento.

45. Assim, discordando da unidade técnica, acolho as razões de justificativa do responsável.

VI

46. **Antônio Carlos Machado**, gestor do Contrato 5/2012, foi ouvido em audiência por:

a) exercer de forma ineficiente e com falta de zelo o dever de acompanhar a execução do Contrato 5/2012 ao permitir que a empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda. deixasse de fornecer relação completa de todos os materiais de consumo necessários ao perfeito funcionamento dos equipamentos com a respectiva procedência (fabricante e nacionalidade) e de apresentar, mensalmente, junto à respectiva nota fiscal, relatório dos serviços executados, de maneira a identificar os nomes dos técnicos executores dos respectivos atos, os equipamentos assistidos, o local de execução dos serviços, horários, códigos e ações realizadas, valores e tempo despendido para o conserto, situação essa que violou o art. 67 da Lei 8.666/1993 e a Cláusula Quarta, subitem 4.1, inciso II, alíneas “c” e “f” do Contrato 5/2012; e

b) exercer de forma ineficiente e com falta de zelo o dever de acompanhar a execução do Contrato 5/2012 ao permitir a realização de pagamentos no bojo do citado ajuste sem que tenha

ocorrido a regular liquidação da despesa, traduzida na ausência dos comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço, em contrariedade aos arts. 67 da Lei 8.666/1993 e 63 da Lei 4320/64.

47. Em relação à irregularidade descrita na alínea “b”, entendo que ela não persiste pelas mesmas razões que aduzi no item 4 deste voto.

48. No que tange à alínea “a”, no entanto, considero que as razões de justificativa trazidas pelo responsável não afastam as irregularidades. Ficou configurado que o agente não exerceu a função de fiscal de forma adequada, deixando de cobrar o cumprimento de cláusulas importantes no contrato. Vale transcrever trecho da análise empreendida pelo auditor da Secex-MS à peça 157:

“62.6. Conforme tratado anteriormente nesta instrução – item 28 e respectivos subitens – dentre as obrigações estipuladas para a contratada se encontrava a de *‘fornecer relação completa de todos os materiais de consumo necessários ao perfeito funcionamento dos equipamentos, com a respectiva procedência (fabricante e nacionalidade) ... , a qual deveria ser anexada aos demais documentos constantes das ordens de serviços, assim como a de “apresentar mensalmente, junto à respectiva Nota Fiscal, o relatório dos serviços executados, relacionando os nomes dos técnicos executores dos respectivos atos, os equipamentos assistidos, o seu local de execução, datas, horários, códigos e ações realizadas bem como os respectivos valores e tempo despendido para o conserto, devidamente assinado pelo responsável técnico e representante da Contratada e entregue para o fiscal do contrato’* (cláusula quarta, item 4.1.II, “c” e “f”, respectivamente).

62.7. No que tange à obrigação prevista no item 4.1.II, “c”, do instrumento contratual celebrado, verifica-se, conforme documentação juntada a partir da p. 237 da Peça 77 a p. 103 da Peça 79, que foi completamente inobservada durante a execução contratual, sem que houvesse qualquer apontamento a respeito por parte da fiscalização do contrato.

62.8. Sob esse aspecto, as razões de justificativa apresentadas pelo responsável dão conta de que ‘... inexistente no contrato n. 005/2012 disposição neste sentido, determinando a apresentação da aludida relação, razão pela qual não há que se falar em responsabilização por omissão do Gestor-representado ante a não exigência da mesma’. Ora, um mero exame superficial do instrumento de contrato (Peça 77, p. 231), é suficiente para concluir em sentido diametralmente oposto, dado que tal obrigação havia sido estipulada de forma explícita.

62.9. Além disso, não socorre ao responsável a circunstância de, em suas palavras, não ter havido ‘... qualquer dano ao erário decorrente da não apresentação da mencionada relação’, posto que ‘... a imputação de sanção pelo Tribunal não depende da existência de débito ou de má fé’ (Acórdão 1.332/2015 – 2ª Câmara. Relator: Ministro Vital do Rêgo).

62.10. Isto posto, verifica-se, de fato, que a fiscalização se mostrou omissa a respeito do inadimplemento de obrigação contratual por parte da prestadora dos serviços, sem que houvesse qualquer registro a respeito e, tampouco, a adoção de providências por parte do responsável, quer seja diretamente junto à contratada ou mediante provocação de seus superiores, com vistas à regularização da situação.

62.11. Nesse ponto, insta salientar que ‘o registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado’ (Acórdão 767/2009 – Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues).

62.12. Por sua vez, com relação ao estipulado no item 4.1.II, “f”, do instrumento de contrato, já se tratou nesta instrução que os relatórios dos serviços executados pela contratada (planilhas), em um primeiro momento – março a julho de 2012 – não se ativeram à necessidade de discriminar os valores das ações de manutenção realizadas, o tempo despendido para a intervenção e tampouco contêm assinatura do responsável técnico da empresa, em dissonância com o que fora estipulado contratualmente, o que denota, novamente, a ineficiência e falta de zelo dispensadas pelo responsável ao acompanhamento da execução do ajuste.”

49. Saliente-se que a ausência de cobrança dos relatórios dos serviços executados é uma falha grave na fiscalização, conforme já mencionado neste voto.

VII

50. Em relação à dosimetria das multas, tenho o que se segue.

51. O ex-Diretor Geral agiu com dolo, na prática de irregularidades graves, que feriram os princípios básicos da licitação, o da isonomia e o da busca da proposta mais vantajosa. Ao todo, restaram configuradas várias infrações a normas legais e regulamentares. Ademais, o agente atuou visando a obtenção de vantagem pecuniária. Sua conduta foi deveras reprovável. Por essas razões, entendo que a ele deve ser aplicada a multa de R\$ 50.000,00, próximo ao valor máximo estipulado por esta Corte no caso de aplicação do art. 58, II, da Lei 8.443/1992.

52. Em relação aos responsáveis, Marcelino Chehoud Ibrahim e Pedro Alcântara Soares Morel, é certo que seus atos em afronta à lei (inserção de cláusulas restritivas no edital e equivocado julgamento das condições de habilitação) propiciaram a perpetração das irregularidades relativas ao direcionamento da licitação. Ocorre que, a meu ver, de acordo com os elementos constantes nos autos, não restou plenamente comprovado que tenham agido com dolo, o que diminui a culpabilidade de tais agentes. Desse modo, proponho a pena de multa de R\$ 10.000,00.

53. Da mesma forma, não restou configurado o dolo de Antônio Carlos Machado na prática da infração. Quanto a este agente, favorece ainda o fato de que as irregularidades são de menor gravidade (deficiente fiscalização da execução contratual pela falta de cobrança de documentos exigidos contratualmente), assim proponho a multa de R\$ 5.000,00.

VIII

54. Observo que os autos trazem elementos aptos para a declaração de inidoneidade da Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda. com espeque no art. 46 da Lei 8.443/1992, diante da verificação da ocorrência de fraude à licitação.

55. Ocorre que, para que a pena seja aplicada, é necessário dar oportunidade à empresa de contradizer especificamente tal imputação, o que não ocorreu nos presentes autos. Nessa linha, o recente Acórdão 188/2016-TCU-Plenário.

56. Por outro lado, não me parece eficiente fazer voltar este processo para que a mencionada medida seja realizada, retardando ainda mais o julgamento das infrações cometidas pelos ex-empregados do Hospital Universitário.

57. Assim, entendo mais conveniente a criação de um processo apartado para que seja tomada tal medida.

58. Cabe, ainda, orientar a Secex-MS para que, nos demais processos relativos à Operação Sangue Frio, em que haja evidências do cometimento de fraude à licitação pelas empresas envolvidas, promova o contraditório quanto a essas empresas, a fim de possibilitar a aplicação eventual da pena de declaração de inidoneidade.

IX

59. Diante do exposto, acolhendo parcialmente o parecer exarado pela unidade intrutora, voto no sentido de que seja aprovado o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de março de 2016.



Ministro BRUNO DANTAS
Relator