

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 012.309/2012-5

Natureza: Embargos de declaração (Representação)

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

Responsáveis: Adilson Shigueyassu Aguni (298.148.711-68); Antonio Carlos Machado (294.854.011-91); José Carlos Dorsa Vieira Pontes (368.454.421-34); Marcelino Chehoud Ibrahim (447.664.751-00); Pedro Alcantara Soares Morel (173.820.251-87)

Embargante: José Carlos Dorsa Vieira Pontes (368.454.421-34)

Representação legal: Fabrizio Tadeu Severo dos Santos (7.498/OAB-MS) e outros, representando José Carlos Dorsa Vieira Pontes.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REPRESENTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO.

## RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por José Carlos Dorsa Vieira Pontes (CPF 368.454.421-34) contra o Acórdão 434/2016 - TCU - Plenário, proferido nos seguintes termos:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação, com fulcro no art. 237, VI, do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. considerar revel Marcelino Chehoud Ibrahim (CPF 447.664.751-00), ex-Diretor Clínico do Núcleo de Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian, então vinculado à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (HU/UFMS), nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, dando-se prosseguimento ao processo;

9.3. acolher, nos termos do art. 250, § 1º, do RITCU, as razões de justificativa apresentadas por:

9.3.1. José Carlos Dorsa Vieira Pontes, (CPF 368.454.421-34), então Diretor Geral do HU/UFMS, no que tange às irregularidades descritas nas alíneas “c”, “e”, “j” e “k” do item 10.1 do relatório;

9.3.2. Antônio Carlos Machado (CPF 294.854.011-91), então Gestor do Contrato 5/2012 no que tange à irregularidade descrita na alínea “b” do item 10.5 do relatório;

9.3.3. Adilson Shigueyassu Aguni (CPF 298.148.711-68), então Procurador Federal em exercício na UFMS, excluindo-o do rol de responsáveis;

9.4. 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:

9.4.1 José Carlos Dorsa Vieira Pontes, (CPF 368.454.421-34), então Diretor Geral do HU/UFMS, no que tange às irregularidades descritas nas alíneas “a”, “b”, “d”, “f”, “g”, “h” e “i” do item 10.1 do relatório;

9.4.2. Antônio Carlos Machado (CPF 294.854.011-91), então Gestor do Contrato 5/2012 no que tange à irregularidade descrita na alínea “a” do item 10.5 do relatório; e

9.4.3. Pedro Alcântara Soares Morel (CPF 173.820.251-87), então Presidente da Comissão Permanente de Licitação;

9.5. aplicar aos responsáveis abaixo-arrolados a multa respectiva, com fulcro no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, fixando-lhes 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 na data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

Responsável	Valor (R\$)
José Carlos Dorsa Vieira Pontes	50.000,00
Marcelino Chehoud Ibrahim	10.000,00
Pedro Alcântara Soares Morel	10.000,00
Antônio Carlos Machado	5.000,00

9.6. autorizar, desde logo, o parcelamento das dívidas 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, devendo incidir sobre cada parcela, atualizada monetariamente, os encargos devidos, conforme legislação em vigor;

9.7. alertar aos responsáveis que, na hipótese de parcelamento, a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor;

9.8. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam pagas até o seu vencimento, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/92;

9.9. considerar graves as infrações cometidas por José Carlos Dorsa Vieira Pontes e, com fundamento no art. 60 da Lei 8.443/1992, inabilitá-lo para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, por período de cinco anos;

9.10. comunicar, nos termos do art. 270, § 3º, do RITCU, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para que, após o trânsito em julgado desta decisão, promova o registro da penalidade objeto do item 9.8 acima em cadastro específico;

9.11. determinar à Secex-MS que:

9.11.1. crie processo apartado, com cópia dos documentos pertinentes, com o intuito de promover o contraditório da empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Ltda. no que tange à ocorrência de fraude à licitação ora evidenciada, o que poderá culminar com a declaração de inidoneidade da empresa para licitar com a Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992;

9.11.2. nos demais processos relativos à Operação Sangue Frio, em que haja evidências do cometimento de fraude à licitação pelas empresas envolvidas, promova o contraditório quanto a essas empresas, a fim de possibilitar a aplicação eventual da pena de declaração de inidoneidade;

9.12. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, bem como da instrução técnica constante à peça 157 deste processo:

9.12.1. ao Ministério Público Federal – Procuradoria da República em Campo Grande/MS e à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, para a adoção das providências que entenderem cabíveis, respectivamente, com relação à possível caracterização de conduta criminal e de ato de improbidade administrativa, assim como de infrações funcionais, por parte de José Carlos Dorsa Vieira Pontes;

9.12.2. ao Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian, à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), à Controladoria-Geral da União – Regional Mato Grosso do Sul, à Superintendência da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul, na pessoa do Delegado de Polícia

Federal Marcos André Araújo Damato, responsável pela condução dos IPL 142/2012 e 235/2014, e ao Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS (Autos 00029221720124036000);

9.12.3. arquivar o presente processo.”

2. O embargante alega contradições na deliberação recorrida quanto aos critérios orientadores desta Corte acerca dos limites de sua atuação, bem como quanto às atribuições conferidas ao representante no exercício da função pública por ele exercida.

3. Trago à colação, por esclarecedores, trechos da petição recursal em que ele sustenta suas alegações:

“II. - DA CONTRADIÇÃO QUANTO AO LIMITE DE ATUAÇÃO DO TCU:

Verifica-se do V. Acórdão, quando apreciada irregularidade descrita à alínea “k” item 10.1 do relatório, restou consignado que a mesma não deveria ser apreciada pelo TCU, adotando como fundamentação os motivos expostos na instrução do auditor da Secex-MS, *ipsis litteris*, cujo posicionamento resume-se ao seguinte:

‘[...] é pacífica a jurisprudência desta corte de contas no sentido da incompetência deste Tribunal para emitir juízo de valor sobre a ocorrência de ilícitos penais. [...].

[...] o TCU não possui competência para emitir juízo de valor sobre a prática ou não de um ilícito penal. Afinal, consoante disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

[...].

Nessas condições, tratando-se de conduta tipificada como crime pela lei penal, refoge a esta Corte de Contas competência para promover a sua apuração, cabendo, tão somente, a teor da antiga, porém vigente, Súmula 70 deste Tribunal, dar conhecimento à autoridade competente para a adoção das medidas que se mostrarem cabíveis. [...]’ (destacou-se).

Veja-se, pois, que dúvidas não pairam sobre o expresso reconhecimento da incompetência desta Corte de Contas para emitir juízo de valor sobre a prática ou não de um ilícito penal, tal qual constou do teor do v. Acórdão.

Ocorre que, não obstante isso, o r. *decisum*, principalmente a partir do seu item 15, entre outros, contrariou por completo a ideia inicialmente exposta, de modo a flagrantemente emitir juízo de valor sobre matéria tipificada como crime pelo ordenamento jurídico. Vejamos:

‘15. [...], também fica claro que o responsável agiu dolosamente [...].’

‘17. [...] A deficiência nessa fiscalização tinha o potencial de dificultar o controle da execução por outros órgãos da administração, o que, de fato, ocorreu.’

‘18. Como um todo, as evidências trazidas aos autos não deixam dúvidas sobre a culpabilidade de José Carlos Dorsa Vieira Pontes em relação às irregularidades imputadas. Vê-se que ele participou ativamente do certame, assinando o termo de referência, onde estavam inclusas as cláusulas restritivas, aprovando o edital e indeferindo pedidos de impugnação. ainda que tal atribuição fosse do pregoeiro, o que demonstra o seu dolo em direcionar a licitação. As cópias do inquérito policial da Operação Sangue frio também denotam o recebimento de propina pelo responsável no decorrer da execução do contrato e o pagamento por serviços superfaturados [...].’

‘19. As irregularidades perpetradas por José Carlos Do. Pontes são consideradas graves, na medida em que, realizadas de forma dolosa, de modo a direcionar a licitação para uma determinada empresa e permitir o superfaturamento do contrato [...].’

Como se vê dos trechos acima destacados, apesar de reconhecida expressamente no corpo do julgado a incompetência do TCU para emitir juízo de valor sobre matéria tipificada como crime, ao final, o v. acórdão traça verdadeira sentença criminal em desfavor do embargante, julgando-o culpado de praticar suposto direcionamento de licitação, além de atribuir o pressuposto subjetivo

‘dolo’ às condutas a ele imputadas, bem como deduzir que o mesmo recebeu propina, em total contrariedade com o que fora inicialmente esposado.

Com efeito, referidas acusações encontram-se tipificadas como crime pelo ordenamento jurídico, como se verifica dos art. 90 e seguintes, da Lei 8.666/93, bem como dos art. 312 e seguintes do Código Penal, o que revela a contradição ora apontada. Sobre isso, insta rememorar o reiterado posicionamento emitido por esta Corte de Contas sobre a matéria:

‘ACÓRDÃO 3366/2010 ATA 49 - PLENÁRIO - 08/12/2010

Relator: BENJAMIN ZYMLER

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DE LICENÇA INTERESSE. NÃO RETORNO AO TRABALHO. FALTAS AO SERVIÇO, CONSECUTIVAS E INJUSTIFICADAS, EM NÚMERO SUPERIOR A TRINTA. DEFESA DA SERVIDORA NÃO ACOLHIDA. ABANDONO DE CARGO. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. COMUNICAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

[...]

48. A comissão processante entendeu que, embora a servidora Cristina Castelo tenha cometido um ilícito administrativo disciplinar grave, qual seja o abandono do cargo por ela ocupado, não teria ocorrido a prática do crime de abandono de função, que está capitulado no art. 323 do Código Penal Brasileiro. Tal afirmação encontra fulcro no entendimento de que a tipificação de uma conduta como abandono de função depende da possibilidade de essa conduta causar dano ou prejuízo à Administração Pública.

49. Discordo nesse particular da comissão processante, pois considero que o TCU não possui competência para emitir juízo de valor sobre a prática ou não de um ilícito penal. Afinal, consoante disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Por via de consequência, o Parquet possui competência para deliberar sobre a existência de indícios da prática de um ilícito penal e, com fulcro nessa deliberação, adotar as medidas cabíveis.’

‘ACÓRDÃO 1101/2008 ATA 22 - PLENÁRIO - 11/06 2008

Relator: VALMIR CAMPELO - REPRESENTAÇÃO DL UNIDADE TÉCNICA. FRAUDE FISCAL. MATÉRIA FORA DA ALÇADA DO TCU. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS. CONHECER. PROCEDÊNCIA. MULTA

11. No que toca às empresas fornecedoras, é proposta apenação de Manoel Carlos da Cunha, único a responder ao expediente desta Corte. Noto, contudo, que as irregularidades relatadas revestem-se das características típicas de possível crime fiscal, matéria que refoge à competência desta Corte. Desta forma, com vênias à instrução, entendo deva esta Corte dar ciência à Fazenda Estadual, para que esta adote as providências de sua alçada. Ademais, o fato de apenas um dos responsáveis ter respondido à audiência, não deveria resultar em exclusão aos omissos, de proposta de aplicação de penalidade. Contudo, o encaminhamento que ora formulo, cabe à Fazenda estadual adotar as medidas que lhe competirem.’

Diante disso, resta patente a contradição do v. Acórdão, razão pela qual faz-se mister a oposição dos presentes Embargos, visando o esclarecimento do *decisum*, uma vez que, presentes um dos vícios apontados no art. 34 da Lei Orgânica do TCU, impõe-se sua correção, a fim de que a ordem e a segurança jurídica sejam preservadas, assim como, no caso em exame, prevaleça o princípio da legalidade, consectário lógico da delimitação das atribuições e competências conferidas aos órgãos que compõem os Poderes da República brasileira, nos termos do inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal.

‘Art. 5º. [...].

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;’

Destarte, requer-se sejam providos os presentes Embargos nesse particular, para que prevaleça a fundamentação no sentido da incompetência desta Corte de Contas para apreciar matérias tipificadas como crime.

### III. - DA CONTRADIÇÃO QUANTO AO LIMITE DA RESPONSABILIDADE FUNCIONAL DO REPRESENTADO:

No tocante à avaliação por esta r. Corte acerca da responsabilidade funcional do Embargante, observa-se nova contradição, a saber:

O v. Acórdão acatou as razões de justificativa apresentadas sobre as supostas irregularidades descritas na alínea ‘e’, por entender que não seria razoável exigir do Embargante, na qualidade de Diretor Geral e autoridade homologatória, a obrigação de analisar esmiuçadamente o procedimento licitatório (item 6 do Voto).

Já ao analisar as alíneas ‘g’, ‘h’ e ‘i’, cujas supostas irregularidades apontadas são afetas ao mesmo campo de atuação do embargante em relação ao que dispunha a alínea ‘e’, vale dizer, em todas essas alíneas se tratam de questões a serem apreciadas pelo Embargante através de mera homologação, o v. acórdão, no entanto, externou posicionamento totalmente contraditório ao que havia decidido.

Isso porque, a despeito da autoridade homologatória exercida pelo embargante sobre a execução do objeto contratado, tal qual realizou na ocasião do suposto evento descrito na alínea ‘e’ esta Corte entendeu que ‘embora fosse obrigação precípua do fiscal do contrato garantir que suas exigências fossem cumpridas, o Diretor Geral tinha o dever de supervisionar tal tarefa.

Ora, se este E. Tribunal emite juízo, em primeiro momento, no sentido de que não seria razoável exigir do Embargante, na condição de autoridade homologatória, a análise e consequente responsabilidade sobre eventos supostamente evidenciados no curso da licitação, como maior razão deveria ser afastada qualquer responsabilidade do mesmo em razão de situações ocorridas após a contratação, mormente quando evidenciada complexidade de igual proporção na identificação de eventual irregularidade na execução dos serviços prestados, na condição de emissor de homologação, ainda mais quando designado terceira pessoa devidamente habilitada para realizar exclusivamente a fiscalização do objeto do contrato em liça.

Ademais, com maior razão se enaltece a necessidade dos presentes Embargos neste ponto, ao se verificar o teor das razões expostas no v. Acórdão no tocante à suposta irregularidade lançada na alínea ‘c’, senão vejamos (item 5 do Voto):

‘[...] Primeiramente, no que se refere à imputação de realização de pagamentos ao amparo do Contrato 5/2012, sem que tenha ocorrido a regular liquidação da despesa, considero que não se pode concluir, no caso em relevo, que inexistiu a ‘regular liquidação da despesa’. De acordo com o Contrato 5/2012 (peça 77. p. 229-236), a empresa seria remunerada por um valor fixo mensal ‘para a manutenção corretiva e preventiva de equipamentos médico-hospitalares’. A liquidação da despesa, portanto, deveria ser feita mediante a apresentação da nota fiscal, no valor de R\$ 149.000,00, e o atesto, pelo fiscal do contrato, de que os serviços de manutenção requeridos naquele mês teriam sido prestados. Diante do que foi acordado, não vislumbro a ilegalidade apontada. Não há evidências de que a empresa deixou de prestar serviços mensais de manutenção a contratada. A quantidade e o valor real dos serviços prestados por mês não eram relevantes para a liquidação da despesa com base no que foi estipulado, pois o contrato não previa a quantidade de deveria ser executada, nem estipulava o pagamento com base nos custos desses serviços, além disso, o sobrepreço na contratação dos serviços não descaracterizam a regularidade da liquidação da despesa. Por essas razões, discordo do entendimento da unidade técnica da instrução à peça 157 quanto a este ponto. (destacou-se)

Evidente, pois, que os fundamentos adotados para afastar as supostas irregularidades dispostas na alínea ‘c’, não comportam a motivação que lastreou a procedência das alíneas ‘g’, ‘h’ e ‘i’, posto que contraditórios entre si. Diante de tal cenário, imperioso que o critério da razoabilidade seja aplicado de maneira uníssona ao julgado, sob pena de convalidação do instituto jurídico face ao nefasto jargão extraído da Grécia antiga de ‘um peso, duas medidas’.

Com efeito, verificando-se que as alíneas ‘g’, ‘h’ e ‘i’ tratam de situações afetas ao juízo homologatório emitido pelo embargante, tem-se que o v. Acórdão foi contraditório quanto ao fundamento lançado sobre as alíneas ‘c’ e ‘e’, que entendeu que ‘ a liquidação da despesa, portanto, deveria ser feita mediante a apresentação da nota fiscal, no valor de R\$ 149.000,00, e o atesto, pelo fiscal do contrato, de que os serviços de manutenção requeridos naquele mês teriam sido prestados’, bem como ‘ não ser razoável exigir do agente, na qualidade de Diretor Geral e autoridade homologatória a obrigação de analisar esmiuçadamente o procedimento licitatório’.”

4. Ao final, o recorrente requer que os embargos sejam conhecidos e providos a fim de que um novo pronunciamento integrativo venha a sanar as falhas apontadas, de modo a prevalecer a exegese dos fundamentos emanados por esta Corte ao apreciar os eventos dispostos nas alíneas ‘c’, ‘e’ e ‘k’ do item 10.1 do relatório que fundamentou a deliberação embargada.

É o relatório.