

VOTO

Preliminarmente, conheço dos embargos de declaração por considerar presentes os requisitos de admissibilidade descritos no art. 34 da Lei n. 8.443/92 c/c o art. 287 do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), uma vez que foram interpostos tempestivamente por responsável sob a alegação de contradições na deliberação impugnada.

II

2. Cumpre esclarecer, inicialmente, que o acórdão impugnado foi proferido no âmbito de representação que apurou irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico 243/2011, realizado pelo Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian (HU/UFMS), para a contratação de empresa especializada em prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos médico-hospitalares.

3. As irregularidades estão relacionadas a ilícitos apurados pela Controladoria Geral da União e pelo Departamento de Polícia Federal na chamada “Operação Sangue Frio”.

4. Na citada operação, constatou-se, em síntese, que havia um esquema de fraude à licitação no HU, na gestão de José Carlos Dorsa Vieira Pontes, envolvendo empregados do hospital e empresários, com pagamento de propina, no qual o resultado era direcionado a determinadas empresas que, posteriormente, prestavam serviços superfaturados. Consoante depoimentos, as empresas abrangidas eram: Cardiopira, Wanderley e Daige, J4, Solution, Cuore, Braile, Cardiocec, Med-Care e Health.

5. A representação em apreço envolve a contratação da empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda.. Foram ouvidos em audiência, por diversas irregularidades, os seguintes empregados do hospital à época: José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Diretor Geral, Marcelino Chehoud Ibrahim, Diretor Clínico, Pedro Alcântara Soares Morel, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Antônio Carlos Machado, fiscal do contrato, bem como o procurador federal Adilson Shigueyassu Aguni, que emitiu parecer favorável à aprovação do edital de licitação eivada de vícios.

6. As razões de justificativa apresentadas foram acolhidas em parte, permanecendo irregularidades que levaram à condenação em multa de José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Marcelino Chehoud Ibrahim, Pedro Alcântara Soares Morel e Antônio Carlos Machado, com fulcro no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, por meio do *decisum* embargado, Acórdão 434/2016 - Plenário.

7. Especificamente quanto a José Carlos Dorsa Vieira Pontes, foram afastadas as irregularidades contidas nas alíneas “c”, “e”, “j” e “k”, e acatadas as descritas nas alíneas “a”, “b”, “d”, “f”, “g”, “h” e “i”, todas do item 10.1. do relatório que acompanhou o acórdão recorrido.

8. Nos embargos em relevo, alegam-se contradições no acórdão, essencialmente, em dois pontos. O primeiro diz respeito ao fato de o TCU ter refutado a irregularidade imputada ao responsável na alínea “k” sob o fundamentado de que esta Corte não teria competência para emitir juízo de valor quanto a ilícito penal e, ao mesmo tempo, ter emitido tal juízo por meio dos itens 15, 17, 18 e 19 do voto que fundamentou a deliberação embargada. O segundo se refere ao fato de que o acórdão acatou as razões de justificativa apresentadas quanto à irregularidade descrita na alínea “e”, por entender que não seria razoável exigir do embargante, na qualidade de autoridade homologadora, a obrigação de analisar esmiuçadamente o procedimento licitatório, ao passo em que deixou de usar o mesmo fundamento para acatar as justificativas em relação às alíneas “g”, “h” e “i”, que também tratavam de questões apreciadas pelo responsável por meio de mera homologação/supervisão.

9. Passo a analisar, individualmente, as contradições levantadas.

III

10. No primeiro caso, observa-se que a alínea “k” diz respeito à seguinte infração:
- “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;”
11. Tal ilícito se confunde com o crime de corrupção passiva descrito no art. 317 do Código de Processo Penal, a saber:
- “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.”
12. Por essa razão, o acórdão recorrido afastou a irregularidade prevista na alínea “k”, justificando que não competia ao TCU emitir juízo de valor sobre ilícitos tipificados como crime.
13. Diferente é o caso do que foi abordado nos itens 15 e 17 do voto, citados pelo embargante. Nesses itens, o voto tratou das irregularidades descritas nas alíneas “g”, “h” e “i”, *in verbis*:
- “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 esse que infringe o art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993 e os subitens 1.5 e 2.3 do Edital 243/2011 e do Contrato 5/2012, respectivamente;”
14. Ditas irregularidades, como se sabe, não estão tipificadas como crime, mas constituem ilícitos administrativos passíveis de julgamento por esta Corte.
15. Da mesma forma, os itens 18 e 19 do voto também mencionados pelo embargante não se referiram à emissão de um julgamento de ilícito penal pelo TCU, mas a uma abordagem conjunta dos atos praticados pelo ex-gestor de modo a concluir que ele agiu com dolo ao praticar as ilicitudes

administrativas ora apuradas, merecendo as penalidades de multa e de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança previstas nos arts. 58, II, e 60, respectivamente, da Lei 8.443/1992.

16. Dessa forma, não vislumbro a contradição arguida quanto a esse ponto.

IV

17. No que se refere à contradição decorrente do acatamento das justificativas das infrações descritas nas alíneas “c” e “e” e do não acolhimento dos argumentos em relação às listadas nas alíneas “g”, “h” e “i”, sendo que em todas elas o ex-gestor havia atuado como autoridade homologadora/supervisora, cumpre registrar que se trata de situações diferentes.

18. As alíneas “c” e “e” se reportaram às seguintes infrações:

“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;

...

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;”

19. No caso da alínea “c”, o voto consignou que não seria possível concluir pela irregular liquidação da despesa, uma vez que as regras do contrato apenas exigiam para a liquidação a apresentação da nota fiscal com o atesto do fiscal do contrato, sendo o valor a ser pago uma quantia fixa, que independia dos serviços a serem executados. Como se observa, a responsabilidade do embargante não foi afastada com base no fato de ele ter agido como autoridade homologadora, mas sim com base na falta de configuração do ilícito.

20. Por sua vez, para afastar a infração descrita na alínea “e”, o voto destacou que não havia como se exigir do responsável que verificasse o vínculo entre os sócios das empresas licitantes, pois isso demandaria uma análise esmiuçada do procedimento licitatório. Tal abordagem encontra respaldo no entendimento jurisprudencial desta casa no sentido de que a autoridade homologadora não responde solidariamente por vícios ocorridos no procedimento licitatório, quando esses vícios forem ocultos, dificilmente perceptíveis na análise procedida por uma autoridade revisora (Ex.: Acórdãos 2300/2013 e 331/2013, todos do Plenário).

21. Não foi isso o que se observou nos atos praticados pelo gestor descritos nas alíneas “g”, “h” e “i” do item 13 deste voto. Nesses casos, no dizer popular, saltavam aos olhos. Na alínea “g”, por exemplo, o atestado de capacidade técnica apresentado pela Med-Care se restringia a comprovar a prestação de um serviço de manutenção de apenas um equipamento, no valor de R\$ 3.600,00, sendo patente que o documento não era apto a garantir que a empresa tinha capacidade de realizar a manutenção e reparação de todo o parque tecnológico do HU, composto de 2.000 equipamentos médico-hospitalares, conforme relação discriminada no Anexo V do edital. Da mesma forma, nas condutas narradas nas alíneas “h” e “i”, verifica-se que a falta de supervisão da fiscalização foi significativa e corriqueira, não configurando um ato isolado em que a autoridade supervisora deixou de perceber o vício. No caso da alínea “h”, por exemplo, a contratada deixou por meses de juntar os documentos exigidos pela cláusula quarta, item 4.1.II, “c” e “f” do contrato, sem que o supervisor

exigisse do fiscal do contrato a cobrança do cumprimento de tal obrigação. Em relação à alínea “i”, a contratada também estava constantemente se utilizando de empresas terceirizadas para prestar o serviço, o que não poderia deixar de ser percebido por uma autoridade supervisora que cumprisse adequadamente o seu dever de cuidado.

22. Assim, os fundamentos utilizados para excluir a infração descrita na alínea “e” não podem ser aproveitados para elidir as irregularidades constantes nas alíneas “g”, “h” e “i”, razão pela qual não vislumbro contradição na deliberação impugnada também quanto a esse ponto.

23. Ante o exposto, 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 15 de junho de 2016.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator