

GRUPO I – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 029.535/2010-7

Natureza: Pedido de Reexame (em Representação).

Entidade: Amazonas Distribuidora de Energia S.A. -

Responsáveis: André Luiz Pereira do Couto (577.910.232-53); Csi Service Ltda (06.053.247/0001-52); Luis Hiroshi Sakamoto (098.737.591-15)

Interessados: André Luiz Pereira do Couto (577.910.232-53) e Luis Hiroshi Sakamoto (098.737.591-15).

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. AUDITORIA. LICITAÇÃO. IRREGULARIDADES. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

1. Não havendo elementos ou fundamentos capazes de elidir o Acórdão recorrido, mantém-se, na íntegra, a deliberação impugnada.

## RELATÓRIO

Tratam os autos de pedidos de reexame interpostos pelos Srs. Luís Hiroshi Sakamoto e André Luiz Pereira do Couto em face do Acórdão nº 3.625/2011 – TCU - 2ª Câmara, que considerou procedente a representação apresentada pela Secex/AM, aplicando aos recorrentes a multa prevista no Art. 58, II, da Lei nº 8.443/1992.

### DO ACÓRDÃO RECORRIDO

2. A deliberação objeto dos presentes recursos decorreu de representação apresentada pela Secex/AM sobre ocorrências detectadas em auditoria empreendida na sociedade anônima Amazonas Distribuidora de Energia S/A no curso da TC 024.193/2010-0. Ao apreciá-la, a 2ª Câmara deste Tribunal de Contas acordou nos seguintes termos, Acórdão nº 3.625/2011 – TCU – 2ª Câmara:

*“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator e com base nos arts. 23, III, a, 43, I, e 58, II, da Lei 8.443/1992 e nos arts. 214, III, a, 237, VI, e 246 do Regimento Interno, em:*

*9.1. conhecer da representação e considerá-la procedente;*

*9.2. rejeitar as justificativas dos responsáveis;*

*9.3. aplicar a Luís Hiroshi Sakamoto multa no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a ser recolhida ao Tesouro Nacional atualizada monetariamente do dia seguinte ao do término do prazo abaixo estipulado até a data do pagamento;*

*9.4. aplicar a André Luiz Pereira do Couto multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), a ser recolhida ao Tesouro Nacional atualizada monetariamente do dia seguinte ao do término do prazo abaixo estipulado até a data do pagamento;*

*9.5. fixar prazo de 15 (quinze) dias a contar das notificações para comprovação do recolhimento das dívidas acima imputadas perante o Tribunal;*

*9.6. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;*

*9.7. determinar à Amazonas Distribuidora de Energia S/A que se abstenha de prorrogar o contrato 58.554/2010 celebrado com a empresa CSI Service Ltda., tendo em vista as irregularidades nele verificadas;*

9.8. alertar a Amazonas Distribuidora de Energia S/A quanto às seguintes irregularidades no contrato 58.554/2010:

9.8.1. justificativa inadequada do preço de contratação, pois as propostas de comparação de preço divergem quanto às especificações dos modelos de impressoras e dos quantitativos contratados, não se mostrando apropriadas, assim, para aferição do valor justo de mercado, em desacordo com o art. 3º, III, da Lei 10.520/2002, e com o art. 8º, III, Anexo I, do Decreto 3.555/2000, bem como com o acórdão 3294/2009 – 2ª Câmara;

9.8.2. adesão irregular a ata de registro de preços gerida por órgão de administração pública estadual (Sefaz-AM), com violação do art. 3º da Lei 8.666/1993 e do acórdão TCU 6.511/2009 – 1ª Câmara;

9.8.3. projeto básico não elaborado com base nos estudos técnicos preliminares e não aprovado pela autoridade competente, em descumprimento aos arts. 6º, IX e 7º, § 2º, I, da Lei 8.666/1993;

9.9. arquivar os autos.”

### DAS NOTIFICAÇÕES E TEMPESTIVIDADE DOS RECURSOS

3. Devidamente notificados acerca da decisão recorrida (fls. 123/124 – Volume Principal), ambos os Recorrentes, tempestivamente, interpuseram os respectivos recursos ora em análise.

### INSTRUÇÃO

4. Instruído o feito, a 1ª Diretoria Técnica-SERUR encaminhou proposta acorde, cujos termos, na forma do inciso I, §3º do art. 1º da Lei nº 8.443/92, transcrevo:

“Cuida-se de Pedidos de Reexame interpostos por Luís Hiroshi Sakamoto, na forma do escrito de peça 4, p. 3-15, a que se anexou o meio de prova de mesma peça, p. 16, e André Luiz Pereira do Couto, na forma do escrito de peça 5, p. 3-8, contra o Acórdão 3625/201 (peça 2, p. 68-60) proferido em 31/5/2011 pela 2ª Câmara deste Tribunal (Ata 18/2011) no processo de Representação autuado neste Tribunal sob o código TC 029.535/2010-7.

#### **BREVE MEMORIAL**

2. Na forma do escrito de peça 2, p. 11-17, Auditores Federais de Controle Externo lotados na Secretaria de Controle Externo deste Tribunal no Estado do Amazonas (Secex/AM) representaram a a este Tribunal sobre ocorrências precariamente tidas por irregulares, detectadas em auditoria empreendida na empresa Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (Amazonas Energia) no curso do processo TC 024.193/2010-0, promovido no âmbito da fiscalização de orientação centralizada relativa ao Tema de Maior Significância 6 de 2010 (TMS-6/2010 – Gestão e Uso de Tecnologia da Informação – TI). A Titular da Unidade Técnica se manifestou de acordo com as conclusões exaradas no escrito, na forma do parecer de peça 2, p. 68.

3. No Contrato 58.554/2010, celebrado com a empresa CSI Service Ltda. no valor de R\$ 2.999.933,76 e cujo objeto consiste na terceirização de impressão descentralizada com fornecimento de equipamentos, suprimentos e suporte técnico, constataram-se as seguintes supostas irregularidades:

a) justificativa inadequada do preço da contratação;

b) adesão indevida à ata de registro de preços gerenciada por órgãos do Estado do Amazonas;

c) projeto básico não elaborado com base em estudos técnicos preliminares e não aprovado pela autoridade competente.

4. O Relator deste processo: [a] endossou o encaminhamento a este dado pelo Ministro José Múcio, a quem foi encaminhado inicialmente, no sentido de conhecer da Representação, indeferir a proposta de sustação cautelar da execução do contrato e determinar a audiência prévia do Sr. Luís Hiroshi Sakamoto, diretor de gestão da Amazonas Energia, acerca das ocorrências descritas nas alíneas **a** e **b** acima, e de André Luiz Pereira do Couto, gerente da área de TI, acerca das irregularidades narradas nas alíneas **a**, **b** e **c**, e [b] convalidou as providências determinadas, incluindo-se as relativas à inexistência de prejuízos à Amazonas Energia, dado que os preços pagos são inferiores às cotações levantadas pela entidade.

5. Apresentadas as razões de justificativas expostas nos escritos de peça 1, p. 29-36 e p. 37-45, foram examinadas na forma da instrução de mesma peça, p. 46-52.

6. Os responsáveis ouvidos alegaram, em síntese, que:

a) a diferença entre os modelos constantes da ata de registro de preços e aqueles contidos nas propostas decorreu da descontinuação, pelo fabricante, dos primeiros;

b) o aumento dos quantitativos contratados decorreu da necessidade de dotar agências do interior do Estado de mais de uma impressora, da incorporação da Companhia Energética do Amazonas – Ceam e da extensão física e da relevância social dos serviços prestados pela Amazonas Energia;

c) não houve prejuízo ao Erário, eis que os preços contratados foram os mesmos da ata de registro de preços;

d) a não realização da terceirização acarretaria prejuízos à entidade;

e) a jurisprudência do TCU (acórdão 6.511/2009 – 1ª Câmara) não vedou expressamente a adesão de ente federal à ata de registro de preços gerida por ente de outra esfera federativa;

f) somente órgãos da administração direta, nos termos da Orientação Normativa AGU 21/2009 e dos arts. 2º e 17 da Lei Complementar 73/1993, estariam impedidos de aderir a atas de registro de preços geridas por entes estaduais e municipais;

g) o Decreto 3.931/2001, que autoriza a adesão à ata de registro de preços, não estipulou que os entes que a aderissem deveriam pertencer à mesma esfera de governo;

h) a adesão a atas de registro de preços, independentemente de os órgãos e entidades envolvidos serem de esferas federativas distintas, permite ganhos de escala e ganhos de preços para a administração pública e está de acordo com os princípios da legalidade, da razoabilidade e da economicidade;

i) as falhas no projeto básico não causaram prejuízos à entidade e decorreram da inexistência de profissionais qualificados para sua elaboração nos quadros da Amazonas Energia, que pretende vir a contratá-los no futuro, e da falta de experiência na adesão à ata de registro de preços.

7. Esta Corte acolheu o entendimento exarado pelo Relator do processo aqui reproduzido somente no que interessa para o exame de mérito dos recursos:

6. Como demonstrou a Secex/AM, cujas análises e conclusões, integralmente transcritas no relatório que antecedeu este voto, endosso e incluo entre os fundamentos da deliberação que proporei a esta Corte, tais argumentos são improcedentes, eis que:

a) não foi apresentada fundamentação técnica para a necessidade de colocar mais de uma impressora em agências no interior do Estado; além disso, assim como o quantitativo original foi supostamente baseado em estudos preliminares, suas alterações devem ser justificadas;

(...)

c) a descontinuidade da fabricação dos modelos inicialmente cotados deveria ter levado à realização de nova cotação, a fim de serem definidos os novos modelos a serem contratados, conforme jurisprudência desta Corte (acórdão 3.294/2009 – 2ª Câmara);

d) as propostas de comparação de preço eram inadequadas para apuração do valor de mercado, pois divergiam no tocante a quantitativos a serem contratados e especificações de modelos de impressoras;

e) ainda que não tenha havido prejuízo à entidade, a fundamentação insuficiente caracterizou infração ao art. 3º, III, da Lei 10.520/2002, ao art. 8º, III, anexo I, do Decreto 3.555/2000 e à jurisprudência do TCU (acórdãos 3.294/2009 e 3.667/2009 da 2ª Câmara);

f) a possibilidade de que a ausência de realização da terceirização viesse a prejudicar a Amazonas Energia não autoriza sua condução de forma inapropriada;

g) como a publicidade de licitações promovidas por entes federais deve ter amplitude nacional, enquanto as licitações estaduais são divulgadas apenas no respectivo âmbito, a adesão de ente federal a ata de registro de preços estadual viola os arts. 3º e 21, I, da Lei 8.666/1993;

h) ainda que, formalmente, a AGU não seja órgão de assessoramento jurídico a sociedades de economia mista, o que retira o caráter impositivo de suas manifestações em relação àquelas entidades, o conteúdo do entendimento consagrado na Orientação Normativa AGU 21/2009, que se coaduna com a jurisprudência do TCU acerca do mérito da questão em debate, é aplicável à Amazonas Energia;

i) o Decreto 3.391/2001 não veda a adesão de ente federal a ata de registro de preços estadual porque se destina apenas a regular o sistema de registro de preços da União, ao qual a adesão de entes estaduais, municipais e distritais é possível por não violar o princípio da publicidade;

j) ao contrário do afirmado pelos responsáveis, o acórdão 6.511/2009 – 1ª Câmara veda a prática ora questionada, na medida em que expressamente determina a um ente federal que se “abstenha de aderir ou participar de Sistema de Registro de Preços, se a gerência desse estiver a cargo de órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, em razão da devida publicidade que deve ser dada ao certame licitatório no âmbito da Administração Pública Federal, em obediência ao inciso I do art. 21 da Lei 8.666/93, bem como de conformidade aos princípios básicos da legalidade, da publicidade e da igualdade e à Orientação Normativa AGU 21/2009”;

k) a ausência de profissionais qualificados e a falta de experiência não justificam nem a elaboração de projeto básico sem estudos técnicos preliminares, consoante exige o art. 6º, IX, da Lei 8.666/1993, nem a alteração, sem a devida fundamentação técnica, dos quantitativos anteriormente aprovados pela autoridade competente;

l) a ausência de prejuízos não descaracteriza as violações de normas de administração pública verificadas nas condutas acima criticadas.

7. Devem ser rejeitadas, pois, as justificativas dos responsáveis, com a aplicação da multa do inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992, consoante sugeriu a unidade técnica desta Corte.

8. Diante disso, no que importa para os exames das alegações recursais meritórias elaborados mais adiante, decidiu:

9.2. rejeitar as justificativas dos responsáveis;

9.3. aplicar a Luís Hiroshi Sakamoto multa no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a ser recolhida ao Tesouro Nacional atualizada monetariamente do dia seguinte ao do término do prazo abaixo estipulado até a data do pagamento;

9.4. aplicar a André Luiz Pereira do Couto multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), a ser recolhida ao Tesouro Nacional atualizada monetariamente do dia seguinte ao do término do prazo abaixo estipulado até a data do pagamento;

[omissis]

9.7. determinar à Amazonas Distribuidora de Energia S/A que se abstenha de prorrogar o contrato 58.554/2010 celebrado com a empresa CSI Service Ltda., tendo em vista as irregularidades nele verificadas;

9.8. alertar a Amazonas Distribuidora de Energia S/A quanto às seguintes irregularidades no contrato 58.554/2010:

9.8.1. justificativa inadequada do preço de contratação, pois as propostas de comparação de preço divergem quanto às especificações dos modelos de impressoras e dos quantitativos contratados, não se mostrando apropriadas, assim, para aferição do valor justo de mercado, em desacordo com o art. 3º, III, da Lei 10.520/2002, e com o art. 8º, III, Anexo I, do Decreto 3.555/2000, bem como com o acórdão 3294/2009 – 2ª Câmara;

9.8.2. adesão irregular a ata de registro de preços gerida por órgão de administração pública estadual (Sefaz-AM), com violação do art. 3º da Lei 8.666/1993 e do acórdão TCU 6.511/2009 – 1ª Câmara;

9.8.3. projeto básico não elaborado com base nos estudos técnicos preliminares e não aprovado pela autoridade competente, em descumprimento aos arts. 6º, IX e 7º, § 2º, I, da Lei 8.666/1993.

9. Irresignados, vieram os Responsáveis listados no preâmbulo deste Exame impugnar a decisão na forma dos recursos a seguir examinados.

#### **DO RECURSO INTERPOSTO POR LUÍS HIROSHI SAKAMOTO**

10. Cuidar-se-á a seguir do recurso interposto por Luís Hiroshi Sakamoto na forma do escrito de peça 4, p. 3-15, a que se anexou o meio de prova de mesma peça, p. 16.

#### **PEDIDOS SUCESSIVOS**

11. Com esteio nas alegações recursais de natureza processual e meritória sumariadas e examinadas ponto a ponto mais adiante, pede-se a esta Corte que conheça do recurso, dê-lhe efeito suspensivo e, quanto ao seu mérito, acolha um dos pedidos sucessivos a seguir arrolados em ordem de preferência:

a) reforma da decisão vergastada no sentido da elisão da multa aplicada; e

b) “emissão de recomendações à empresa, tudo no sentido educativo da ordem oposta”.

#### **ADMISSIBILIDADE**

12. Anuímos ao exame de admissibilidade de peça 4, p. 19, e à proposta nele feita, a que anuiu em nome desta Secretaria de Recursos (Serur) o subscrevente da manifestação de mesma peça, p. 20, no sentido de que esta Corte: [a] conheça do recurso, com fulcro no art. 48, § 2º, da Lei 8.443, de 16/7/1992 e [b] dê efeito suspensivo aos subitens 9.3 e 9.6 da decisão recorrida, com fulcro no art. 285, *caput*, e 286, parágrafo único, da Resolução 155 deste Tribunal, de 4/12/2002 (Regimento Interno).

13. Acolhendo a proposta, o Relator do Recurso, Ministro Raimundo Carreiro, dele conheceu precariamente mediante o despacho de mesma peça, p. 22, e determinou o encaminhamento dos autos a esta Secretaria para a elaboração do exame das questões recursais exarado a seguir.

#### **QUESTÃO PROCESSUAL**

14. Sumariza-se e se examina a seguir a razão recursal aduzida de natureza processual.

14.1 Argumento: Diz-se que esta Corte não teria considerado em seu julgamento fatos novos expostos em memorial “devidamente protocolado”, mediante o qual teriam sido feitas também “relevantes considerações ao relatório da equipe técnica da SECEX/AM”. Tal teria consistido em “irreparável cerceamento do direito de defesa”.

14.2 Exame: Reza o art. 160 do Regimento Interno deste Tribunal:

Art. 160. As alegações de defesa e as razões de justificativa serão admitidas dentro do prazo determinado na citação ou na audiência.

§ 1º Desde a constituição do processo até o término da etapa de instrução, é facultada à parte a juntada de documentos novos.

§ 2º Considera-se terminada a etapa de instrução do processo no momento em que o titular da unidade técnica emitir seu parecer conclusivo, sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 157.

§ 3º O disposto no § 1º não prejudica o direito da parte de distribuir, após a inclusão do processo em pauta, memorial aos ministros, auditores e ao representante do Ministério Público.

14.3 É de ver, portanto, que a peça denominada de memorial não se presta para apresentar novas alegações de defesa ou razões de justificativa, conforme o caso. O prazo para tanto é o estabelecido na cabeça da norma regimental supratranscrita. Tampouco tal instrumento se presta para juntar documentos novos, o que se pode fazer até o término da instrução do processo, ante o disposto na mesma norma.

14.4 É que a peça denominada de “memorial” no sistema jurídico brasileiro não se presta para aduzir intempestivamente arrazoados ou elementos de prova, como parece entender o Recorrente, mas antes, como faz entender o seu próprio nome, para, depois de finda a fase de instrução do processo, memoriar – vale dizer, fazer resumo, relato, relação – as razões de fato e de direito dantes tempestivamente expostas na fase de instrução do processo. É o que se infere do art. 454 da Lei 5.869, de 11/1/1973 (Código de Processo Civil), aplicável subsidiariamente aos processos da competência desta Corte:

Art. 454. **Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu**, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz.

[omissis]

§ 3º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, **o debate oral poderá ser substituído por memoriais**, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento. (grifou-se)

14.5 É absurda a hipótese defendida de que esta Corte tenha de considerar novos elementos de convencimento trazidos momentos antes da sessão de julgamento, mediante apresentação de memorial ou de Argumento oral. Tal impediria a desincumbência de sua atribuição constitucional, visto que a cada sessão de julgamento em que o interessado o fizesse se teria de marcar novo julgamento para que o Relator do feito examinasse detidamente os novos elementos citados, o que adiaria infinitamente a sessão de julgamento caso o advogado do interessado apresentasse novos elementos a cada sessão. Não é por outra razão que o art. 456 do Código de Processo Civil estabelece que o juízo de primeira instância – órgão a quem cabe comparar esta Corte quando atua em julgamento de processo de sua competência distinto da apreciação de recurso – poderá proferir a sentença desde logo:

Art. 456. Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias.

14.6 Daí que a alegação não merece acolhida.

## QUESTÕES MERITÓRIAS

15 Sumarizam-se e se examinam a seguir as razões recursais aduzidas de caráter meritório, arrançadas da maneira tida por mais pautada por pontos e seções destes.

### 16. Primeiro ponto

16.1 Imputação impugnada: Cuida-se neste ponto da imputação feita ao ora Recorrente assim descrita pelo próprio:

aprovação de propostas de comparação de preço que divergem quanto às especificações dos modelos de impressoras e dos quantitativos contratados, não se mostrando apropriadas, assim, para aferição de valor junto ao mercado (Contrato 58554/2010 celebrado com a empresa CSI Service Ltda.).

### 16.2 Primeira seção

16.2.1 Argumento: Afirma-se que o contrato sob análise respeitaria a contratação de “outsourcing de impressão que visa melhorar a eficiência através de fiscalização e economia com a manutenção de maquinário mais moderno e adequado sem as perdas ocasionadas pelo custeio de troca de peças, ausência de compatibilidade, gasto excessivo de papel dentre outros” e que esta Corte teria reputado irregular “o ato praticado pelo Recorrente no que tange à aprovação da metodologia de comparação de preços utilizada pelo Gestor da área para aquisição de impressoras”, tendo em vista “a descontinuidade do modelo inicialmente cotado, bem como do número de impressoras adquiridas”.

16.2.2 Diz-se que durante o processo licitatório teria havido “descontinuidade de itens pesquisados inicialmente”, que teriam sido substituídos por similares pelos próprios fabricantes. Mediante correspondência, a empresa **Lexmark International do Brasil LTDA. teria informado da “descontinuidade das impressoras T644dn e X646de e sua substituição pelos modelos T654dn e X656de, com características e funcionalidades superiores, com manutenção do preço registrado (anexo)”**.

16.2.3 Repise-se: o que ocorreu foi a descontinuidade do produto inicialmente cotado, sendo ao final contratado um produto superior àquele, pelas mesmas condições trazidas quando da pesquisa de preços, não tendo sofrido qualquer prejuízo a Administração, mas ao contrário.

16.2.4 Tratando-se de produtos de informática, seria comum a descontinuidade na fabricação de equipamentos. Ademais disso, à época do processo licitatório não haveria “para a Amazonas Energia nenhuma orientação no sentido da obrigatoriedade de realização de nova cotação de preços”.

16.2.5 Veja-se que, no caso em exame, todos os cuidados foram adotados pelo Gestor que, instruído com uma declaração do fabricante, constatou a descontinuidade de fabricação do equipamento inicialmente pretendido, bem como que o equipamento que viria a substituí-lo é funcionalmente superior ao anterior, e que **o fornecimento se daria nas mesmas condições já registradas** (quantidade, prazo de entrega, garantia, preço, etc.).

16.2.6 Disso se poderia concluir que o “ato do ora Recorrente” teria sido “**justo e adequado ao caso concreto**, cumprindo todos os requisitos de forma e de fundo, além da **atenção absoluta aos Princípios da Economia, Razoabilidade e Eficiência**”.

16.2.7 Exame: Perfilha-se o entendimento exposto na alínea c da fundamentação da decisão recorrida no sentido de que a eventual descontinuidade da fabricação de modelos cotados obriga a feitura de nova cotação. Nesse sentido, como referido no mesmo ponto da fundamentação citada, o Acórdão 3.294/2009 proferido pela 2ª Câmara deste Tribunal.

16.2.8 Por essa maneira, entende-se que o Recorrente carece de razão.

### 16.3 Segunda seção

16.3.1 Argumento: No que tange aos quantitativos contratados, dado “a extensão da prestação de serviços ao interior”, a empresa teria sofrido “abrupto crescimento não só no âmbito quantitativo como em termos de complexidade com a incorporação da concessionária de energia do interior do Amazonas”.

16.3.2 No ano de 2008 teria havido “a incorporação da CEAM, responsável pelo abastecimento do interior do Estado, pela Manaus Energia, dando origem à Amazonas Energia S.A.” Daí que teria sido mister “redimensionar” o “estudo técnico preliminar realizado”, o que teria implicado:

acréscimo de apenas 61 (sessenta e um) itens, para atender toda a nova configuração da empresa, sob pena de impacto negativo na sua operação, comercialização, faturamento e etc., atividades estas que passaram a ser controladas e acompanhadas pelas Gerências da Incorporadora, todas sediadas na Capital do Estado.

16.3.3 De conseguinte, “a empresa outrora responsável pela gestão energética da Capital” se teria visto “obrigada a adequar a prestação de serviços em todo o Estado do Amazonas, de dimensões continentais e características hídricas que dificultam a intercessão entre capital e interior”. Faz notar que grande parte dos gestores adviriam dos recursos humanos que compunham a Manaus Energia e que estes não teriam “conhecimento pleno da prestação de serviços no interior”. Diversamente do que teria entendido esta Corte, tal fato seria de fundamental importância e, portanto, teria de ser “sopesado quando da análise das razões trazidas.

16.3.4 Argumento conexo: Os estudos realizados para a feitura da quantificação de “duas impressora para cada ponto de atendimento no interior” necessárias ao aparelhamento de toda a Companhia teriam sido feitos “por estimativa e pesquisa com gerentes dos departamentos responsáveis pela prestação de serviço no interior”. Até “meados de 2010” a gestão de informática da empresa estaria “totalmente vinculada à Eletronorte” e não haveria no âmbito da Amazonas Energia “material humano com a *expertise* necessária aos padrões de conduta pretendidos por este Tribunal”. Dificuldades para Contratação e Gestão de Tecnologia seriam comuns em todas as esferas do Governo Federal. Esta Corte mesma teria “reconhecido a carência de *expertise* capaz de trazer resultados de excelência nesta área”, como teria sido registrado na Revista do TCU, Ano 42, n. 117, janeiro/abril 2010, e como teria sido exposto pelo Ministro Raimundo Carrero no Ciclo de Palestras 2011.

16.3.5 Dado a referida incorporação, seria “razoável a divergência apresentada nos estudos preliminares que estabeleceram o quantitativo inicial”, que se teria operado “sem qualquer período de transição” e “posteriormente à realização dos estudos preliminares do referido processo”.

16.3.6 Daí o descabimento do entendimento de que “as alterações no quantitativo não foram fundamentadas”. Em vez disso, teria havido “um **adendo, plenamente justificável**, aos estudos anteriormente realizados”.

16.3.7 Estaria equivocado o entendimento desta Corte no sentido de que seria um “contrassenso o fato de a aquisição de mais impressoras não gerar maior quantidade de impressões”. O aumento no número de impressoras geraria necessariamente aumento no número de impressões porque a contratação do “*outsourcing*” teria “a perspectiva de otimização e diminuição da demanda”. Isso significaria dizer que o desperdício viria a ser contido.

16.3.8 As impressoras teriam “a função de impressão de documentos, mas principalmente de faturas de energia”; daí que seria importante “municiar as regiões com mais de um equipamento para padronizar a impressão e entrega das faturas e demais documentos em toda a empresa”.

16.3.9 Argumento conexo: Não haveria vedação legal à feitura de “aditamento para aquisição da demanda superveniente”. O então recém-criado Departamento de Tecnologia da informação e Telecomunicações próprio da Amazonas Energia estaria a buscar “soluções imediatas para conter o desperdício apontado nas impressões realizadas pela empresa, além da otimização dos custos com manutenções e impressões”.

16.3.10 A aprovação da proposta de comparação de preços consistiria em **ato de gestão discricionário** adotado no caso concreto diante da **imprevisão** da descontinuidade do equipamento, conforme “orientações doutrinárias, jurisprudências e até mesmo posicionamentos de Órgãos do Poder Executivo” com o fito de “atingir o objetivo da administração sem, no entanto, gerar mais custos à empresa”.

16.3.11 A **discricionariedade** conferiria ao administrador *autonomia no exercício de sua atividade, observados os* critérios de razoabilidade e eficiência aplicáveis com vistas ao atendimento do interesse público. Somente o administrador teria condições de analisar convenientemente “as características do caso concreto”. Tal teria sido feito.

16.3.12 Exame conjunto dos argumentos: A quantidade inicialmente estabelecida de impressoras a disponibilizar em agências no interior do Estado se pautou em estudos preliminares. Na fase de instrução do processo o ora Recorrente não expôs fundamentação de jaez técnico para a alegada necessidade de aumento de tal quantidade. Daí o julgamento desta Corte de que tal aumento tecnicamente injustificado consistiu em irregularidade.

16.3.13 Em sua alegação recursal ora examinada tampouco o faz. Cinge-se a dizer da suposta necessidade de aumento da quantidade de impressoras a disponibilizar e a fulcrá-la em informações atécnicas, a saber, o suposto aumento da estrutura da empresa em razão de incorporação doutra e suposta inconfiabilidade do estudo preliminar mencionado em razão de alegada inexistência de recursos humanos para o elaborar. Não embasa seu argumento em dados numéricos.

16.3.14 Como bem observado na alínea **k** da fundamentação da decisão vergastada, nem a falta de profissionais qualificados nem a inexperiência dos quadros da empresa tem o condão de fazer administrativamente lícita a elaboração de projeto básico não arrimado em estudos técnicos preliminares, como exige o art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666, de 1993, ou a alteração tecnicamente justificada das quantidades inicialmente estabelecidas pela autoridade competente.

16.3.15 Aplica-se, *in casu*, portanto, a regra primária de direito que declina a quem alega o ônus da prova, estatuída na forma do brocardo latino *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt* (nada alegar e não provar o alegado se equivalem).

16.3.16 Quanto ao argumento de que inexistiria vedação legal à feitura da alteração em foco e de que a fez no exercício do poder discricionário, é de ver que o ato administrativo é informado pelo princípio da razoabilidade, que se constitui num limite ao poder discricionário da Administração Pública imposto para que a sua liberdade de ação satisfaça precipuamente o interesse público, de sorte a evitar que tal poder se transmude em salvo conduto para prática de ato incoerente e ilógico a título de cumprimento duma finalidade legal.

16.3.17 Consoante tal princípio, não basta que os atos administrativos sejam praticados com o respeito aos ditames quanto a sua formação e execução, mas, antes, é igualmente fundamental que guardem tanto coerência lógica entre as razões que o ditaram e os fins colimados quanto com sua adequação a estes e os meios empregados.

16.3.18 Leciona a esse respeito Celso Antônio Bandeira de Melo em sua obra **Curso de Direito Administrativo** (Ed. Malheiros, 13ª ed., 2001, p. 52):

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda.

16.3.19 Com isso, tem-se que o Recorrente não tem razão.

#### 16.4 Sexta seção

16.4.1 Argumento: Assevera-se que **a aquisição se teria dado “com vantagem para a empresa” e tal fato se prestaria para “corroborar tais afirmativas”** expostas nas seções precedentes deste ponto. Esta **Corte mesma o teria admitido no julgamento** vergastado tanto porque teria acolhido fundamentação da lavra do Relator do processo em que não se teria falado em prejuízo ou dano ao Erário como porque amparou seu julgamento no artigo 43, inciso I, da Lei 8.443, de 1992.

16.4.2 Não caberia falar em dano de natureza financeira ou em desrespeito a ditames legais, visto que os preços contratados teriam sido “os mesmos constantes na ata de registro de preços” e que da adesão vertical não teria decorrido prejuízo à Administração.

16.4.3 O enfrentamento das deficiências apontadas somente teria sido possível graças à atuação séria e ao empenho da Diretoria de Gestão, que teria agido “com o único objetivo de buscar **economia e efetividade na prestação do serviço público**”. Diante da “novel situação acima discorrida”, teria o ora Recorrente envidado “todos os esforços na preservação da **eficiência da aquisição pretendida**, sem rechaçar a **economicidade**, essencial à boa administração”.

16.4.4 Assim, os atos imputados ao ora Recorrente consistiriam em falhas **de caráter meramente formal**.

16.4.4 Diante disso e da boa-fé do ora Recorrente, seria “desproporcional a aplicação de multa” e caberia a feitura de recomendação. O Controle Externo dos atos administrativos, especialmente diante da inexistência de erro material, dano ao Erário ou favorecimento, tal como no caso, haveria que “ser exercida em sua característica mais nobre: **a emanção de recomendações no sentido de redirecionamento das ações adotadas, com caráter educativo, e não tão somente admoestativo e punitivo.**”

16.4.5 Exame: Consoante observado na alínea I da fundamentação da decisão vergastada, a inexistência de prejuízo não elide as eventualmente havidas violações de normas de administração pública, tais como as detectadas no caso concreto.

16.4.6 A Constituição da República, na forma do art. 71, incisos II, IV e VIII, atribui a este Tribunal, competência tanto [a] para o julgamento de contas como [b] para a feitura de fiscalização financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, da Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal e [c] para aplicar as sanções previstas em lei.

16.4.7 Regulamentando esses dispositivos, a Lei 8.443, de 1992 assim dispõe sobre a competência do Tribunal para fiscalização e aplicação de sanções:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição federal e na forma estabelecida em lei:

(...)

II – proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior;

(...)

IX – aplicar aos responsáveis as sanções previstas nos arts. 57 a 61 desta lei;

16.4.8 Prescreve o art. 58:

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de até Cr\$42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

- I – contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta lei;
- II – ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;
- III – ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;
- IV – não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência do Relator ou à decisão do Tribunal;
- V – obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;
- VI – sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;
- VI – reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

16.4.9 Vê-se, assim, que o Tribunal, quando aplicou a sanção ao ora recorrente, com fundamento no inciso II supratranscrito, exerceu sua competência de fiscalização para casos em que não há falar em julgamento de contas ou imputação de débito. Dos dispositivos legais transcritos não se vislumbra, como quer o Recorrente, que a aplicação de sanções pressuponha a existência de débito. Do contrário, o art. 58 acima reproduzido enumera em seus incisos a hipótese do julgamento pela irregularidade das contas de que não resulte débito e diversas outras em que tampouco há falar em débito.

16.4.10 Daí que não assiste razão ao Recorrente.

## 17. Segundo ponto

17.1 **Imputação impugnada:** Cuida-se neste ponto da imputação ao feita ao Responsável assim descrita pelo próprio: "autorização de adesão à ata de registro de preços gerido por Órgão da Administração Pública Estadual do Amazonas (Contrato 58554/2010 celebrado com a empresa CSI Service Ltda)".

### 17.2 Primeira seção

17.2.1 **Argumento:** Diz-se que há divergência sobre o tema tanto na doutrina do Direito brasileiro como na jurisprudência do sistema jurídico brasileiro. Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, em artigo intitulado "**Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**", teria se manifestado assim a esse respeito:

[...] o Decreto nº 3.931/01 empregou o termo órgão ou entidade da Administração e esse último termo é conceituado restritivamente pela Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

Numa interpretação sistemática, contudo, como **ADMINISTRAÇÃO** é Órgão da Administração Pública, parece possível a extensão além da esfera de Governo. Assim, um Órgão Municipal **poderá**, atendidos os demais requisitos, servir-se de Ata de Registro de Preços Federal ou vice-versa.

17.2.2 O ora Recorrente teria praticado ato administrativo em foco considerando tal entendimento, que consistiria em "tese dominante", parecer jurídico e "critérios da Economia, Razoabilidade e Eficiência".

17.2.3 Não teria sido solucionada a "divergência doutrinária" por esta Corte de Contas, que primeiro se manifestou sobre o tema mediante o Acórdão 6511/2009 proferido por sua 1ª Câmara no processo de Representação 27.147/2008. Considerando que foi proferido em 17/11/2009, não seria razoável pretender que o Recorrente o aplicasse imediatamente, máxime considerando-se que não houve determinação ou recomendação direta à Amazonas Energia. Por outro lado, a publicidade do acórdão por meio do órgão oficial se deu depois de levada a efeito a "adesão vertical" em foco.

17.2.4 **Argumento conexo:** Assevera-se que se buscava contratar empresa para prestar serviços tanto na capital como nos municípios do interior do Estado do Amazonas. Sabe-se que o Estado apresenta "características peculiares que afugentam proponentes". Por isso é que antes da adesão vertical teria havido "prévia pesquisa de mercado" em que não se teriam registrado interessados.

17.2.5 Teria sido feita **minuciosa pesquisa para subsidiar a escolha da Ata a que se aderiria. Duas dentre as pesquisadas se teriam mostrado** compatíveis com as demandas da Amazonas Energia: **a ARP 198/2009 da SEFAZ/AM e a ARP 011/2009 da SEPLAG CE.** Teria sido feita, então, uma análise competitiva entre as duas atas de registro de preço a fim de concluir qual delas seria a mais vantajosa sob o prisma econômico.

17.2.6 A Ata de Registro de Preços garantiria "economicidade para a Administração Pública, além de transparência e ampla competitividade". A "adesão por outros entes da Administração Pública" implicaria "a potencialização da competitividade" e não infringiria o art. 3º da Lei 8.666, de 1993, visto que a licitação anterior teria sido "regularmente instruída, com a devida publicidade e com ampla participação dos fornecedores em potencial".

17.2.7 Portanto, não haveria que falar em atos culposos por parte do ora Recorrente.

17.2.8 **Exame conjunto dos argumentos:** A divergência mencionada pelo Recorrente inexistente. Pois que no trecho de obra sobre o registro de preços se cita adesão de órgão de esfera municipal ao registro de preços de órgão da esfera federal

da Administração Pública, o que confere mais amplitude à publicidade da licitação. Como se depreende da leitura das alíneas **g** a **j** da fundamentação da decisão recorrida, esta Corte entende que há irregularidade se houver diminuição de tal amplitude mediante a adesão em licitação promovida por ente federal a registro de preços da esfera estadual, divulgadas apenas neste âmbito, e não no plano nacional.

17.2.9 Perfilha-se tal entendimento porque se entende que ele decorre da interpretação teleológica do estabelecimento, na forma dos três incisos art. 21 da Lei 8.666, de 1993, de distintos graus de publicidade conforme às esferas federal, estadual ou local da entidade ou do órgão promotor do certame. A adesão por órgão de esfera de abrangência territorial maior a registro de preços elaborado por esfera de abrangência territorial menor se constitui em fuga ao grau de abrangência da publicidade do certame exigível por força do dispositivo legal citado neste parágrafo.

17.2.10 De outro lado, a adesão por órgão de esfera de abrangência territorial menor a registro de preços elaborado por esfera de abrangência territorial maior confere grau de publicidade ao certame maior que o exigido no art. 21 mencionado, pelo que em tal hipótese não há desrespeito ao princípio constitucional da publicidade, tal como se disse noutras palavras na parte final do escrito na alínea **i** da fundamentação da decisão guerreada.

17.2.11 O Recorrente expõe explicações sobre critérios para a escolha do registro de preços a que se aderiu sem cuidar do cerne da questão, qual seja a obrigatoriedade da observância do princípio da publicidade, tal como explicitado no parágrafo precedente.

17.2.12 Por fim, o alegado desconhecimento do entendimento desta Corte a respeito do assunto e a alegada inexistência de determinação a ele respeitante não se constituem excludentes de culpabilidade. Perfilhamos o entendimento exarado no Acórdão 40/1999 proferido em 28/4/1999 pelo Plenário desta Corte no sentido de que só se exclui a culpabilidade em sentido amplo (reprovabilidade da conduta ilícita, ou típica e antijurídica) se o agente, por meio de novas provas, vier a demonstrar: [a] que não agiu com culpa ou dolo (excludente de tipicidade), [b] que sua ação estava amparada em norma permissiva (excludente de antijuridicidade), ou [c] que atuou com boa-fé, porque tinha desconhecimento invencível da ilicitude do fato (excludente de culpabilidade em sentido estrito ou intencionalidade, que implica a consciência do delito). Nenhuma das três hipóteses enumeradas se aplica ao caso concreto.

17.2.13 Por esse modo, reputa-se que a alegação não merece prosperar.

### 17.3 Segunda seção

17.3.1 Argumento: O Recorrente afirma que praticou o ato administrativo em foco “pautado no permissivo legal, autorizado pelo parecer jurídico do órgão competente, e diante da comprovada economia advinda dos atos praticados”, merecendo, por conseguinte, “ter seu Recurso provido”.

17.3.2 Exame: Nas decisões deste Tribunal se nota entendimento firmado (Acórdãos 2540/2009-1ª Câmara, 2753/2008-2ª Câmara e 1801/2007–Plenário) no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastada na situação relatada pelo Recorrente, pois a ele cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao Erário. O fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.

17.3.3 O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à censura do Tribunal. Em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo destes documentos. Assim, a existência de parecer não exime o gestor de responsabilidade, a qual é aferida levando em consideração a legalidade, a legitimidade e a 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, inciso II, da Constituição Federal.

17.3.4. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.

### 17.4 Terceira seção

17.4.1 Argumento: Assere-se que compete a Esta Corte aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, “as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário”.

17.4.2 Aplicar-se-ia o princípio constitucional da proporcionalidade, à luz do “velho direito penal”, em que se observariam “pesos e medidas, com suas circunstâncias agravantes e atenuantes” informadas pelos “antecedentes do condenado”, o que no âmbito do Direito Administrativo assumiria a forma de “**antecedentes funcionais**”.

17.4.3 A situação fática sob análise, a saber “*autorização de adesão à ata de registro de preços gerido por Órgão da Administração Pública Estadual do Amazonas*”, não se subsumiria à hipótese estatuída no inciso II do art. 58 da Lei 8.443, de 1992.

17.4.4 A tarefa do julgador de aplicar sanção decorreria do poder discricionário, da liberdade de escolha do *quantum* a ser imputado, da oportunidade e conveniência da aplicação da pena de multa. Nada obstante, todo poder discricionário esbarraria em **limites legais** e nenhuma multa poderia ser fixada sem a aplicação de critérios de dosimetria da punição.

17.4.5 A dosimetria limitaria o poder discricionário do *julgador e lhe imporia* “um quadro de referências técnicas racionalizadoras”, tal como a gradação estabelecida no art. 268 do Regimento Interno deste Tribunal. A falta de observância de tal dosimetria poderia implicar “afronta aos postulados da razoabilidade e proporcionalidade”.

17.4.6 Os critérios do Direito Penal brasileiro para a feitura da dosimetria da pena se prestariam para orientar a dosimetria das punições administrativas aplicadas por esta Corte. A aplicação da pena seria graduada, ponderando-se “a

natureza e gravidade da infração cometida”, os “danos dela derivados”, as “circunstâncias agravantes ou atenuantes” e os “antecedentes funcionais”. Haveria que considerar também os seguintes critérios “adotados em outros ramos do Direito”:

casos de aumento da pena – quando se poderia cogitar de reincidência, de dano ao Erário, de desfalque e desvio de dinheiro, bens e valores públicos com a consequente imputação de responsabilidade financeira para devolver aos cofres o valor responsabilizado; a culposa aplicação antieconômica de recursos públicos;

casos de diminuição da pena – quando o responsável tomou todas as providências que lhe competiam para sanar as falhas, dando conhecimento, inclusive, ao superior hierárquico daquilo que ultrapassa a sua esfera de competência;

caso fortuito – evento provocado pela natureza, que, pela sua imprevisibilidade e inevitabilidade, ocasiona dificuldade para a execução de ato ou contrato, a exemplo de inundação e incêndio quando se perdem documentos e provas;

força maior – o evento provocado pelo homem, que por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, gera dificuldade de continuidade e regularidade na execução de ato ou contrato, a exemplo de greve que afeta o serviço público;

situação econômica do servidor – assinala Ulisses Jacoby que, por vezes, imputar ao agente o dever de ressarcir o dano de elevado valor pode levar à insolvência ou ao desconto perpétuo na remuneração, fatos, ao seu sentir, inconvenientes ao interesse público.

17.4.7 O ora Recorrente não teria até então sido condenado por este Tribunal noutros processos e teria praticado seus atos sob exame neste processo sem dolo ou má-fé, mas antes tendo em vista “a defesa dos interesses públicos”.

17.4.8 Diante disso e considerando que não teria havido prejuízo ao Erário ou má-fé por parte do ora Recorrente, seria excessivamente severa aplicação da multa levada a efeito no valor de R\$ 4.000,00. Cita como exemplo de decisão em que esta Corte não teria aplicado multa por “inexistentes demonstrações cabais” de que tenha havido dolo, má-fé ou “prejuízos aos cofres públicos” o Acórdão 1158/2005 proferido em 10/8/2005 pelo Plenário desta Corte, cujo excerto a seguir reproduz:

20. Mesmo que fossem improcedentes as alegações dos responsáveis, diante da jurisprudência desta Corte (Decisão 613/96 - Plenário; Decisão 165/95 - Primeira Câmara; Decisão Sigilosa 215/95 - Plenário; Decisão 167/96 - Segunda Câmara; Decisão 624/94 - Plenário), a aplicação da multa seria incabível, pois essa medida só deve ser proposta em casos de flagrante transgressão, facilmente constatável, o que, de longe, não é o caso presente.

17.4.9 O Impugnante invoca o Acórdão 87/2007 proferido em 7/2/2007 pelo Plenário desta Corte, cuja ementa transcreve e aqui também se reproduz:

**PEDIDO DE REEXAME. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE ATENUAÇÃO DA CONDUTA DO RESPONSÁVEL EM FACE DO CASO CONCRETO. PROVIMENTO PARCIAL**

1. O juízo de aplicação de sanção deve considerar não só a gravidade da infração em causa, mas também as circunstâncias envolvidas na conduta do administrador faltoso, sendo possível que tais circunstâncias influam na convicção de modo a afastar a cominação das penalidades previstas, sem que tal fato constitua precedente em face de infrações da mesma natureza.

2. Dá-se provimento, no todo ou em parte, à peça recursal, tomando insubsistentes itens do acórdão recorrido, ou dando-lhes nova redação, quando os interessados em grau de recurso, em face do caso concreto, conseguem demonstrar que as circunstâncias em que se deram os fatos influenciaram sobremaneira na conduta do administrador faltoso, tomando-a plenamente escusável.

17.4.10. Cita também o pronunciamento do então Presidente desta Corte proferido por ocasião da exposição em Plenário do relatório das atividades deste Tribunal no exercício de 2003, inserto na Ata 9, de 24/3/2004, do Plenário:

[...] no exercício de suas competências, o Tribunal de Contas da União, a par da atuação fiscalizadora, judicante, sancionadora, informativa, corretiva, consultiva, normativa e de ouvidoria, busca igualmente imprimir às suas ações o caráter educativo. É que controlar não consiste só em punir; é sobretudo prevenir, detectar, corrigir e orientar.

17.4.11 Exame: As sanções pecuniárias aplicáveis por esta Corte no exercício de faculdade que lhe é atribuída por dispositivos do Capítulo V do Título II da Lei 8.443, de 1992, têm natureza de pena pecuniária pelo cometimento de ilícito administrativo. Nelson Hungria, cuidando da similaridade existente entre os ilícitos administrativos e os penais leciona:

[...] não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e o outro atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua Beling, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou grau: está na maior

ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal. (...)

[*omissis*]

Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena seja, de um lado, o mal infligido por lei em consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São espécies do mesmo ‘genus’. [...] (in *Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense, v. IX, 1958, p. 315-316 e 318-3199).

17.4.12 Por isso, cabe fazer analogia com os institutos do Direito Penal brasileiro. O entendimento de que tal analogia é cabível quando se tratar de aplicação de multa é observável em decisões diversas desta Corte, dentre as quais o Acórdão 49/2000 proferido pelo Plenário em 5/4/2000 (Ata 12/2000), de que extraímos o seguinte excerto: “a imposição de multa é sanção personalíssima; tem caráter de pena.”

17.4.13 Tanto a aplicação ou não da multa estatuída na cabeça do art. 58 da Lei 8.443, de 1992, como o estabelecimento do seu valor, observados os limites ali mesmo fixados, é decisão a ser proferida a juízo desta Corte conforme tenha reputado maior ou menor a gravidade da conduta reprovável imputada. É o que se infere sem maior dificuldade da leitura atenta da expressões “**poderá** aplicar multa” e “**de até** CR\$ 42.000.000,00 [...] ou valor equivalente” [grifou-se] na cabeça do artigo mencionado.

17.4.14 Na formulação dos juízos de aplicação da sanção e, se se decidir aplicá-la, do estabelecimento de seu valor, mandatório é considerar não só a gravidade da infração em causa, mas também as circunstâncias envolvidas na conduta do administrador faltoso a ponto de eventualmente se afastar a cominação das penalidades previstas; sem que tal juízo, justamente porque aplicável ao fato em apreço dado as circunstâncias, vincule esta Corte nos julgamentos sobrevindos em que se observe conduta reprovável similar.

17.4.15 No caso em apreço, o ora Recorrente não apresentou na fase de instrução razões de justificativa acatáveis para as imputações a ele feitas.

17.4.16 Presentemente, aduz argumentos recursais relativos à questão de direito enfrentada neste exame mas não traz elementos de convencimento em que se possa fundar julgamento de reforma da decisão impugnada no sentido da elisão da punição administrativa aplicada.

17.4.17 Por essas razões, não se pode acolher os argumentos aduzidos.

#### **17.5 Quarta seção**

17.5.1 Argumento: Alega-se que depois de havida a fiscalização por parte desta Corte de Contas teriam sido “revisados os atos de gestão até então praticados, a fim de buscar a completa adequação do departamento aos mais modernos ditames advindos da Corte de Contas, em conformidade com as boas práticas da gestão pública”.

17.5.2 Exame: O instituto do Direito Penal brasileiro denominado de “arrepentimento posterior”, insculpido no art. 16 do Decreto-Lei 2.848, de 7/12/1940 (Código Penal) não se aplica por analogia aos processos de Controle Externo porque estatuído exclusivamente para o fim de tutelar os direitos subjetivos da vítima mediante ressarcimento do dano a esta causado. Posto absurdamente se admitisse o instituto em tese aplicável apenas para argumentar, a situação fática não se subsume à hipótese prevista no mencionado artigo da Lei Penal, visto que ela requer a reparação do dano “até o recebimento da denúncia ou queixa” – marco temporal equivalente ao recebimento da Representação objeto deste processo – e segundo o próprio Recorrente só se tomaram medidas corretivas depois de levada a efeito a fiscalização por parte deste Tribunal.

17.5.3 Corolário, não é de agasalhar o apelo.

#### **DO RECURSO INTERPOSTO POR ANDRÉ LUIZ PEREIRA DO COUTO**

18. Cuidar-se-á a seguir do recurso interposto por André Luiz Pereira do Couto na forma do escrito de peça 5, p. 3-8.

#### **PEDIDOS SUCESSIVOS**

19. Com esteio nas alegações recursais de natureza processual e meritória sumariadas e examinadas ponto a ponto mais adiante, pede-se a esta Corte que conheça do recurso, dê-lhe efeito suspensivo e, quanto ao seu mérito, acolha um dos pedidos sucessivos a seguir arrolados em ordem de preferência:

- a) reforma da decisão vergastada no sentido da elisão da multa aplicada; e
- b) adoção do por ele assim chamado “caminho pedagógico”.

#### **ADMISSIBILIDADE**

20. Anuímos ao exame de admissibilidade de peça 5, p. 9, e à proposta nele feita, a que anuiu em nome desta Serur o subscrevente da manifestação de mesma peça, p. 10, no sentido de que esta Corte [a] conheça do recurso, com fulcro no art. 48, § 2º, da Lei 8.443, de 1992 e [b] dê efeito suspensivo aos subitens 9.4, 9.5 e 9.6 da decisão recorrida, com fulcro no art. 285, *caput*, e 286, parágrafo único, da Resolução 155 deste Tribunal, de 2002 (Regimento Interno).

21. Acolhendo a proposta, o Relator do Recurso, Ministro Raimundo Carreiro, dele conheceu precariamente mediante o despacho de mesma peça, p. 11, e determinou o encaminhamento dos autos a esta Secretaria para a elaboração do exame das questões recursais exarado a seguir.

#### **RAZÕES RECURSAIS**

22. Os argumentos recursais aduzidos pelo Recorrente coincidem, no essencial, com os sumariados nos subitens 16.2.1 a 16.2.6, 16.3.1 a 16.3.3, 16.3.9 a 16.3.11, 16.4.1 a 16.4.4, 17.2.1 a 17.2.3, 17.2.4 a 17.2.7, 17.3.1 e 17.5.1 deste Exame.

23. Aplicam-se, portanto, os respectivos exames a eles subsequentes.

24. Corolário, não merecem prosperar os argumentos aludidos.

**PROPOSIÇÃO**

Ante o exposto, propõe-se a este Tribunal que decida:

a) com fulcro no art. 48, § 2º, da Lei 8.443, de 1992, conhecer dos Pedidos de Reexame interpostos pelos Srs. Luís Hiroshi Sakamoto e André Luiz Pereira do Couto contra o Acórdão 3625/2001- 2ª Câmara;

b) desprover os recursos e manter inalterado o Acórdão impugnado; e

c) cientificar os Recorrentes da decisão sobrevinda e lhes enviar cópia de seu relatório e de sua fundamentação.”

É o relatório.