

GRUPO I – CLASSE VI – Primeira Câmara

TC 005.873/2015-0

Natureza: Representação

Entidade: Núcleo de Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (NHU/FUFMS)

Responsáveis: José Carlos Dorsa Vieira Pontes (368.454.421-34); Neimar Gardenal (061.673.098-50); Wilson de Barros Cantero (338.358.101-20)

Representante: Secretaria de Controle Externo no Estado do Mato Grosso do Sul (00.414.607/0022-42)

Representação legal: Fabrizio Tadeu Severo dos Santos (7.498/OAB-MS), representando José Carlos Dorsa Vieira Pontes (peça 35, p. 2); Nelson da Costa Araújo Filho (3.512/OAB-MS) e outros, representando Neimar Gardenal e Wilson de Barros Cantero (peça 33, p. 8; peça 34, p. 8).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. NÚCLEO DE HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DA FUFMS. OPERAÇÃO SANGUE FRIO. IRREGULARIDADES NO PREGÃO ELETRÔNICO 42/2012. LOCAÇÃO E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE VIDEOCIRURGIA. DETALHAMENTO EXCESSIVO DO OBJETO NÃO JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA PESQUISA DE PREÇOS. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO. DEFICIÊNCIAS NO ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRATUAL. CONHECIMENTO. AUDIÊNCIAS DO DIRETOR-GERAL, DO EX-DIRETOR TÉCNICO E DO EX-CHEFE DE SEÇÃO DE ASSISTÊNCIA CLÍNICA. REJEIÇÃO DE PARTE DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. ARQUIVAMENTO

RELATÓRIO

Cuidam os autos de representação oriunda do TC 013.483/2014-5, que versou sobre representação da Secretaria de Controle Externo no Estado do Mato Grosso do Sul (Secex/MS) acerca de ilícitos observados na gestão do Núcleo de Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (NHU/FUFMS), atualmente filiado à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), por ocasião da deflagração da denominada “Operação Sangue Frio”, da Polícia Federal, em meados de 2013.

2. Na citada operação, constatou-se, em síntese, esquema de fraudes a licitações, envolvendo empregados do hospital e empresários, com pagamento de propina, no qual o resultado era direcionado a determinadas empresas que, posteriormente, prestavam serviços superfaturados.

3. Em decorrência do considerável número de irregularidades registradas no TC 013.483/2014-5, algumas com ocorrência de débito e outras que consistiam em infração à norma legal, sem débito, bem como em razão do elevado volume de recursos gerenciados, o Tribunal, nos termos do Acórdão 1.511/2015-TCU-1ª Câmara, determinou a autuação de diversos processos vinculados à Operação Sangue Frio, dentre os quais esta representação.

4. A medida seguiu a mesma diretriz adotada no TC 018.967/2013-2, relativo à referida operação, no qual se proferiu o Acórdão 3.103/2013-TCU-Plenário.

5. Os presentes autos tratam das irregularidades, das quais não decorreram débito, verificadas no pregão eletrônico 42/2012 do NHU, que teve por objeto contratar serviços de locação e manutenção de equipamentos de videocirurgia, e nos contratos 13 e 14/2012, dele decorrentes, celebrados com as empresas H. Strattner & Cia Ltda. e Labor Med Aparelhagem de Precisão Ltda., com valores de R\$ 10.057.392,00 e R\$ 2.584.320,00, respectivamente.

6. De acordo com o exame realizado pela Secex/MS, fundamentado no Relatório de Material Apreendido da Operação Sangue Frio elaborado pela Controladoria-Geral da União no Estado de Mato Grosso do Sul (CGU/MS), foram verificados os seguintes indícios de irregularidades na contratação:

“X. Processo Administrativo NHU/FUFMS 23104.051971/2011-16. Empresas: Labormed (CNPJ nº 32.150.633/0001-72) e H. Strattner & Cia Ltda. (CNPJ nº 33.250.713/0002-43) (peça 4, p. 117-129).

40. Trata-se de Processo Administrativo autuado pelo Núcleo do Hospital Universitário para formalizar licitação para contratação de empresa especializada em locação de equipamentos médicos para os setores de ginecologia e obstetrícia, cirurgia geral, urologia, ortopedia, cardiologia e anestesiologia (peça 4, p. 118).

41. De acordo com a Controladoria Geral da União, foram detectadas no citado processo as seguintes ocorrências (peça 4, p. 118-129):

- a) Favorecimento e direcionamento da licitação, caracterizado pelas seguintes ocorrências: ausência de pesquisa de preços para a formação do orçamento máximo a ser aceito (peça 4, p. 118-122); detalhamento excessivo dos produtos a serem locados, com direcionamento do certame a produtos de fornecimento exclusivo da empresa H Strattner (peça 4, p. 122-125);
- b) Fragilidade no acompanhamento contratual (peça 4, p. 125-126);
- c) Dano ao erário decorrente do pagamento à empresa H. Strattner & Cia Ltda. de serviços não prestados (peça 4, p. 126-129).

Análise:

42. Para as irregularidades elencadas nos itens ‘a’, e ‘b’, acima, oportuno a autuação de processo apartado de representação com fulcro no art. 237, inciso VI, do RI/TCU, na forma prevista no art. 43 da Resolução TCU 259/2014, mediante reprodução por cópia dos seguintes documentos deste processo: peça 4, p. 118-126.

43. No apartado citado no item anterior, preliminarmente, se faz necessário realizar diligência à Superintendência Regional da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul para trazer aos autos cópia integral do Processo Administrativo NHU/FUFMS 23104.051971/2011-16, dos contratos 14/2012 e 13/2012, firmado com as empresas Labormed e H. Strattner & Cia Ltda., respectivamente, bem como de todos os documentos fiscais emitidos pelas citadas empresas, que estejam sob a responsabilidade daquela Autoridade Policial. Essa medida visa a obter as evidências necessárias para melhor caracterizar as irregularidades consignadas nos subitens ‘a’ e ‘b’ acima e identificar os respectivos responsáveis.”

7. A partir de diligência à Superintendência da Polícia Federal no Mato Grosso do Sul (DPF/MS), a unidade instrutora obteve a documentação relativa ao processo sob análise, com base na qual ratificou as constatações identificadas pela CGU.

8. Ato contínuo, com base na delegação de competência prevista no art. 1º, II, da Portaria-MinBD 1/2014, a Secex/MS promoveu a audiência dos gestores responsáveis, conforme o que se segue:

- José Carlos Vieira Dorsa Vieira Pontes, ex-diretor-geral do NHU/FUFMS, pelos seguintes fatos:

“a) elaboração de Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 sem respaldo de pesquisa de preços em desconformidade ao art. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002;

b) elaboração do Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 de forma a concorrer com a restrição de competitividade decorrente de critérios inadequados de habilitação, como detalhamento excessivo dos produtos sem a devida justificação, em desacordo com o art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002.”

- Wilson de Barros Cantero, ex-diretor técnico do NHU/FUFMS, pelos seguintes fatos:

“a) analisar a impugnação da empresa Labor Med Aparelhagens de Precisão Ltda. sem a devida fundamentação, de forma a não enfrentar os argumentos espostos pela empresa impugnante de forma a concorrer para a restrição de competitividade decorrente de critérios inadequados de habilitação, como detalhamento excessivo dos produtos sem a devida justificação no âmbito do Pregão Eletrônico 42/2012, em desacordo com o art. 7º, §5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002;

b) exercer de forma ineficiente e com falta de zelo o dever de acompanhar a execução do Contrato 13/2012 ao atestar a execução de serviços sem a adequada contraprestação de serviços pela empresa contratada (H Strattnner & Cia. Ltda), conforme demonstrado no relatório denominado “65 DIAS DE GESTÃO”, elaborado pela nova Diretoria do Hospital Universitário, em desacordo com o art. 63 da lei 4320/64 c/c o art. 67, §1º, da lei 8.666/93;

c) exercer de forma ineficiente e com falta de zelo o dever de acompanhar a execução do Contrato 14/2012 ao não adotar as providências cabíveis junto à Administração quanto a inexecução contratual por parte da empresa contratada (Labor-Med Aparelhagens de Precisão Ltda.) relativa ao item II, ‘b’, da Cláusula Quarta do Contrato 14/2012 em desacordo com o art. 67, §§ 1º e 2º da lei 8.666/93.”

- Neimar Gardenal, ex-chefe de seção de assistência clínica do NHU/FUFMS, pelos seguintes fatos:

“a) elaboração de Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 sem respaldo de pesquisa de preços em desconformidade ao art. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002;

b) elaboração do Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 de forma a concorrer com a restrição de competitividade decorrente de critérios inadequados de habilitação, como detalhamento excessivo dos produtos sem a devida justificação, em desacordo com o art. 7º, §5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002.”

9. A partir da mencionada fase processual, para finalizar a parte expositiva deste relatório, transcrevo, com os ajustes de forma pertinentes, a instrução da Secex/MS (peça 41), que propôs a rejeição de parte das razões de justificativa e a aplicação de multa aos responsáveis, a qual contou com a anuência do diretor da unidade (peça 42):

“EXAME TÉCNICO

8. Da Audiência do Sr. José Carlos Dorsa Vieira Pontes – ex-Diretor-Geral do NHU/FUFMS 8.1 Ocorrências (Ofício 0489/2016-TCU/SECEx/MS, de 4/7/2016), Peça 27.

a) elaboração de Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 sem respaldo de pesquisa de preços em desconformidade ao art. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002;

b) elaboração do Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 de forma a concorrer com a restrição de competitividade decorrente de critérios inadequados de habilitação, como detalhamento excessivo dos produtos sem a devida justificação, em desacordo com o art. 7º, §5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002.

8.2 Síntese das Razões de justificativa – Peça 40:

8.2.1 Alegou o representado, por intermédio de seu advogado constituído, preliminarmente, quanto a irregularidade constante no item '8.1.a' que houve indicação equivocada de dispositivo legal haja vista que o artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da lei 8666/93 não se aplica ao presente caso, mas apenas aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Não obstante, quanto ao 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 da fundamentação, 'aplicar-se-ia ao caso em tela, acaso restasse configurada a ausência de pesquisa de preços' – Peça 40, pgs. 2/4.

8.2.2 Comentou ainda, em sede preliminar, que é parte ilegítima para responder aos termos da presente investigação considerando, em síntese, que 'enquanto responsável pela Diretoria-Geral do NHU naquela ocasião (e muito embora tenha elaborado o Termo de Referência que serviu de fundamentação para a contratação dos serviços), que não era responsável pela realização de pesquisa de preços do NHU para cada um dos processos de licitação/Pregão Eletrônico'. Peça 40, pgs. 4/6.

8.2.3 Quanto ao mérito, relativamente à irregularidade constante no item '8.1.a', salientou que tanto a CGU e o TCU 'desconsideraram o documento constante da peça 15, pgs. 35/37, que se trata de proposta da empresa Strattner para contrato de locação de equipamentos Karl Storz, datada de 21.06.2011 - que equivale a verdadeira pesquisa de preços que serviu para dar suporte ao Termo de Referência em questão'. Peça 40, pg. 7.

8.2.4 Ressaltou que 'na referida proposta ofertada pela empresa STRATTNER (vide f.35/37 - Peça 15), foram sim apresentados orçamentos de valores equivalentes aos serviços que seriam futuramente contratados através do Pregão Eletrônico n. 42/2012'. Peça 40, pg. 7.

8.2.5 Refutou a tese dos órgãos de controle de que a referida peça não teria o condão de suprir a exigência legal e seria peça estranha aos autos segundo a CGU, onde alegou que 'documentação é sim parte integrante do processo administrativo de n. 23104.051971/2011-16, e tanto isto é verdade que aludido orçamento está devidamente anexado aos autos, às f.35/37, da peça 15 (ou às f.34/36 dos autos de n. 23104.051971/2011-16), logo após a juntada do termo de referência de f.16/33'. Peça 40, pg. 8.

8.2.5 Continuou sobre o tema salientando que 'Não há como simplesmente ignorar a existência de referida documentação, que, ao contrário da conclusão exarada pelos órgãos de controle, atende sim à exigência legal constante do artigo 43, IV, da lei n. 8666/93'. Peça 40, pg. 8.

8.2.6 Registrou, ainda, como prova da ocorrência da pesquisa de preços a existência de Mapa Comparativo de Preços nestes termos: Peça 40, pg. 8.

'consta dos autos o MAPA COMPARATIVO DE PREÇOS, anexado às f. 39/47 (Peça 15), no qual também se constata que o setor competente do NHU se utilizou de média de preços obtida pelo sistema SIGMA - SISTEMA DE GERENCIAMENTO DE MATERIAIS -, para dar atendimento ao previsto no artigo 43, IV, da lei n. 8.666/93 c/c o artigo 9º. da Lei n. 10.520/2002'. Peça 40, pg. 8.

8.2.7 No que tange à irregularidade constante no item '8.1.b', que trata da elaboração de Termo de Referência com restrição de competitividade, comenta que a 'empresa impugnante LABOR MED teria alegado a ocorrência de 'exigência exacerbada nas dimensões e tamanhos descritos nos itens a serem cotados, restando somente uma marca a atender plenamente os descritivos dos itens, ou seja, somente a marca Karl Storz, distribuída pela empresa HStrattner', no entanto, a referida empresa 'não detalhou quais itens ou produtos teriam suas dimensões e tamanhos discriminados de forma restrita''. Peça 40, pg. 9.

8.2.8 Expôs que os procedimentos adotados pelo Diretor Técnico no NHU à época, Dr. Wilson de Barros Cantero, quanto a análise da impugnação nestes termos: Peça 40, pgs. 9/10.

Ao analisar a resposta da impugnação, o Diretor Técnico no NHU à época, Dr. Wilson de Barros Cantero, entendeu pela não alteração do edital de licitação, pois as descrições contidas no edital foram baseadas no padrão de várias empresas existentes no mercado, e que o 'Hospital Universitário de UFMS não abre mão de boas práticas de fabricação e controle emitido pela ANVISA'.

(..)

a análise da documentação realizada pelo servidor Wilson de Barros Cantero não foi feita de forma singela, mas de forma prática e objetiva, até porque os fundamentos que foram utilizados na impugnação não detalharam quais os itens, e em que forma de padronização, estaria sendo ‘exacerbados’, e em que dimensões.

8.2.9 Ressaltou quanto à matéria que ‘a Lei nº 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à especificação técnica dos serviços/materiais a serem contratados, devendo tais limites, portanto, serem estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o § 4º, do artigo 7º, da lei n. 8666/93’. Peça 40, pg. 10.

8.2.10 Nesse diapasão asseverou: Peça 40, pg. 11.

‘Assim, no caso específico em análise, restou evidente que as cláusulas do edital (ou do termo de referência) não eram restritivas, mas apenas visavam garantir a afetiva adequação dos itens aos serviços licitados, resguardando a qualidade dos serviços a serem prestados numa área complexa e específica de apoio, assistência técnica e manutenção de equipamentos de saúde e hospitalares.’

8.2.11 Invocou o princípio da eventualidade em sua absolvição ao comentar que: Peça 40, pg. 11.

‘na improvável hipótese desse Eg. Tribunal constatar ou concluir que tenha ocorrido eventual irregularidade, devem-se considerar os fatos de que não foram constatados sobrepreços, e que parte das alterações e exigências incluídas no Termo de Referência não foram de responsabilidade direta do justificante, que na qualidade de Diretor Geral tinha por dever convocar as chefias dos respectivos serviços e inserir as exigências que os técnicos lhe repassavam.

(...)

Ademais, como não restou evidenciada a má fé dos gestores, nem, tampouco, prejuízo ao erário ou a terceiros, pode-se considerar a irregularidade em análise como meramente formal, nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992.’

8.2.12 Nos pedidos, requereu ‘sejam acatadas as justificativas ora apresentadas, bem como as preliminares arguidas, fim de que as mesmas sejam acolhidas, na forma da lei, declarando-se a legalidade dos procedimentos administrativos perpetrados pelo requerente enquanto exerceu o cargo de Diretor Geral do NHU/UFMS’. Peça 40, pg. 13

8.2.13 Quanto ao mérito, requereu seja julgada improcedente, insubsistente ou improvida a representação, para absolver o requerente da prática das infrações tipificadas na peça acusatória. Peça 40, pg. 13

8.2.14 Por derradeiro protestou pela produção de todas as provas admitidas em direito, inclusive periciais e testemunhais, cujo rol será oportunamente apresentado. Peça 40, pg. 13

8.3 Análise

8.3.1 **Não procede** a preliminar arguida da indicação equivocada (parcialmente) do artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da lei 8666/93, como fundamentação da irregularidade constante no item ‘8.1.a’. A jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 65/2010-Plenário, 428/2010-2ª Câmara, 89/2009-1ª Câmara, 198/2009-Plenário, 324/2009-Plenário, 369/2009-1ª Câmara, 3.667/2009-2ª Câmara, 5.074/2009-2ª Câmara, 1.378/2008-1ª Câmara e 1.740/2008-2ª Câmara, é no sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade

8.3.2 No que se refere a preliminar de ilegitimidade, cabe afastar de plano, haja vista que o responsável, além de subscritor do Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012, na condição de superior hierárquico deveria ‘exercer o papel de direção, coordenação e supervisão dos trabalhos de seus subordinados, sendo obrigado a corrigir as graves lacunas ou omissões eventualmente por eles incorridas’, consoante enunciado da jurisprudência desta Corte de Contas esposado exemplificativamente no Acórdão 3241/2013 – Plenário.

8.3.3 **Não prosperam** também as razões de justificativa apresentadas quanto ao mérito da irregularidade do item ‘8.1.a’ (elaboração de Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 sem respaldo de pesquisa de preços).

8.3.4 As peças mencionadas pelo responsável como pesquisa de preços (Orçamento da empresa Strattner e Mapa Comparativo de Preços baseado no referido orçamento – Peça 15, pgs. 35/47) não se revestem das condições mínimas para serem classificadas como tal. A jurisprudência deste Tribunal é farta de exemplos acerca dos requisitos necessários para a composição da pesquisa de preços, como observado nos enunciados dos Acórdãos 3351/2015 – Plenário, 1002/2015 – Plenário, 2816/2014 – Plenário e 398/2013 – Plenário a seguir descritos:

3351/2015 - Plenário

‘Na elaboração do orçamento estimativo da licitação, devem ser utilizadas fontes diversificadas *de pesquisa de preços*, priorizadas as consultas ao Portal de Compras Governamentais e a contratações similares *de* outros entes públicos, em detrimento *de* pesquisas com fornecedores, publicadas em mídias especializadas ou em sítios eletrônicos especializados ou *de* domínio amplo, cuja adoção deve ser tida como prática subsidiária e complementar.’

1002/2015 – Plenário

‘A falta ou realização da *pesquisa de preços* prévia junto a poucas empresas, com manifesta diferença nos valores dos orçamentos apresentados, não se mostra suficiente para justificar o valor do orçamento estimativo da contratação, pois impede a Administração contratante *de* aferir a vantajosidade real da contratação e os potenciais interessados *de* cotarem adequadamente suas propostas.’

2816/2014 - Plenário

‘É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos.’

398/2013 – Plenário

‘A fixação *de preços* mínimos com base em apenas uma avaliação do preço *de* mercado não atende ao princípio da razoabilidade.’

8.3.5 No que concerne à irregularidade constante no ‘8.1.b’ (elaboração do Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 de forma a concorrer com a restrição de competitividade) merece prosperar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável.

8.3.6 As razões apresentadas pelo Sr. José Carlos Dorsa Vieira Pontes, por intermédio do seu procurador, conseguiram, senão afastar, mas pelos menos lançar dúvida razoável acerca da existência da restrição de competitividade ocorrida no âmbito do Pregão Eletrônico 42/2012.

8.3.7 Um dos argumentos utilizados foi de que ‘a análise da documentação realizada pelo servidor Wilson de Barros Cantero não foi feita de forma singela, mas de forma prática e objetiva, até porque os fundamentos que foram utilizados na impugnação não detalharam quais os itens, e em que forma de padronização, estaria sendo ‘exacerbados’, e em que dimensões’ - Peça 40, pg. 10.

8.3.8 De fato, da leitura da impugnação realizada pela empresa Labor Med (Peça 16, pgs. 294/307) não se observa uma especificação mais aprofundada de ‘quais os itens, e em que forma de padronização, estaria sendo ‘exacerbados’, e em que dimensões’ no âmbito do Pregão Eletrônico 42/2012.

8.3.9 Ademais, a análise da impugnação realizada pelo servidor Wilson de Barros Cantero (Peça 16, pg. 309), apesar de realizada de próprio punho e em doze linhas apresentou duas razões técnicas para a manutenção do Edital, quais sejam: ‘as descrições contidas no edital foram baseadas no padrão de várias empresas existentes no mercado (Stryke, Storz, Astous etc) e que o Hospital Universitário de UFMS não abre mão de boas práticas de fabricação e controle emitido pela ANVISA’ de forma a buscar a atender a excepcionalidade (casos em que for tecnicamente justificável) da vedação constante no art. 7º, §5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei nº 10.520/2002.

8.3.10 Dessa forma, considerando que não há como afirmar, com a segurança necessária, que as especificações dos itens do Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 são atendidas apenas pela marca

Karl Storz, como sugeriu a empresa impugnante Labor Med, sugere-se **acatar** as razões de justificativa apresentadas pelo responsável relativas ao **item ‘8.1.b’**.

8.3.11 Por fim, quanto à solicitação de **prova periciais e testemunhais**, cabe afastar desde logo, haja vista que não se harmonizam com esse controle, cujo caráter é eminentemente administrativo, as formalidades do processo judicial, o que poderia gerar atrasos que privariam sua atuação de qualquer eficácia. Por isso, a legislação preferiu, legitimamente, a aceitação somente de provas sob a forma escrita, dispensando a convocação de testemunhas ou peritos, o que confere ao processo a necessária agilidade. Nesse sentido são os Acórdãos 8.229/2011-TCU-2ª Câmara, 3.265/2010-TCU-2ª Câmara, 3.988/2010-TCU-1ª Câmara, 2.058/2009-TCU-2ª Câmara, 1.177/2009-TCU-2ª Câmara, 130/2008-TCU-Plenário, 1.305/2008-TCU-Plenário, 1.546/2008-TCU-2ª Câmara, 3.093/2008-TCU-2ª Câmara e 922/2007-TCU-Plenário.

9. Da Audiência do Sr. Wilson de Barros Cantero, ex-Diretor Técnico do NHU/FUFMS

9.1 Ocorrências (Ofício 0490/2016-TCU/SECEX/MS, de 4/7/2016), Peça 28.

a) analisar a impugnação da empresa Labor Med Aparelhagens de Precisão Ltda. sem a devida fundamentação, de forma a não enfrentar os argumentos espostos pela empresa impugnante de forma a concorrer para a restrição de competitividade decorrente de critérios inadequados de habilitação, como detalhamento excessivo dos produtos sem a devida justificativa no âmbito do Pregão Eletrônico 42/2012, em desacordo com o art. 7º, §5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002;

b) exercer de forma ineficiente e com falta de zelo o dever de acompanhar a execução do Contrato 13/2012 ao atestar a execução de serviços sem a adequada contraprestação de serviços pela empresa contratada (H Strattner & Cia. Ltda), conforme demonstrado no relatório denominado ‘65 DIAS DE GESTÃO’, elaborado pela nova Diretoria do Hospital Universitário, em desacordo com o art. 63 da lei 4320/64 c/c o art. 67, §1º, da lei 8.666/93;

c) exercer de forma ineficiente e com falta de zelo o dever de acompanhar a execução do Contrato 14/2012 ao não adotar as providências cabíveis junto à Administração quanto a inexecução contratual por parte da empresa contratada (Labor-Med Aparelhagens de Precisão Ltda.) relativa ao item II, ‘b’, da Cláusula Quarta do Contrato 14/2012 em desacordo com o art. 67, §§ 1º e 2º da lei 8.666/93.

9.2 Síntese das Razões de justificativa – Peça 33:

9.2.1 No que se refere à irregularidade constante no item ‘9.1.a’ comentou que: Peça 33, pg.3. ‘proferiu parecer pela rejeição e conseqüente não alteração do Termo de Referência, pois as especificações entregues pelo manifestante ao diretor do hospital foram baseadas no padrão de várias empresas, como: Stryke, Storz, Astous. Refutou ainda a impugnação relacionada ao certificado de exigência de boas práticas, pois tal exigência se presta a comprovar que ANVISA reconhece o fornecedor como de alta qualidade.

(...)

inobstante ter se apurado indícios de irregularidades, após os trabalhos da CGU, foram realizadas reuniões e auditoria interna, onde levantou-se que de fato a empresa LI. Strattner teria fornecido uma quantidade menor de equipamentos em relação aos valores recebidos. Decorrida a apuração, a empresa continuou a fornecer os equipamentos fazendo uma compensação de valores, deixando, portanto, de causar qualquer prejuízo ao erário.’

9.2.2 Quanto as demais irregularidades (itens ‘9.1.b’ e ‘9.1.c’) aduziu que: Peça 33, pg.4.

‘não houve qualquer dolo ou má-fé do manifestante, posto que pode até ter respondido a impugnação da empresa participante de forma simplória, contudo, baseado em dados técnicos e não em mero subjetivismo, o que afasta qualquer imputação dolosa de irregularidade. Também não há qualquer indício que tenha auferido vantagem em razão da sua função como gestor do contrato.

(...)

Sem a figura do dolo é virtualmente impossível a caracterização responsabilidade em ato algum de autoridade. (...) o elemento subjetivo é o dolo e apenas o dolo, decorrente da vontade do agente

público em locupletar-se ou promover que outrem se locuplete às custas do erário em detrimento do Poder Público.’

9.2.3 Em sequência, citou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consubstanciada no Recurso especial 1.038.777/SP, onde alega a necessidade de caracterização da má-fé do servidor para a configuração de conduta irregular. Peça 33, pgs.5/6.

9.2.4 No mesmo diapasão explicitou que ‘É correntio em direito, portanto, que, para o agente ser apenado haverá de estar inequivocamente demonstrado o seu dolo, a sua má-fé e o prejuízo que ensejou ao erário, o que, conforme se evidencia, absolutamente não ocorreram neste caso’. Juntos ainda, na oportunidade, pontos da doutrina de Hely Lopes Meirelles, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes, em que destaca o seguinte trecho: ‘Um agente público incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima’. Peça 33, pg.6.

9.2.4 Ainda sobre a matéria, complementa que no ‘caso presente não se verificou de forma alguma aquela pretensão de locupletamento ilegítimo, uma vez que o manifestante, apesar de gestor do contrato, não praticou qualquer ato que tenha gerado a si ou outrem vantagem ilícita’. Peça 33, pg.7.

9.2.5 Ao final requereu o acolhimento da ‘presente justificativa, deixando de aplicar qualquer sanção pecuniária (multa), diante da manifestante ausência de dolo ou prejuízos ao erário, cuja irregularidade administrativa comporta a sanção de recomendação’. Peça 33, pg.7.

9.3 Análise

9.3.1 No que se refere a irregularidade constante no item ‘9.1.a’ (analisar a impugnação da empresa Labor Med Aparelhagens de Precisão Ltda. sem a devida fundamentação) salutar **acatar** as razões de justificativa do responsável pelos motivos já expostos na análise realizada nos itens 8.3.7 a 8.3.10.

9.3.2 No que se refere as demais irregularidades (**itens ‘9.1.b’ e ‘9.1.c’**), as quais podem ser analisadas conjuntamente, não merecem igual sorte as razões de justificativa apresentadas pelo responsável.

9.3.3 Consoante a leitura das razões apresentadas pelo Sr. Wilson de Barros Cantero, por intermédio de seu procurador constituído, não se verificou argumentações diretas e específicas contra irregularidades apontadas nos **itens ‘9.1.b’ e ‘9.1.c’** (exercer de forma ineficiente e com falta de zelo o dever de acompanhar a execução dos Contrato 13/2012 e 14/2012). **Na verdade, se concentrou acerca da inexistência de dolo ou má-fé da conduta do responsável no exercício das suas funções.**

9.3.4 A audiência constitui para os responsáveis não um dever, mas sim um direito, uma oportunidade para ser ouvido e trazer aos autos elementos que possam esclarecer os fatos. Assim, a simples omissão não constitui fundamento para aplicação de sanção. Também não se podem presumir verdadeiros, de forma absoluta, os fatos que deixaram de ser contestados, se tais ocorrências foram esclarecidas nos autos.

9.3.5 Entretanto, quando instados a se manifestar acerca de determinado fato, devem os responsáveis utilizar-se dos meios disponíveis para apresentar o conjunto de elementos suficientes para esclarecê-lo, sob pena de, não o fazendo, permitir ao julgador firmar convicção apenas com base nas informações constantes dos autos.

9.3.6 O instrumento da audiência, bem como o da citação, delimita, na fase de instrução dos processos no âmbito deste Tribunal, o oferecimento de oportunidade de ampla e irrestrita defesa aos responsáveis. Trata-se de um direito assegurado à parte, e a opção de não exercê-la é única e exclusivamente do responsável (Acórdãos 1.268/2011-TCU-Plenário, 892/2008-TCU-2ª Câmara, 1.711/2008-TCU-2ª Câmara e 2.092/2007-TCU-1ª Câmara).

9.3.7 Assim, em vista da ausência de apresentação de justificativas diretas e específicas para as irregularidades consubstanciadas nos itens ‘9.1.b’ e ‘9.1.c’ transcritas no ofício de audiência, serão considerados na análise somente os elementos já presentes nos autos.

9.3.8 A alegada inexistência de má-fé na conduta do responsável não permite afastar a responsabilização, porquanto, em face do exposto, há elementos suficientes para caracterização de culpa em sentido amplo.

9.3.9 A responsabilidade dos gestores perante o TCU, por ser de natureza subjetiva, pode se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles envolvidos na aplicação de recursos da União (Acórdão 1316/2016 – Plenário).

9.3.10 Dessa forma, considerando a inexistência de fatos novos a refutar o entendimento esposado no item 9.3 na instrução de Peça 24, pgs. 7/9, **rejeitam-se as razões de justificativa** apresentadas quanto as irregularidades dos **itens ‘9.1.b’ e ‘9.1.c’**.

10 Da Audiência do Sr. Neimar Gardenal, ex-Chefe de Seção de Assistência Clínica do NHU/FUFMS

10.1 Ocorrências (Ofício 0491/2016-TCU/SECEX/MS, de 4/7/2016), Peça 29.

a) elaboração de Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 sem respaldo de pesquisa de preços em desconformidade ao art. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002;

b) elaboração do Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 de forma a concorrer com a restrição de competitividade decorrente de critérios inadequados de habilitação, como detalhamento excessivo dos produtos sem a devida justificação, em desacordo com o art. 7º, §5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002.

10.2 Síntese das Razões de justificativa – Peça 34:

10.2.1 Quanto à irregularidade constante no item ‘10.1.a’ alegou, por intermédio de seu procurador constituído, que ‘em razão do afastamento do Dr. Wilson de Barros Cantero, assumiu temporariamente a chefia da divisão técnica, ocasião em que assinou o termo de referência do Pregão Eletrônico 42/2012, contudo, não foi o responsável por sua elaboração’. Salientou ainda que ‘o Termo de Referência foi entregue a este manifestante já redigido, cabendo apenas assiná-lo para dar andamento ao processo licitatório. Ou seja, quando assinou pensou tratar de documento necessário ao cotidiano do hospital que necessitava de sua assinatura para ter andamento’. Peça 34, pg. 2

10.2.2 Ainda sobre a matéria, comentou que ‘não cabia, nem nunca coube ao manifestante realizar pesquisa de preços (nem foi o mesmo que fez a constante do processo licitatório) ou elaborar o citado Termo de Referência’. Na oportunidade destacou que ‘por desconhecimento técnico não tinha condições de realizar a análise aprofundada sobre a especificação dos produtos constantes do Termo de Referência, repita-se. apostando sua assinatura apenas porque acreditou estar assinando um atestado de que o hospital necessitava dos equipamentos’. Peça 34, pg. 3

10.2.3 No que se refere a irregularidade constante no item ‘10.1.b’ aduziu que: Peça 34, pgs.3/4.

‘não houve qualquer dolo ou má-fé do manifestante, que foi obrigado a assumir uma função interina para a qual não foi capacitado e não tinha conhecimento/técnico para desempenhá-la, o que afasta qualquer imputação dolosa de irregularidade.

(...)

Sem a figura do dolo é virtualmente impossível a caracterização responsabilidade em ato algum de autoridade. (...) o elemento subjetivo é o dolo e apenas o dolo, decorrente da vontade do agente público em locupletar-se ou promover que outrem se locuplete às custas do erário em detrimento do Poder Público.’

10.2.4 Em sequência, de forma semelhante ao responsável Wilson de Barros Cantero, citou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consubstanciada no Recurso especial 1.038.777/SP, onde alega a necessidade de caracterização da má-fé do servidor para a configuração de conduta irregular. Peça 34, pgs.4/5.

10.2.5 Na mesma linha explicitou que ‘É correntio em direito, portanto, que, para o agente ser apenado haverá de estar inequivocamente demonstrado o seu dolo, a sua má-fé e o prejuízo que

ensejou ao erário, o que, conforme se evidencia, absolutamente não ocorreram neste caso'. Juntou ainda, na oportunidade, pontos da doutrina de Hely Lopes Meirelles, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes, em que destaca o seguinte trecho: 'Um agente público incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima'. Peça 34, pg.6.

9.2.4 Ainda sobre a matéria, complementa que no 'caso presente não se verificou de forma alguma aquela pretensão de locupletamento ilegítimo, uma vez que o manifestante, assumiu a chefia de divisão técnica em substituição sem conhecimento técnico, assinando apenas e tão somente o Termo de Referência - que não elaborou - acreditando ser um despacho de mero expediente, e nada mais que isto.'. Peça 34, pg.6.

9.2.5 Por fim requereu o acolhimento da 'presente justificativa, deixando de aplicar qualquer sanção pecuniária (multa), diante da manifestante ausência de dolo ou prejuízos ao erário, cuja irregularidade administrativa comporta a sanção de recomendação'. Peça 34, pg.6.

10.3 **Análise**

10.3.1 A irregularidade constante no item '**10.1.a**' (elaboração de Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 sem respaldo de pesquisa de preços), semelhante ao item '**8.1.a**', foi objeto de análise nos itens 8.3.1 a 8.3.4 de forma a merecer tratamento isonômico pela **rejeição**.

10.3.2 Como particularidade, o responsável alegou que não elaborou o Termo de Referência que deu suporte ao Pregão Eletrônico 42/2012, o qual 'foi entregue a este manifestante já redigido, cabendo apenas assiná-lo para dar andamento ao processo licitatório'.

10.3.3 Tal argumento não merece prosperar. O responsável foi subscritor do documento e, mesmo que não presente a conduta dolosa, por certo a conduta culposa restou caracterizada.

10.3.4 Como relatado no item 9.3.9, a responsabilidade dos gestores perante o TCU, por ser de natureza subjetiva, pode se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles envolvidos na aplicação de recursos da União (Acórdão 1316/2016 – Plenário).

10.3.5. Da mesma forma do exposto no item 9.3.8, a alegada inexistência de má-fé na conduta do responsável não permite afastar a responsabilização, porquanto, em face do exposto, há elementos suficientes para caracterização de culpa em sentido amplo.

10.3.6 Já quanto à irregularidade constante no item '**10.1.b**' (elaboração do Termo de Referência que deu suporte ao Edital do Pregão Eletrônico 42/2012 de forma a concorrer com a restrição de competitividade), conforme análise realizada nos itens 8.3.5 a 8.3.10, em respeito ao princípio da isonomia, salutar **acatar** as razões de justificativa apresentadas."

10. É o relatório.