

VOTO

Cuida-se de representação instaurada por determinação do Acórdão 1.511/2015 – TCU – Plenário, nos autos do TC 013.483/2014-5, com a finalidade de avaliar supostas irregularidades referentes à contratação pelo Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian da empresa Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação Ltda., vencedora do Pregão Eletrônico 198/2010, para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização de ambientes administrativos e médico-hospitalares, internos e externos, com fornecimento de materiais de consumo e equipamentos.

2. O TC 013.483/2014-5 cuidou de representação formulada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Mato Grosso do Sul em razão de irregularidades descritas no Relatório de Material Apreendido na “Operação Sangue Frio”, deflagrada pela Polícia Federal em conjunto com a Controladoria-Geral da União.

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

4. Em decorrência dos fatos apurados, foram abertos diversos processos neste Tribunal para avaliar a regularidade dos certames e contratos realizados durante a gestão no Diretor Geral José Carlos Dorsa Vieira Pontes.

5. A representação em comento teve por finalidade verificar se houve ilicitudes na contratação da empresa Douraser Prestadora de Serviços de Limpeza e Conservação Ltda. – EPP.

6. Após diligências junto à Superintendência da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul para obtenção do processo administrativo relativo ao Pregão Eletrônico 198/2010 e outros documentos correlatos colhidos no Inquérito Policial 142/2012, a Secex/MS propôs a audiência de José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Pedro Alcântara Soares Morel, ex-Presidente de Comissão Permanente de Licitação, e Adilson Shigueyassu Aguni, então Procurador Federal junto à UFMS, para apresentarem razões de justificativa acerca da inserção de cláusula restritiva à competitividade no edital de licitação.

7. Referida cláusula estava contida no subitem 3.5.10 do edital e dizia respeito à proibição de participação no certame de empresas optantes do Simples Nacional, tendo em vista o que dispunha o art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, o que afrontaria o 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.

8. Os responsáveis apresentaram razões de justificativas às peças 81, 85 e 68, as quais foram analisadas e acolhidas pela Secex/MS, sob o argumento de que, embora a interpretação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, dada pelos agentes não tivesse sido a mais adequada, ela não o fora de todo desarrazoada ou absurda. Assim, seria escusável que os responsáveis tivessem agido daquela maneira, o que os eximiria de culpabilidade na prática da infração.

9. A Secex/MS propôs, então, em pareceres uniformes, acolher as razões de justificativa de todos responsáveis e 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 no art. 30 da Lei 8.666/93, assim como na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a exemplo dos Acórdãos 2.798/2010, 1.627/2011, 2.510/2012, 1.914/2012 e 341/2012, todos do Plenário.

II

10. Corroboro, em essência, a proposta da Secex/MS, adotando os seus fundamentos como minhas razões de decidir, sem prejuízo dos ajustes que passo a fazer.
11. Primeiramente, registro que, após a chegada dos autos a meu gabinete, fui informado de que o responsável José Carlos Dorsa Vieira Pontes falecera em 11/3/2018 (certidão de óbito à peça 89), o que alicerça a declaração de extinção de sua punibilidade por eventuais infrações detectadas, *ex vi* do art. 5º, XLV, da Constituição Federal.
12. Permanece, todavia, a possibilidade de apenação, em tese, dos demais agentes envolvidos.
13. No caso *sub oculi*, no entanto, conforme defendido pela Secex/MS, não se vislumbra a culpabilidade dos responsáveis na prática da infração imputada.
14. Observa-se que a cláusula prevista no subitem 3.5.10 do edital de pregão foi inserida para fazer valer o que dispõe o art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, a saber:
- “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;”
15. Cumpre esclarecer, entretanto, que tal dispositivo não serve para alijar as micro e pequenas empresas optantes do Simples Nacional de licitações visando à terceirização de mão-de-obra, mas tão somente dispor que essas empresas, ao optarem pela realização de serviços de cessão ou locação de mão-de-obra, devem ser excluídas do regime do Simples Nacional.
16. Cito exemplos de algumas decisões desta Corte nesse sentido:
- 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.”
- Acórdão 1.627/2011 – 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.”
17. Portanto, o edital em exame, ao inserir o subitem 3.5.10, extrapolou o que estava previsto no inciso XII do art. 17 da Lei Complementar 123/2006, restringindo indevidamente a competitividade do certame, ao proibir a participação de empresas optantes do Simples Nacional no certame.
18. Trago à colação, por oportuno, os exatos termos do subitem 3.5.10:
- “3.5. Não poderão participar desta licitação empresas:
- (...)
- 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)”
19. Embora a melhor hermenêutica do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, não tenha sido adotada pelos responsáveis no âmbito do Pregão Eletrônico 198/2010, na época de realização do certame, é possível considerar que havia dúvidas sobre como os dispositivos da referida lei deveriam ser aplicados nas licitações públicas. A jurisprudência do Tribunal ainda não estava consolidada.

20. Portanto, não se vislumbra na conduta dos responsáveis a culpabilidade necessária para que sejam apenados.

21. Reputo pertinente, todavia, dar ciência da restrição contida no edital em exame ao hospital universitário, administrado atualmente pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, para que a infração não volte a ocorrer.

Diante do exposto, voto no sentido de que seja aprovado o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 16 de maio de 2018.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator