

GRUPO II – CLASSE VI – Segunda Câmara
TC 032.838/2011-5.

Natureza(s): Representação.

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

Responsáveis: Adilson Shigueyassu Aguni (298.148.711-68); Alceu Edison Torres (168.558.769-00); Elizabeth Antônio Verão Lopes (257.509.681-20); Gilberto Begena (174.789.369-20); José Carlos Dorsa Vieira Pontes (368.454.421-34); Marcelino Chehoud Ibrahim (447.664.751-00); Rosemary Oshiro (368.087.501-06).

Interessado: Procuradoria da República/MS - MPF/MPU (26.989.715/0017-70).

Advogados constituídos nos autos: Christopher Lima Vicente (OAB/MS 16694); Paulo Henrique Menezes Medeiros (OAB/DF 32155); e Fabrizio Tadeu Severo Dos Santos (OAB/MS 7498).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL. CONTRATAÇÃO DE FAMILIARES DE SERVIDORES DA UNIVERSIDADE POR EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA AO GESTOR DO CONTRATO. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS.

RELATÓRIO

Trata-se de representação de iniciativa da Procuradoria da República no Município de Campo Grande/MS, acerca de irregularidades praticadas no âmbito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e do Hospital Universitário, relativas à contratação de familiares de servidores dessas entidades por empresa prestadora de serviços terceirizados, a Empresa Skyserv Locação de Mão de Obra Ltda., no exercício de 2011, para realizarem serviços continuados de apoio administrativo, manutenção e suporte à saúde previstos no contrato nº 3/2011. Transcrevo, a seguir, parte da instrução elaborada no âmbito da Secex-MS:

2. Em instrução juntada à peça 233 esta Unidade Técnica propugnou pela realização de audiência dos responsáveis pela celebração do contrato, pela elaboração e aprovação do Termo de Referência e da minuta do edital relativos ao Pregão Eletrônico nº 109/2010, bem como daqueles que comprovadamente possuíam relação de parentesco com os funcionários terceirizados, medidas autorizadas pelo Secretário desta Unidade, conforme pronunciamento inserto à peça 235.
3. Assim, os mesmos foram instados a apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias, razões de justificativa acerca das ocorrências registradas nos Ofícios nº 854/2013 a 860/2013 – TCU/SECEX/MS (peças 237 a 243), tendo todos assim o feito por meio das peças 248 (Gilberto Begena); 253 (Adilson Shigueyassu Aguni); 258 (Elizabeth Verão Lopes); 260 (Marcelino Chehoud Ibrahim); 261 (Rosemary Oshiro); 271 (José Carlos Dorsa Vieira Pontes); e 277 (Alceu Edison Torres).

4. Para facilitar a análise das razões de justificativa, agruparemos as mesmas de acordo com as ocorrências em foco que são 2 (duas): 1) Celebração do contrato nº 03/2011, elaboração e aprovação do Termo de Referência e da minuta do edital relativos ao Pregão Eletrônico nº 109/2010, sem que os mesmos contivessem previsão editalícia no sentido de vedar que familiar de agente público prestasse serviços na fundação em que este exercesse cargo em comissão ou função de confiança, nos termos do art. 7º do Decreto nº 7.203/2010; 2) existência de relação de parentesco com funcionários terceirizados da Empresa Skyserv Locação de Mão de Obra Ltda., para prestar serviços no Hospital Universitário, o que podia caracterizar o direcionamento da contratação dos mesmos na empresa contratada, em afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade insculpidos no art. 37, caput, da Constituição Federal e ao art. 10, inciso II, da IN/MPOG 2, de 30/04/2008.

II. MÉRITO

5. Ocorrência: Celebração do contrato nº 03/2011, elaboração e aprovação do Termo de Referência e da minuta do edital relativos ao Pregão Eletrônico nº 109/2010, sem que os mesmos contivessem previsão editalícia no sentido de vedar que familiar de agente público prestasse serviços na fundação em que este exercesse cargo em comissão ou função de confiança, nos termos do art. 7º do Decreto nº 7.203/2010.

6. Responsáveis e condutas: 1) José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Ex-Diretor Geral do NHU/UFMS, por ter celebrado o contrato nº 03/2011; 2) Marcelino Chehoud Ibrahim, Ex-Diretor Geral Substituto do NHU/UFMS, por ter aprovado o Termo de Referência relativo ao Pregão Eletrônico nº 109/2010; 3) Rosemary Oshiro, Assessora de Compras de Núcleo DRG/NHU, por ter elaborado o Termo de Referência relativo ao Pregão Eletrônico nº 109/2010; 4) Adilson Shigueyassu Aguni, Procurador Jurídico da UFMS, por ter aprovado a minuta do edital relativo ao Pregão Eletrônico nº 109/2010.

7. Razões de justificativa: José Carlos Dorsa justificou, em suma, que, devido ao considerável volume de contratações e de atos administrativos que eram atribuições da Diretoria Geral do NHU/UFMS, não era possível averiguar, ao menos de imediato, se os funcionários contratados pela empresa Skyserv possuíam algum tipo de parentesco com servidores do NHU/UFMS, sendo que não participou do processo de seleção realizado pela empresa vencedora do certame licitatório.

7.1. Por sua vez, Marcelino Chehoud Ibrahim admitiu que a exigência para que o edital contivesse expressamente a vedação para que familiar de agente público que exercesse cargo em comissão ou função de confiança prestasse serviços na entidade, passou despercebida, explicando tal omissão face às dificuldades administrativas por ele enfrentadas quando eventualmente exercia a função de Diretor Geral substituto, além do fato de não deter familiaridade com a matéria.

7.2. Já Rosemary Oshiro explicou que o Termo de Referência por ela elaborado não conteve a vedação de nepotismo, conforme art. 7º do Decreto nº 7.203/2010, porque o legislador foi sábio ao definir nesse artigo que o instrumento que deve conter tal vedação são os “editais de licitação”.

7.3. E, por fim, o Procurador Federal em exercício na Procuradoria Federal junto à UFMS, Adilson Shigueyassu Aguni, em uma extensa defesa de quase 40 laudas, suscitou preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência absoluta, haja vista que o membro da advocacia pública ao atuar em determinado caso concreto, emite pronunciamento jurídico fundamentado à luz de situação que lhe foi encaminhada, encontrando-se resguardado por garantia constitucional que deve ser preservada, pelo que apurando o TCU a existência de aparente ato de improbidade por advogado parecerista deve representar o fato aos órgãos competentes, sendo a Corregedoria da Advocacia Geral da União a responsável pela apuração de eventuais irregularidades no exercício dessa função.

7.3.1. No mérito, alegou que, ao aprovar a minuta do edital relativo ao Pregão Eletrônico nº 109/2010, observou os parâmetros contidos em uma lista de verificação, disponível no sítio eletrônico da AGU, a qual contém os requisitos adotados por aquele órgão que são considerados imprescindíveis na elaboração do pregão eletrônico de licitações, sendo que não há qualquer menção à necessidade de se incluir o art. 7º do Decreto 7.203/10. Fez o mesmo em relação ao TCU,

anexando cópia das recomendações contidas no Acórdão nº 1214/13 resultante do TC 006.156/2011-8 (que visava implementar melhorias nos procedimentos de licitação e de execução de contratos para a prestação de serviços de natureza contínua), entre as quais não há menção à inclusão do art. 7º do Decreto 7.203/10, frisando que o próprio TCU não atentou para a obrigatoriedade dessa previsão em seus editais.

7.3.2. Além disso, sustentou que não se deve esquecer que os atos administrativos só devem ser praticados se expressamente previstos em lei, considerando que não existe previsão no ordenamento pátrio autorizando a contratação de parentes nos contratos de terceirização da Administração Pública, desnecessária se faz a menção no parecer, posto só ser permitido o que a lei prevê. E que antes da edição do Decreto 7.203/10 a vedação ao nepotismo já era de conhecimento geral, sendo desnecessária sua menção expressa no edital que, ainda assim, não possui o condão de permitir tal prática. Dessa forma, existindo norma que veda o nepotismo e não havendo qualquer menção a sua permissão no corpo do edital, tal prática, pelos meios regulares, jamais poderia ocorrer.

7.3.3. Destarte, sustentou que a não ser que o parecerista atue com dolo, má-fé ou erro inescusável, e o parecer pugnar pelo cometimento de ato danoso ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, não pode haver dúvida quanto a sua responsabilidade por eventual ato praticado pelo gestor.

7.3.4. Alegou que o máximo que se poderia extrair da conduta omissiva do parecerista seria a ocorrência de mero erro escusável, já que dependia da aplicação de norma recém editada (decreto publicado em 07/06/10), quase que concomitantemente com a abertura do procedimento administrativo de contratação (em 10/06/10, e o edital do pregão eletrônico nº 109/2010 foi publicado no DOU em 26/07/10), sendo o edital e demais normas do procedimento elaboradas nos setores próprios da Administração, não sendo de responsabilidade da Procuradoria esse mister, especialmente por não contar com estrutura de pessoal e de espaço físico para uma melhor organização ou divisão de setores de trabalho, como por exemplo uma divisão de legislação responsável pela coleta de todas as normas publicadas e seu encaminhamento específico aos pareceristas para sua pronta utilização na mesma data da publicação.

7.3.5. Explicou que conferir caráter vinculativo à manifestação prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, que estabelece a atribuição de exame e aprovação das minutas, representa ignorar a realidade das contratações públicas no Brasil e transferir ao parecerista uma competência gerencial estranha a suas atribuições.

7.3.6. Por derradeiro, justificou que existem apenas dois servidores públicos na função de Procuradores Jurídicos da UFMS, os quais são responsáveis pelo serviço de consultoria e assessoria jurídica de toda a Universidade (todos os campus do interior do Estado), bem como do HU a ela vinculado. Assim, é perfeitamente possível que, devido à grande quantidade de serviço depositado sob a sua responsabilidade, somado ao fato de que o Decreto havia sido publicado há pouquíssimo tempo, bem como que inexistia qualquer recomendação para sua inclusão por parte da AGU e do próprio TCU, por um lapso, referido artigo deixou de ser acrescentado ao teor do edital. Mas consignou que, visando impedir a ocorrência de novos lapsos concernentes a este Decreto, foi emitida, pelo Procurador Geral uma nota explicativa a seu respeito, a qual foi acostada aos autos.

7.3.7. Por todas as razões expostas, solicitou o arquivamento do procedimento em comento ou, em sendo diverso o entendimento deste órgão, que seja minorada em grau máximo a sua penalização.

8. Análise: Primeiramente há que se analisar a ocorrência em apreço frente aos atos dos responsáveis pela elaboração e aprovação do Termo de Referência relativo ao Pregão Eletrônico nº 109/2010, respectivamente, Sra. Rosemary Oshiro e Sr. Marcelino Chehoud Ibrahim.

8.1. O art. 161 do RI/TCU preconiza que havendo mais de um responsável pelo mesmo fato, a defesa apresentada por um deles aproveitará a todos, mesmo ao revel, no que concerne às circunstâncias objetivas.

8.2. Assim é que o argumento trazido à colação pela Sra. Rosemary Oshiro de que a vedação expressa no art. 7º do Decreto 7.203/10 deveria constar do edital e não do termo de referência aproveita a ela e ao Sr. Marcelino.

8.3. Isso porque o Termo de Referência não é o edital propriamente dito do procedimento licitatório e sim um anexo dele. Trata-se de um instrumento indispensável e um dos primeiros documentos a ser elaborado na etapa interna do pregão, com projeção na etapa externa (edital), para a sua execução e controle, irradiando efeitos para todo o ciclo da contratação.

8.4. O Termo de Referência é um instrumento usado nos pregões presencial e eletrônico que, nas outras modalidades da Lei nº 8.666/93 (concorrência, tomada de preços e convite) equivale ao projeto básico. Expressa ele informações diversas levantadas em torno de um dado objeto ou serviço que servirá de fonte para guiar a aquisição ou a contratação dos serviços. E deverá ser aprovado com justificativa permitindo até que se encontre o custo do objeto a ser definido. É através dele que se demonstram as necessidades da Administração, que se permite a correta elaboração da proposta pelo licitante, que se viabiliza a execução do objeto, já que determina as diretrizes, evitando aquisições irracionais, desperdiçadas, desnecessárias, uma vez que circunscreve limitadamente um objeto.

8.5. As normas legais do Termo de Referência são basicamente a lei do pregão e seus respectivos decretos. Na definição de tal conceito, diz a norma, art. 8º, inciso II, do Decreto nº 3.555/2000:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do **custo** pela Administração, diante de **orçamento** detalhado, considerando os **preços praticados no mercado**, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato. (grifamos)

8.6. Já do Decreto nº 5.450 de 2005 consta:

Art. 9º. Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

II - aprovação do termo de referência pela autoridade competente;

III - apresentação de justificativa da necessidade da contratação;

IV - elaboração do edital, estabelecendo critérios de aceitação das propostas;

V - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, inclusive no que se refere aos prazos e às condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração; e

VI - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

§ 1º. A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

§ 2º. O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, de definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto,

deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva (grifo nosso)

8.7. Portanto, conclui-se que, não obstante deva o Termo de Referência conter a definição pormenorizada do objeto a ser licitado, é no edital que deverão constar todas as regras de condução do procedimento licitatório. Por isso, há que se concordar que a vedação expressa no art. 7º do Decreto 7.203/10 - de que familiar de agente público não preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo ou função de confiança - realmente deveria estar prevista no edital e não necessariamente no Termo de Referência.

8.8. Assim sendo, pelo fato da audiência desses dois responsáveis estar atrelada ao tipo de conduta decorrente da elaboração e aprovação do Termo de Referência e não do edital, mister sejam acatadas as razões de justificativa por eles apresentada, com vistas a desconsiderar tal prática do rol de atos a eles imputados.

8.9. Com relação ao responsável pela celebração do contrato nº 03/2011, Sr. José Carlos Dorsa Vieira Pontes, independente das justificativas por ele apresentadas, propõe-se que a ocorrência referente ao fato de ter celebrado tal instrumento entre o NHU/UFMS e a Skyserv seja desconsiderada, haja vista que a referida empresa sagrou-se vencedora de licitação regularmente realizada pelo Hospital Universitário (Pregão Eletrônico 109/2010), não sendo razoável, portanto, exigir do gestor conduta diversa à convocação do licitante vencedor para assinatura do contrato, nos termos do art. 27 do Decreto 5.450/05.

8.10. Por fim, no tocante ao procurador jurídico responsável pela aprovação da minuta do edital relativo ao Pregão Eletrônico nº 109/2010, Sr. Adilson Shigueyassu Aguni, certo é que o mesmo merece ver acatadas suas razões de justificativa, tendo em vista que as mesmas trouxeram à colação elementos robustos de sua atuação diligente, restando lícito concluir que é abusiva a responsabilização do mesmo à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e a omissão administrativa de não fazer constar no edital a previsão inserta no art. 7º do Decreto 7.203/10.

8.11. De qualquer forma, *a priori*, vale assinalar que as preliminares suscitadas pelo defendente (ilegitimidade passiva por não ser gestor; e incompetência absoluta do TCU para julgar atos de procuradores jurídicos) não procedem.

8.11.1. O TCU decidiu sobre assunto específico através do Acórdão nº 462/2003-Plenário, firmando entendimento no sentido que a responsabilidade do advogado autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em pelo menos duas esferas distintas. Na primeira, apurar-se-ia a responsabilidade pelo exercício profissional da advocacia, na qual caberia ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei nº 8.906/94, a aplicação das sanções disciplinares, como censura, suspensão, exclusão e multas nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia, sem exclusão da jurisdição comum, perante as autoridades judiciais competentes. Na segunda, a responsabilidade imputada ao autor do parecer jurídico está inter-relacionada com a responsabilidade pela regularidade da gestão da despesa pública, disciplinada pela Lei nº 8.443/92, cuja fiscalização se insere na competência deste Tribunal.

8.11.2. Isso porque o parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, *ex vi* do art. 70 caput, e 71, II, da Constituição Federal. Assim, o fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que se encontra excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao Erário, cujo principal fundamento foi o parecer jurídico, muita vez sem consonância com os autos. Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência de liame ou nexo de causalidade

existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissos ou tendenciosos, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário.

8.12. Mesmo ultrapassadas as preliminares, entende-se que, no mérito, assista razão ao Sr. Adilson Shigueyassu Aguni, na medida suficiente a tornar afastável sua responsabilização perante o TCU. O fato do edital não conter previsão inserta em um novel decreto federal – Decreto nº 7.203, de **04/07/2010** – quando a sua minuta foi encaminhada à Procuradoria Jurídica da UFMS para análise sobre o seu conteúdo no dia seguinte, em 05/07/2010 (p. 41 da peça 253), sendo emitido o parecer em **22/07/2010** (p. 7 da peça 47), faz com que se pondere o grau de conhecimento de uma norma recém-editada.

8.13. Mas, o mais importante é que, compulsando o teor do aludido parecer (Parecer nº 454/PROJUR – Peça 253, p. 48), verifica-se que proferiu posicionamento sobre a autorização da despesa, existência de recurso orçamentário, estimativa do custo anual e mensal, sobre o objeto do processo, solicitou e analisou relação dos cargos em extinção e vacantes (p. 6 da peça 47), alertou sobre a divulgação do instrumento convocatório mediante publicações no DOU ou na internet e/ou em jornal local, em respeito ao princípio da publicidade. E, apesar de emitir parecer **aprovando** a minuta do edital, a omissão da previsão editalícia de preceptivo do decreto não a macula a ponto de erigir ou equiparar tal lapso a um vício de ilegalidade capaz de reduzir a conduta do parecerista a uma atuação defeituosa por não ter recomendado a sua inclusão naquele instrumento, ainda que por desconhecimento da norma.

8.14. Além disso, vale lembrar que o argumento do defendente procede quando sustenta que não existe previsão no ordenamento pátrio autorizando a contratação de parentes nos contratos de terceirização da Administração Pública, sendo assim, até mesmo dispensável menção expressa, posto só ser permitido o que a lei prevê, de acordo com o princípio da legalidade na Administração Pública.

8.15. Por fim, ressalte-se que, em sua defesa, o defendente anexou nota informativa e explicativa emitida pelo Procurador Geral da UFMS, recomendando a todos os órgãos da Universidade que, em seus procedimentos de contratação de empresa prestadora de serviços, de forma direta ou não, conste declaração de que não haverá prestação de serviço por cônjuge, companheiro (a) ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau, de agente público que exerça cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da UFMS, em atenção à vedação contida no Decreto nº 7.203/10. Restou alertado que tal declaração deverá ser enviada, imediatamente, via fax, após a etapa de lances, somente pela licitante classificada, provisoriamente, em primeiro lugar, para fins de sua habilitação, com posterior encaminhamento do original ou cópia autenticada no prazo de até 2 dias úteis. E que tal declaração também deve se fazer presente nos anexos ao edital das licitações (p. 95-100 da peça 254). Dessa forma, percebe-se que foram adotadas providências por parte do setor jurídico para que sejam obedecidas as prescrições insertas no Decreto nº 7.203/2010 nas futuras contratações da UFMS, medida louvável e de bom alvitre.

8.16. Destarte, propõe-se sejam acatadas as justificativas apresentadas pelos responsáveis, uma vez que os requisitos caracterizadores de suas responsabilidades não restaram comprovados e a ocorrência ora analisada foi rechaçada em seu mérito propriamente dito.

9. Ocorrência: existência de relação de parentesco com funcionários terceirizados da Empresa Skyserv Locação de Mão de Obra Ltda., para prestar serviços no Hospital Universitário, o que podia caracterizar o direcionamento da contratação dos mesmos na empresa contratada, em afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade insculpidos no art. 37, caput, da Constituição Federal e ao art. 10, inciso II, da IN/MPOG 2, de 30/04/2008.

10. Responsáveis: 1) José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Ex-Diretor Geral do NHU/UFMS, primo do terceirizado Antonio Carlos Cantero Dorsa, admitido em **10/03/2011** para prestar serviços como assessor de projeto no HU; 2) Marcelino Chehoud Ibrahim, Ex-Diretor Geral Substituto do NHU/UFMS, irmão do terceirizado Antonio Marcos Ibrahim, admitido em **10/03/2011** para prestar serviços como assessor de projeto no HU; 3) Gilberto Begena, Ex-Diretor Administrativo do NHU/UFMS, pai do terceirizado Fernando Begena, admitido em **01/04/2011** para prestar serviços

como assistente de projeto no HU; 4) Alceu Edison Torres, Gestor do Contrato nº 03/2011, pai do terceirizado Fernando Henrique Arantes Torres, admitido em **10/03/2011** para prestar serviços como assessor de projeto no HU; 5) Elizabeth Antonio Verão Lopes, Assessora de Orçamento e Finanças do NHU/UFMS, mãe da terceirizada Priscilla Verão Lopes, admitida em **10/03/2011** para prestar serviços como auxiliar de escritório no HU.

11. Razões de justificativa: Todos os defendentes valeram-se praticamente dos mesmos argumentos para tentar afastar a ocorrência em apreço de suas responsabilidades. Em suma, aludiram que não direcionaram as contratações de seus familiares haja vista que foi a Empresa Skyserv que os escolheu após análise curricular e seleção simplificada, na qual obtiveram aprovação sem que tivessem qualquer ingerência ou pedido de favorecimento por quem quer que seja, na análise de suas documentações.

11.1. Sustentaram, em sua grande maioria, que não há como impedir a contratação de determinado funcionário por conta do sobrenome, inclusive para que não houvesse qualquer tipo de discriminação e que não agiram de má-fé, não obtiveram nenhuma vantagem financeira com as contratações, nem praticaram ato intencional de favorecimento à Empresa Skyserv.

11.2. Especificamente José Carlos Dorsa Vieira Pontes alegou que, apesar de possuir parentesco com Antônio Carlos Cantero Dorsa, este é considerado de quarto grau, o que não se configura situação de nepotismo, conforme prevê a Súmula Vinculantes nº 13 do STF. E que, no caso em análise, a legalidade das contratações que está sendo investigada não diz respeito à nomeação de parentes para exercer cargo público de comissão ou de confiança nos quadros do Hospital Universitário, mas sim a suposta contratação de parentes de servidores do HU que teriam sido admitidos por pessoa jurídica de direito privado.

11.3. Por seu turno, Gilberto Begena justificou que a contratação de Fernando Begena se deu em 01/04/2011, posterior, portanto, ao ato oficial que ensejou sua exoneração da Direção Administrativa do Hospital Universitário, ocorrida em 14/02/2011, constando cronologia independente dos atos: exoneração e contratação.

11.4. E, por sua vez, Alceu Edison Torres aduziu que não ocupava cargo de chefia ou de direção na época da contratação de Fernando Henrique Arantes Torres.

12. Análise: Ocorreram as contratações por parte da empresa Skyserv Locação de Mão de Obra Ltda. das pessoas relacionadas no item 10 acima, as quais guardam vínculos familiares com servidores da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, para executarem serviços, naquele nosocômio, por meio do contrato nº 3/2011.

12.1. Entretanto, além do fato dos funcionários terceirizados serem parentes dos servidores, chama a atenção que os mesmos, quando da celebração do aludido contrato, ainda não eram contratados da Empresa Skyserv. Isso porque as malsinadas contratações aconteceram justamente no mesmo dia da assinatura do contrato nº 3/2011, ou seja, em 10/03/2011 (Antonio Carlos Cantero Dorsa, Antonio Marcos Ibrahim, Fernando Henrique Arantes Torres e Priscilla Verão Lopes) ou posteriormente, em 01/04/2011 (Fernando Begena), conforme informações constantes da relação de funcionários da referida pessoa jurídica anexa à peça 10 (p. 2, 4 e 8).

12.2. Dessa forma, não há como dissociar a contratação dessas cinco pessoas da relação de parentesco que ostentam com servidores da UFMS, posto ir muito além de uma mera coincidência fática em que uma empresa vencedora de um certame público contrata concomitante ou posteriormente funcionários justamente parentes de servidores da entidade onde começariam a prestar serviços. Em outras palavras, foram contratados pela Empresa Skyserv pontualmente para trabalharem no âmbito da Universidade onde laboravam seus pais, primos e irmãos.

12.3. Essa forma de contratação – desempenho de serviços terceirizados por pessoas que mantenham relações de parentesco com servidores da entidade contratante – não deixa de entoar um tipo de nepotismo ainda que camuflado, o qual pode ser identificado não apenas pelos laços familiares, mas também por relações de amizade, como já se pronunciou o Tribunal de Contas da União em algumas oportunidades sobre a prática do nepotismo na Administração Pública Federal, a exemplo dos Acórdãos 926/2003-Plenário, 2961/2004-1ª Câmara, 95/2005-Plenário e 3585/2006-1ª

Câmara. No voto do Excelentíssimo Ministro Ubiratan Aguiar, relator do Acórdão 95/2005-Plenário, consta o seguinte entendimento em relação ao nepotismo em contratações de terceirizados: “não há dúvida de que se trata de procedimento que contraria os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, na medida em que privilegia um determinado grupo de pessoas”.

12.4. Por isso, pouco importa a denominação que se dá a essa forma de contratação, ou o grau de parentesco existente entre contratante e contratado (se de primeiro, segundo, terceiro ou quarto grau, se por consanguinidade ou por afinidade), pois, como já dito, o que interessa é que a adoção de procedimentos dessa natureza fere os Princípios da Moralidade e da Impessoalidade na Administração Pública, insitos no art. 37, caput, da Constituição Federal, independentemente da existência de lei formal para coibir tal prática, tendência consolidada com a edição da Súmula Vinculante 13 e por vasta jurisprudência do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGACÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEACÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO. **I - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. II – (...) VI - Agravo regimental provido (Rcl 6702 MC - AgR/PR - AG.REG.NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 04/03/2009 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno).**

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. **I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (RE 579951/RN - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 20/08/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno).**

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. **A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder.** Mandado de segurança denegado. (MS 23780/MA - MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 28/09/2005 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

12.5. Seguindo esse movimento político social, o Poder Executivo baixou o Decreto 7.203, em 04/06/2010, que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal, prevendo a ocorrência desse tipo de prática também na contratação de serviços terceirizados, tanto que em seu art. 7º prescreve:

“os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança”.

12.6. Em outra frente, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão baixou a Instrução Normativa 2, de 30/4/2008 (com a redação dada pelas IN/MPOG 3/2009, 4/2009 e 5/2009, bem como pela Portaria/MPOG 7/2011). O art. 10 do mencionado normativo disciplina que é vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como: (...) **II - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas**” (grifo nosso).

12.7. Outrossim, também não importa se o parente do terceirizado é detentor de cargo em comissão ou função de confiança, basta que seja agente público, pois direcionar a contratação de parentes para prestar serviço terceirizado em órgão em que agente público seja seu familiar, pode levar ao estabelecimento de privilégios e favoritismos, desconsiderando-se a capacidade técnica necessária para o desempenho das funções.

12.8. Daí o motivo pelo qual não assiste razão aos defendentes Alceu Edison Torres e Gilberto Begena no que diz respeito ao fato de não se caracterizar a prática irregular em testilha por não ocuparem cargo de chefia ou de direção à época das contratações de seus filhos. Enquanto o primeiro pertence ao quadro de servidores da UFMS, ocupando o cargo de administrador desde outubro de 1979, conforme informação por ele próprio fornecida (peça 277), o segundo, apesar de exonerado do cargo de Diretor Administrativo do NHU, em 14/02/2011, também era e continuou sendo servidor da UFMS, consoante dados extraídos do SiapeNet em que consta sua admissão nesta fundação desde setembro de 1980 (Peça 279).

12.9. Desse modo, pode-se concluir que, no caso concreto, não há nos autos nenhuma explicação que seja capaz de afastar o direcionamento das contratações de funcionários terceirizados na empresa contratada, decorrente de relações de parentesco, pelo que as justificativas oferecidas não são aceitáveis.

III. CONCLUSÃO

13. Foram 2 (duas) as ocorrências constatadas inicialmente pelas quais os defendentes foram instados a apresentar razões de justificativa, quais sejam: 1) a celebração do contrato nº 03/2011, elaboração e aprovação do Termo de Referência e da minuta do edital relativos ao Pregão Eletrônico nº 109/2010, sem que os mesmos contivessem previsão editalícia no sentido de vedar que familiar de agente público prestasse serviços na fundação em que este exercesse cargo em comissão ou função de confiança, nos termos do art. 7º do Decreto nº 7.203/2010; 2) a existência de relação de parentesco com funcionários terceirizados da Empresa Skyserv Locação de Mão de Obra Ltda., para prestar serviços no Hospital Universitário, o que podia caracterizar o direcionamento da contratação dos mesmos na empresa contratada, em afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade insculpidos no art. 37, caput, da Constituição Federal e ao art. 10, inciso II, da IN/MPOG 2, de 30/04/2008.

14. Após a realização das audiências, a primeira ocorrência foi ilidida, pelo que se proporá o acolhimento das razões de justificativa de José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Ex-Diretor Geral do NHU/UFMS; de Marcelino Chehoud Ibrahim, Ex-Diretor Geral Substituto do NHU/UFMS; de Rosemary Oshiro, Assessora de Compras de Núcleo DRG/NHU; e de Adilson Shigueyassu Aguni, Procurador Jurídico da UFMS, nesse aspecto.

15. Isso porque do ponto de vista da elaboração e aprovação do Termo de Referência relativo ao Pregão Presencial nº 109/2010, a vedação expressa no art. 7º do Decreto 7.203/10 - de que familiar de agente público não preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo ou função de confiança - realmente deveria estar prevista no edital e não necessariamente no Termo de Referência. Daí porque há que se excluir a responsabilidade de Rosemary Oshiro e Marcelino Chehoud Ibrahim, respectivamente, elaboradora e aprovador do aludido termo.

16. No tocante a José Carlos Dorsa Vieira Pontes, essa mesma ocorrência não lhe alcança a culpabilidade pela temeridade de se afirmar que o simples fato de ter celebrado um contrato basta para cancelar a escolha de trabalhadores terceirizados com base em critérios de parentesco.

17. E a responsabilidade do procurador jurídico Adilson Shigueyassu Aguni também foi reavaliada à luz da aprovação da minuta do edital, uma vez que a omissão da previsão de preceptivo legal não o macula a ponto de erigir ou equiparar tal lapso a um vício de ilegalidade capaz de reduzir a conduta do parecerista a uma atuação defeituosa por não ter recomendado a sua inclusão naquele instrumento.

18. Todavia, não se pode dizer o mesmo em relação à segunda ocorrência. Assim é que se proporá que não sejam acolhidas as razões de justificativas apresentadas pelos 5 (cinco) defendentes que possuem relação de parentesco com os funcionários terceirizados da Empresa Skyserv, quais sejam: 1) José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Ex-Diretor Geral do NHU/UFMS, primo do terceirizado Antonio Carlos Cantero Dorsa; 2) Marcelino Chehoud Ibrahim, Ex-Diretor Geral Substituto do NHU/UFMS, irmão do terceirizado Antonio Marcos Ibrahim; 3) Gilberto Begena, Ex-Diretor Administrativo do NHU/UFMS, pai do terceirizado Fernando Begena; 4) Alceu Edison Torres, Gestor do Contrato nº 03/2011, pai do terceirizado Fernando Henrique Arantes Torres; 5) Elizabeth Antonio Verão Lopes, Assessora de Orçamento e Finanças do NHU/UFMS, mãe da terceirizada Priscilla Verão Lopes.

19. Isso porque as relações de parentesco dos terceirizados com servidores da UFMS, aliadas ao fato de que as contratações aconteceram justamente no mesmo dia da assinatura do contrato nº 3/2011, em 10/03/2011 (Antonio Carlos Cantero Dorsa, Antonio Marcos Ibrahim, Fernando Henrique Arantes Torres e Priscilla Verão Lopes) ou posteriormente, em 01/04/2011 (Fernando Begena), formam um conjunto de indícios não afastados pela defesa e assaz para corroborar a ocorrência de direcionamento da contratação desses funcionários pela Empresa Skyserv para prestarem pontualmente serviços no âmbito do Hospital Universitário, prática que fere princípios basilares da Administração Pública, como moralidade e impessoalidade, razão pela qual suas razões de justificativa devem ser rejeitadas nesse aspecto, sendo-lhes proposta a aplicação da multa prevista no art. 58, II da Lei nº 8.443/92.

IV. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

20. Ante o exposto, submete-se o presente processo à consideração superior, propondo a adoção das seguintes medidas:

a) conhecer do presente feito como representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso I, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

b) acolher as razões de justificativa apresentadas por Rosemary Oshiro, Assessora de Compras de Núcleo DRG/NHU e por Adilson Shigueyassu Aguni, Procurador Jurídico da UFMS;

c) acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas por José Carlos Dorsa Vieira Pontes, Ex-Diretor Geral do NHU/UFMS, e por Marcelino Chehoud Ibrahim, Ex-Diretor Geral Substituto do NHU/UFMS;

d) rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Gilberto Begena, Ex-Diretor Administrativo do NHU/UFMS; Alceu Edison Torres, Gestor do Contrato nº 03/2011; Elizabeth Antonio Verão Lopes, Assessora de Orçamento e Finanças do NHU/UFMS, José Carlos Dorsa Vieira Pontes, ex-Diretor-Geral do HNU/UFMS, e Marcelino Chehoud Ibrahim, Ex-Diretor-Geral Substituto do NHU/UFMS, devido à existência de relação de parentesco com, respectivamente, Fernando Begena, Fernando Henrique Arantes Torres, Priscilla Verão Lopes, Antônio Carlos Cantero Dorsa e Antônio Marcos Ibrahim, contratados pela empresa Skyserv Locação de Mão de Obra Ltda. para prestação de serviços no âmbito do referido nosocômio (Contrato 3/2011);

e) em consequência ao disposto nas alíneas “c” e “d”, aplicar aos responsáveis José Carlos Dorsa Vieira Pontes (CPF 368.454.421-34); Marcelino Chehoud Ibrahim (CPF 447.664.751-00); Gilberto Begena (CPF 174.789.369-20); Elizabeth Antonio Verão Lopes (CPF 257.509.681-20), e Alceu

Edison Torres (CPF 168.558.769-00) a **multa** prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação, para comprovar, perante este Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

f) nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno do TCU, autorizar, desde já, caso requerido, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, 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;

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

h) caso não seja atendida a notificação para recolhimento das multas, determinar à UFMS o desconto integral ou parcelado das dívidas nos vencimentos ou proventos dos responsáveis, observados os limites previstos na legislação pertinente, nos termos do art. 28, inc. I, da Lei 8.443/92;

i) caso não seja possível o cumprimento da determinação contida no item anterior, alternativamente, autorizar a cobrança judicial das dívidas, nos termos do art. 28, inc. II, da Lei 8.443/92;

j) encaminhar cópia do Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Município de Campo Grande/MS, aos responsáveis arrolados nos autos, à UFMS e ao Núcleo de Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian.

2. O diretor da Secex-MS assim se manifestou, com a anuência do titular daquela unidade:

De acordo com o encaminhamento proposto na instrução precedente, sem prejuízo das considerações a seguir.

2. Conforme observado no decorrer da instrução processual, esta Corte de Contas já se deparou, em outras oportunidades, com a situação relatada nos autos, na qual a contratação de parentes de agentes públicos se dá por intermédio de empresa contratada pela Administração.

2.1. É o caso, por exemplo, dos Acórdãos 926/2003 – Plenário, 2.961/2004 – 1ª Câmara, 95/2005 – Plenário e 3.585/2006 – 1ª Câmara, nos quais o Tribunal adotou medidas de cunho educativo, por intermédio de determinações dirigidas aos órgãos/entidades nos quais se evidenciou essa prática, com vistas a que evitassem o desempenho de serviços terceirizados por pessoas que mantivessem relações de parentesco com seus servidores.

3. Observa-se, portanto, que tais determinações foram expedidas em momento anterior à edição de recentes normativos que visam inibir essa prática, tais como a IN MPOG 02/2008, que, em seu art. 10, “caput”, e inc. II, estabelece ser “... vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como (...) direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas”, e o próprio Decreto 7.203/10, que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal.

4. Inobstante às ações adotadas pelo Poder Executivo Federal para coibir a prática em questão, verifica-se que tais atos insistem em se repetir, razão pela qual apresenta-se situação oportuna para que este Tribunal, sem descuidar de sua atuação pedagógica, atue de forma sancionatória, ainda mais se considerado o propalado caráter pedagógico da multa regimental, capaz de inibir condutas assemelhadas não só no âmbito da entidade na qual se observou tal prática, mas também na Administração Pública Federal. Inclusive, sobre o assunto, interessante destacar excerto do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, nos autos do TC 017.606/2009-6:

A atuação pedagógica do Tribunal de Contas da União não se dá apenas por meio de suas sempre bem-vindas e oportunas recomendações e determinações corretivas, mas também e com

intensa efetividade por intermédio das sanções que aplica e que rapidamente são dadas a conhecer no seio social e no meio dos gestores públicos. Tais sanções mostram-se relevantes, tendo em vista não só o caráter retributivo da pena em relação ao responsável diretamente envolvido, mas também o caráter preventivo, inibidor de novas condutas irregulares, tanto pelo próprio responsável, como pelos demais gestores da Administração Pública.

5. Isto posto, anuímos ao encaminhamento proposto.

É o relatório.