

## ***RELATÓRIO FINAL***

### ***SINDICÂNCIA 008/2021***

#### APONTAMENTOS INICIAIS

Trata-se do Processo Administrativo Disciplinar, instaurado pela Portaria nº 013 – GP-CPSAA, de 23 de fevereiro de 2021, do Exmo. Sr. Prefeito Municipal, tendo por objetivo apurar eventual infração funcional de servidores relativas à contratação da empresa White Martins, por dispensa de licitação nº 205/2020, empenho nº 4836, pedido nº 1143/2020, para o fornecimento emergencial de oxigênio e nitrogênio para a Unidade Fernão Dias (antiga Casa do Idoso).

Conforme consta nos documentos inaugurais (fls. 02/150), em março de 2020, com o surgimento da pandemia de COVID-19, por determinação do Exmo. Prefeito, o imóvel anteriormente ocupado pela Casa do Idoso foi adequado para acolher os munícipes em estado grave de COVID-19.

Para atender a demanda repentinamente surgida com a pandemia de COVID-19, a empresa White Martins foi contratada de modo emergencial para, pelo período de dois meses, fornecer oxigênio e nitrogênio ao Hospital de Campanha Fernão Dias (fl. 41/47).

Na mesma época foram iniciados os procedimentos preparatórios a uma nova licitação apta a dar continuidade ao fornecimento dos gases medicinais quando findasse a contratação emergencial.

Em 14.09.2020 a empresa IBG assinou Ata de Registro de Preços nº 374/2020 tendo por objeto o fornecimento de oxigênio medicinal liquefeito nas

 1





unidades UPA Fazendinha e complexo composto pelo Hospital Santa Ana, Maternidade Santa Ana, PSI e AME (fl.06/19).

O Fundo Municipal de Saúde emitiu em 17.08.2020 e 09.09.2020 as requisições nº 4815/2020 e 5256/2020, ambas sobre a necessidade de contratação de sistema de produção de gases medicinais para o Hospital de Campanha Fernão Dias e contendo observação sobre a insuficiência da instalação do local não era apta a suportar a carga elétrica requerida pelos equipamentos médicos: *“Informações passadas pela engenharia (Secretaria de Obras), a edificação que aporta o CCC Fernão Dias não suportaria a instalação de um Módulo Gerador de Ar Comprimido Medicinal (compressor de ar) em razão de não possuir capacidade de tensão elétrica suficiente para suportar a instalação de tal equipamento. Assim a alternativa que restou foi a produção de AR medicinal a partir da mistura de Oxigênio e Nitrogênio, nas proporções recomendadas pelas normas vigentes, através de utilização de um sistema de mistura que não demanda consumo de energia elétrica”* (fl. 20/21).

Em documento datado de 14.10.2020 engenheiros civis dissertam sobre a rede elétrica da edificação e concluem pelo *“descarte da utilização de sistemas que utilizem motores desnecessários, como de compressores, já que existem soluções que não o necessitam”* (fl.23).

O Edital foi publicado em 01.10.2020, o Pregão foi realizado em 14.10.2020, tendo somente um participante: White Martins Gases Industriais Ltda. A negociação foi infrutífera, a proposta foi desclassificada e o certame findou fracassado (fls. 24/29).

De acordo com a informação constante o Memorando nº 3258/2020-SMS, de 10.10.2020, a Secretaria de Obras apresentou laudo técnico informando que não haveria tempo hábil para que a ENEL efetuasse o aumento da carga elétrica para a região, pois, demandaria estudos de impacto físico-financeiro e construção e instalação de um novo padrão de entrada (fl. 38).

No mesmo documento, a SMS explica que em reunião com as empresas fornecedoras de gases medicinais, ficou claro que a única empresa que poderia e estava



capacitada para atender a demanda, sem que fosse necessário efetuar a reforma na rede de eletricidade, era a White Martins, que se propôs a colocar dois tanques, um de oxigênio e outro de nitrogênio, além de um misturador, de modo a resolver a questão adequando a necessidade dos pacientes à capacidade elétrica do local (fl. 38).

Ainda no mesmo documento, a SMS informa que há apenas quatro empresas fornecedoras do produto: White Martins, Indústria Brasileira de Gases (IBG), Air Liquide, e Atmosfera (que opera apenas com torpedo).

Em 02.12.2020, novamente os engenheiros civis enviam à SMS esclarecimentos técnicos acerca da carga elétrica instalada na edificação onde estava localizado o Hospital de Campanha Fernão Dias: *“Para regularizar a entrada de energia de modo a comportar mais máquinas ou equipamentos são necessárias obras que envolvam a construção da cabine e obras pela concessionária de fornecimento de energia, prazos que superam 180 dias para realização dos processos burocráticos. Sendo assim, concluímos a necessidade de construção e instalação de novo padrão de entrada e atendimento da concessionária, para inclusão de qualquer equipamento ou motor”* (fl.130).

Nos autos do Processo Licitatório (fls. 203) há o Memorando nº3300/2020 – SMS, enviado pela SMS à SMCL em 15.12.2020, solicitando a retomada do P.E. 192/2020, tendo em vista que: *i) a contratação é imprescindível, urgente e vital; ii) as empresas IBG e Air Liquide manifestaram que não disponibilizam sistemas de misturação para produção de Ar Medicinal a partir de oxigênio e nitrogênio; iii) o sistema de misturação é o único possível a ser instalado no local porque a capacidade elétrica do local está saturada, de modo que não suportaria a instalação de um modulo gerador de ar comprimido medicinal; iv) foi feita negociação complementar com a White Martins, única participante do certame que atende às condições do Termo de Referência do P.E. 192/2020, no qual foi alcançada redução do valor da proposta.*

Em 15.12.2020 foi anulada a declaração de fracasso do certame e determinada a retomada para formalização dos valores ofertados e convocação da empresa para apresentação de documentos (fl.213/214). A decisão foi baseada nos

~~3~~

3



seguintes motivos: “(...) após a declaração de fracasso, foi recomendado que a SMS analisasse outras formas de contratação; Neste sentido, foi solicitado à Secretaria Municipal de Obras relatório formalizando os cálculos que demonstram a impossibilidade de utilização de outros meios de suprir a demanda existente no local (...); E em última tentativa desesperada de negociação, já que a SMS trata a demanda para atender os pacientes internados no Centro de Combate ao Coronavírus – Fernão Dias como “IMPRESINDÍVEL, URGENTE E VITAL” no documento enviado a esta SMCL, foi obtido após exaustiva tratativa o valor total de R\$ 488.000,00 em nova proposta enviada para a demanda do PE 192/2020. Dito isto, e considerando o relatório da Secretaria de Obras (que impossibilita qualquer forma de contratação sem uma longa e demorada solicitação para concessionária de energia elétrica), o Memorando 3300/2020 da Secretaria de Saúde que trata como indispensável a demanda dos gases, sob pena de arcarmos com a morte de pacientes em caso de falta dos gases medicinais, e a nova proposta enviada pela empresa White Martins Gases Industriais Ltda, que agora está dentro do total estimado à época da licitação”.

Em 16.12.2020 foram assinados os Termo de Adjudicação e Homologação (fls. 374/375 dos autos do processo licitatório). Em 29.12.2020 foi assinado o Contrato (fls. 395/403 dos autos do processo licitatório).

O parecer jurídico de fls. 143/148, datado de 17.12.2020, considerando os serviços efetivamente prestados e visando evitar o enriquecimento ilícito, deferiu o pagamento dos valores indenizatórios à empresa White Martins, mas recomendou que fossem apuradas eventuais infrações funcionais por parte dos envolvidos na contratação da White Martins por entender que não houve observância dos ditames legais que regulamentam o procedimento de dispensa de licitação e indeferiu o pleito de aditamento da ARP nº 374/2020 por não restar demonstrado que o quantitativo objeto do aditamento atenderia ao limite previsto no art. 65, I, b e § 1º da Lei nº 8.666/93 (aumento quantitativo do objeto limitado a 25%).

Instaurada a presente Sindicância (fl. 155), foi determinada análise dos procedimentos licitatórios e a oitiva de sete servidores. Por respeito à brevidade, aqui



não será retomado cada ponto da instrução processual, mas sim, serão abordados apenas aspectos de maior relevância. É o que se segue.

O Sr. Pedro Mathias, farmacêutico, esclareceu que a empresa White Martins é a única empresa no Estado de São Paulo que trabalha com o sistema de misturador de gases medicinais, por isso, foi contratada por dispensa de licitação e, após, foi a única empresa que compareceu na sessão de pregão eletrônico. Afirmou que antes que fosse realizada a segunda requisição, as empresas IBG e Air Liquide fizeram uma visita técnica no local a fim de apresentar orçamento. Contudo, não participaram do certame por causa da incapacidade técnica elétrica da edificação do local (fl. 180).

O Sr. Pedro Mathias apresentou documentos e planilha contendo a cronologia dos fatos (fls. 182/222) (posteriormente, tais documentos também foram entregues pelo Sr. José Carlos Misorelli, Secretário Municipal da Saúde).

Nestes, vê-se que a SMS e a SMO trabalharam juntas continuamente em busca de uma solução apta a suprir a demanda de gases medicinais do Hospital de Campanha Fernão Dias. Tem-se provas de tratativas com empresas fornecedoras, de desenvolvimento do processo licitatório e de tentativas de solucionar a questão da baixa capacidade elétrica do local.

Às fls. 196/200 e 209/211 há a troca de e-mails entre servidores e Air Liquide e IBG, nos quais as empresas afirmam não trabalhar com o sistema de misturador e, há também a resposta da White Martins contendo os aspectos técnicos necessários e a proposta.

À fl. 212 encontra-se laudo efetuado por engenheiros elétricos, contendo a seguinte conclusão: **“para regularizar a entrada de energia de modo a comportar mais máquinas ou equipamentos são necessárias obras que envolvam a construção da cabine e obras pela concessionária de serviços de energia, prazos que superam 180 dias para realização dos processos burocráticos. Sendo assim, concluímos a necessidade de construção e instalação de novo padrão de entrada e atendimento da concessionária, para inclusão de qualquer equipamento ou motor”.**



Às fls.213 há o Memorando nº 3300/2020- SMS enviado para SMCL, acerca da necessidade imprescindível, urgente e vital de contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento de gases hospitalares liquefeitos: oxigênio e nitrogênio. Neste, consta a informação sobre a incapacidade da instalação elétrica do local abarcar mais equipamentos, o que poderia gerar sobrecarga no sistema e, por tal motivo, devido ao sistema que utilizam demandarem mais carga elétrica disponível, as empresas IBG e Air Liquide não puderam atender a municipalidade, restando apenas a White Martins apta a atender à necessidade do hospital de campanha.

Às fls. 214/222 está o contrato assinado com a White Martins.

Às fls. 232/233 está o Memorando nº 901/2022-SMS no qual a SMS responde a questionamentos feitos pelo Sr. Presidente da Comissão. Neste, a SMS esclareceu que a IBG, após manifestar concordância com o fornecimento de oxigênio medicinal liquefeito ao hospital de campanha Fernão Dias por meio do aditamento à ARP nº 374/2020, acabou por não iniciar o fornecimento (o que evitaria a manutenção do fornecimento por meio da contratação direta com a White Martins), em razão da constatação da incapacidade elétrica do local: *“foi solicitado ao representante da IBG que fizesse uma vistoria nas instalações do imóvel para a instalação de um tanque com capacidade de 8.000m<sup>3</sup> para o fornecimento de oxigênio. Naquele momento era factível a instalação, mas tínhamos que providenciar a instalação de um compressor, onde nos deparamos com um problema técnico no fornecimento de energia elétrica. Em consulta aos engenheiros da SMO, pontualmente os Eng<sup>os</sup>. Ricardo e Allan, formularam um parecer informando que não haveria a menor possibilidade de inclusão do compressor, tendo em vista que a capacidade de fornecimento de energia elétrica pela ENEL de 75kVA não seria suficiente para atender às necessidades (Laudo exarado pela SMO em anexo). Diante do exposto, fomos obrigados a propor outra solução, pois não tínhamos nenhum outro local disponível para a instalação da UTI e mais de 90% das instalações já estavam concluídas, só faltando resolver a questão dos gases medicinais”*.



PREFEITURA DE  
SANTANA DE PARNAÍBA

O Sr. José Carlos Misorelli, Secretário Municipal de Saúde, ao comparecer perante esta comissão prestou declarações muito esclarecedoras sobre os fatos apurados.

Afirmou que na época dos fatos, no Hospital de Campanha Fernão Dias, se utilizava do sistema de fornecimento de oxigênio (em mistura com nitrogênio) da empresa White Martins. Para a empresa IBG substituir a empresa White Martins precisaria trocar todo o sistema previamente disponibilizado pela White Martins e aumentar a capacidade elétrica do local, o que posteriormente foi constatado ser inviável. A empresa IBG informou não ter condições de atuar sem que fosse efetuado o aumento da capacidade elétrica e a White Martins apresentou proposta de fornecer utilizando os equipamentos já instalados e sem a necessidade de aumentar a capacidade elétrica do local. Nesse contexto ocorreu a contratação emergencial da White Martins. Em outubro ocorreu o Pregão nº 192/2020, sem vencedor. *“Em novembro de 2020, tiveram reuniões entre a SMS e a SMO, por recomendação da SMCL para verificar a possibilidade de mudança do sistema de fornecimento de ar medicinal. Em 02 de dezembro de 2020, a SMO apresenta o laudo de incapacidade elétrica. Com esse laudo de dezembro de 2020, foi retomado o pregão 192/2020, em 29 de dezembro de 2020 foi assinado o contrato e em 04 de janeiro de 2021 foi a emissão de ordem de serviços para o fornecimento”*. Por fim, afirmou que **entre os anos de 2020 e 2021 foram atendidos cerca de 1200 pacientes no hospital de campanha** (fl. 241).

O engenheiro Ricardo Vertuan Santos compareceu perante a Comissão e reiterou o conteúdo do laudo técnico por ele assinado (fl. 253).

É a síntese do necessário, passamos à análise jurídica e deliberação.

### CONTEXTO FÁTICO E DIREITO À VIDA

Como é de conhecimento público e notório, diante da excepcionalidade da emergência em saúde pública gerada pela Pandemia de COVID-19, com sua gravidade atestada pelo alto índice de mortalidade produzido em escala global, o Poder Público foi levado a adotar medidas restritivas extremas para conter a disseminação da



9/20

doença (distanciamento social, fechamento de escolas e comércio, etc.). Medidas necessárias, mas que, diante da rapidez do contágio do novo vírus, não evitaram o aumento de gastos com a saúde pública.

O enfrentamento da grave crise sanitária elevou sobremaneira os gastos em saúde pública no escopo de prestar atendimento à saúde da população doente. Foram necessários elevados gastos com equipamentos médicos (respiradores, equipamentos de proteção individual para profissionais de saúde, ampliação de leitos de UTI, etc.), gases medicinais e recursos humanos. E isso em meio à previsão de queda na arrecadação de impostos em razão da paralisação de atividades econômicas.

Em virtude da gravidade e excepcionalidade da pandemia, o Governo Federal editou a Lei nº 13.979/2020, que em seu artigo 3º, autorizou as autoridades públicas a adotarem medidas urgentes, e até mesmo questionáveis juridicamente, por restringirem direitos fundamentais, como por exemplo, o direito de ir e vir, o livre exercício da atividade religiosa e da atividade econômica. Tais medidas foram autorizadas considerando a necessidade de preservação de um bem maior: a preservação da vida humana.

Naquele momento, estávamos diante de um novo vírus com índices de contaminação alarmantes que extrapolavam a capacidade de atendimento hospitalar necessária frente à quantidade de pessoas doentes. Recordar-se que este cenário de hospitais lotados se deu em âmbito mundial, não se restringindo aos leitos da rede desta municipalidade.

Assim, tais restrições foram o meio encontrado pelo Poder Público para tentar reduzir os índices de contaminação e, assim, poder prestar atendimento médico hospitalar a todos que necessitassem, visando o bem maior: a preservação da vida humana.

Diante da realidade totalmente atípica, a discricionariedade do administrador foi ampliada, no escopo de buscar soluções imediatas e urgentes para a preservação de vidas.



Apesar da ampla discricionariedade ofertada pelo legislador à Administração Pública na adoção de medidas voltadas ao combate à pandemia e nas contratações relacionadas a tal objeto, as decisões adotadas devem guardar sintonia com a lei e princípios administrativos, o que será revelado a partir da motivação, que requer argumentação apoiada em razões efetivamente existentes e consequentemente sustentáveis.

Considerando a excepcionalidade da situação de emergência em saúde pública, caberia ao administrador fazer escolhas, priorizando aquela que melhor atendesse ao interesse público, que no caso presente se mostra ser a contratação do fornecimento de gases medicinais necessários ao tratamento dos doentes internados, em buscar da preservação da vida.

Deste modo, não corresponde ao conceito de equidade, tampouco se amolda ao princípio da razoabilidade, punir o servidor responsável pela escolha na priorização de atendimento à situação de calamidade pública, em detrimento de possibilitar mais participantes no certame, o que por meses impossibilitaria o tratamento de doentes graves, sem ter efetiva perspectiva e data certa para o término da reforma elétrica a ser efetuada pela ENEEL que tornaria a edificação apta a receber o fornecimento de gases medicinais por diferentes empresas.

Considere-se, ainda, que o fato de ter sido realizado certame na modalidade pregão presencial não gerou nenhum prejuízo ao erário público, haja vista que o possibilitou negociação de preços com a única fornecedora que atendia às limitações físicas do imóvel. Caso fosse efetuado certame por dispensa de licitação, o contrato seria assinado pela mesma empresa. Não se pretende aqui diminuir a importância do princípio da legalidade, contudo, no caso concreto, a observância do rigor legal não causaria nenhum benefício à Administração. Inquestionavelmente, levaria ao mesmo resultado.

No caso excepcional, naquele momento caótico, o importante era a contratação do serviço que possibilitaria salvar vidas. Conduta reprovável do administrador público seria deixar de esgotar toda capacidade de atendimento a



munícipes acometidos pela gravidade da nova doença, em prol da observância apenas de procedimentos legais. Seriam afastados os direitos a saúde e a vida e, conseqüentemente, o interesse público e, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apenas para priorizar a legalidade estrita aqui consubstanciada na observância às normas que regulamentam o procedimento de dispensa de licitação ou para possibilitar a participação de mais empresas no certame, haveria enorme lapso temporal sem prestação do serviço, para que fosse possível readequar o imóvel para viabilizar a participação de mais empresas no certame.

Qualquer opção que impedisse ou atrasasse a entrega de gases medicinais, teria o resultado inquestionável de mortes que poderiam possivelmente ter sido evitadas, tendo em vista que o Sr. José Carlos Misorelli, Secretário Municipal de Saúde, ao comparecer perante a Comissão, afirmou que entre os anos de 2020 e 2021 foram atendidos cerca de 1200 pacientes no Hospital de Campanha Fernão Dias.

De todo o apurado, vê-se que a SMS, SMO e SMCL trabalharam continuamente visando uma solução para suprir a demanda de gases medicinais do Hospital de Campanha Fernão Dias, considerando que não havia tempo hábil para que a ENEEL promovesse as adequações elétricas necessárias, uma vez que o prazo superava 180 dias e que não havia outra empresa apta a prestar o serviço sem que fosse efetuada tal reforma. Há provas de tentativas de tratativas com as empresas IBG e Air Liquide, nas quais afirmam que não possuíam sistema adequado à baixa capacidade elétrica do local.

O laudo técnico assinado por dois engenheiros atesta a necessidade de obras na rede elétrica e os servidores ouvidos também confirmaram a problemática decorrente da rede elétrica, incluindo, o Sr. Ricardo Vertuan que reiterou o conteúdo do laudo.

Diante da urgência no fornecimento dos gases medicinais, insumo inquestionavelmente necessário ao atendimento dos munícipes acometidos pela COVID-19, considerando tratar-se de direito constitucional à vida e a saúde, fez-se

 10







572

necessário mitigar e até o sacrificar outros direitos e princípios em prol de um bem maior, sem o qual, nenhum outro existe: a vida humana.

No caso, na situação de calamidade pública devido à pandemia de COVID-19, outros direitos também foram mitigados a fim da preservação da vida e da saúde, como por exemplo, a liberdade de ir e vir.

*In casu*, os gestores estavam diante de uma hipótese de dispensa de licitação prevista no artigo 4º da Lei nº 13.979/2020 e artigos 2º e 3º da Lei nº 4.347/2020 e, ainda que, em tese, procedimentos legais não tenham sido rigorosamente seguidos, havia a urgência na preservação da vida dos munícipes, o que demandava ações rápidas e eficientes.

Assim, em todo país, fez-se necessário mitigar valores e princípios que na situação concreta são de menor relevância em prol do direito à saúde pública e à vida, que necessitavam de ação imediata por parte do Poder Público para serem garantidos.

*In caso*, a escolha promovida atendeu ao interesse público local, considerando que não se tem notícia de que tenha havido o falecimento de munícipes em virtude de ausência de gases medicinais, equipamentos e insumos necessários ao atendimento da situação de calamidade pública gerada pela pandemia de COVID-19.

Como é de conhecimento geral na época da pandemia o oxigênio era suprimento essencial para o tratamento adequado da doença em estágio grave. Sabe-se, também, que muitas pessoas que poderiam possivelmente ter resistido à doença, morreram em decorrência da falta de oxigênio que, na época, ocorreu em diversos locais do mundo.

Como exemplo, é de ciência de todos brasileiros que o Estado do Amazonas vivenciou uma crise de falta de estoque de oxigênio que vitimou muitas pessoas, gerando comoção nacional, estampando todos os noticiários e mobilizando todos que de algum modo queriam ajudar.

16



Portanto, não há dúvidas sobre a essencialidade da disponibilização de oxigênio aos pacientes acometidos pela gravidade da doença. Sendo assim, considerando a realidade que lhes era apresentada, os gestores tomaram as medidas adequadas, dentro da reserva do possível, proporcionais e necessárias para resguardar a vida de seus administrados e, ressalta-se, as atitudes tomadas não geraram nenhuma espécie de dano para a Administração, tampouco para os administrados que foram beneficiados com o serviço de extrema necessidade naquele momento.

Nesse contexto, necessário se faz ressaltar o disposto no artigo 22 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, *in verbis*:

*Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)*

*§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*

*§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*

*§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*

M

12



Extrai-se dos dispositivos legais suprarreferidos que a atividade administrativa não deve ser estática e sim dinâmica, a fim de conferir maior flexibilidade aos gestores públicos em suas decisões, garantindo no julgamento de sua conduta a avaliação das circunstâncias concretas que permearam cada uma delas e as dificuldades enfrentadas para estabelecê-las. Encorajando, deste modo, o Administrador probo a tomar decisões que melhor atendam ao interesse público e os problemas verificados no momento em que tomou sua decisão.

Com vistas a balizar a responsabilização do agente público, o artigo 28 da LINDB, prevê:

*“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”*

Deste modo, não é qualquer conduta funcional que será capaz de estabelecer a responsabilização do servidor. Sobre o assunto, a doutrina criou a expressão *“direito administrativo do medo”*:

*“A terminologia “direito administrativo do medo” foi propugnada pelo teórico Rodrigo Valgas Santos, o qual afirma que este “medo” existente durante a atuação administrativa do gestor se dá em decorrência de um “controle externo disfuncional”.*

*Segundo o referido autor, esta disfuncionalidade se dá em razão das múltiplas instâncias controladoras elencadas pelo constituinte originário, as quais são compostos pelos Tribunais de Contas, Controladorias Internas, Ministério Público, Judiciário e as próprias procuradorias vinculados aos órgãos administrativos.*

*Esse controle exercido por diversas esferas acaba engessando a atuação do gestor público, que se vê paralisado pelo medo de ser responsabilizado pelas decisões que vier a tomar no exercício de suas funções, ainda que tenha as tomado imbuído de boa-fé. Pois, uma conduta que é vista como legítima e legal por uma das esferas de*



*controle pode ser reputada ilegal ou ilegítima por outra esfera, acarretando uma responsabilização do agente público que a realizou.*

*Por sua vez, a acepção do “apagão das canetas” é a consequência prática do direito administrativo do medo, na medida em que o cenário de insegurança acerca do posicionamento das inúmeras esferas de controle sobre a atuação do agente público, faz com que ele não decida.*

*Segundo a doutrina administrativista, essa técnica de fugir das decisões administrativas tem sido adotada de forma deliberada pelos agentes públicos, os quais deixam de decidir por medo da responsabilização.*

*Este “apagão das canetas” gera graves consequências para a gestão pública, implicando em violação ao interesse público primário e violação de direitos dos administrados e, por essa razão, que os agentes públicos apesar de fazer uso dessa técnica não assumem esta postura publicamente, pois, também poderia implicar em uma responsabilização por omissão.”<sup>1</sup>*

Em brilhante artigo Gustavo Binembojm e André Cyrino<sup>2</sup>, tecem interessantes considerações sobre o fenômeno conhecido como “apagão das canetas”, causador de temor e inação por parte de gestores públicos, e a necessidade de se estabelecer mecanismos de proteção ao gestor probo:

*“O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge nesse cenário. Era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir. O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não se querer assumir o risco*

<sup>1</sup> <https://revisaopge.com.br/o-que-e-direito-administrativo-do-medo-e-a-teoria-do-apagao-das-canetas/>  
Acesso em 02 de fevereiro de 2023

<sup>2</sup> BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. Rev. Direito Adm. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224. FGV: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318>> Acesso em 20 de dezembro de 2022.



203  
h

*do erro. Com efeito, o rigoroso sistema de controles administrativos, que nem sempre é suficiente para inibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças. Dorme tranquilo quem indefere, dizia Marcos Juruena.*

*O art. 28, LINDB, tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações. Para que ele possa assumir o risco de deferir e dormir bem. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações etc.). A LINDB, no seu art. 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no trato da coisa pública.*

#### IV. Conclusão:

*O art. 28 da LINDB constitui espécie de cláusula geral do erro administrativo. Seu escopo, como tal, é oferecer segurança jurídica ao agente público com boas motivações, mas falível como qualquer pessoa. Assim, criam-se os incentivos institucionais necessários à promoção da inovação e à atração de gestores capacitados.*

*De um lado, a responsabilização do agente público nos casos de dolo e erro grosseiro tem o efeito de reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave. De outro lado, admitir o erro, salvo quando grosseiro, é impedir que as carreiras públicas se tornem armadilhas para pessoas honestas, capazes e bem intencionadas.”*

Exemplificando as consequências negativas do fenômeno - “apagão das canetas”, Daniel Goldberg<sup>3</sup>, acrescenta:

*“O noticiário da semana veio povoado de escândalos de corrupção associados à compra de equipamentos médicos, respiradores,*

<sup>3</sup> Disponível em: <<https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/exame-in/apagao-da-caneta-fazvitimas-todos-os-dias-no-brasil/amp/>> Acesso em 20 de dezembro de 2022.



*ventiladores e máscaras. Gente jogando dinheiro vivo pela janela durante operações de busca e apreensão. De embrulhar o estômago. Preocupante e trágico que, em meio a uma das maiores crises sanitárias de nossa história, aproveitadores de toda sorte se juntem a servidores desonestos para desviar recursos públicos.*

*Em uma conversa com um governador na semana passada, me dei conta de uma outra tragédia em curso — e essa não será discutida nos jornais nem mostrada nos noticiários. Quando perguntado pelo grupo acerca do nível de testagem para a covid-19 em seu estado, me disse esse governador: “Aqui paramos de comprar testes e também máscaras. Ninguém na Secretaria de Saúde quer assinar nada. Como a procura por equipamentos médicos subiu muito e os preços perderam a referência, todo mundo está apavorado com acusações de superfaturamento”.*

Portanto, a inação do agente público motivada pelo medo de tomar decisões supostamente conflituosas, mas necessárias para o atendimento do interesse público também pode dar margem a danos irreparáveis a atividade administrativa.

Importante ressaltar, que muito embora a atividade administrativa esteja alicerçada no princípio da legalidade, a lei não contém toda a atividade administrativa diante da dimensão de possibilidades fáticas que podem ser trazidas à apreciação do gestor. Podemos citar como exemplo, a atividade regulatória da economia, que requer proatividade na identificação de problemas e no alcance de possíveis soluções.

Diante da complexidade do momento crítico, considerando a relevância de naquele momento haver necessidade de que decisões referentes a procedimentos visando à saúde pública serem tomadas com maior celeridade, não se vislumbra erro grosseiro, dolo ou culpa dos gestores das Secretarias Municipais de Saúde (SMS), de Obras (SMO) e de Compras e Licitações (SMCL), que amparem a imputação de responsabilidade administrativa funcional.

Pelo contrário, constata-se que foram tomadas as medidas necessárias para solucionar o problema que se apresentava, dentro da reserva do possível e com a

celeridade imposta pela situação excepcional e visando o interesse dos administrados, que naquele momento era o maior dos direitos: a vida humana.

## ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

Para que surja a responsabilidade administrativa funcional não é suficiente que o comportamento violador atribuído ao servidor se amolde ao ilícito administrativo previsto em lei, também é de extrema importância a apreciação de elementos subjetivos, tais como o dolo e a culpa.

A conduta dolosa é aquela realizada pelo servidor almejando a produção do ilícito administrativo, ou ainda, quando com sua conduta prevê o resultado ilícito, e o ignora, assumindo o risco de sua ocorrência.

Por sua vez, a culpa é verificada quando a violação do dever funcional decorrer de negligência, imprudência ou imperícia.

Logo, a responsabilidade administrativa funcional não é objetiva, conforme orienta Antônio Carlos Alencar Carvalho<sup>4</sup>:

***“A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA/DISCIPLINAR NÃO É OBJETIVA (INDEPENDENTE DE CULPA). Reclama-se consciência de agir e liberdade de ação do servidor infrator a inexistência de conduta diversa (culpabilidade) e falta de uma causa justificadora (excludentes de ilicitude) para a prática da infração disciplinar.”***

Em reforço a este entendimento, a Lei nº 13.655/18 que acrescentou à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro os artigos 20 a 30, tem o declarado propósito de conferir maior segurança jurídica na regulamentação, interpretação e aplicação da legislação de Direito Público.

<sup>4</sup> Manual de Processo Administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública. 7. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 197.



88

Tanto é assim, que o artigo 22 da LINDB estabeleceu que os obstáculos e as dificuldades reais do gestor deverão ser levados em consideração quando da interpretação de normas de gestão pública, portanto, prevê um importante vetor para a apuração de responsabilidade administrativa.

Por sua vez, o Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o disposto nos artigos 20 a 30 do Decreto nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (LINDB), ao regulamentar a responsabilização do servidor, em seu artigo 12 detalha os requisitos de responsabilização – dolo ou erro grosseiro, este último caracterizado como culpa grave em decorrência de elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

*“Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro*

*Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.*

*§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.*

*§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.*

*§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.*

*§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.*

*§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.*



§ 6º *A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.*

§ 7º *No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.*

§ 8º *O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.”*

Com maior razão, em tempos de pandemia de COVID-19, necessário se faz a aplicação de tais dispositivos legais, a fim de verificar se a atuação do administrador se deu em conformidade com o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, frente às dificuldades enfrentadas em decorrência da situação de calamidade pública.

O que se exige do Administrador Público é que em seu atuar tenha visado atender às necessidades impostas no momento de sua decisão, sendo ela exigível e razoável a fim de atender o interesse público, como no caso em exame, em que a conduta dos servidores, foi prudente, razoável e tendenciosa ao atendimento do interesse público do momento - garantir o suprimento de oxigênio para os doentes acometidos pela COVID-19.

Assim, muito embora tenha havido erro de interpretação na aplicação da legislação de regência, tal fato por si só não foi preponderante para consubstanciar infração funcional, diante da situação excepcional que se impunha.

Até mesmo porque, o erro grosseiro está intrinsecamente ligado a um agir com desleixo, incúria, desmazelo, desprezo à coisa pública – o que não ficou comprovado. Um exemplo permitirá aclarar o conceito: suponha que o gestor, no encerramento do exercício financeiro, receba descentralizações vultosas para aquisição de gêneros alimentícios. A fim de não “perder” tais recursos orçamentários, faz



aquisições bem acima da sua capacidade de estoque, resultando na deterioração de itens perecíveis, em razão da perda de validade. Nessa hipótese, restaria caracterizado o erro grosseiro.

Acerca da responsabilidade funcional em caso de erro administrativo, ensinam Gustavo Binembojm e Pedro de Hollanda Dionisio<sup>5</sup>:

*“Assim como ocorre na avaliação da higidez do ato administrativo, o erro não terá como resultado necessário a responsabilização pessoal do agente público. Erro e culpa são conceitos que não se confundem e o equívoco pode ou não ser acompanhado do elemento subjetivo.*

*No caso de erros inevitáveis, a ausência de responsabilização pessoal tem como fundamento a inexistência de imprudência, negligência ou imperícia no comportamento do agente público. Com efeito, a presença da culpa pressupõe que o agente tenha condições objetivas e razoáveis de prever e, sobretudo, evitar que o resultado indesejado aconteça.”*

Diante disso, não se vislumbra responsabilidade administrativa funcional, por absoluta ausência de ilícito funcional, inviabilizando, deste modo, a imposição de responsabilidade funcional aos servidores envolvidos na contratação da White Martins.

## DA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO

Conforme apurado em regular instrução processual, houve efetivo cumprimento dos objetivos do programa com o fornecimento dos gases medicinais no hospital de campanha, atendendo a contento os munícipes que necessitaram de atendimento hospitalar.

<sup>5</sup> BINENBOJM, Gustavo e DIONISIO, Pedro de Hollanda. Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 109-135, maio/ago. 2021; p. 120. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/84493/80106>> Acesso em 03 de fevereiro de 2023.

282



PREFEITURA DE  
SANTANA DE PARNAÍBA



Portanto, o para todo o dispêndio de recursos públicos houve a correspondente contrapartida por parte da White Martins que, frisa-se, era a única empresa apta a prestar o serviço naquele hospital de campanha. Assim, não resta consubstanciado dano ao erário.

A lesão ao erário deve ser traduzida em dano econômico-financeiro direto, e sem a prova incontestada da perda patrimonial, devido à apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração, por ato revestido de má-fé e desonestidade, posto que do contrário, o ato se reveste de mera irregularidade ou mera ilegalidade administrativa desprovida de motivação subjetiva.

Nesse sentido:

*“ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE.*

*1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.*

*2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.*

*3. Embargos de divergência providos.*

*(REsp n. 260.821/SP, relator Ministro Luiz Fux, relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, julgado em 23/11/2005, DJ de 13/2/2006, p. 654.)”*

252 X

No caso em exame não se vislumbra conduta dolosa no intuito de causar prejuízo ao erário, tampouco o prejuízo financeiro efetivamente existiu, posto que houve uma efetiva contraprestação pela empresa contratada.

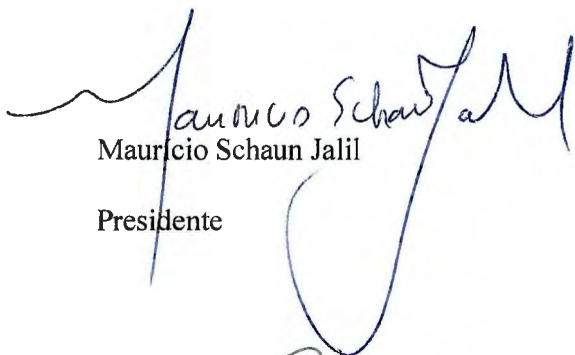
**CONCLUSÃO**

**SENHOR PREFEITO**

Ante a todo o exposto, a Comissão Permanente de Sindicância, por unanimidade, delibera **ARQUIVAMENTO** da Sindicância nº 008/2021, com supedâneo nos artigos 164, Parágrafo Único, Artigo 165, §1º, I, e 169, §2º, todos da todos do Estatuto dos Servidores Públicos de Santana de Parnaíba – Lei Complementar Municipal nº 034/2011.

Salvo melhor juízo, é a conclusão.

Santana de Parnaíba, 03 de fevereiro de 2023.



Maurício Schaun Jalil

Presidente




Herbert de Aquino Vieira

Membro



Mônica Olinda Oliveira Figueira

Membro



André Lourenço Corrêa

Membro



PREFEITURA DE  
SANTANA DE PARNAÍBA

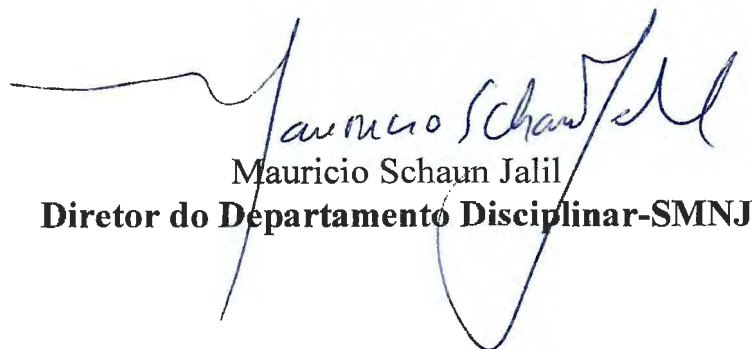
**Circular Interna n.º 054/2023 – C.P.P.A. – SMNJ**  
**O.S n.º 19.061/2021**

Santana de Parnaíba, 03 de fevereiro de 2023.

**À**  
**Secretária Municipal de Negócios Jurídicos**  
**Dra. Veronica Mutti Calderaro Teixeira Koishi**

Vimos, pelo presente, encaminhar a Vossa Senhoria, o Processo de Sindicância n.º 008/2021, para conhecimento e determinação do Excelentíssimo Senhor Prefeito.

Desde já renovamos nossos protestos de elevada estima e consideração.

  
Mauricio Schaun Jalil  
Diretor do Departamento Disciplinar-SMNJ

SINDICÂNCIA Nº 008/2021

Portaria nº 013-GP-CPSAA, de 23 de fevereiro de 2021.

Trata-se de Sindicância instaurada para a apuração de responsabilidades funcionais em virtude da contratação da empresa White Martins, por dispensa de licitação nº 205/2020, empenho nº 4836, pedido nº 1143/2020, para o fornecimento emergencial de oxigênio e nitrogênio para o Hospital de Campanha Fernão Dias (antiga Casa do Idoso).

Com o surgimento da pandemia de COVID-19, o imóvel onde antes era alocada a Casa do Idoso passou por reformas e adequações para que fosse implantado o Hospital de Campanha Fernão Dias para acolher os munícipes acometidos pela forma grave da doença.

A empresa White Martins Gases Industriais Ltda. foi contratada de modo emergencial para que efetuasse, pelo período de dois meses, o suprimento de oxigênio aos pacientes internados no local.

Na mesma época, foi dado início aos procedimentos preparatórios para a realização de certame para contratar empresa para o fornecimento de gases medicinais quando findasse os dois meses em que a White Martins atuaria.

Nesse ínterim foi constatada impossibilidade de a rede elétrica instalada no local da edificação suportar a instalação de um Módulo Gerador de Ar Comprimido Medicinal (compressor de ar), em razão de não possuir capacidade de tensão elétrica suficiente para suportar a instalação de tal equipamento.

A Secretaria de Obras apresentou laudo técnico informando que não haveria tempo hábil para que a ENEL efetuasse o aumento da carga elétrica para a região, pois, demandaria estudos de impacto físico-financeiro, construção e instalação de um novo padrão de entrada. Apenas para solucionar as questões burocráticas, o prazo superaria 180 dias. Prazo evidentemente excessivo e inconcebível naquela situação de calamidade pública.



253  
H

Assim, única solução possível seria a produção de AR medicinal a partir da mistura de Oxigênio e Nitrogênio, por meio de um sistema de mistura que não demanda consumo de energia elétrica.

Há somente quatro empresas fornecedoras de oxigênio medicinal, sendo que única empresa apta a prestar o serviço por meio do sistema de mistura era a White Martins.

O Pregão Eletrônico nº 192/2020 restou fracassado. No entanto, após posteriores negociações com a única empresa que compareceu ao certame, a White Martins, foi alcançada redução dos preços suficiente para que o valor ficasse enquadrado no valor total estimado. Retomou-se o certame e foi contratada a referida empresa.

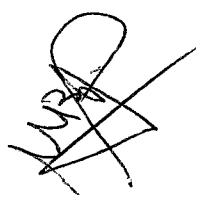
Considerando a excepcionalidade da situação de emergência em saúde pública, caberia ao administrador fazer escolhas, priorizando aquela que melhor atendesse ao interesse público, que, no caso, era a contratação do fornecimento de gases medicinais necessários ao tratamento dos doentes internados, em busca da preservação da vida.

De toda instrução processual, foi possível verificar que os servidores atuaram visando o interesse público (a preservação da vida dos munícipes), para que não houvesse interrupção no fornecimento de oxigênio aos pacientes acometidos pela COVID-19. Qualquer outra solução poderia resultar em perdas de vidas humanas.

Considere-se, ainda, que o fato de ter sido realizado certame na modalidade pregão presencial não gerou nenhum prejuízo ao erário público, tendo, inclusive, possibilitado negociação com a empresa.

Há também que considerar que caso o certame fosse pela modalidade dispensa de licitação, o contrato seria assinado pela mesma empresa, tendo em vista ser a única a fornecer o sistema suportado pela edificação. Além disso, o serviço foi devidamente prestado pela empresa contratada.

Não se pretende aqui diminuir a importância do princípio da legalidade, contudo, no caso concreto, a observância do rigor legal não causaria nenhum benefício à



Administração. Inquestionavelmente, levaria ao mesmo resultado. Por conseguinte, a inobservância não gerou nenhuma espécie de lesão à Administração.

Naquele momento caótico o importante era a contratação do serviço que possibilitaria salvar vidas. Conduta reprovável do administrador público seria deixar de esgotar toda capacidade de atendimento a munícipes acometidos pela gravidade da nova doença, em prol da observância apenas de procedimentos legais. Seriam afastados os direitos a saúde e a vida e, conseqüentemente, o interesse público e, também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apenas para priorizar a legalidade estrita aqui consubstanciada na observância às normas que regulamentam o procedimento de dispensa de licitação.

Do mesmo modo seria se a Administração optasse pela reforma da rede elétrica do imóvel para possibilitar a participação de mais empresas no certame: haveria enorme lapso temporal sem a efetiva prestação do serviço. Evidente que tal caminho ofenderia os direitos e princípios supramencionados.

Sendo assim, não há nada que desabone as condutas dos gestores municipais. Não há nenhum ato passível a configurar a prática de infração funcional.

Considerando todo apurado, a Comissão Permanente de Sindicância opinou, por unanimidade, pelo arquivamento da Sindicância nº 008/2021, com supedâneo nos artigos 164, Parágrafo Único, Artigo 165, §1º, I, e 169, §2º, todos da todos da Lei Complementar Municipal nº 034/2011.

Considerando todo o exposto, acolho integralmente a Conclusão de fls. 269/291, exarada pela Nobre Comissão e DETERMINO o **ARQUIVAMENTO** da SINDICÂNCIA nº 008/2021, pelos fatos e fundamentos jurídicos já examinados pela Comissão.

Para conhecimento e providências.

Santana de Parnaíba, 08 de fevereiro de 2023.

  
ANTONIO MARCOS BATISTA PEREIRA

Prefeito Municipal