

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 005.062/2014-4

Natureza: Pedido de Reexame (em Representação)

Órgão/Entidade: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Responsáveis: Alceu Edison Torres (168.558.769-00); Health Nutrição e Serviços Ltda. (07.361.085/0005-06); José Carlos Dorsa Vieira Pontes (368.454.421-34).

Interessados: Cheff Grill Refeições Express Ltda. (03.890.497/0001-59); Controladoria Regional da União no Estado do Mato Grosso do Sul (00.394.460/0313-73); Health Nutrição e Serviços Ltda (07.361.085/0005-06).

Recorrente: Health Nutrição e Serviços Ltda. (07.361.085/0005-06).

Representação legal: Silvio Dias Pereira Junior (18.921/OAB-MS), Miriam Menasce Ajame (285.758/OAB-SP) e outros, representando Health Nutrição e Serviços Ltda; Fabrizio Tadeu Severo dos Santos (7498/OAB-MS), representando José Carlos Dorsa Vieira Pontes.

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NO PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO 20/2012. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES A PACIENTES, ACOMPANHANTES, FUNCIONÁRIOS E MÉDICOS DE HOSPITAL. CONLUÍO ENTRE AS EMPRESAS E OS RESPONSÁVEIS. CONHECIMENTO. ALEGAÇÕES INCAPAZES DE ALTERAR O ACORDAO RECORRIDO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a instrução de peça 144 da Secretaria de Recursos (Serur), cuja proposta de encaminhamento contou com a anuência de seu corpo dirigente (peça 145):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame (peça 114) interposto por Health Nutrição e Serviços Ltda. contra o Acórdão 2501/2018-Plenário, do Exmo. Ministro Relator Bruno Dantas (peça 87).

1.1. Reproduz-se a seguir a decisão ora atacada:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação instaurada por determinação do Acórdão 3.103/2013 – TCU –Plenário, nos autos do TC 018.967/2013-2, com a finalidade de avaliar supostas irregularidades referentes à contratação da empresa Health Nutrição e Serviços Ltda. pelo Núcleo do Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian da Fundação Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (NHU/FUFMS), por meio do processo de Dispensa de Licitação 20/2012, para o fornecimento de refeições a pacientes, acompanhantes, funcionários e médicos do hospital;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. com base nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU, conhecer da representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
- 9.2. rejeitar nos termos do art. 43, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, § 2º, do RI/TCU, as razões de justificativa apresentadas por (pela):
 - 9.2.1. José Carlos Dorsa Vieira Pontes, (CPF 368.454.421-34), ex-Diretor-Geral do NHU/UFMS, no que tange às irregularidades constantes nos itens 6.1. a 6.4. do voto;
 - 9.2.2. Alceu Edison Torres (168.558.769-00), ex-Administrador do Serviço de Nutrição e Dietética, no que tange às irregularidades constante nos itens 6.1. a 6.7. do voto;
 - 9.2.3. empresa Health Nutrição e Serviço Ltda. (CNPJ 07.361.085/0005-06).
- 9.3. acolher, nos termos do art. 250, § 1º, do RITCU, as razões de justificativa apresentadas por (pela):
 - 9.3.1. José Carlos Dorsa Vieira Pontes, (368.454.421-34), ex-Diretor-Geral do NHU/UFMS, no que tange à irregularidade constante no item 6.6. do voto;
 - 9.3.2. empresa Cheff Grill Refeições Express Ltda. (03.890.497/0001-59);
- 9.3. declarar a extinção da punibilidade de José Carlos Dorsa Vieira Pontes, em razão do seu falecimento em 11/3/2018, ex vi do art. 5º, XLV, da Constituição Federal;
- 9.4. aplicar ao responsável Alceu Edison Torres (168.558.769-00), multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com fulcro no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;
- 9.5. autorizar, desde logo, o parcelamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, caso solicitado, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c art. 217 do RITCU, fixando-se o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, conforme legislação em vigor;
- 9.6. alertar o responsável que, na hipótese de parcelamento, a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor;
- 9.7. autorizar a cobrança judicial da dívida, caso não seja até o seu vencimento, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/92;
- 9.8. considerar graves as infrações cometidas por Alceu Edison Torres (168.558.769-00);
- 9.9. inabilitar Alceu Edison Torres (168.558.769-00) para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal por cinco anos;
- 9.10. com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992 c/c com o artigo 271 do Regimento Interno do TCU, declarar inidônea a empresa Health Nutrição e Serviços Ltda. (07.361.085/0005-06) para participar de licitação na Administração Pública Federal por dois anos;
- 9.11. dar ciência ao Núcleo do Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian, filiado à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - HUMAP/EBSERH, de que a falta de juntada de mensagens entre servidores e fornecedores na fase de cotação de preços de mercado nos procedimentos administrativos para contratação de serviços ou aquisição de mercadorias, incluindo os de dispensa de licitação, atenta contra o princípio da publicidade de que trata o art. 3º, caput, da Lei 8.666/93;
- 9.12. encaminhar cópia deste acórdão à Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul, ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - Regional Mato Grosso do Sul, à Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros e Desvios de Recursos Públicos da Superintendência da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul e à Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

HISTÓRICO

2. Cuida-se de representação instaurada por determinação do Acórdão 3103/2013 – TCU – Plenário, nos autos do TC 018.967/2013-2, com a finalidade de avaliar supostas irregularidades referentes à contratação da empresa Health Nutrição e Serviços Ltda. pelo Núcleo do Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian (NHU), por meio do processo de Dispensa de Licitação 20/2012, para o fornecimento de refeições a pacientes, acompanhantes, funcionários e médicos do hospital.

2.1. O processo que deu origem a este feito (TC 018.967/2013-2) foi autuado a partir da remessa do Relatório de Demandas Externas 00211.000509/2012-19 da Controladoria Geral da União em Mato Grosso do Sul, cujo teor visou instruir o Inquérito Policial 142/2012-SR/DPF/MS, decorrente da Operação Sangue Frio da Polícia Federal.

2.2. Em síntese, a Operação Sangue Frio revelou um esquema de fraude a licitação na gestão do Diretor Geral do hospital da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, José Carlos Dorsa Vieira Pontes, envolvendo empregados e empresários, com pagamento de propina, no qual o resultado era direcionado a determinadas empresas que, posteriormente, prestavam serviços superfaturados.

2.3. Em decorrência dos fatos apurados, foram abertos diversos processos neste Tribunal para avaliar a regularidade dos certames e contratos realizados durante a gestão de José Carlos Dorsa Vieira Pontes.

2.4. Após diligências junto à Controladoria Geral da União/MS, foram juntadas cópias do Processo Administrativo 23104.052166/2011-18, e dos Inquéritos Policiais IPL 0235/2014-4 e IPL 142/2012 da Superintendência da Polícia Federal no Mato Grosso do Sul, as quais indicavam a ocorrência das seguintes irregularidades:

2.4.1) contratação direta da empresa sem que a situação emergencial a que se refere o art. 24, inciso IV, da Lei 8666/1993 estivesse devidamente caracterizada;

2.4.2) definição imprecisa e insuficiente do objeto da Dispensa de Licitação 20/2012;

2.4.3) indício de conluio entre as empresas e os responsáveis, com o objetivo de fraudar o procedimento de Dispensa de Licitação 20/2012;

2.4.4) pagamentos realizados à empresa sem a apresentação da garantia da execução contratual prevista na Cláusula Sétima, item 7.9, do Contrato 3/2012;

2.4.5) omissão na fiscalização do Contrato 3/2012, tendo em vista a falta de apresentação do relatório técnico de boas práticas para serviços de alimentação;

2.4.6) omissão no dever de gerir e fiscalizar o Contrato 3/2012, caracterizado ante a ausência de providências frente às inúmeras e persistentes falhas praticadas pela referida empresa registradas no Livro de Ocorrências do Serviço de Nutrição e Dietética do Hospital;

2.4.7) insuficiência/inadequação do procedimento de liquidação da despesa decorrente da execução do Contrato 3/2012.

2.5. Assim, foram propostas as audiências de José Carlos Dorsa Vieira Pontes, ex-Diretor Geral do NHU/FUMS, quanto aos itens 2.4.1 a 2.4.4 e 2.4.6, e de Alceu Edison Torres, ex-Administrador do Serviço de Nutrição e Dietética, quanto aos itens 2.4.1 a 2.4.7, bem como as oitivas das empresas Health Nutrição e Serviço Ltda. e Cheff Grill Refeições Express Ltda. em razão do item 2.4.3.

2.6. Os responsáveis e as empresas apresentaram suas defesas às peças 61, 64, 65 e 66.

2.7. Posteriormente, este Tribunal foi informado do falecimento de José Carlos Dorsa Vieira Pontes ocorrido em 11/3/2018.

2.8. Após o regular desenvolvimento do processo, houve a prolação do acórdão contra o qual se insurge a recorrente.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 120-121), ratificado à peça 124 pelo Relator, Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, que concluiu pelo conhecimento do pedido de reexame interposto por Health Nutrição e Serviços Ltda. contra o Acórdão 2501/2018-Plenário suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.1, 9.2, 9.2.3 e 9.10 em relação à recorrente.

EXAME DE MÉRITO

3. Constitui objeto do presente recurso verificar se existiram ilicitudes na Dispensa de Licitação 20/2012. A recorrente se utiliza dos seguintes argumentos a fim de afastar as irregularidades e a responsabilização:

- a) houve cerceamento de defesa;
- b) regularidade dos orçamentos apresentados no processo de dispensa e inexistência de dano ao Erário;
- c) ausência de conduta dolosa a ensejar a sanção de declaração de inidoneidade;
- d) ofensa à proporcionalidade na aplicação da declaração de inidoneidade.

Cerceamento de defesa

4. Diz que, em 30/10/2018, juntou aos autos do procedimento administrativo uma cópia da resposta aos quesitos suplementares apresentada pelo perito judicial na Produção Antecipada de Provas, documento que reforçaria ainda mais o argumento de que a contratação da Health Nutrição e Serviços Ltda. trouxe benefício à Administração Pública (peça 114, p. 5).

4.1. O documento evidencia que o preço ofertado pela empresa era adequado e abaixo da média praticada pelo mercado (peça 114, p. 5).

4.2. Argumenta que pela leitura do acórdão é possível perceber que tal documento não foi sequer mencionado, o que permite concluir que acabou sendo ignorado no momento de decidir (peça 114, p. 5).

4.3. Ademais, alega que o processo administrativo tramitou com provas produzidas exclusivamente de maneira inquisitorial, tendo sido desconsideradas provas pertinentes à matéria de defesa, como, por exemplo, parecer da Advocacia Geral da União (presente nos autos do Inquérito da Polícia Federal e que fez parte da documentação do processo administrativo - DOC. 2), que opinou pela regularidade da contratação emergencial, por dispensa de licitação, destacando, apenas, a necessidade de averiguação se a situação emergencial foi ocasionada por desídia administrativa do agente público (peça 114, p. 5-6).

4.4. Dessa forma, foram desconsideradas provas relevantes o que implica cerceamento do direito de defesa da Health Nutrição e Serviços Ltda. e violação ao devido processo legal, princípios constitucionais basilares do direito brasileiro e previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º, da Constituição Federal (peça 114, p. 6).

4.5. Também há ofensa ao art. 2º, *caput* e parágrafo único, X, da Lei 9.784/1999, que regula todos os processos administrativos federais (peça 114, p. 6).

4.6. Requer a declaração de nulidade do acórdão, para que seja realizado novo julgamento, com a devida apreciação das provas em questão (peça 114, p. 6).

Análise

4.7. A responsável agregou aos autos documento, de 30/10/2018 (peça 86), no qual pleiteou a juntada da Resposta aos Quesitos Suplementares (peça 86, p. 4).

4.8. Na resposta aos quesitos suplementares foi mencionado que os contratos posteriores ao da Health Nutrição e Serviços Ltda. foram firmados em valores cada vez maiores, embora a sua sucessora (FCA) não tenha alterado as quantidades fornecidas (peça 86, p. 2).

4.9. O perito teria concluído ainda que, embora entre o primeiro e o segundo contrato firmados com a Health Nutrição e Serviços Ltda. tenha havido um aumento de 25% na quantidade de refeições fornecidas, o valor do preço global aumentou apenas 12,23%. Já em relação à empresa sucessora FCA, embora não tenha havido variação em relação à quantidade fornecida, a soma da variação do preço totaliza 75,28% (peça 86, p. 2).

4.10. Entretanto, entende-se que o documento colacionado não socorre a recorrente, pois, no presente processo, não foi verificada a ocorrência de superfaturamento, que caso tivesse sido observada teria resultado em débito.

4.11. As irregularidades atinentes ao procedimento licitatório, portanto, não se referiram a antieconomicidade da contratação.

4.12. O argumento de que as provas produzidas no procedimento administrativo teriam ocorrido de forma inquisitorial e desconsiderado documentos também não aproveita a recorrente.

4.13. Isso porque, perante o TCU, foram devidamente observados o contraditório e a ampla defesa, tendo a recorrente se manifestado diversas vezes nos autos (defesa – peça 61, novos elementos – peças 85-86 e o recurso – peça 114).

4.14. O juízo do TCU acerca das irregularidades da contratação se baseou em amplo arcabouço probatório: Relatório de Demandas Externas 00211.000509/2012-19 da Controladoria Geral da União em Mato Grosso do Sul, Processo Administrativo 23104.052166/2011-18, e dos Inquéritos Policiais IPL 0235/2014-4 e IPL 142/2012 da Superintendência da Polícia Federal no Mato Grosso do Sul, bem como os elementos de defesa apresentados pelos responsáveis no presente processo, que respeitou o devido processo legal.

4.15. Em relação ao parecer da Advocacia Geral da União que a recorrente diz agregar em sua defesa, mas dela não faz parte, deve-se asseverar que a informação trazida no sentido de regularidade da contratação emergencial, por dispensa de licitação também não aproveita a empresa, tendo-se em vista que a sua condenação resultou da fraude à licitação, consubstanciada pelo conluio entre as licitantes e os responsáveis.

4.16. Dessa forma, não há como ser acolhido o argumento de que houve nulidade no presente processo.

Regularidade dos orçamentos apresentados no processo de dispensa e inexistência de dano ao Erário

5. Diz que os preços praticados pela Health Nutrição e Serviços Ltda. durante a relação com o Hospital Universitário eram compatíveis com o serviço prestado e estavam inferiores ao preço médio praticado no mercado (peça 114, p. 11). Dessa forma, a Administração Pública teria auferido verdadeira vantagem com essa contratação (peça 114, p. 12).

5.1. A vantajosidade da contratação é evidenciada na Resposta aos Quesitos Suplementares que foi juntada aos autos em 30/10/2018 (peça 114, p. 5 e 16).

5.2. Na referida resposta, produzida nos autos da Produção Antecipada de Provas mencionada, o perito concluiu, entre outros pontos, que os contratos posteriores aos da Health Nutrição e Serviços Ltda. foram firmados em valores cada vez maiores, embora a sua sucessora (FCA) não tenha alterado as quantidades fornecidas (peça 114, p. 16).

5.3. O perito concluiu ainda que, embora entre o primeiro e o segundo contrato firmados com a Health Nutrição e Serviços Ltda. tenha havido um aumento de 25% na quantidade de refeições fornecidas, o valor do preço global aumentou apenas 12,23%. Já quanto à empresa sucessora FCA, embora não tenha havido variação em relação à quantidade fornecida, a soma da variação do preço totaliza 75,28% (peça 114, p. 17). Segundo a recorrente, tal documento não foi avaliado (peça 114, p. 17).

5.4. Esse contexto evidenciaria que os preços ofertados pela empresa estavam abaixo daqueles praticados pelo mercado na época, representando verdadeira vantagem à Administração Pública (peça 114, p. 17). Também demonstra que a Health Nutrição e Serviços Ltda. não teve

nenhum envolvimento com a decisão da Administração Pública de dispensar a licitação, não participou de nenhum conluio para fraudar a licitação e não ocasionou nenhum prejuízo ao erário (peça 114, p. 18).

5.5. Defende que no processo de contratação por dispensa de licitação, no regime emergencial, inexistia a figura da concorrência pública (peça 114, p. 12). Sendo assim, não haveria obrigatoriedade legal da colação de orçamentos do objeto contratado, mas apenas de recomendação, no cumprimento do previsto do parágrafo único, inciso III, do art. 26 da Lei 8.666/1993, a título de comprovação de justificativa de preço (peça 114, p. 12).

5.6. Quanto ao argumento de correlação de preços ou termos utilizados nos orçamentos, diz que ficou demonstrado, pelo depoimento prestado no Inquérito Policial pela Sra. Márcia, que ela, à época funcionária da Health Nutrição e Serviços Ltda., foi vítima de intensa pressão pelo assessor da Diretoria Geral do Hospital Universitário, Sr. Rodrigo Soares de Freitas (peça 114, p. 12).

5.7. Aduz que, ao entender pela declaração de inidoneidade da Health Nutrição e Serviços Ltda., este Tribunal parece ter ignorado por completo o depoimento prestado pela Sra. Márcia, no qual ela deixa clara a ausência de participação direta da Health Nutrição e Serviços Ltda. na elaboração e assinatura dos referidos orçamentos e a coação exercida pela Administração do Hospital (peça 114, p. 13).

5.8. Quanto ao fato de o orçamento apresentado pela recorrente ser anterior ao despacho proferido pelo administrador do serviço de nutrição e a ausência de garantia contratual no processo de dispensa de licitação, explica que o início da prestação dos serviços se deu antes da assinatura do contrato, em razão de requerimento e solicitação verbal feito pelo próprio Hospital Universitário (peça 114, p. 13).

5.9. Diz que o laudo pericial produzido nos autos da Produção Antecipada de Provas 0003709-07.2016-4.03.6000 atestou que o início da prestação dos serviços é muito anterior à data de assinatura do contrato (peça 114, p. 14).

5.10. Alega que o TCU não esclareceu as razões pelas quais entendeu que o Laudo Pericial Judicial demonstraria um direcionamento do certame à Health Nutrição e Serviços Ltda. (peça 114, p. 14).

5.11. Ao contrário, defende que o laudo pericial corrobora a narrativa da empresa ao longo de todo o procedimento: a recorrente agiu de boa-fé, iniciou seus serviços por solicitação verbal da administração hospitalar com o intuito de evitar o caos decorrente da falta de refeições, por deter o conhecimento necessário para tanto e estar situada em local próximo ao hospital (peça 114, p. 15).

Análise

5.12. Sobre a ausência de dano ao Erário e vantajosidade da presente contratação, já foi mencionado nesta análise que não foi verificada a ocorrência de prejuízo, inexistindo débito imputado aos responsáveis.

5.13. A empresa Health Nutrição e Serviços Ltda. foi ouvida nos presentes autos em razão da existência de indício de conluio entre as empresas e os responsáveis, com o objetivo de fraudar o procedimento de Dispensa de Licitação 20/2012 (peça 45).

5.14. Tal se deu pela ocorrência dos seguintes fatos (peça 45):

a) as propostas formuladas pelas empresas contém sistemática correlação entre os preços apresentados, pois os valores unitários dos itens da proposta da empresa Cheff Grill Refeições Express Ltda. (peça 16, p. 28-30) correspondem a 106% dos preços apresentados pela empresa Health Nutrição e Serviço Ltda. (peça 16, p. 22- 27) e os valores unitários dos itens da proposta da empresa GMD Sistema de Alimentação Ltda. EPP (peça 16, p. 31-36) correspondem a 104% dos preços apresentados pela Health Nutrição e Serviço Ltda.;

b) as três propostas apresentam formatação semelhante e uso de expressões comuns, como “INFANTIL 0 A 2 ANOS”, “INFANTIL 2 A 12 ANOS”, “DIETA GERAL”, “DIETA LÍQUIDA” e “DIETA HIPER HIPER”, sendo que tais expressões não constaram do documento

denominado “Solicitação de Compra”, contido na peça 17, p. 2-4, tampouco dos documentos anexos ao Despacho do então Administrador do Serviço de Nutrição e Dietética, datado de 8/12/2011 (peça 17, p. 5-12), que anotaram os quantitativos de refeições diárias, mensais e semestrais, e tais documentos definiram o objeto da aquisição;

c) as propostas das empresas GMD Sistema de Alimentação Ltda. e Health Nutrição e Serviço Ltda. foram emitidas respectivamente em 31/10/2011 e 4/11/2011, antes do despacho do Administrador do Serviço de Nutrição e Dietética, datado de 8/12/2011, que definiu os quantitativos e encaminhou os documentos à Divisão de Compras para providências;

d) vínculos societários, laborais e contábeis entre empresas à época do procedimento de dispensa de licitação.

5.15. A empresa afirma que, por ter sido contratada por meio de dispensa de licitação, não era obrigatória a apresentação de orçamentos do objeto contratado.

5.16. Novamente se destaca que o valor da contratação não foi objeto de discussão nos presentes autos.

5.17. Entretanto, foram verificadas irregularidades no processo de dispensa, no qual não houve a comprovação da situação de emergência, imprecisão do objeto do contrato, bem como foram apurados indícios de conluio para fraudar a licitação.

5.18. O Sr. Alceu Edison Torres, Administrador do Serviço de Nutrição e Dietética do hospital, ouvido em audiência no presente processo, que participou ativamente da contratação irregular da Health Nutrição e Serviço Ltda., foi também omissor na fiscalização do contrato e não obteve êxito em afastar as irregularidades. Diante do não afastamento das irregularidades a ele imputadas, houve a aplicação de multa e da sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal por cinco anos.

5.19. No que toca à correlação de preços ou termos utilizados nos orçamentos, a recorrente argumenta que houve coação da Sra. Márcia Cristina da Silva e Melo, que à época era funcionária da Health Nutrição e Serviços Ltda., pelo assessor da Diretoria Geral do Hospital Universitário, Sr. Rodrigo Soares de Freitas, e tal se comprova por depoimento no Inquérito Policial.

5.20. Deve-se destacar que tal achado foi apurado pela Controladoria-Geral da União constante no Relatório de peça 5, p. 8-9.

5.21. Houve a correlação de preços em quase todos os itens de serviços oferecidos entre as empresas proponentes, o que seria estatisticamente inverossímil numa cotação em moldes regulares.

5.22. Reforça o juízo quanto à irregularidade a formatação semelhante e uso de expressões comuns, bem como a emissão de propostas das empresas GMD Sistema de Alimentação Ltda. e Health Nutrição e Serviço Ltda. antes do despacho do Administrador do Serviço, em 8/12/2011 (peça 16, p. 5/9). Conforme destacado no relatório que fundamenta a deliberação combatida “*não é plausível crer que as empresas adivinhassem a futura contratação pelo Hospital e espontaneamente apresentassem as propostas, antes mesmo de se definir o objeto contratado*” (peça 89, p. 16).

5.23. Ademais, a Cheff Grill Refeições Express negou que a proposta juntada aos autos em seu nome fosse realmente sua, robustecendo os indícios de fraude (peça 64).

5.24. A recorrente alega que o TCU não esclareceu as razões pelas quais entendeu que o Laudo Pericial Judicial demonstraria um direcionamento do certame à Health Nutrição e Serviços Ltda.. Conforme já mencionado, o TCU se baseou em amplo arcabouço probatório no juízo quanto a ocorrência da irregularidade (Relatório de Demandas Externas 00211.000509/2012-19 da Controladoria Geral da União em Mato Grosso do Sul, Processo Administrativo 23104.052166/2011-18, e dos Inquéritos Policiais IPL 0235/2014-4 e IPL 142/2012 da Superintendência da Polícia Federal no Mato Grosso do Sul).

5.25. Entendeu-se que a informação contida no laudo pericial judicial no sentido de que o início da prestação dos serviços se deu antes da assinatura do contrato e tal foi confirmado pelo laudo pericial judicial (peça 85, p. 2) só corroborou a assertiva de que o procedimento foi direcionado para a contratação da empresa, tendo apenas a aparência de que houve uma pesquisa de preços (peça 88, p. 3).

5.26. Veja-se que o escopo da perícia foi por apurar *“a quantidade de refeições fornecidas pela empresa Health durante o período de vigência do contrato com o Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrosian - HUMAP e utilizando para tanto; como base de análise, as documentações de controle de ambos, como os Relatórios de Pedidos realizados pelo Serviço de Nutrição e Dietética, os Romaneios de Entrega e Notas Fiscais, dentre outros.”* (peça 85, p. 10).

5.27. Dessa forma o expediente não tratou dos indícios da fraude à licitação e, portanto, não infirma o juízo desta Corte de Contas.

5.28. Em relação à alegada coação, compulsando o Inquérito Policial, não é o que se verifica no depoimento da Sra. Márcia Cristina da Silva e Melo (peça 29, p. 170-171):

Na época a empresa HEALTH já estava fornecendo refeições ao HU/UFMS, ainda sem contrato formal, e RODRIGO SOARES DE FREITAS **pediu** à declarante que assinasse proposta de orçamento em nome de outra empresa que não fosse a HEALTH para que a HEALTH pudesse receber pelos serviços de refeições que estava prestando. Perguntado se trata de um orçamento simulado, ou seja, com preços fictícios, a declarante respondeu que RODRIGO SOARES DE FREITAS foi quem elaborou tal orçamento e os preços nele constantes e apresentou à declarante apenas para que esta assinasse tal proposta.

(...)

Mostradas as fls. 142 a 147 do Processo 23447.000727/2012-95, a declarante confirmou ter assinado tal orçamento em nome da empresa GMD. Novamente trata-se de orçamento que foi elaborado por RODRIGO SOARES DE FREITAS e apresentado à declarante para ser assinado por esta, para que a empresa HEALTH recebesse pelos serviços prestados por ela, pois esta não interrompeu a prestação de serviços entre o fim do contrato anterior e a celebração de um novo contrato.

(...)

Quando RODRIGO pediu à declarante para assinar o orçamento da GMD ele disse que era apenas "pró-forma", pois a empresa HEALTH já prestava serviços ao HU/UFMS, sendo que a declarante assinou o orçamento da GMD porque RODRIGO estava **"infernizando" a declarante, e esta assinou para ele "parar"**(grifos acrescidos)

5.29. A coação é um dos vícios do consentimento nos negócios jurídicos e caracteriza-se pelo constrangimento físico ou moral para alguém fazer algum ato sob o fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou a seus bens (art. 151 do Código Civil).

5.30. Do depoimento da Sra. Márcia Cristina da Silva e Melo não está demonstrada a ocorrência da coação. A afirmação de que assinou o orçamento porque Rodrigo estava "infernizando" e assinou para ele "parar" não evidencia fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa à sua família ou a seus bens.

5.31. Assim, se considera que não houve coação a fim de viciar a declaração de vontade.

Ausência de conduta dolosa a ensejar a sanção de declaração de inidoneidade

6. Alega que em nenhum momento foi comprovada qualquer conduta dolosa da Health Nutrição e Serviços Ltda. no sentido de fraudar processo licitatório (peça 114, p. 7).

6.1. Afirma que foi contratada de forma verbal para atender a uma emergência do Hospital Universitário, sob a guarida do princípio da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos (peça 114, p. 7).

6.2. Posteriormente, quando acreditou que receberia pelos serviços prestados, foi informada, pela diretoria do Hospital, que seria necessário formalizar tal contratação para que o pagamento devido fosse feito (peça 114, p. 8). Defende que regularizou a relação contratual já vigente e tal se constitui mero exaurimento de contratação administrativa anterior, já realizada (peça 114, p. 10).

6.3. Essa formalização se deu mediante Processo de Dispensa de Licitação, promovido inteiramente pela Administração do Hospital, sem qualquer ingerência da Health Nutrição e Serviços Ltda. (peça 114, p. 8).

6.4. Alega que agiu em situação de calamidade e com boa fé, tendo os serviços sido prestados, não havendo que se falar em fraude ou prejuízo ao Erário (peça 114, p. 8 e 9).

6.5. Argumenta que houve verdadeiro equívoco e confusão quanto ao momento exato em que a Administração Pública entendeu pela dispensa da licitação (peça 114, p. 8).

6.6. Defende que a dispensa da licitação por parte da administração do hospital ocorreu antes mesmo do contato com a Health Nutrição e Serviços Ltda., e se concretizou no momento da contratação verbal da empresa e subsequente início do fornecimento das alimentações ao Hospital Universitário, a fim de evitar o caos que se instalaria ali (peça 114, p. 9).

6.7. Atribui a responsabilidade das irregularidades ocorridas no processo de dispensa à administração do hospital (peça 114, p. 10).

6.8. Argumenta que, se a Health Nutrição e Serviços Ltda. estivesse em conluio com os funcionários do Hospital, ela não teria um crédito a receber de mais de R\$ 1 milhão pelos serviços efetivamente prestados por ela, valor este que está sendo cobrado judicialmente (peça 114, p. 10).

6.9. Aduz que, inexistindo conduta dolosa devidamente comprovada, não pode ser aplicada a penalidade da declaração de inidoneidade prevista no art. 46, da Lei 8.443/1992 (peça 114, p. 10). Colaciona aos autos excerto de julgado nesse sentido (peça 114, p. 11).

Análise

6.10. A recorrente atribui apenas à administração do hospital as irregularidades atinentes ao processo de dispensa de licitação.

6.11. Tal argumento não deve ser acatado.

6.12. Conforme se vislumbra dos autos, houve a responsabilização dos gestores responsáveis pela contratação.

6.13. Irregularidades como contratação direta de empresa especializada para fornecimento de refeições a pacientes, acompanhantes, funcionários e médicos do NHU/FUFMS, sem que a situação emergencial estivesse devidamente caracterizada, definição imprecisa e insuficiente do objeto da Dispensa de Licitação 20/2012, pagamentos realizados à empresa Health Nutrição e Serviços Ltda. sem a apresentação da garantia da execução contratual e omissão no dever de gerir e fiscalizar o Contrato 03/2012 foram atribuídas apenas aos gestores (peças 43-44).

6.14. Entretanto, a responsabilidade da empresa está devidamente evidenciada no que toca à fraude à licitação.

6.15. Esta participou do procedimento licitatório no qual a fraude à licitação se evidenciou pela existência de conluio entre as empresas participantes, tendo sido a empresa contratada.

6.16. As evidências apontadas no processo foram consideradas graves e demonstraram a intenção deliberada de fraudar o certame de dispensa de licitação em exame, conforme se verifica abaixo (peça 89, p. 20):

23. Considerando a documentação encaminhada pelo Departamento da Polícia Federal (Inquérito Policial 142/2012-SR/DPF/MS) e o teor do Acórdão 3.103/2013-TCU-Plenário, ambos relativos ao TC-018.967/2013-2 (Representação), e o exame técnico realizado das razões de justificativas relativas à oitiva da empresa Health Nutrição e Serviços Ltda. constante nos itens 16.11 e 16.27,

indicam que as evidências apontadas no processo são graves e demonstram que houve a intenção deliberada de fraudar o certame de dispensa de licitação em exame.

6.17. Nessa linha de entendimento, o dolo é o elemento subjetivo de sua conduta. Dessa forma, a sanção teve como fundamento o art. 46 da Lei 8.443/1992 c/c com o artigo 271 do Regimento Interno do TCU, não havendo que se falar em falta de fundamentos para a sua aplicação.

6.18. Assim, não há como ser acatado o argumento de inexistência de dolo e ocorrência de boa-fé.

6.19. Deve-se ressaltar, por fim que a prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude à licitação por meio de conluio de licitantes, o que conduz à declaração de inidoneidade das empresas para licitar com a Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992) – Acórdão 823/2019 – TCU – Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas.

6.20. A recorrente alega que há valor sendo cobrado judicialmente, o que afastaria a conclusão de que houve conluio com os funcionários do hospital.

6.21. Os argumentos não devem ser acatados, pois não foram apresentados elementos para descaracterizar as ocorrências que resultaram nos indícios de conluio entre os licitantes. A empresa não trouxe justificativas razoáveis para a correlação entre os preços apresentados, a formatação semelhante e uso de expressões comuns constante nas propostas comerciais.

6.22. O fato de haver ação judicial de ressarcimento, caso a responsável obtenha êxito judicialmente, vai evidenciar que houve a realização dos serviços sem o pagamento correspondente e tal juízo será realizado no âmbito do Poder Judiciário. Assim, o achado não foi afastado.

Ofensa à proporcionalidade na aplicação da declaração de inidoneidade.

7. Primeiramente, destaca que não houve razão para a aplicação da declaração de inidoneidade sendo que sua aplicação consiste em ofensa ao art. 5º, LIV, CF, pela ausência de atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (peça 114, p. 18 e 20).

7.1. Alternativamente, requer a redução da sanção (peça 114, p. 18). Traz um histórico acerca da atuação da empresa para demonstrar que a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Federal lhe ensejará irreparáveis e imensuráveis prejuízos (peça 114, p. 19).

7.2. Requer que seja acolhido o pedido de reexame, com a declaração de nulidade do acórdão, com a realização de novo julgamento, apreciando-se as provas não analisadas até o momento (peça 114, p. 20).

7.3. Alternativamente, caso assim não se entenda, a empresa pede a reforma do acórdão, com a revogação da declaração de inidoneidade da empresa, com o devido arquivamento deste processo administrativo (peça 114, p. 20).

Análise

7.4. Conforme já verificado, a recorrente não logrou êxito em afastar a fraude à licitação consubstanciada pelo conluio entre as licitantes.

7.5. Assim, não há que se falar em inexistência de fundamentos para a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade.

7.6. Deve-se destacar que a natureza da sanção prevista na Lei Orgânica do TCU não se confunde com a daquela prevista na Lei de Licitações e Contratos. Esse é o entendimento majoritário da doutrina. O Ministro Benjamin Zymler afirma que, enquanto a sanção de declaração de inidoneidade prevista na Lei 8.666/1993 é aplicada pela própria Administração Pública, a prevista na Lei Orgânica do TCU é aplicada pelo órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública, consoante previsão constante do art. 70 da CF/1988 (Direito Administrativo e Controle. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 318).

7.7. Veja-se que a sanção de declaração de inidoneidade foi imposta pelo período de 2 anos. O prazo máximo que o art. 46 da Lei 8.443/1992 disciplina é de 5 anos. O Ministro Relator considerou não haver dúvidas quanto à existência de evidências de que a empresa participou da fraude ao procedimento licitatório, por isso escoreita a aplicação da sanção (peça 88, p. 3):

20. A conclusão não é a mesma no que se refere à empresa Health Nutrição e Serviço Ltda., contratada pelo hospital. **As razões de justificativa apresentadas pela defendente não conseguiram afastar as evidências de que tenha participado da fraude ao procedimento.** Não foram apresentados argumentos que justificassem a extrema semelhança entre as propostas comerciais. Como bem afirmou a Secex/MS, “a correlação de preços em quase todos os itens de serviços oferecidos entre as empresas proponentes seria estatisticamente inverossímil numa cotação em moldes regulares”. Ademais sua proposta comercial foi emitida antes do despacho de Alceu Torres, administrador do serviço de nutrição e dietética, que definiu os quantitativos de refeições a serem contratados (grifos acrescidos).

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

8. A Health Nutrição e Serviços Ltda. informa que o endereço de seus patronos foi alterado, onde deverão receber as notificações relativas ao presente processo (peças 141 e 143).

CONCLUSÃO

9. No presente processo não houve a ocorrência de cerceamento de defesa, pois os documentos contidos nos autos foram analisados e foram devidamente respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa perante o TCU. Não se verifica, portanto, a ocorrência de nulidade no presente processo.

9.1. A alegada regularidade dos orçamentos apresentados no processo de dispensa e inexistência de dano ao Erário não justifica a irregularidade objeto da condenação da recorrente. Não foram afastados os indícios de conluio entre as licitantes e os responsáveis pela administração do hospital com a consequente fraude à licitação.

9.2. As evidências apontadas no processo foram consideradas graves e demonstraram que a intenção deliberada de fraudar o certame de dispensa de licitação em exame (peça 89, p. 20). A empresa não trouxe justificativas razoáveis para a correlação entre os preços apresentados, a formatação semelhante e uso de expressões comuns constante nas propostas comerciais. Não há como se falar, portanto, em inexistência de dolo e ocorrência de boa-fé.

9.3. A recorrente justifica a ofensa à proporcionalidade da sanção sob o argumento de que não existiram fundamentos para a sua aplicação. Entretanto, a situação verificada nos autos é de ocorrência da irregularidade e razões para a condenação.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, submete-se à consideração superior o pedido de reexame interposto por Health Nutrição e Serviços Ltda. contra o Acórdão 2501/2018-Plenário, propondo-se, com fundamento no artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU:

I – conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

II - retificar, por inexatidão material, o Acórdão 2501/2018- TCU-Plenário, de modo a excluir a duplicidade do item “9.3”;

III – dar ciência da deliberação que vier a ser adotada à Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul, ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - Regional Mato Grosso do Sul, à Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros e Desvios de Recursos Públicos da Superintendência da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul e à Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e aos demais interessados.”

É o Relatório.