

GABINETE CONSELHEIRO Ricardo Torres
Excelentíssimo Senhor Conselheiro

Ref.: Representação em face do Pregão Eletrônico nº 90221/2024/SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de material OPME: prótese de ombro com entrega em consignação com comodato de instrumentais e equipamentos para cirurgias especiais de ortopedia, a serem utilizadas nas unidades hospitalares pertencentes a Secretaria Municipal da Saúde de SP, para o período de 12 (doze) meses

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Representação protocolada pela empresa Ortospine Comércio Importação Exportação de Material Hospitalar Ltda., em face do Pregão Eletrônico (PE) nº 90221/2024/SMS (peça 03), cujo objeto era o registro de preços para o fornecimento de material OPME: prótese de ombro com entrega em consignação com comodato de instrumentais e equipamentos, para cirurgias especiais de ortopedia, a serem utilizados nas unidades hospitalares pertencentes à Secretaria Municipal da Saúde (SMS), para o período de 12 (doze) meses. A licitação foi instruída no Processo Administrativo SEI 6110.2024/0002124-6.

A petição apresentada pela Representante trata especificamente do item 4 do Edital, correspondente ao lote 2 (Sistema reverso de ombro para uso cimentado, com tamanhos e comprimentos variáveis).

A sessão pública realizou-se em 17.04.24 e teve como vencedor, no item acima indicado, a empresa Live Medicine Comércio e Importação de Produtos Cirúrgicos Médico Hospitalares.

A Auditoria concluiu, em sede de Relatório Conclusivo (peça 28), pela procedência da Representação.

O certame foi na sequência revogado, diante da ciência da análise do TCMSP, conforme publicado no Diário Oficial da Cidade (DOC) de 30.08,24 (SEI 109491702).

Um despacho de reabertura/retomada foi publicado no dia 24.09.24, com previsão de prosseguimento para o dia seguinte (25.09.24, às 9h) (SEI 111036223).

Posteriormente, houve republicação do Edital, em 26.09.24, com data prevista para abertura da sessão pública para o dia 08.10.24, às 14h (SEI 111197228).

Retornam os autos a esta Especializada em função de manifestação da Origem (Peça 37).

2. ANÁLISE

2.1. Falta de entrega tempestiva de documentos de habilitação

Manifestação da Origem (Peça 37 – fl. 13)

Ciente da análise conclusiva e da decisão do TCMSP, e visando a transparência nos atos praticados por esta 16ª CPL, daremos prosseguimento no Cancelamento das ATAS de Registro de Preços nºs 066/2024 e 067/2024 (109489613 e 109489786), bem como procederemos com o pedido de REVOGAÇÃO do procedimento licitatório PE nº 90221/2024.

Análise da Coordenadoria

Em face do despacho de revogação da licitação (SEI 109491702), publicado no DOC do dia 30.08.24, houve perda de objeto da presente Representação.

A questão a ser tratada aqui, todavia, diz respeito à responsabilização do Pregoeiro já indicada e caracterizada no Relatório Conclusivo (peça 28).

A Auditoria entende que, ainda que ocorra a perda de objeto da Representação, o processo de responsabilização do agente responsável deve prosseguir pelos atos a que deu causa.

Faz-se necessário, portanto, que o caso seja tratado tanto no âmbito administrativo (a) quanto penal (b).

a) A responsabilização perante o Tribunal de Contas.

O tratamento da questão no âmbito administrativo decorre da iniciativa do Tribunal de Contas da União (TCU) de avaliar a ocorrência do “erro grosseiro” nas suas decisões e revela a preocupação do órgão de controle no cumprimento do disposto no artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei nº 4.657/42), o qual estabelece que “o

agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Toda a questão é permeada pela construção de precedentes que definem ou que balizem comportamentos ou omissões de agentes públicos naquilo que seja esperado, escusável ou que não atendam a critérios de lisura na condução de atos administrativos.

No TCU, ainda não há uma uniformidade de critérios, merecendo registro o que restou consignado no voto condutor ao Acórdão 2012/2022 — 2ª Câmara, cujo relator, Ministro Antônio Anastasia, discorreu sobre as oscilações de entendimento da Corte de Contas quanto ao padrão de comportamento que deveria ser adotado como parâmetro para a caracterização do erro grosseiro (ou culpa grave).

Segundo o Ministro, ora o Tribunal recorre ao “padrão médio de diligência” como critério de aferição do erro grosseiro para imputar responsabilidade (Acórdão 1264/2019-Plenário, relator: Ministro Augusto Nardes, entre outros), ora se utiliza como referência o equívoco que pode ser percebido ou evitado por um gestor público com nível de diligência “abaixo do normal” ou “aquém do ordinário” (Acórdão 2391/2018-Plenário, relator: Ministro Benjamin Zymler, entre outros).

No presente caso, trata-se de violação voluntária e injustificada aos dispositivos do Edital. A falha foi reconhecida pelo próprio poder público, vez que revogou o certame, todavia as providências foram tomadas apenas depois da análise realizada pela auditoria deste Tribunal de Contas. Os pontos contestados pelo Representante já eram de conhecimento do Agente em questão por conta de recurso administrativo anteriormente interposto e que foi rejeitado sem maiores explicações.

Assim, a conduta do agente caracteriza-se como erro grosseiro, por violar disposições literais do Edital. Ademais, registra-se a insistência da conduta, pois os pontos apresentados na Representação já haviam sido contestados sem que houvesse qualquer reparação ou anulação dos atos ilegais cometidos.

Ademais, a responsabilização do Agente não está necessariamente ligada à ocorrência de dano direto ao Erário.

Em caso de referência, no julgamento do Acórdão 4958/2022-Primeira Câmara (TCU), da relatoria do ministro Augusto Sherman, a Corte de Contas julgou processo de representação em que se apurou, entre outras ocorrências, a elaboração de orçamento estimativo deficiente, amparado por pesquisa de preços restrita a cotações junto a potenciais fornecedores, sem que tivessem sido utilizadas outras fontes como parâmetro de preço de mercado, em desconformidade com Instrução Normativa nº 5, de 27/6/2014-MPOG, vigente à época, e com o entendimento consolidado da jurisprudência quanto ao procedimento.

Assim, por entender que a conduta poderia ser tipificada como erro grosseiro, nos termos do disposto no artigo 28 da LINDB (Decreto-lei nº 4.657/1942), o TCU decidiu aplicar aos gestores a multa prevista no artigo 58, inciso II, da LF nº 8.443/92.

A responsabilização financeira e o dever de indenizar estariam afeitos ao âmbito judicial, como se verá a seguir, já que se relacionam com a noção de culpa e dolo, nesse sentido:

A regra prevista no art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). Ac. 1958/2022 – TCU – Plenário.

No presente caso, há indícios de que não houve somente descuido por parte do Pregoeiro, houve uma ação consciente e deliberada de ignorar o previsto no Edital. Nesse sentido:

Nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei 13.655/2018, deve-se avaliar se houve dolo ou erro grosseiro. O TCU, interpretando esse dispositivo legal, "reconheceu que o conceito de erro grosseiro extrapola a mera conduta culposa entendida como aquela que se espera do gestor médio, caracterizando-se pela negligência extrema, pela conduta que poderia ser esperada até mesmo daquele homem extremamente descuidado e com nível de atenção aquém do normal", ou seja, o erro grosseiro é aquele que seria "evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio" (Acórdão 2872/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz).

Em face do ato, cabe a responsabilização do Agente na seara administrativa.

Além do reconhecimento de erro grosseiro e aplicação de multa por parte do Tribunal de Contas baseada apenas na análise do presente processo, a Auditoria entende o cabimento de instauração de sindicância para análise da conduta do Pregoeiro, que até o momento não forneceu suas razões para ter tomados as decisões aqui Representadas, e se verifique a apuração de eventuais prejuízos ao Erário, como mobilização de servidores para novo processo licitatório, compras emergenciais, etc.

b) Implicações no âmbito penal.

O âmbito de atuação dos Tribunais de Contas evoluiu no exercício de suas competências, levando-se em consideração o posicionamento de outros poderes, notadamente, o Judiciário.

Um dos casos com maior repercussão é o Recurso Extraordinário (RE) 636886/AL, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, em que além da discussão principal de imprescritibilidade de ações de ressarcimento no âmbito do TCU com base na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LF nº 8.429/92), incidentalmente orientou-se sobre a noção de culpa e dolo e sua interpretação pelos Tribunais de Contas:

[...] no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.[...]

[...] No procedimento instaurado pelo TCU, não se imputa a existência de ato de improbidade, nem tampouco se abre a possibilidade do fiscalizado defender-se, com todas as garantias do devido processo judicial, no sentido de eximir-se de dolo ou mesmo culpa [...]

Nesse sentido, a apuração da existência de culpa ou dolo, cujas existências não são cogitadas no âmbito administrativo acima discutido, se dão no âmbito judicial, com o patrocínio do Ministério público, seja nos casos de ação civil pública, seja em ações específicas dos chamados crimes licitatórios que saíram do âmbito da Lei de Licitações e passaram a compor o Código Penal.

No caso, há elementos que poderiam tipificar a conduta do pregoeiro em pelo menos um artigo do Código Penal:

Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Nota-se que o fato de o procedimento ter sido revogado e as Atas de Registro de Preço (ARP) canceladas não interferem em nada na configuração dos crimes previstos.

Quanto ao art. 337 – I, temos o seguinte¹:

O crime é de resultado, exigindo o impedimento, perturbação ou fraude do ato, mas não se indaga se a conduta causou, ou não, prejuízo econômico para a Administração. O prejuízo, se houver, configurará mero exaurimento do crime.

A doutrina admitia tentativa para a infração do art. 335, *caput*, do CP, que corresponde de certa forma, ao crime comentado, valendo a orientação para o texto atual, uma vez que se trata de crime material, observando, porém que no dispositivo revogado o que deveria ser impedido, perturbado ou fraudado era o próprio certame, bastando, agora, que qualquer ato o seja, de modo que as situações que anteriormente seriam de tentativa hoje podem configurar crime consumado.

A conduta culposa ou dolosa, em suas modalidades genérica e específica, deve ser apurada pelo Ministério Público.

Nota-se que o referido Órgão não possui apenas capacidade postulatória, mas também investigativa. De fato, a abertura de um inquérito civil é a maneira adequada de se avaliar tanto questões subjetivas de culpa e dolo, como financeiras e qual a cadeia de responsabilização no âmbito penal e civil, com a observância do devido processo legal.

Ambos os procedimentos, postulatório e investigativo, estão fora do âmbito de atuação de um Tribunal de Contas.

Assim, cabe ao Tribunal de Contas encaminhar a questão ao Ministério Público sempre que haja indícios de conduta ilícita, resultante de erro grosseiro, para que a apuração seja aprofundada.

¹ Op. Cit. Fls. 137/8.

Cabe ao Ministério Público o levantamento de evidências e investigação no âmbito da polícia judiciária a fim de formar sua convicção, eventualmente com o apoio técnico desta Corte.

3. CONCLUSÃO

Tendo em vista a revogação do certame e o cancelamento das ARP firmadas, entende-se que a presente Representação perdeu seu objeto. Contudo, ainda que a revogação seja ato discricionário da Administração, o caso enseja a necessidade de averiguação da responsabilização do agente envolvido, uma vez que foram constatados indícios de erro grosseiro, como registrado no Relatório Conclusivo (peça 28) e na presente análise.

Ademais, entendemos ainda pela necessidade de encaminhamento dos autos ao Ministério Público, em face dos indícios de conduta ilícita.

São Paulo, em 29/10/2024

ALLAN SIDNEY JOSÉ DE MELO SIGG
Auditor de Controle Externo
Coordenadoria IV

MARIANA MENDES CRUZ FERREIRA
Supervisora de Controle Externo 8
Coordenadoria IV

De acordo, em

LUIZ GUSTAVO DE OLIVEIRA VIEIRA
Coordenador de Controle Externo
Coordenadoria IV