

TC 032.826/2010-9

Natureza: Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Superintendência Estadual da Funasa no Maranhão

Recorrentes: Francisca Tereza Correa de Souza Costa (CPF 075.084.923-15); Ione Serra Maia (CPF 063.018.193-49); Raimundo Nonato Machado Filho (CPF 035.189.573-68); Márcio Antônio Pinto de Almeida (CPF 039.026.843-72); e Maria Francilene Rodrigues de Moura (CPF 272.634.523-91).

Advogados: Felipe José Nunes Rocha – OAB/MA 7.977 (procurações: peças 43, 47 e 66); Rodrigo Almeida – OAB/MA 8.540 (procuração: peça 97); e Noraney Lucena Manguiera – OAB/MA 6.422 (procuração: peça 111).

Sumário: Tomada de Contas Especial. Irregularidades no âmbito da Funasa/MA. Caracterização de superfaturamento em contrato, dentre outros. Débito solidário. Prescrição para imputação de penalidades. Recursos de Reconsideração. Conhecimento. Preliminares e argumentos de mérito que não são aptos a alterar os fundamentos do acórdão recorrido. Não provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração apresentados por Francisca Tereza Correa de Souza Costa (peças 98 e 99), Ione Serra Maia (peças 100 e 101), Raimundo Nonato Machado Filho (peças 102 e 103), Márcio Antônio Pinto de Almeida (peça 104) e Maria Francilene Rodrigues de Moura (peça 110), contra o Acórdão 619/2015-TCU-Plenário (peça 72), de relatoria do Ministro Vital do Rêgo.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (grifos no original):

9.1. julgar irregulares, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c”, 19, “caput”, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, as contas dos srs. Márcio Antônio Pinto de Almeida (CPF 039.026.843-72), José Francisco Santos Sousa (CPF 032.230.863-15), Luís Roberto da Costa Pereira (CPF 044.873.203-30), Raimundo Nonato Machado Filho (CPF 035.189.573-68), Ione Serra Maia (CPF 063.018.193-49), Maria Francilene Rodrigues de Moura (CPF 272.634.523-91) e Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa (CPF 075.084.923-15), bem como da empresa Agaform Comércio e Representações Ltda. (CNPJ 63.435.531/0001-27), condenando-os ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de 15 dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres da Fundação Nacional de Saúde – Funasa, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até a do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

I – Responsáveis solidários: **Márcio Antônio Pinto de Almeida** (então Coordenador Regional e ordenador de despesas), **José Francisco Santos Sousa** (Coordenador Regional Substituto e Chefe

do Serviço de Administração) e **Luís Roberto da Costa Pereira** (ex-Chefe do Serviço de Informática):

VALOR HISTÓRICO (R\$)	DATA DE OCORRÊNCIA
429,08	13.1.1998

II – Responsável: **Luís Roberto da Costa Pereira** (ex-Chefe do Serviço de Informática):

VALOR HISTÓRICO (R\$)	DATA DE OCORRÊNCIA
2.283,60	2.3.1998

III - Responsáveis solidários: **Márcio Antônio Pinto de Almeida** (então Coordenador Regional e ordenador de despesas), **José Francisco Santos Sousa** (Coordenador Regional Substituto e Chefe do Serviço de Administração), **Luís Roberto da Costa Pereira** (ex-Chefe do Serviço de Informática), **Raimundo Nonato Machado Filho** (Presidente da CPL), **Ione Serra Maia**, **Maria Francilene Rodrigues de Moura** e **Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa** (membros da CPL), e empresa **Agaform Comércio e Representações Ltda.**:

VALOR HISTÓRICO (R\$)	DATA DE OCORRÊNCIA
20.632,83	13.1.1998
23.603,58	23.1.1998
21.458,14	26.1.1998
28.390,32	2.3.1998
28.720,44	6.5.1998
21.457,80	20.5.1998
45.556,56	30.6.1998

9.2. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei 8.443, de 1992, c/c art. 217 do Regimento Interno do Tribunal, o parcelamento das dívidas constantes desta deliberação em até 36 (trinta e seis) parcelas, corrigidas monetariamente até a data do pagamento, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (§ 2º do art. 217 do Regimento Interno do Tribunal), sem prejuízo das medidas legais;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do artigo 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.4. remeter cópia da deliberação que sobrevier ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para ajuizamento das ações civis e penais que entender cabíveis (artigo 16, § 3º, da Lei 8.443/1992).

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada em razão de indícios de superfaturamento e de outras irregularidades no âmbito do contrato celebrado em 1/10/1997, entre a Fundação Nacional de Saúde/Funasa (Coordenação Regional do Maranhão) e a empresa Agaform Comércio e Representações Ltda.

2.1. O contrato tinha por objeto a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva nos equipamentos de informática daquela representação regional da Funasa, a um custo mensal de R\$ 28.926,00, abarcando 304 equipamentos.

2.2. As irregularidades tratadas nesta TCE referem-se à realização de serviço de manutenção em 17 equipamentos sem a comprovação de sua necessidade, no valor de R\$ 429,08, ao pagamento por conserto de equipamentos que se encontravam cedidos à Secretaria de Saúde do Estado do Maranhão, no valor de R\$ 2.283,60, e ao pagamento de despesas de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos de informática com preços superfaturados, no valor de R\$ 189.819,67. A segunda irregularidade mencionada não envolve os ora recorrentes, enquanto a primeira refere-se apenas ao recorrente Márcio Antônio Pinto de Almeida.

2.3. Dentre outros responsáveis pelas irregularidades, os ora recorrentes exerciam as seguintes funções à época dos fatos: Márcio Antônio Pinto de Almeida, Coordenador Regional da Funasa, Raimundo Nonato Machado Filho, Presidente da Comissão Permanente de Licitação (CPL), e Ione Serra Maia, Maria Francilene Rodrigues de Moura e Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa, membros da CPL.

2.4. Após a realização de citação, os responsáveis apresentaram defesas, que foram rejeitadas por este Tribunal, com exceção de Maria Francilene Rodrigues Moura, que se manteve silente e foi considerada revel.

2.5. Em consequência, as contas dos gestores foram julgadas irregulares, com imputação de débitos solidários. Não houve aplicação de multas individuais, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte.

ADMISSIBILIDADE

3. Os exames preliminares de admissibilidade às peças 114-118 – acolhido pelo Relator *ad quem* em despacho à peça 121 – concluiu por conhecer dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1 e 9.3 do acórdão recorrido.

MÉRITO

4. Constitui objeto dos recursos examinar as seguintes questões:

a) se a tomada de contas especial atendeu aos pressupostos normativos para a sua instauração;

b) se os responsáveis receberam informações suficientes para o exercício pleno de suas defesas, em especial quanto à descrição do fato considerado irregular e à quantificação do dano e sua atualização;

c) se os juros de mora foram calculados nos termos da legislação aplicável ao tema;

d) se houve a correta identificação dos responsáveis, com a correspondente imputação do débito; e

e) se a responsabilização dos recorrentes foi adequada e encontra-se devidamente fundamentada, e observou a ocorrência da prescrição e o princípio da segurança jurídica.

5. Pressuposto para instauração de tomada de contas especial (peças 98, 100 e 102, todas p. 3-10, e peça 110, p. 2-4)

5.1. Os recorrentes Raimundo Nonato Machado Filho, Ione Serra Maia, Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa e Maria Francilene Rodrigues de Moura sustentam que a instauração da TCE somente poderia ocorrer após esgotadas as providências administrativas internas com vistas a recomposição do erário, nos termos de julgados desta Corte de Contas, de parecer do MPTCU, dos artigos 1º e 3º da IN-TCU 13/1996 e da IN-TCU 56/2007, e artigos 3º e 4º da IN-TCU 71/2012.

5.2. Informam que esse entendimento também é corroborado pela CGU em seu “Manual de instruções sobre Tomada de Contas Especial”, pelo doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e pela Funasa em seu “Manual de Procedimento da Fundação sobre Tomada de Contas Especial”.

5.3. Argumentam que a Funasa não esgotou os meios para obter o ressarcimento do prejuízo ao erário, pois seria insuficiente a determinação feita no processo administrativo disciplinar para que os servidores envolvidos na irregularidade recolhessem o valor do débito. Seria indispensável, no mínimo, a inscrição da empresa Agaform Comércio e Representações Ltda. no cadastro de Dívida Ativa.

5.4. E com relação aos servidores, consideram que ainda seria possível realizar a cobrança do débito com base no artigo 46 da Lei 8.112/1990.

Análise

5.5. Os artigos 3º e 4º da IN-TCU 71/2012, mencionados pelos recorrentes, dispõem que devem ser adotadas medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano ao erário e, após esgotadas estas medidas e sem a elisão do dano, é que deve ser instaurada a TCE.

5.6. A norma em referência busca evitar a adoção de esforços em duplicidade e observa o princípio da eficiência e da economicidade. Representa um norte para a administração pública diante de irregularidades que possam ensejar prejuízo ao patrimônio público. Como bem assinalado pelos recorrentes, essa orientação é inclusive adotada pela CGU em seu “Manual de instruções sobre Tomada de Contas Especial” e pela própria Funasa em seu “Manual de Procedimento da Fundação sobre Tomada de Contas Especial”.

5.7. No caso dos autos, restou entendido de forma pacífica que a Funasa envidou esforços suficientes para a recomposição do prejuízo verificado, tendo notificado os responsáveis para pagamento do débito, não obtendo sucesso. Com relação às medidas adotadas previamente a instauração da TCE, o Ministério Público junto ao TCU elaborou parecer em que sintetizou assim as ações da Funasa (peça 12, p. 19), *verbis*:

Apenas para lembrar alguns dos fatos marcantes:

a) ainda em 1998, ou seja, no ano seguinte ao da celebração do contrato com a Agaform, os responsáveis tiveram ciência de que suas justificativas acerca de irregularidades na execução contratual não haviam sido acolhidas (Relatório de Auditoria da Funasa, de 21.8.1998 - peça 1, pp. 27/9);

b) em outubro de 1998, a Agaform ingressou com mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do sr. Coordenador Regional da Funasa, que determinara a anulação do contrato decorrente do Convite 34/1997, tendo em vista a utilização de modalidade diversa da legalmente prevista no artigo 23 da Lei 8.666/1993 (SJ/MA, Processo 98.5362-2 - peça 1, pp. 221/51);

c) em julho de 1999, foi proferida a Sentença 263/1999: segurança parcialmente concedida, para restabelecer o contrato, por ofensa à ampla defesa (peça 1, pp. 287/97);

d) também em 1999, a Agaform ingressou judicialmente com ação de cobrança contra a Funasa, por descumprimento do contrato. A Funasa entrou com recurso de apelação em novembro de 2003 (Processo 1999.37.00.000905-9, peça 5, pp. 358/66);

e) em novembro de 2002, instaurou-se comissão de sindicância (peça 6, p. 6);

f) em junho de 2003, foram promovidas citações no âmbito do processo administrativo disciplinar, instaurado no mesmo mês (v.g., peças 2, pp. 334/6, e 6, p. 4);

g) em fevereiro de 2006, o Ex.mo Ministro da Saúde promoveu o julgamento do processo administrativo disciplinar (peça 6, pp. 242/64);

h) em 2009, a CTCE procedeu à notificação dos responsáveis (v.g., peça 7, pp. 4/6, 18/20, 32/4 e 46/66).

5.8. Como se vê, é possível afirmar que a Funasa adotou providências prévias no âmbito judicial e administrativo com vistas a obter o ressarcimento do dano ao erário, além de ter identificado os responsáveis pelos atos irregulares.

5.9. E na presente etapa recursal, em que já foi prolatada uma decisão definitiva no âmbito da TCE, resta superada discussões acerca do aspecto formal para instauração deste processo. Com efeito, conforme dispõe o artigo 171 do Regimento Interno/TCU:

Art. 171. Nenhum ato será declarado nulo se do vício não resultar prejuízo para a parte, para o erário, para a apuração dos fatos pelo Tribunal ou para a deliberação adotada.

5.10. A tomada de contas especial representou mais uma oportunidade em que os responsáveis puderam se defender dos fatos irregulares que lhes foram atribuídos, não sendo possível reconhecer qualquer prejuízo aos recorrentes. As normas não devem ser interpretadas de forma restritiva a ponto de inviabilizar as atividades de controle deste Tribunal, como defendem os responsáveis.

5.11. Com estas considerações, conclui-se que a presente TCE atendeu aos pressupostos para a sua instauração, restando afastada a alegação em exame, nos termos do artigo 171 do RITCU.

6. Da quantificação do dano ao erário (peças 98, 100 e 102, todas p. 10-14, e peça 110, p. 4-6)

6.1. Os responsáveis Raimundo Nonato Machado Filho, Ione Serra Maia, Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa e Maria Francilene Rodrigues de Moura alegam que não ficou demonstrado, de maneira clara e objetiva, quais foram os critérios de cálculo utilizados para apurar o dano ao erário e sua atualização monetária.

6.2. Entendem que houve violação à ampla defesa e ao contraditório, pois o TCU não explicou como chegou à conclusão de que o valor de mercado dos serviços supostamente superfaturados seria de R\$ 25,24 por unidade. Assim, conclui que “(...) não se pode considerar como suprida a exigência do contraditório e da ampla defesa apenas ante a possibilidade formal de a parte interessada se manifestar no processo, sendo necessário, ainda, que seja conferida a ela todas as informações necessárias para que possa apresentar a contra-argumentação e as contra-provas que julgar necessárias” (peça 98, p. 11).

6.3. Para corroborar o argumento colacionam doutrina do Ministro Gilmar Mendes e outros, além de invocar o princípio da motivação dos atos administrativos, contido no artigo 50 da Lei 9.784/1999.

6.4. Alegam que a Funasa, no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar 25100.025.066/2003-66, apenas supôs o dano ao erário, sem apuração e quantificação no plano concreto do montante a ser ressarcido, o que foi destacado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde.

6.5. Transcrevem manual da CGU, que orienta que a TCE somente deve ser instaurada quando o prejuízo estiver adequadamente comprovado e quantificado, o que não teria ocorrido no presente processo. Assim, requerem a anulação da TCE.

6.6. Já o responsável Márcio Antônio Pinto de Almeida acrescenta que o superfaturamento apontado nos autos utilizou parâmetro de comparação indevido, pois os preços dos serviços contratados (R\$ 190,30 por unidade) não seriam comparáveis àqueles utilizados para aferir o superfaturamento (R\$ 25,24 por unidade).

6.7. Sustenta que os preços praticados no estado do Maranhão para serviços de informática (R\$ 190,30 por unidade) diferem daqueles praticados no contrato celebrado apenas para a capital do estado (R\$ 25,24 por unidade) ou para o Distrito Federal/DF (R\$ 10,29 por unidade). Em São Luís/MA ou no DF os preços dos serviços seriam menores pois o atendimento ocorria em apenas uma cidade e sem custos altos de transporte, enquanto o estado do Maranhão como um todo possui área maior e o serviço era prestado em diversas unidades regionais com difíceis vias de acesso e em estado de manutenção precário.

6.8. Aponta que não houve a realização de perícia, forma que considera legal e hábil de atestar superfaturamento. Defende que a perícia era imprescindível também porque os preços na área de informática caem com o passar dos anos em uma “velocidade absurda”, em razão da evolução tecnológica no Brasil.

Análise

6.9. Compulsando os autos, constata-se que a forma de cálculo do dano foi adequadamente descrita aos responsáveis para viabilizar o respectivo exercício da ampla defesa. Nos ofícios de citação deste Tribunal às peças 19, 20, 24 e 25 observa-se que o débito se encontra detalhado, com valores indicados por data histórica de ocorrência (Anexo I), e com informações complementares (Anexo II) que permitem aos responsáveis exercerem a mais ampla defesa. Nesse sentido, é destacado que (peça 25, p. 5):

1) O Tribunal, em respeito ao princípio da ampla defesa, encontra-se à disposição, por meio de suas Secretarias, para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais dúvidas ou sobre procedimentos a serem adotados, efetuar a atualização de dívida, em caso de débito e/ou multa, bem como conceder vista e cópia dos autos, caso solicitados.

6.10. A descrição do dano foi detalhada também pela Funasa nas notificações que precederam o envio da TCE a esta Corte de Contas, conforme comunicações contidas na peça 6, p. 330-337 e p. 379-391, e na peça 7, p. 4-44. A tabela com os valores de referência do superfaturamento pode ser melhor vista à peça 6, p. 337.

6.11. E os parâmetros utilizados para o cálculo do superfaturamento e, conseqüentemente, dos valores contidos nas comunicações, encontra-se no relatório de auditoria da Funasa. Neste documento foram consolidados os principais elementos que permitiram observar a equivalência nos serviços prestados entre três contratos de manutenção de equipamentos de informática celebrados no âmbito da própria Funasa em períodos próximos (1997, 1998 e 2000). Nesse sentido, oportuno transcrever os principais elementos da tabela da Funasa (peça 3, p. 118):

Órgão / Ano	Prestadora do Serviço	Valor mensal do Contrato	Quantidade de Equipamentos para Manutenção	Valor unitário de serviço	Manutenção Bimestral
Funasa Regional do Maranhão / 1997	AGAFORM	R\$ 28.926,00	152	R\$ 190,30	Sim
Funasa Regional do Maranhão / 2000	J. NOGUEIRA	R\$ 2.600,00	103	R\$ 25,24	Sim
Funasa Sede / 1998	Não Informado	R\$ 2.397,77	233	R\$ 10,29	Sim

6.12. É possível observar que os serviços em questão são equivalentes. Os três contratos são contemporâneos no âmbito da Funasa e tinham por objeto a manutenção preventiva e corretiva bimestral nos equipamentos de informática do órgão.

6.13. No entanto, o valor unitário do serviço variou de R\$ 10,29 a R\$ 190,30, um percentual de 1.849%. E para o cálculo do superfaturamento, foi utilizado o valor unitário do serviço na Superintendência Regional da Funasa no Maranhão celebrado em 2000 (R\$ 25,24). Esse valor é mais benéfico aos responsáveis, se considerado que o preço unitário do serviço prestado na sede da Funasa em 1998 era ainda menor (R\$ 10,29). Ademais, a comparação dos valores entre os anos de 1997 e 2000 levou em conta o valor histórico, sem atualização monetária ou índices de inflação. Caso os valores do contrato superfaturado de 1997 fossem atualizados para comparação com os preços praticados no ano 2000, o cálculo do superfaturamento seria maior.

6.14. O responsável Márcio Antônio Pinto de Almeida alegou que os preços na área de informática

caem com o passar dos anos em uma “velocidade absurda”, em razão da evolução tecnológica no Brasil. No entanto, aqui está sendo tratada a prestação de um serviço de manutenção corretiva e preventiva de equipamentos. O argumento de que os preços cairiam com o tempo seria razoável se fosse considerada a compra de equipamentos de informática. E, mesmo assim, caso esta compra envolvesse equipamentos mais antigos e obsoletos, pois modelos novos tendem a manter o preço de compra ou até mesmo a majorá-lo. De qualquer modo, o argumento em questão baseia-se em mera suposição, desprovido de provas ou fatos que pudessem embasá-lo.

6.15. A alegação de que o contrato celebrado com a empresa Agaform também teria custos adicionais de deslocamento e estadia, por abranger todo o território do estado do Maranhão, foi devidamente afastado no relatório final do PAD (peça 5, p. 92-98) e também no parecer da AGU à peça 6, p. 92, *verbis*:

Não há também como considerar a justificativa da contratação de preços tão elevados por causa dos deslocamentos para manutenção de equipamentos de informática nos Distritos, uma vez que esses deslocamentos deveriam ocorrer a cada bimestre, conforme disposto em contrato, mas, na realidade, não se constatou relatórios de manutenção preventiva para os Distritos em nenhum dos bimestres (fls. 3013 a 3030 — volume XII), não havendo, pois, tantos deslocamentos. Independente de o servidor indiciado, Chefe do SEADM, tomar ou não conhecimento da insuficiência dos serviços nos Distritos, esse fato era perceptível diante da má prestação dos mesmos, ou melhor, do não cumprimento de dispositivo contratual.

6.16. Desse modo, observa-se que o dano ao erário foi adequadamente apurado, utilizando-se inclusive parâmetros mais favoráveis aos responsáveis, restando afastada ainda a alegação de vícios nas comunicações que informaram acerca do fato irregular e da forma de cálculo do débito.

7. Do termo inicial para o cálculo do juros de mora (peças 99, 101 e 103, todas p. 19-23)

7.1. Os responsáveis Raimundo Nonato Machado Filho, Ione Serra Maia, Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa e Maria Francilene Rodrigues de Moura consideram ainda que seria necessário fornecer informações para justificar o motivo pelo qual o débito original de R\$ 189.819,67 foi atualizado para o montante de R\$ 1.424.106,65 (contido na notificação da decisão).

7.2. Requerem, caso nenhum dos argumentos apresentados seja acolhido, que o débito a eles imputado seja atualizado, para efeito de cálculo de juros de mora, a partir da citação dos responsáveis no âmbito desta TCE.

7.3. Argumentam que a aplicação dos juros de mora a partir da ocorrência do fato se mostra excessivamente prejudicial, pois a Funasa deixou transcorrer quase onze anos para notificar os responsáveis em relação à instauração da TCE. Entendem que não poderiam, portanto, ser prejudicados pela negligência da administração, que teria se omitido em seu dever legal de apurar as irregularidades de forma tempestiva, considerando também o princípio constitucional da moralidade (artigo 37 da Constituição Federal/1988).

7.4. Reconhecem que o artigo 11 da IN-TCU 13/1996 estabelece o acréscimo dos juros de mora a partir da ocorrência do fato, com base no artigo 399 do Código Civil. No entanto, sustentam que as obrigações regidas por este Diploma são prescriteis, o que difere dos créditos da Fazenda Pública (caso mantido o entendimento de imprescritibilidade dos danos ao erário).

7.5. Concluem que a aplicação da IN-TCU 13/1996 permite que a Funasa se beneficie de sua própria torpeza, pois os responsáveis não tinham conhecimento prévio da irregularidade (já que agiram de boa-fé), e a dívida ainda não estava quantificada pela administração. Ainda incidiria a figura do abuso de direito por parte da Funasa, nos termos do artigo 187 do Código Civil e com base na doutrina da civilista Maria Helena Diniz.

Análise

7.6. O artigo 9º da IN-TCU 71/2012, normativo vigente que regula a forma de cálculo da atualização monetária e dos juros de mora no âmbito desta Corte, assim dispõe:

Art. 9º A atualização monetária e os juros moratórios incidentes sobre o valor do débito devem ser calculados segundo o prescrito na legislação vigente, a partir (NR)(todo o art.)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016):

I da data do crédito na conta bancária específica, quando conhecida, ou da data do repasse dos recursos - no caso de omissão no dever de prestar contas ou de as contas apresentadas não comprovarem a regular aplicação dos recursos, exceto nas ocorrências previstas no inciso II deste artigo;

II da data do pagamento - quando houver impugnação de despesas específicas e os recursos tiverem sido aplicados no mercado financeiro ou quando caracterizada responsabilidade de terceiro.

III da data do evento, quando conhecida, ou da data de ciência do fato pela administração - nos demais casos.

7.7. No caso dos autos, portanto, nos termos desta norma, os acréscimos ao valor do débito devem ocorrer a partir da data em que foram feitos os pagamentos superfaturados, que estão indicadas no acórdão recorrido e também nas comunicações enviadas aos responsáveis. A partir deste momento é que resta caracterizada a irregularidade e o consequente dano ao erário.

7.8. O termo inicial para proceder aos acréscimos da atualização monetária e dos juros moratórios, a despeito do pedido do recorrente, observa a legislação em vigência, por expressa disposição do artigo 9º da IN-TCU 71/2012. Não há margem para atuação de forma diversa. Importante ressaltar que aqui busca-se apenas a recomposição do valor original de um prejuízo ao patrimônio público. Não há, portanto, um caráter sancionatório.

7.9. Também não é possível acolher o argumento dos responsáveis de que somente tiveram conhecimento da irregularidade após onze anos, por inércia da administração pública. Conforme informação contida no item 5.7 desta instrução, desde 1998 os responsáveis já tinham conhecimento de que as suas justificativas acerca das irregularidades não foram acolhidas. Ou seja, no ano seguinte à celebração do contrato com a empresa Agaform os recorrentes já sabiam das irregularidades no processo licitatório e no contrato dele decorrente. Assim, não é possível acolher a alegação de que foram surpreendidos com as apurações do superfaturamento apenas onze anos após a ocorrência do fato.

7.10. Dessarte, não há como atender ao pedido dos responsáveis, devendo ser mantida a atualização monetária e o cálculo dos juros de mora na forma do normativo vigente, IN-TCU 71/2012.

8. Da identificação e responsabilização dos gestores, em especial daqueles que compõem a Comissão Permanente de Licitação (peças 98, 100 e 102, todas p. 14-20, peças 99, 101 e 103, todas p. 7-18, e peça 110, p. 2-4 e 6-7)

8.1. Os responsáveis Raimundo Nonato Machado Filho, Ione Serra Maia, Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa e Maria Francilene Rodrigues de Moura questionam a individualização do dano, pois assinalam que (peça 98, p. 15):

Ao invés de levar em conta o grau de participação de cada um dos envolvidos para o evento danoso, como exigem as normas concernentes à responsabilização civil por ato ilícito, partiu de uma imputação coletiva e igualitária do débito, que ofende ao princípio da razoabilidade, dentre outras normas encartadas no Ordenamento Jurídico Pátrio, posto que condena, da mesma forma, pessoas que tiveram diferentes níveis de contribuição e culpa para a ocorrência do suposto dano ao erário.

8.2. Listam ainda outros gestores da Funasa que consideram responsáveis também pela irregularidade e que deveriam ter sido incluídos na TCE, quais sejam:

- a) gestores do Core/MA, que indicaram membros da comissão de licitação sem qualificação e habilitação técnica, e sem treinamento e capacitação; e

b) autoridade da Funasa que procedeu à instauração da TCE (auditor-chefe), uma vez que não teria esgotado as medidas com vistas ao imediato ressarcimento do dano na esfera administrativa interna (conforme artigo 1º da IN-TCU 13/1996 e artigo 8º da Lei 8.443/1992).

8.3. Defendem que a não inclusão de todos os gestores envolvidos no rol de responsáveis descumpra os princípios do devido processo legal e da isonomia, além de ocasionar danos a servidores públicos “(...) cujos sustentos dependem apenas de seus parcos salários e que não foram beneficiados com um único centavo do ato ilícito sob discussão” (peça 98, p. 20).

8.4. Pugnam pela nulidade do processo, porque não foi feita a inclusão de todos os agentes responsáveis pelo débito na fase interna da TCE, e defendem que não podem os ora recorrentes sofrerem pela má instrução do feito. Entendem que seria indispensável proceder a investigação de todos os envolvidos, “ao invés de simplesmente se contentar com uns poucos bodes expiatórios por querer encerrar logo o presente processo” (peça 98, p. 20).

8.5. Consideram que não deveria ser atribuído a eles o ressarcimento do dano, em respeito ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e observado ainda o artigo 944 do Código Civil. Sustentam que o débito supera em muito a remuneração mensal por eles percebidos e citam julgado em que esta Corte já afastou a responsabilidade de agentes públicos em situações similares.

8.6. Com base no princípio da razoabilidade, admitem que seja estabelecida uma multa, mas que seja condizente com as suas remunerações mensais e considerando o grau de participação mínimo nas irregularidades. Nesse sentido transcrevem julgado do Tribunal de Contas do Distrito Federal e entendimento do conselheiro e doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

8.7. Prosseguem afirmando que deveria ser observada a efetiva qualificação dos membros para compor a CPL. Aduzem que não eram profissionais legalmente habilitados para compor a comissão e, por tal razão, a responsabilidade neste aspecto era da própria administração.

8.8. Consideram que os atos praticados por membros desqualificados e que não eram especialistas em informática se enquadram na excludente de culpabilidade denominada de inexigibilidade de conduta diversa. Esse entendimento teria sido acolhido no âmbito do processo administrativo disciplinar e é defendido pela doutrina de Marçal Justen Filho. Afirmam que solicitaram treinamento para exercício dos cargos na CPL, o que não foi permitido pela administração.

8.9. Afirmam que somente pessoas habituadas em manusear e adquirir produtos licitados na área de informática é que poderia ter noção de que os valores propostos pela empresa Agaform eram elevados.

8.10. Apontam que os procedimentos licitatórios receberam aval da assessoria jurídica da Core/MA. Em tais situações, entendem que a doutrina e esta Corte de Contas consideram que os membros de CPL não deveriam ser responsabilizados quando seus atos estiverem amparados em parecer de assessoria jurídica.

8.11. Por fim, defendem que a empresa Agaform foi a única beneficiada com o superfaturamento dos preços e, portanto, somente dela seria possível exigir o pagamento da dívida. A responsabilização de outros agentes envolvidos apenas poderia se dar caso as tentativas de ressarcimento da empresa se mostrassem frustradas. Consideram uma surpresa que a empresa em referência não conste no polo passivo da TCE.

8.12. Sustentam que a função da CPL era apenas selecionar a proposta mais vantajosa, observando o edital, não cabendo aos recorrentes examinar eventuais vícios nas empresas habilitadas (incluindo falta de documentos ou requisitos para habilitação dos concorrentes). Afirmam que as empresas apresentaram atestado de capacidade técnica na forma do edital, e os membros da comissão de licitação não possuíam capacidade técnica para averiguar eventual fraude ou conluio entre elas.

8.13. Alegam que a falha na escolha da modalidade da licitação (convite ao invés de concorrência)

decorreu de erros de outro setor da administração (setor de origem do PBS – Pedido de Bens e Serviços). Entendem que foram induzidos a erro e que não seria responsabilidade principal da CPL realizar pesquisa de preço e estimar o valor total da licitação.

8.14. Por fim, asseveram que agiram de boa-fé, seus atos não tiveram intenção de cometer fraude e, quando muito, eram apenas culposos, tendo a administração concorrido de forma decisiva para a irregularidade. As recorrentes Ione Serra Maia e Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa acrescentam ainda que suas funções eram meramente burocráticas, de natureza acessória, conforme reconhecido no processo administrativo disciplinar interno, e que tiveram participação mínima na irregularidade, além de possuírem trinta anos de vida pública exemplar.

Análise

8.15. O artigo 51 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações) regulamenta as funções da comissão de licitação:

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

(...)

§ 3o Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

8.16. Como se vê, compete aos membros da CPL o processamento e julgamento das propostas apresentadas na licitação. E esse mister, por óbvio, não se limitar a verificar o valor da proposta mais vantajosa. Devem avaliar de forma ampla e abrangente todos os aspectos do preço ofertado, incluindo a sua comparação com os valores de mercado, sob pena de responderem solidariamente pelas irregularidades para as quais concorram. A pesquisa do preço junto ao mercado é, portanto, indispensável para atender ao princípio da economicidade. Do mesmo modo, os membros da CPL devem zelar pela regularidade do procedimento licitatório, o que inclui a verificação da modalidade licitatória adequada de acordo com o valor total da contratação (artigos 21, 22 e 23 da Lei de Licitações). A utilização de convite quando o adequado seria a concorrência restringe a competitividade do certame e prejudica na busca pelo menor preço.

8.17. As normas devem ser interpretadas de forma a alcançar a sua real finalidade. Não é possível admitir que os membros da comissão de licitação possuam papel meramente burocrático, sem qualquer responsabilidade efetiva pela regularidade do certame. Tal entendimento vai de encontro ao princípio da eficiência, economicidade e racionalidade administrativa.

8.18. Os servidores públicos, incluindo aqueles que possuem mais de trinta anos de vida pública exemplar, devem desempenhar as suas atividades funcionais com zelo e respeito a coisa pública e não podem se eximir dos seus deveres alegando falta de conhecimento, em especial quando a função que lhe foi atribuída compõe o seu rol de atribuições. Caso discordassem dos atos praticados no âmbito da CPL, poderiam registrar posição divergente, o que não ocorreu nos autos.

8.19. A condenação dos responsáveis no âmbito desta Corte não exige a comprovação do dolo ou da intenção de cometer a irregularidade. Basta a verificação da atuação negligente (culposa), que não observou as normas pertinentes à espécie (verificação da modalidade adequada de licitação e pesquisa de preço vigente no mercado – artigos 21, 22, 23 e 51 da Lei de Licitações). Caso cumprissem as suas funções, poderiam ter obstado o cometimento das irregularidades aqui examinadas e, conseqüentemente, o dano ao erário. O parecer da assessoria jurídica não vinculou as decisões dos responsáveis, servindo como mero subsídio a sua atuação, podendo dele discordar.

8.20. A eventual não responsabilização de outros agentes envolvidos nas irregularidades também não é causa para afastar a condenação dos recorrentes. Com fundamento no artigo 71 da Constituição Federal/1988, cabe ao Tribunal de Contas, no âmbito da TCE, avaliar e definir quais seriam os agentes que deveriam ser responsabilizados por eventual prejuízo ao patrimônio público, respeitando os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Esta Corte, por exemplo, não entendeu que houve qualquer vício na instauração da TCE, não havendo que se falar em responsabilização do auditor-chefe da Funasa, por exemplo.

8.21. A empresa Agaform Comércio e Representações Ltda. (CNPJ 63.435.531/0001-27), de outro modo, compõe o rol de responsáveis neste processo e foi condenada solidariamente ao ressarcimento do débito, conforme se observa na parte dispositiva do acórdão recorrido.

8.22. Finalmente, impende esclarecer que o acórdão recorrido imputou débito aos recorrentes, sem aplicação de multa, em razão da prescrição da pretensão punitiva desta Corte.

8.23. O débito não possui caráter sancionatório. Representa uma recomposição de um prejuízo ao patrimônio público. Assim, não é possível dispor acerca do valor a ser ressarcido. O montante será o equivalente atualizado do dano e não a capacidade financeira do devedor. Por esta razão, não se verifica viável atender ao pleito dos responsáveis de adequar os valores de ressarcimento às suas remunerações mensais.

8.24. Do mesmo modo, não é possível transmutar um débito em multa. Tratam-se de dois institutos de natureza diversa. O débito, como visto, busca a recomposição de um dano ao erário, enquanto a multa possui caráter de sanção pela prática de uma irregularidade passível de punição. No caso dos autos, a multa sequer foi aplicada, em razão da prescrição já mencionada.

8.25. Por estes fundamentos, resta afastado o argumento ora examinado.

9. Da responsabilidade do Coordenador Regional da Funasa (peça 104, p. 3-5 e p. 21-25)

9.1. O recorrente Márcio Antônio Pinto de Almeida, então Coordenador Regional da Funasa, alega que não seria responsável direto pela irregularidade, pois havia uma comissão de licitação que deveria observar os requisitos legais para a contratação de empresas prestadoras de serviços e havia também um setor de informática com profissionais qualificados e que possuíam conhecimento técnico.

9.2. Assim, entende que caberia ao gestor máximo apenas (peça 104, p. 4):

confrontar números, e verificar os preços praticados e apresentados pelo setor competente, bem como confiar na competência dos seus subordinados, devidamente alocados para tanto. O Gestor não tem como aferir, muito menos supervisionar pessoalmente todas as prestações de serviço. É humanamente impossível! De outra forma os órgãos não seriam subdivididos em setores, com pessoal devidamente habilitado tecnicamente para cada função.

9.3. Afirma que exerceu suas atribuições da melhor forma possível, respeitando os princípios da eficiência e da menor onerosidade, esteve no cargo de superintendente da Funasa por cinco anos, maior tempo na história do órgão, e foi empossado após décadas de trabalho e dedicação exclusiva, com honras ao mérito enquanto servidor de carreira. Assinala, no entanto, que não sabia que a empresa Agaform seria propriedade do irmão do chefe de Informática da Funasa/MA, Luís Roberto da Costa Pereira.

9.4. Defende ainda que o contrato celebrado com a empresa Agaform foi assinado pelo coordenador regional substituto, José Francisco Santos Sousa, enquanto o recorrente estava afastado de suas atividades. Assim, o seu substituto é quem deveria responder pelas irregularidades nos autos. Nesse sentido colaciona cópia do contrato à peça 104, p. 31-37.

9.5. Informa que questionou em mais de uma oportunidade outros setores da Funasa, que possuíam pessoas com experiência e qualificação em suas áreas, acerca da regularidade de pagamento a ser feito à empresa Ageform, nos termos dos expedientes contidos à peça 104, p. 41-45. Ao final, assevera que a autorização de pagamento da fatura foi feita pelo coordenador substituto, conforme

documento de peça 104, p. 40.

9.6. Assinala que os documentos juntados ao recurso não foram examinados pela auditoria interna da Funasa que apurou as irregularidades em tela. Por fim, conclui pela sua boa-fé e conduta idônea com relação aos fatos objetos desta TCE.

Análise

9.7. No termo de indiciamento contido do Processo Administrativo Disciplinar, a responsabilidade solidária do coordenador regional da Funasa ficou consignada nos seguintes termos (peça 216-218):

a) Que ordenou despesa, fls. 2.679, 980B01027, fls. 2.658, referente à Nota Fiscal N°306, no valor de R\$33.112,20 (trinta e três mil cento e doze reais e vinte centavos), para pagamento de serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos de informática na CORE-MA, com preços superfaturados, referente ao bimestre de fevereiro e março/98, com 174 relatórios de manutenção de equipamentos, que demonstraram-se insatisfatórios pelos usuários, fls. 2.513, 2.514 a 2.517, 2764, e o acusado, enquanto Coordenador Regional e Ordenador de Despesa, apesar de advertido pelo Chefe do Setor de Contabilidade sobre os preços muito elevados, se comparados com a empresa que prestava serviços para a CORE-MA antes da AGAFORM, fls. 2.510, 2.688, descuidou-se de avaliar ou determinar que fosse avaliado, diretamente no mercado, se o valor contratado estava compatível com os preços praticados no mercado, com vistas a evitar ou restringir a prática de superfaturamento, acolhendo, sem restrições, o parecer do técnico do Chefe do SEINF, fls. 928, 928-v, 929-v, irmão do proprietário da empresa AGAFORM, e também sem que houvesse o competente acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, favorecendo o desrespeito à cláusula contratual, Décima Quinta — Da Rescisão, porquanto, estabeleceram uma fórmula de cálculos para pagamento, não prevista no contrato, fls. 390, 2.806, concorrendo, com esta omissão, para gerar prejuízo ao erário, como se pode constatar pela tabela comparativa de preços elaborada pela Comissão, fls. 2.922;

b) Que enquanto Coordenador Regional, não questionou a excessiva demanda de substituição de peças de informática feita pela contratada, fls. 1.015, 1.022, 1.029, 1.035, 1.134, 1.137, 1.179, 1.190, 1.191, 1.193, 1.194, 1.202, 1.204, 1.205, 1.233, 1.238, 1.239, e mais, sem emissão de laudo explicativo para as substituições, e sem que as correções fossem solicitadas pelos usuários dos equipamentos, como dispõe o item 5.2 da Cláusula Quinta do contrato, fls. 388, gerando prejuízo para o erário, uma vez que as substituições além de não se caracterizarem necessárias, há notícias nos autos de que a contratada provocou danos em alguns equipamentos, fls. 2.513 a 2.517, ordenando, ainda, a despesa, fls. 2.678, 980B00706, fls. 2.634, Nota Fiscal N°428, de 03.02.98;

c) Que pela ocorrência das irregularidades constatadas, demonstrou comportamento negligente, descuidado e omissor, enquanto Coordenador Regional, isto é, gestor maior da CORE-MA e Ordenador de Despesa, concorrendo para a prática de condutas desidiosas que resultaram nas irregularidades acima mencionadas, gerando prejuízo para o erário, em face do contrato com a empresa AGAFORM Comércio e Representações Ltda., contrariando o art. 3º, *in finis*, art. 7º § 2º incisos II e III, art. 58 inciso III, art. 49 2º, c/c art. 77, da Lei N° 8.666/93, art. 10 inciso V da Lei N°8.429/92, transgredindo, com essa conduta, os incisos I, II, III e VII do art. 116 e inciso XV do art. 117 da Lei N° 8.112/90, com as alterações da Lei N° 9.527/97, podendo ser incurso nos arts. 122 e 127 do mesmo dispositivo legal.

9.8. Não foi inserido no rol de atos praticados pelo responsável a autorização e homologação da licitação ou a assinatura do contrato, dentre outras condutas atribuídas ao seu substituto (termo de indiciamento à peça 3, p. 218-222). Registre que o responsável em questão (coordenador substituto) também foi condenado nos autos, conforme se observa da parte dispositiva do acórdão.

9.9. Assim, de início, não há reparos na responsabilização do ora recorrente, cuja condenação decorreu em especial da ordenação de despesa referente à Nota Fiscal 306 e da negligência na execução do contrato com a empresa Agaform (não teria procedido ao competente acompanhamento e fiscalização da execução do contrato).

9.10. O responsável junta os seguintes documentos ao seu recurso (peça 104):

- a) Nota Fiscal 276 encaminhada pela empresa Agaform à Funasa/MA (p. 27-28);
- b) Parecer Jurídico da Funasa/MA em relação ao contrato e à Nota Fiscal 251 (p. 29-30);
- c) Contrato celebrado entre a Funasa/MA e a empresa Agaform e publicação no DOU (p. 31-39);
- d) Autorização de pagamento sem indicação da despesa (p. 40);
- e) Pedido do responsável para que fosse examinada a fatura apresentada para pagamento, sem identificação da nota fiscal a que se refere (p. 41);
- f) Resposta do Chefe de Informática aos questionamentos do ora recorrente, em que informa que os valores do contrato estariam de acordo com o resultado da licitação e que os equipamentos em garantia também eram objeto de manutenção preventiva, com exceção da reposição de peças cobertas pela garantia (p. 42-43);
- g) Atesto para pagamento da fatura referente à Nota Fiscal 251 (p. 44-45);
- h) Parecer conclusivo da comissão de licitação que sagrou vencedora do certame a empresa Agaform (p. 46);
- i) Publicação do DOU da aposentadoria do ora recorrente (p. 47).

9.11. Os documentos juntados não são aptos a descaracterizarem as condutas irregulares atribuídas ao responsável. Referem-se a notas fiscais diversas da que ensejou a sua condenação (Ordenação da despesa de Nota Fiscal 306 da empresa Agaform). E a despeito de questionar os valores do contrato, não consta dos autos nenhum procedimento adotado pelo responsável com vistas a obstar a continuidade dos pagamentos superfaturados.

9.12. Os atos com vistas a anular o contrato superfaturado apenas tiveram início após recomendação da auditoria da Funasa datada de 21/8/1998 (peça 1, p. 23 – item 3.01). A auditoria em questão buscou apurar diversas irregularidades ocorridas no âmbito do escritório regional da Funasa em São Luís (peça 1, p. 7-31). No caso da irregularidade em exame, foi constatada ainda:

Na análise das faturas apresentadas pela contratada, verificou-se que a referida firma vinha considerando o valor mensal de R\$28.926,00 para apenas metade, ou seja, 152 equipamentos, sob a alegação, inusitada, conforme correspondências anexas às faturas, de que a manutenção nos 304 equipamentos era bimestral, condição essa que não havia sido colocada claramente em sua proposta nem tampouco no contrato.

(...)

A nota fiscal n.º 299, referia-se a 12 equipamentos, que se encontravam na Secretaria Estadual de Saúde, nos quais, segundo a correspondência da contratada, datada de 09-02-98, haviam sido realizados serviços, no bimestre outubro/novembro/97, cujo faturamento deixara de ser realizado na época devida.

**Pela correspondência da AGAFORM, datada de 03-04-98, anexa à nota fiscal n.º 310, haviam sido realizados serviços de manutenção em 130 equipamentos no "1º mês do bimestre Fevereiro-Março/98". No entanto, pela nota fiscal n.º 306 foram faturados os serviços correspondentes a 174 equipamentos.

Pela análise em diversas correspondências da AGAFORM, ficou evidenciado que os serviços realizados nos estabilizadores e nobreaks estavam sendo faturados em duplicidade, pois, os totais dos equipamentos eram acima daqueles cobertos pelo contrato, além do que, segundo a proposta da firma AGAFORM, datada de 12-08-97, os serviços executados teriam uma garantia de "90 dias". Ademais, considerando que o valor mensal de R\$28.926,00 estava sendo cobrado para a manutenção de apenas 152 equipamentos, a Regional vinha arcando como dispêndio absurdo de R\$190,30, para a manutenção de cada um, sem qualquer distinção entre microcomputadores, impressoras, estabilizadores e etc.

9.13. A condenação do ora responsável decorreu também da sua negligência na supervisão dos subordinados a quem delegou funções relevantes e de sua confiança. Nesse sentido trecho do parecer do MPTCU acolhido pelo acórdão recorrido (peça 70, p. 30):

Nesse cenário, cabe aos dirigentes do setor público cobrar diuturnamente dos respectivos subordinados e dos fiscais dos contratos informações atualizadas sobre o bom andamento dos correspondentes setores e contratos.

Zelo, cautela e diligência, especialmente por parte dos dirigentes das unidades organizacionais e daqueles que ocupam cargos estratégicos, são imprescindíveis para inibir erros que possam ensejar burla à legislação e/ou prejuízos ao erário.

Assim como a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o planejamento, o controle é princípio fundamental da Administração Pública (artigo 6º do Decreto-lei 200/1967).

É da natureza própria da função de ordenador de despesas o poder-dever de verificar a regularidade dos atos de gestão sob todos os aspectos (v.g., Decisão 661/2002 – Plenário).

9.14. Com base nestes elementos contidos nos autos, conclui-se que deve ser mantida a responsabilização do Coordenador Regional da Funasa à época dos fatos.

10. Do instituto da prescrição e do princípio da segurança jurídica (peças 98 e 100, p. 20-23, peça 102, p. 20-24, peças 99 e 101, p. 1-7, peça 103, p. 1-6, peça 104, p. 5-21 e peça 110, p. 7-11)

10.1. Os recorrentes Raimundo Nonato Machado Filho, Ione Serra Maia, Francisca Tereza Corrêa de Souza Costa, Maria Francilene Rodrigues de Moura e Márcio Antônio Pinto de Almeida arguem a prescrição da pretensão da administração pública de obter ressarcimento dos danos causados ao erário.

10.2. Citam doutrina e entendimentos de Tribunais de Contas estaduais e do Distrito Federal. E defendem o prazo de cinco anos previsto no artigo 1º do Decreto 20.910/1932, com base em julgado do TRF da 1ª Região e em doutrina, em face da ausência de disposição específica sobre o tema.

10.3. Ponderam que o caso paradigma no STF que irá apreciar a matéria ainda não foi julgado (RE 669069), não sendo possível concluir que esta Corte já teria consolidado entendimento no sentido da imprescritibilidade dos débitos decorrentes de danos ao erário.

10.4. Alegam que o processo de TCE (peça 104, p. 5-6):

(...) foi instaurado somente em 11 de dezembro de 2008, por meio da Portaria 318, expedida pela Auditoria Interna da FUNASA (peça 6.280), com a finalidade de apurar as supostas irregularidades apontadas no Contrato de Prestação de Serviço, que ocorreu em outubro 1997 (peça 2-4.16), e todos os pagamentos foram efetuados de 12 de janeiro de 1998 a 27 de julho do mesmo ano, ordem de pagamentos consignados na peça 5.p 322 a 324.

10.5. Alternativamente, caso não reconhecida a prescrição, sustentam que o princípio da segurança jurídica foi elevado à estatura constitucional pelo STF e, por esta razão, devem ser mantidas situações jurídicas benéficas para o administrado, ainda que ilegais.

10.6. Transcrevem excertos de julgados da Suprema Corte para defenderem a não punição dos gestores, nos seguintes termos (peça 99, p. 6):

Ocorre que, no caso em tela, não pode passar despercebido o fato de que já faz cerca de 17 anos desde que o suposto dano ao erário aqui discutido foi cometido, sendo que apenas em 2009 a defendente foi notificada a respeito do débito e que, em todo momento - conforme largamente reconhecido no Processo Administrativo Disciplinar - ela esteve de boa-fé.

Situação essa que permitiu que se consolidasse uma justa expectativa na defendente de que a mesma não teria que arcar com qualquer indenização ao erário, por conta da sua participação naquele fatídico processo licitatório.

10.7. Destacam, por fim, que transcorreu período superior a dez anos entre o dano ao erário e a primeira notificação dos responsáveis, o que prejudicou o exercício da defesa, ante a dificuldade de

acesso a provas e documentos. Requerem, em consequência, o reconhecimento do direito de não figurarem no polo passivo da TCE, nos termos do artigo 6º da IN-TCU 71/2012, ou a nulidade/arquivamento da TCE, nos termos do artigo 5º da IN-TCU 5/2007 e do artigo 5º, inciso LV, da CF/1988.

Análise

10.8. A discussão em torno do lapso temporal entre o fato irregular e a citação dos responsáveis para apresentação de defesa já foi examinado nos autos. Após instrução preliminar da Secex/MA, o Ministério Público/TCU analisou os documentos do processo e concluiu que não houve prejuízo ao exercício da defesa dos responsáveis (peça 12, p. 19), *verbis*:

A Secex/MA entendeu, em uníssono, que o longo tempo decorrido entre a data dos pagamentos à empresa Agaform [1998] e a efetiva notificação dos responsáveis [na fase interna da TCE] [2009] para apresentarem suas defesas ou recolherem os valores cobrados (mais de 10 anos) inviabiliza o pleno exercício do direito de ampla defesa, devido à natural dificuldade de se reconstituírem os fatos e se reunirem os documentos necessários à comprovação da regular aplicação dos recursos (peças 10 e 11).

Em tese, de fato, tal dificuldade poderia ser reconhecida por este Tribunal, mas, no caso concreto, não se justifica e os responsáveis devem ser chamados aos autos.

Apenas para lembrar alguns dos fatos marcantes:

a) ainda em 1998, ou seja, no ano seguinte ao da celebração do contrato com a Agaform, os responsáveis tiveram ciência de que suas justificativas acerca de irregularidades na execução contratual não haviam sido acolhidas (Relatório de Auditoria da Funasa, de 21.8.1998 - peça 1, pp. 27/9);

(...)

No caso, portanto, não se pode dizer que os responsáveis serão surpreendidos pelo chamamento deste Tribunal. Ao contrário do que acontece em outros processos, houve tempo hábil, no âmbito do ministério, para que produzissem todas as provas que entenderam necessárias. Se não as produziram, não podem agora se beneficiar de sua própria inação, sob a alegação de longo tempo decorrido.

(grifo acrescido)

10.9. O posicionamento do MPTCU foi acolhido pelo Exmo. Ministro-Relator do processo, conforme despacho de peça 13. E outro entendimento não seria possível. No ano seguinte à celebração do contrato com a empresa Agaform a administração pública iniciou as apurações das irregularidades objeto destes autos e os responsáveis possuíam conhecimento deste fato, conforme mencionado no parecer do MPTCU retrotranscrito.

10.10. Assim, não é possível concluir que os responsáveis tiveram qualquer prejuízo no exercício dos seus direitos de defesa.

10.11. Com relação à eventual prescrição ao ressarcimento do dano ao erário, nos termos da Súmula TCU 282, de 15/9/2012, “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”. No âmbito deste Tribunal a matéria já se encontra pacificada, baseada em precedente do Supremo Tribunal Federal (MS 26.210). Tal entendimento possui fundamento no artigo 37, §5º, da Constituição Federal:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**. (grifou-se)

10.12. Importante registrar que a TCE possui natureza de ação de ressarcimento aos cofres públicos por malversação de recursos sob a competência fiscalizadora do TCU, sem prejuízo de eventual apenação com fundamento nos artigos 57 ou 58 da Lei Orgânica/TCU. Não há confundir, portanto, a imputação de débito (natureza de ação de ressarcimento) com um de seus potenciais efeitos (aplicação de multa), que possui natureza punitiva.

10.13. O Tribunal de Contas da União, em sede de uniformização de jurisprudência, proferiu o Acórdão 1.441/2016-Plenário, que firmou entendimento de ser prescritível a pretensão punitiva do TCU, em relação às penalidades previstas na Lei Orgânica/TCU. Considerou que, na forma e condições desse Acórdão, prescreve em dez anos a pretensão punitiva do TCU.

10.14. Compulsando os autos, observa-se que a decisão recorrida foi prolatada em data anterior ao acórdão citado, que firmou o entendimento sobre prescrição no âmbito desta Corte. No entanto, adotou o mesmo posicionamento do julgado paradigma, ao reconhecer no presente caso a prescrição da pretensão punitiva da administração pública em dez anos, o que não se estendeu ao ressarcimento do dano ao erário. Nesse sentido, trecho do voto condutor (peça 71, p. 5-6):

30. Destaco, por fim, que as condutas dos responsáveis aqui descritas dariam suporte à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992. Contudo, vejo que incide nos casos concretos ora analisados a prescrição da pretensão punitiva por parte do TCU. Reconheço não ser este tema pacífico no âmbito deste Tribunal, uma vez que existem teses favoráveis à imprescritibilidade, à prescrição decenal e à prescrição quinquenal. Destaco, porém, que o direcionamento definitivo a ser dado a essa matéria depende do deslinde que se afigurará no TC 007.822/2005-4, processo ainda pendente de deliberação e que trata da aplicação desse instituto em um caso concreto.

31. No entanto, para desfecho do caso ora sob apreciação, com as devidas vênias aos que propugnam a tese da imprescritibilidade ou a da prescrição quinquenal, opto em aplicar a jurisprudência até aqui predominante no Tribunal, que preconiza a aplicação da regra prescricional assentada no art. 205 do Código Civil, com regramento intertemporal fixado no art. 2.028 do mesmo Código, pela prescrição geral de dez anos a partir da ocorrência dos fatos. Ressalvo, porém, que adoto tal posição até a apreciação definitiva da matéria por este Tribunal, quando será deliberada a modificação ou não do entendimento supramencionado. Corroboram esse entendimento, as decisões proferidas nos Acórdãos 5.920/2013 e 6.737/2013, da 1ª Câmara, nos Acórdãos 670/2013, 2.177/2013, 2.183/2013 e 825/2014, da 2ª Câmara, e nos Acórdãos 828/2013 e 946/2013, ambos do Plenário.

32. No caso concreto, as irregularidades ocorreram durante o primeiro semestre de 1998, ou seja, ainda sob a égide do Código Civil de 1916. Considerando a vigência do novo Código Civil, a partir de 11/1/2003, socorro-me da regra intertemporal aposta no art. 2028 do Código Civil, que assim estabelece:

Art. 2028 Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada

32.1. Considerando que até 11/1/2003 ainda não havia fluído metade do prazo prescricional estabelecido pelo Código anterior, que era de 20 anos, incidirá o prazo estipulado no novo Código, que será de dez anos contados de sua vigência, 11/1/2003. Verifico que, às peças 18 a 24, consta como data de citação dos responsáveis, medida processual que interromperia o prazo prescricional, 10/4/2013, ou seja, mais de dez anos desde 11/1/2003, o que frustra a possibilidade de aplicação de multa por esta Corte de Contas.

10.15. Por fim, o princípio da segurança jurídica não pode ser invocado para a defesa da prática de irregularidades que causem dano ao patrimônio público, cujas ações de ressarcimento são imprescritíveis, como visto acima.

10.16. Do exposto, constata-se que não houve prejuízo no caso concreto em relação ao exercício da ampla defesa dos responsáveis e a prescrição da pretensão punitiva da administração pública foi reconhecida pelo acórdão recorrido, o que não se estendeu ao ressarcimento do prejuízo ao patrimônio público.

CONCLUSÃO

11.1. Da análise, conclui-se que:

a) A tomada de contas especial atendeu aos pressupostos normativos para a sua instauração;



b) A citação dos responsáveis foi regular e respeitou todos os requisitos para o exercício pleno de suas defesas;

c) O cálculo dos juros de mora e da atualização monetária obedeceu à legislação aplicável ao tema;

d) Os responsáveis foram corretamente identificados e a imputação de débito encontra-se devidamente fundamentada; e

e) A prescrição da pretensão punitiva desta Corte foi adequadamente reconhecida e não abrangeu o ressarcimento do dano, por falta de amparo legal e jurisprudencial.

11.2. Assim, com estas considerações, não há reparos a se fazer no acórdão recorrido, que deve ser mantido em seus exatos termos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Ante o exposto, submete-se o presente exame à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) dar ciência da decisão aos recorrentes e aos demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, em 5/7/2017.

(assinado eletronicamente)

Afonso Gustavo Nishimaru Schmidt

Auditor Federal de Controle Externo

Matrícula 7675-9