Processo: TC 005.870/2015-1.
Natureza: Representação (apartado do TC 013.483/2014-5).
Unidade jurisdicionada: Núcleo de Hospital Universitário/Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – NHU/UFMS (atual Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian, filiado à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – HUMAP/EBSERH).
Representante: Secretaria de Controle Externo em Mato Grosso do Sul – Secex/MS.
Responsáveis: José Carlos Dorsa Vieira Pontes (CPF 368.454.421-34), Pedro Alcântara Soares Morel (CPF: 173.820.251-87), e Adilson Shigueyassu Aguni (CPF: 298.148.711-68).
Relator: Ministro Bruno Dantas.
Advogados: Fabrizio Tadeu Severo dos Santos (OAB/MS 7498), Christopher Lima Vicente (OAB/MS 16694), Robson Menezes Garcia (OAB/MS 17556) e Maria Henriqueta de Almeida (OAB/MS 4364-B)
Interessado em sustentação oral: não há.
Proposta: Mérito

INTRODUÇÃO

Cuidam os presentes autos de apartado de representação oriundo do TC 013.483/2014-5, que versou sobre representação de iniciativa desta Unidade Técnica acerca de ilícitos observados na gestão do Hospital Universitário da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (HU/UFMS), atualmente filiado à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), por ocasião da deflagração da denominada "Operação Sangue Frio", da Polícia Federal, em meados de 2013.

HISTÓRICO

2. O referido processo foi apreciado por intermédio do Acórdão 1.511/2015 – Plenário, consubstanciado nos seguintes termos:

> VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação autuada pela Secex/MS a partir de diligência promovida pela unidade técnica à Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal em Mato Grosso do Sul, com vistas à obtenção de cópia do Relatório de Material Apreendido na Operação Sangue Frio, elaborado pela Controladoria Geral da União no Estado do Mato Grosso do Sul.
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

9.1. conhecer da representação, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237, VI, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar à Secex/MS:

9.2.1. a autuação de cinco apartados de representação, com fulcro no art. 237, inciso VI, do RI/TCU c/c o art. 43 da Resolução TCU 259/2014, seguindo, para tanto, as orientações contidas nos itens 23-24, 30-31, 34-35, 42-43 e 49-50 da instrução técnica reproduzida no relatório desta deliberação, inclusive, no que tange à adoção de medidas preliminares com vistas ao saneamento dos autos;

9.2.2. a autuação de um apartado de tomada de contas especial, com fulcro no art. 47 da Lei 8.443/92 c/c o art. 252 do RI/TCU, na forma prevista no art. 41 da Resolução TCU 259/2014, seguindo, para tanto, as orientações contidas nos itens 18-19 da instrução técnica reproduzida no relatório desta deliberação, inclusive, no que diz respeito à adoção de medidas preliminares com vistas ao saneamento dos autos;

9.3. determinar ao Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian – NHU/FUFMS, com fundamento no art. 43, inc. I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do RI/TCU, a adoção das seguintes providências, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias:

(...)

9.3.2. proceder, utilizando-se da metodologia adotada pela CGU/MS no Relatório de Análise de Material Apreendido – IPL 142/2012 (Peças 3 e 4), ao cálculo dos valores pagos a maior à empresa Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação LTDA. – EPP, durante toda a vigência do Contrato 022/2010, identificando os respectivos responsáveis, uma vez que restou evidenciada a ocorrência de dano ao erário na execução do citado contrato; (...)

9.3.4. instaurar, depois de esgotadas as providências administrativas internas com vistas à recomposição do erário, na forma descrita nos subitens 9.3.1 a 9.3.3 acima, o competente processo de tomada de contas especial, na forma do art. 8º da Lei 8443/92 c/c o 197 do RI/TCU e art. 4º da IN/TCU 71, de 28/11/2012.

9.4. determinar à Secex/MS que monitore, em processo vinculado constituído para essa finalidade, o efetivo cumprimento das determinações contidas nos subitens 9.3.1 a 9.3.4 deste acórdão, na forma do disposto no art. 243 do RI/TCU c/c art. 35 da Resolução TCU 259/2014;

(...)

3. Apuram-se, nos presentes autos, os indícios de irregularidades referentes ao **Contrato 22/2010**, firmado com a empresa **Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação Ltda. – EPP**, oriundo do **Pregão Eletrônico 198/2010**, promovido pelo HU/UFMS, os quais foram assim tratados em instrução levada a efeito no TC 013.483/2014-5, juntada por cópia a estes autos (Peça 4):

VII. Processo Administrativo NHU/FUFMS 23104.051398/2010-60/Pregão Eletrônico 198/2010. Empresa: Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação LTDA. – EPP (CNPJ: 05.539.682/0001-29). Contrato 22/2010 (Peça 4, p. 68-95).

32. Trata-se de Processo Administrativo autuado pelo Núcleo do Hospital Universitário para contratação de empresa especializada em prestação de serviços terceirizados de limpeza, conservação e higienização de ambientes administrativos e médico-hospitalares, internos e externos, para atendimento exclusivo do Núcleo do Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, com fornecimento de materiais de consumo e equipamentos adequados à execução das atividades de limpeza, conservação e higienização, conforme especificações técnicas (Peça 4, p. 68).

33. De acordo com a Controladoria Geral da União, foram detectadas no citado processo as seguintes ocorrências (Peça 4, p. 72-95):

a) Favorecimento à empresa Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação LTDA. – EPP (Peça 4, p. 72-77);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

b) Superdimensionamento de áreas licitadas, já que os serviços a serem prestados foram apresentados no Termo de Referência de forma genérica, pois não especifica com nível de precisão adequado e suficientemente, conforme determina a Lei 8.666/93, as características do serviço a ser contratado (Peça 4, p. 77-84);

c) Pagamento por serviços executados a menor que o contratado (Peça 4, p. 82-85) e pagamento por áreas não limpas destinadas à reforma (Peça 4, p. 85-95).

Análise:

34. Para as irregularidades elencadas nos itens "a" e "b", acima, oportuno a autuação de processo apartado de representação com fulcro no art. 237, inciso VI, do RI/TCU, na forma prevista no art. 43 da Resolução TCU 259/2014, mediante reprodução por cópia dos seguintes documentos deste processo: Peça 4, p. 72-84.

35. No apartado citado no item anterior, preliminarmente, se faz necessário realizar diligência à Superintendência Regional da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul para trazer aos autos cópia integral do Processo Administrativo NHU/FUFMS 23104.051398/2010-60/Pregão Eletrônico 198/2010, autuado pelo Núcleo do Hospital Universitário para contratação de empresa especializada em prestação de serviços terceirizados de limpeza, conservação e higienização de ambientes administrativos e médico-hospitalares, internos e externos, para atendimento exclusivo do Núcleo do Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, com fornecimento de materiais de consumo e equipamentos adequados à execução das atividades de limpeza, conservação e higienização, conforme especificações técnicas, bem como de todos os documentos fiscais emitidos pela Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação LTDA. – EPP (CNPJ: 05.539.682/0001-29), que estejam sob a responsabilidade daquela Autoridade Policial. Essa medida visa a obter evidências necessárias para melhor caracterizar as irregularidades consignadas nos subitens "a" e "b", acima e identificar os respectivos responsáveis.

36. Em relação à irregularidade mencionada no item "c" acima, tendo em vista que o contrato 022/2010, firmado com a empresa Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação Ltda. – EPP, ainda está vigente, conforme informação colhida no Siasg em 22/08/2014 (Peça 9, p. 7), vislumbra-se oportuna a expedição, pelo Tribunal nestes autos, de determinações ao NHU/FUFMS nos seguintes termos:

a) proceder, no prazo de 180 dias, utilizando-se da metodologia adotada pela CGU/MS, ao cálculo dos valores pagos a maior à empresa Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação LTDA. – EPP, durante toda a vigência do Contrato 022/2010, identificando os respectivos responsáveis, uma vez que restou evidenciado a ocorrência de dano ao erário na execução do citado contrato (Peça 4, p. 82-95)

b) instaurar, depois de esgotadas as providências administrativas internas com vistas à recomposição do erário, o competente processo de tomada de contas especial, na forma do art. 8º da Lei 8443/92 c/c o 197 do RI/TCU e art. 4º da IN/TCU 71, de 28/11/2012.

37. A fim de conferir efetividade à medida acima, faz-se necessário o monitoramento pela Secex/MS em processo vinculado, na forma do art. 243 do RI/TCU c/c o art. 35 da Resolução/TCU 259/2014.

4. Dando prosseguimento à instrução processual, esta Unidade Técnica efetivou a realização de diligência junto à Superintendência da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul, aos cuidados do Delegado de Polícia Federal Marcos André Araújo Damato, responsável pela condução do IPL 142/2012, Ofício 0404/2015-TCU/SECEX-MS, de 27/5/2015, reiterado pelo Ofício 0485/2015-TCU/SECEX-MS, de 25/6/2015 para que, no prazo de 15 (quinze) dias, encaminhasse a esta Unidade Técnica cópia integral do Processo Administrativo NHU/UFMS 23104.050556/2011-45, que teve por objeto o Contrato 22/2010, firmado com a empresa Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação Ltda. – EPP, oriundo do Pregão Eletrônico 198/2010, apreendido na denominada "Operação Sangue Frio", assim como outros elementos probatórios, referentes à contratação em

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

epígrafe, passíveis de compartilhamento, obtidos/produzidos no referido inquérito policial e/ou em outros procedimentos resultantes de seu desmembramento – Peças 11 e 13.

5. Por intermédio do Ofício 2882/2015 – IPL 0536/2012-4 – SR/DPF/MS, de 30 de junho de 2015, o Exmo. Sr. Delegado de Polícia Federal, Marcos André Araújo Damato, encaminhou a cópia integral dos Processos Administrativos n° 23104.051398/2010-60 (25 volumes) e n° 23104.051936/2011-05 (1 volume), assim como cópia dos autos do IPL n° 536/2012-SR/DPF/MS - Peças 14/56.

6. Em instrução e pronunciamento da unidade de Peças 60/61, esta Secex/MS, considerando a Delegação de Competência do Relator, deliberou pela realização de Audiências junto aos responsáveis: José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Pedro Alcântara Soares Morel e Adilson Shigueyassu Aguni pelas seguintes condutas:

6.1. **Sr. José Carlos Dorsa Vieira Pontes**, ex-Diretor-Geral do NHU/FUFMS:
6.1.1 omitir-se, no momento em que homologou o Pregão Eletrônico 198/2010, em relação à existência de cláusula restritiva à competitividade como condicionante de participação da licitação, conforme se depreende do subitem 3.5.10 do Edital do citado Certame, que proibia a participação de empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, o que afronta o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, aplicáveis à modalidade pregão por força do disposto no art. 9° da Lei 10.520/2002, assim como a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Peça 23, pgs. 2/101 e Peça 24, pg. 150).

6.2 **Sr. Pedro Alcantara Soares Morel**, ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação e responsável pela elaboração do edital do Pregão Eletrônico 198/2010:
6.2.1 elaborar o edital do Pregão Eletrônico 198/2010 com cláusula restritiva à competitividade como condicionante de participação da licitação, conforme se depreende do subitem 3.5.10 do Edital do citado Certame, que proibia a participação de empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, o que afronta o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, aplicáveis à modalidade pregão por força do disposto no art. 9° da Lei 10.520/2002, assim como a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Peça 23, pgs. 2/101).

6.3 **Sr. Adilson Shigueyassu Aguni,** Procurador Federal:
6.3.1 emitir parecer pela aprovação da minuta de edital referente ao Pregão Eletrônico 198/2010 a despeito de o mesmo conter cláusula restritiva à competitividade como condicionante de participação da licitação, conforme se depreende do subitem 3.5.10 do Edital do citado certame, que proibia a participação de empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples, o que afronta o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, aplicáveis à modalidade pregão por força do disposto no art. 9° da Lei 10.520/2002, assim como a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Peça 22, pg. 234 e Peça 23, pgs. 2/101 e 234).

EXAME TÉCNICO

7. Da Audiência do Sr. José Carlos Dorsa Vieira Pontes – ex-Diretor-Geral do NHU/FUFMS

7.1 Conduta (Ofício 0995/2016-TCU/SECEX-MS, de 8/12/2016, peça 63)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

a) omitir-se, no momento em que homologou o Pregão Eletrônico 198/2010, em relação à existência de cláusula restritiva à competitividade como condicionante de participação da licitação, conforme se depreende do subitem 3.5.10 do Edital do citado Certame, que proibia a participação de empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, o que afronta o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, aplicáveis à modalidade pregão por força do disposto no art. 9° da Lei 10.520/2002, assim como a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Peça 23, pgs. 2/101 e Peça 24, pg. 150).

7.2 Síntese das Razões de justificativa – peça 81

7.2.1 O justificante, por intermédio de seu advogado constituído, destacou inicialmente "a ausência de suporte fático apto a demonstrar qualquer conduta irregular que eventualmente tenha sido praticada pelo ora justificante" (peça 81, pg. 2).

7.2.2 Ainda, nas preliminares, colacionou aspectos positivos quanto a sua condição como servidor público e ex-diretor do NHU/FUFMS, onde ressaltou que a referida unidade "possui diversos servidores e setores responsáveis pela análise de cada fase do procedimento licitatório, não sendo correto e razoável que eventuais falhas desses procedimentos sejam imputadas ao justificante, como se o mesmo fosse o único responsável pela análise desses procedimentos" (peça 81, pgs. 2/3).

7.2.3 Quanto ao mérito registrou inicialmente que "não era atribuição do justificante a confecção do edital de Licitação em análise, vez que referido documento foi elaborado pelo Sr. Pedro Alcântara Soares Morel, que à época era o Presidente da Comissão Permanente de Licitação" (peça 81, pg. 4).

7.2.4 Na mesma linha salientou que o Parecer Jurídico (748/PROJUR, de 25/10/2010) elaborado no âmbito do certame licitatório considerou que o edital e os seus anexos estavam de acordo com a legislação pertinente. Complementou sobre a questão que "resta evidente que o parecer jurídico subsidia a prática de atos dos gestores, conforme prevê o artigo 38, da Lei n. 8666/93" (peça 81, pgs. 4/5).

7.2.5 Explicitou interpretação acerca da não existência de cláusula restritiva contida no subitem 3.5.10 do Edital como alegada na instrução inicial, assim como comentou que o papel do justificante se limitou a homologação do certame após ultrapassadas as fases de habilitação e classificação (peça 81, pgs. 5/7).

7.2.6 Aduziu a ausência de omissão ou ato restritivo de sua parte e registrou em longo argumento sobre a homologação que "optou corretamente por homologar o certame, pois, se assim não o fizesse, seria nesse caso provavelmente acusado por essa Corte de ter praticado ato restritivo da competitividade do certame" (peça 81, pgs. 8/10).

7.2.7 Tentou demonstrar a fragilidade de eventual irregularidade praticada pelo justificante, com base nos princípios da eficiência, da economicidade e da economia processual e na jurisprudência do TCU, a qual não se recomendaria a atuação desta Corte de Contas no controle do procedimento licitatório em exame (peça 81, pg. 11).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

7.2.8 Ao final pediu que fossem "acatadas as justificativas ora apresentadas, a fim de que as mesmas sejam acolhidas, na forma da lei, declarando-se a legalidade dos procedimentos administrativos perpetrados pelo requerente enquanto exerceu o cargo de Diretor Geral do NHU/UFMS" e no mérito "julgada improcedente a representação, para absolver o requerente das irregularidades imputadas ao mesmo" (peça 81, pg. 13).

8. Da Audiência do Sr. Pedro Alcantara Soares Morel, ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação e responsável pela elaboração do edital do Pregão Eletrônico 198/2010

8.1 Conduta (Ofício 996/2016-TCU/SECEX-MS, de 8/12/2016, peça 64)

a) elaborar o edital do Pregão Eletrônico 198/2010 com cláusula restritiva à competitividade como condicionante de participação da licitação, conforme se depreende do subitem 3.5.10 do Edital do citado Certame, que proibia a participação de empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, o que afronta o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, aplicáveis à modalidade pregão por força do disposto no art. 9° da Lei 10.520/2002, assim como a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Peça 23, pgs. 2/101).

8.2 Síntese das Razões de justificativa – peça 85

8.2.1 O responsável, por intermédio de sua advogada constituída, justificou que na elaboração do Edital a Comissão se ateve aos termos estritos da Lei complementar 123/2006, em especial ao art. 17 que reza que "não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão de obra" (peça 85, pg. 1)

8.2.2 Nesse sentido comentou que "sendo a licitação especificamente para contratação de mão de obra, é evidente que, pelo texto legal, a empresa que pretendesse se candidatar, teria de realizar locação de mão de obra, logo não poderia recolher seus impostos e contribuições na forma do Simples Nacional" (peça 85, pg. 2).

8.3.3 Comentou que além da empresa Douraser, outras "empresas também se candidataram à contratação, todas microempresas, o que significa que não houve proibição de participação de microempresas, a vedação foi tão somente aquela contida na LC 123/2006" (peça 85, pg. 2)

8.3.4 Salientou que as todas jurisprudências do TCU mencionadas "contém o permissivo de participação das empresas optantes pelo Simples Nacional, para a participação nas licitações públicas, mas, ao final, todas entendem que, se vencedoras, tais empresas devem solicitar a exclusão do regime". Complementou que "a exclusão do regime somente se dará após a declaração de que a empresa foi vencedora, nunca antes dessa declaração" (peça 85, pg. 2).

8.3.5 Consignou que a "empresa Douraser não saiu do Simples após 31 de dezembro de 2010 mas, na realização do certame, 16 de novembro de 2010, já se postava noutro regime tributário, isto levou a Comissão a sagrá-la vencedora da licitação, por apresentar proposta vantajosa, dentro da exigência da LC 123/2006, situação essa que as demais não conseguiram atender" (peça 85, pg. 2)

8.3.6 Por derradeiro solicitou a isenção de culpa do justificante considerando não ter afrontado dispositivos legais atinentes à matéria (peça 85, pg. 3).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

9. Da Audiência do Sr. Adilson Shigueyassu Aguni, Procurador Federal:

9.1 Conduta (Ofício 0997/2016-TCU/SECEX-MS, de 8/12/2016, peça 65)

a) emitir parecer pela aprovação da minuta de edital referente ao Pregão Eletrônico 198/2010 a despeito de o mesmo conter cláusula restritiva à competitividade como condicionante de participação da licitação, conforme se depreende do subitem 3.5.10 do Edital do citado certame, que proibia a participação de empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples, o que afronta o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, aplicáveis à modalidade pregão por força do disposto no art. 9° da Lei 10.520/2002, assim como a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Peça 22, pg. 234 e Peça 23, pgs. 2/101 e 234).

9.2 Síntese das Razões de justificativa – peça 68

9.2.1 O justificante, por intermédio de seus procuradores constituídos, alega em sede de preliminar a ilegitimidade passiva e incompetência absoluta.

9.2.2 Ataca o fundamento da Audiência efetivada com fulcro no art. 43, II, considerando que "em nenhum momento, o Procurador Jurídico da UFMS, como parecerista opinativo, pode ser equiparado a responsável, pelo simples fato de que não exerce qualquer função de gestão ou administração da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul ou do Hospital Universitário" (peça 68, pg. 2)

9.2.3 Especificamente quando à alegada incompetência do TCU relativa ao justificante salienta (peça 68, pg. 3):

> Permitir a imputação de débitos a outras pessoas, que não aquelas estipuladas pela Constituição, significa criar competência para os Tribunais de Contas que exorbitam de suas prerrogativas constitucionais, deturpando a ordem estabelecida, no sentido de que reivindicar a ordem significa exigir que a aplicação do direito respeite as regras fundamentais estabelecidas em nosso ordenamento.

9.2.4 Ao longo da peça 68, pgs. 3/14, colaciona argumentos e exemplos jurisprudenciais acerca da alegada ilegitimidade passiva e incompetência absoluta, onde destaca que cabe apenas a Corregedoria-Geral da AGU o exercício da fiscalização funcional dos atos praticados pelos seus membros nos termos da Lei Complementar 73/1993.

9.2.5 Ainda, em sede de preliminar, consignou que o peticionante "não é e jamais foi Procurador Jurídico do Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrosian" consoante consta nas decisões e despachos proferidos pelo Tribunal de Contas da União, e sim Procurador Jurídico da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (peça 68, pg. 14).

9.2.5 Quanto ao mérito, alega inicialmente que a responsabilidade do justificante está delimitada especificamente pela emissão de parecer com suposta cláusula restritiva à competividade do certame de que trata o subitem 3.5.10 do Edital (peça 68, pg. 15).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

9.2.6 Posteriormente, em tópico específico, discorreu sobre a regular obediência da elaboração do parecer jurídico discutido às normas da Advocacia Geral da União constantes na Lei complementar 73/1993 e lista de verificação própria (peça 68, pgs. 16/19).

9.2.7 Ato contínuo defende o caráter meramente opinativo do parecer em contraposição ao caráter vinculante. Para tanto traz exemplos doutrinários e jurisprudenciais, inclusive do Tribunal de Contas da União, nestes termos (peça 68, pg. 20):

> Em primeiro lugar, vale lembrar que próprio TCU admite que o gestor pode se contrapor ao parecer jurídico, necessitando apenas motivar sua discordância.
>
> Recentemente, inclusive, aquele importante Tribunal determinou Companhia Energética de Alagoas que fizesse constar manifestação formal e fundamentada, nos casos de eventual discordância da autoridade administrativa ao parecer da área jurídica, do que denota-se a possibilidade, admitida pelo próprio TCU, de que o gestor desatenda a orientação jurídica, desde que fundamente sua manifestação.

9.2.8 Alega ao final sobre o tema que "estabelecer caráter vinculativo a manifestação prevista no parágrafo único do artigo 38 (Lei 8.666/93) representa ignorar a realidade das contratações públicas de nosso pais e transferir ao parecerista uma competência gerencial estranha a suas atribuições" (peça 68, pg. 23).

9.2.9 Em seguida reforça os argumentos comentados nos subitens 9.2.1 e 9.2.2 com vistas a buscar afastar a responsabilidade por parte do parecerista, onde conclui que "inexistindo qualquer justificativa para ser o ora suplicante considerado como responsável, deve ser o procedimento arquivado, por ser medida de direito" (peça 68, pgs. 23/25).

9.2.10 Quanto ao conteúdo do parecer propriamente dito, trouxe argumentos relativos à vinculação do parecerista à regularidade jurídica, a divergência de interpretação sobre a matéria e com isso a impossibilidade de responsabilização (peça 68, pgs. 25/31).

9.2.11 Nesse sentido, questionou a Jurisprudência do TCU acerca da possibilidade de participação de empresas (optantes do Simples Nacional), com algumas ressalvas, onde comentou ser de desconhecimento dos envolvidos no certame, além de não possuir o condão de alterar a lei (peça 68, pg. 28).

9.2.12 Consignou que a previsão (subitem 3.5.10 do Edital) 'não trouxe qualquer prejuízo ou deu causa ao suposto direcionamento pois (...) a própria empresa vencedora do certame, a quem supostamente teria sido direcionado, era optante do Simples nacional". Nesse sentido alegou a ausência de nexo causal entre as ações do parecerista e o suposto direcionamento (peça 68, pgs. 30/32).

9.2.13 Adiante comenta acerca dos pontos analisados no Edital pelo parecerista como questões meramente formais, daí a impossibilidade de análise do mérito administrativo, além do fato de que os recursos administrativos impetrados no âmbito do certame não foram objeto de análise pelo justificante (peça 68, pgs. 32/34).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

9.2.14 Subsequentemente os procuradores constituídos trouxeram argumentos doutrinários e jurisprudenciais relativos a boa-fé do parecerista assim como a ausência de provas de qualquer conduta ilegal com o objetivo de afastar a responsabilidade e condenação do parecerista (peça 68, pgs. 34/36).

9.2.15 Salientou da possibilidade de responsabilização do parecerista apenas quando seu parecer subsidiar a prática de atos de gestão irregulares e danosos aos cofres públicos, situação essa que afirmou não ter ocorrido (peça 68, pgs. 37/38).

9.2.16 Ao final, solicitou o arquivamento do processo, ou em caso de entendimento diverso pelo órgão julgador, requereu fosse minorada a multa aplicada (peça 68, pg. 38).

10. Análise

10.1 Considerando que as irregularidades levadas em audiência dos responsáveis José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Pedro Alcântara Soares Morel e Adilson Shigueyassu Aguni são baseadas em um núcleo comum (existência de cláusula restritiva no Pregão Eletrônico nº 198/2010), ressalvadas as condutas específicas dos servidores no âmbito do certame licitatório, optou-se para a análise em conjunto das razões de justificativa apresentadas.

10.2 O edital do Pregão Eletrônico nº 198/2010, em seu subitem 3.5.10, proibiu a participação no certame licitatório de empresa optante pelo Simples Nacional nestes termos – peça 22, pg. 134.

> (...)
> 3.5. Não poderão participar desta licitação empresa:
> (...)
> 3.5.10 Que sejam optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional (haja vista a vedação contida no Inciso XII do artigo 17 da Lei Complementar 123/2006)"

10.3 Cabe registrar que o art. 17, Inciso XII, da Lei Complementar 123/2006 dispõe o seguinte:

> Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
> (...)
> XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

10.4 A leitura do Edital do Pregão Eletrônico nº 198/2010 não deixa dúvida quanto a impossibilidade de participação de empresas optantes do Simples Nacional no certame, ressalvadas, por óbvio, eventuais impugnações exitosas ao edital. Cabe salientar que a peça editalícia em debate não continha outros dispositivos que de alguma forma mitigassem ou afastassem o caráter restritivo (ressalvas de natureza tributária) contido no subitem 3.5.10.

10.5 Conforme já demonstrado na instrução de peça 60, a jurisprudência desta Corte de Contas é farta em julgados relativos à possibilidade de participação de empresas optantes do Simples Nacional nas licitações, com as ressalvas tributárias aplicáveis ao caso, consoante os seguintes enunciados:

> Acórdão: 2798/2010 - Plenário: A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação pública para prestação de serviços com cessão e locação de mão-de-obra, desde que comprovada a não-utilização dos benefícios tributários de tal regime diferenciado na proposta de preços. Caso declarada vencedora, a empresa deverá solicitar a exclusão do referido regime.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

Acórdão: 1627/2011 - Plenário: A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação pública para prestação de serviços com cessão e locação de mão-de-obra, desde que comprovada a não-utilização dos benefícios tributários de tal regime diferenciado na proposta de preços. Caso declarada vencedora, a empresa deverá solicitar a exclusão do referido regime.

Acórdão: 2510/2012 - Plenário: A prestação de serviços por microempresa ou empresa de pequeno porte que envolva cessão ou locação de mão de obra, entre os quais se incluem serviços contínuos ligados a atividade meio da contratante, impede a incidência do regime tributário inerente ao *Simples Nacional*.

Acórdão: 1914/2012 - Plenário: As microempresas, ao prestarem serviços que envolvam cessão de mão de obra, não podem valer-se dos benefícios tributários inerentes ao *Simples Nacional,* em razão da vedação contida no art. 17, inciso XII, da Lei Complementar 123/2006. Suas propostas apresentadas em licitações, portanto, devem computar as contribuições para o *"Sistema S"* e os tributos federais.

Acórdão: 341/2012 - Plenário: A condição de optante pelo *Simples Nacional* não impede empresa de participar de licitação cujo objeto envolva a cessão de mão de obra, mas a licitante que venha a ser contratada não poderá beneficiar-se daquela condição.

10.6 Dessa forma, a existência da restrição a competitividade no Pregão Eletrônico nº 198/2010 ficou claramente evidenciada e as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis não conseguiram afastá-la.

10.7 O nexo causal entre as condutas dos responsáveis e a irregularidade apontada foi devidamente descrita na instrução de peça 60 nestes termos:

> 9.1.4.1 O Sr. José Carlos Dorsa Vieira Pontes, ex-Diretor-Geral do NHU/FUFMS, homologou o Pregão Eletrônico 198/2010 contendo cláusula restritiva a competitividade consoante Despacho de Peça 24, pg. 150. Vale lembrar que a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que "é de responsabilidade da autoridade ordenadora da despesa em um processo licitatório checar se os atos produzidos por aqueles que se encontram sob sua hierarquia estão em conformidade com a ordem jurídica" – Acórdão 1618/2011 – Plenário.
>
> 9.1.4.2 Já o Sr. Pedro Alcântara Soares Morel, na condição de Presidente da Comissão Permanente de Licitação, foi o responsável pela elaboração do edital com a referida cláusula restritiva (subitem 3.5.10) do Pregão Eletrônico 198/2010 consoante a minuta constante na Peça 22, pgs. 132/232.
>
> 9.1.4.3 Por seu turno, o Sr. Adilson Shigueyassu Aguni, Procurador Federal, exarou o Parecer 748/Projur, de 25/10/2010, com respaldo no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, ante a competência da Procuradoria Federal junto à FUFMS de previamente examinar e aprovar as minutas dos editais de licitação. Neste documento, a despeito da existência de cláusula restritiva à competitividade do Pregão Eletrônico 198/2010, a mencionada autoridade considerou que o Edital e seus Anexos estavam de acordo com os dispositivos legais pertinentes (Peça 22, pg. 234).

10.8 No entanto, a culpabilidade dos responsáveis: José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Pedro Alcântara Soares Morel e Adilson Shigueyassu Aguni não ficou cabalmente comprovada conforme a seguir demonstrado.

10.9 Primeiramente deve-se ao fato de que a interpretação utilizada pelos atores envolvidos no Pregão Eletrônico nº 198/2010, apesar de não ser a mais adequada, não pode ser considerada como desarrazoada ou absurda.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

10.10 A interpretação do art. 17, Inciso XII, da Lei Complementar 123/2006 não foi adequada na medida em que se deixou de analisar a questão de forma sistemática com o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93 em respeito ao princípio constitucional da isonomia, ou seja, os responsáveis se ativeram apenas a literalidade da Lei Complementar 123/2006 de forma a ensejar a restrição ao certame.

10.11 Em segundo lugar merece atenção ao fato de que a Jurisprudência do TCU acerca da matéria começou a se consolidar **apenas a partir do final de 2010**, conforme Acórdão 2798/2010 – Plenário, Sessão de 20/10/2010, período em que o certame já se encontrava em estágio avançado. A propósito, a homologação se efetivou em 23/11/2010 – peça 24, pg. 150.

10.12 Dessa forma, as condutas dos responsáveis no certame licitatório quanto ao objeto das Audiências podem ser consideradas escusáveis à época dos fatos. Ademais, da leitura dos autos não se vislumbrou ma-fé e consciência da ilicitude por parte dos justificantes quanto a irregularidade em análise.

10.13 Com isso, apesar da existência de cláusula restritiva no âmbito do Pregão Eletrônico nº 198/2010 consubstanciada no subitem 3.5.10, é de concluir que as condutas dos responsáveis não são culpáveis, ou seja, não são reprováveis, de forma a serem **acolhidas** as razões de justificativa apresentadas.

CONCLUSÃO

11. Como visto no decorrer da presente instrução, foram analisadas os indícios de irregularidades referentes ao Contrato 22/2010, firmado com a empresa Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação Ltda. – EPP, oriundo do Pregão Eletrônico 198/2010, promovido pelo HU/UFMS, os quais foram assim tratados em instrução levada a efeito no TC 013.483/2014-5, juntada por cópia a estes autos (Peça 4):

12. Foram instados a se manifestar em Audiências sobre as irregularidades: José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Pedro Alcântara Soares Morel e Adilson Shigueyassu Aguni

13. A presente representação merece ser conhecida, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente.

14. Após as análises pertinentes, sugere-se a acatar as razões de justiticativa apresentadas pelo Sr. José Carlos Dorsa Vieira Pontes – ex-Diretor do NHU/UFMS, Sr. Pedro Alcântara Soares Morel, ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação e responsável pela elaboração do edital do Pregão Eletrônico 198/2010 e Adilson Shigueyassu Aguni, Procurador Federal.

15. Como comentado nos itens 7 e 8 da instrução de peça 60, a questão do dano ao Erário decorrente de pagamentos irregulares à empresa Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação LTDA, já foi objeto de determinação junto ao Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian – NHU/FUFMS (item 9.3.2 do Acórdão 1.511/2015 – Plenário – itens 2 e 3 da presente instrução) e o acompanhamento do cumprimento do referido *decisum* encontra-se no bojo do TC-005.845/2015-7 (Monitoramento).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.

16. Considerando a irregularidade observada no Pregão Eletrônico 198/2010, sugere-se seja dada ciência ao Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian, filiado à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – HUMAP/EBSERH, de que os editais de licitação para a contratação de empresas tendo por objeto a prestação de serviços com cessão e locação de mão-de-obra devem atentar para o disposto no art. 3º, *caput*, e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, assim como a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União a exemplo dos Acórdãos 2798/2010 - Plenário, 1627/2011 - Plenário, 2510/2012 - Plenário, 1914/2012 - Plenário e 341/2012 - Plenário.

17. Sugere-se, ainda, encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam à Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul/MS, à Controladoria-Geral da União – Regional Mato Grosso do Sul, à Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros e Desvios de Recursos Públicos/DELEFIN da Superintendência da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul e a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

a) **conhecer** da representação, com fulcro nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
b) **acolher**, nos termos do art. 250, § 1º, do RITCU, as razões de justificativa apresentadas por:

b.1) José Carlos Dorsa Vieira Pontes, (CPF 368.454.421-34), ex-Diretor-Geral do NHU/UFMS;

b.2) Pedro Alcântara Soares Morel (CPF: 173.820.251-87), ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação**;**
b.3) Adilson Shigueyassu Aguni (CPF: 298.148.711-68), Procurador Federal.

c) **dar ciência** ao Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian, filiado à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – HUMAP/EBSERH, de que os editais de licitação para a contratação de empresas tendo por objeto a prestação de serviços com cessão e locação de mão-de-obra devem atentar para disposto no art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, assim como a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União a exemplo dos Acórdãos 2798/2010 - Plenário, 1627/2011 - Plenário, 2510/2012 - Plenário, 1914/2012 - Plenário e 341/2012 - Plenário;

d) encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam à Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul/MS, à Controladoria-Geral da União – Regional Mato Grosso do Sul, à Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros e Desvios de Recursos Públicos/DELEFIN da Superintendência da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul e a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Secex/MS, em 24 de julho de 2017.

(Assinado Eletronicamente)
Abenathar Lopes de Araújo Junior
AUFC – Mat. 3063-5

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57826125.