

Proc. TC- 020.740/2009-5
Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração)

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Hermann Elson de Almeida Filho, ex-Prefeito do Município de Mar Vermelho/AL, em face do Acórdão 1.939/2012-2ª Câmara, por meio do qual suas contas foram julgadas irregulares, com imputação de débito e aplicação de multa fundamentada no art. 57 da Lei 8.443/1992, em razão de irregularidades na execução do convênio 759/2003 (SIAFI 494585), celebrado entre o Ministério da Saúde e aquela municipalidade, para aquisição de unidade móvel de saúde – UMS.

Irresignado com a deliberação, o responsável interpôs o recurso que ora se aprecia (peça 62), cujos argumentos podem ser assim resumidos:

- a) o acórdão recorrido seria nulo, tendo em vista estar caracterizado cerceamento de defesa e ausência de regular intimação do responsável quanto à data da sessão de julgamento;
- b) teria ocorrido prescrição da pretensão de ressarcimento do débito, bem assim da pretensão punitiva do Tribunal, considerando que “o fato ocasionador das supostas irregularidades ocorreu mais de 05 (cinco) anos antes da interposição da TCE, motivo pelo qual deve ser aplicada a prescrição quinquenal com relação à multa, posição esta já consolidada no Colendo STJ”;
- c) o superfaturamento não restou adequadamente provado pelo Tribunal. O suposto valor de mercado apurado diria respeito ao veículo não preparado; nada obstante, o “valor pago se deu a um veículo já modificado”, pronto para receber “consultórios médicos e odontológicos”;
- d) não restou demonstrada atitude dolosa do ex-gestor, cujas contas foram devidamente aprovadas pelo Ministério da Saúde. As supostas condutas irregulares foram praticadas por diversos servidores que atuaram em etapas que precederam a homologação e a adjudicação dos certames.

As alegações do recorrente foram analisadas mediante a instrução que constitui a peça 72, posicionando-se a Serur pelo conhecimento do presente recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Considero que a análise empreendida pela unidade especializada quanto à argumentação reproduzida nas alíneas “a” e “d” possa ser tida por adequada, dispensando novas considerações a respeito.

Todavia, entendo que as questões tratadas nas alíneas “b” e “c” mereçam reflexão adicional.

Como visto, o responsável alega o instituto da prescrição, tanto no que concerne ao ressarcimento do débito, quanto à multa imputada. Com relação ao débito, não há como se acolher o intento do recorrente, visto que a farta jurisprudência do Tribunal, recentemente consolidada por

intermédio da Súmula TCU 282, se inclina pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário.

Todavia, no tocante à multa, tenho entendimento divergente da Serur.

A unidade especializada entende que o “prazo genérico decenal, do art. 205 do Código Civil/2002, (...) deve ser utilizado para se considerar prescrita a possibilidade de aplicação de multa, autônoma ou proporcional ao valor do débito”. Assim, “uma vez que a infração ocorreu em 12/7/2004 e a citação, ocorrida em 14/9/2011 (peças 13 e 24), interrompeu a contagem do prazo decenal, não cabe alegar a prescrição nem mesmo da pretensão punitiva que fundamenta a aplicação da multa”.

Destaco, inicialmente, que já tratei desta mesma matéria em outras oportunidades, a exemplo do TC 001.753/2002-3, bem assim do recente pedido de reexame por mim interposto em face do Acórdão 2.247/2012, proferido pelo Plenário do TCU nos autos do TC-007.518/2005-5.

A esse respeito, entendo conveniente registrar que tramita nesta Corte de Contas representação formulada pela Consultoria Jurídica, versando especificamente sobre a questão do prazo prescricional para aplicação das sanções pelo Tribunal de Contas da União. Refiro-me ao TC 021.540/2010-1, atualmente concluso ao relator, Ministro Augusto Nardes. Considerando tal fato, atenho-me ao caso concreto ora em análise, deixando que a tese seja debatida nos mencionados autos.

Saliento, desde já, que não tenho qualquer dúvida acerca da prescritibilidade da pretensão punitiva do Tribunal. O art. 37, § 5º, da Constituição Federal é claro ao informar que somente as ações de ressarcimento se encontram excepcionadas pelo referido normativo.

O primeiro obstáculo a atravessar para o deslinde do feito é determinar qual o prazo para se extinguir a pretensão punitiva deste Tribunal. Essa questão ganha contornos tortuosos, porquanto a Lei 8.443/1992, a despeito de mencionar as sanções passíveis de serem aplicadas pelo TCU, não informa qual o prazo prescricional para tanto. Dessa forma, ante a lacuna apresentada, deve-se buscar em outros normativos a integração da norma.

Sobre o assunto, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – dispõe que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (*in* Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 297) aponta que:

O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna.

Ainda sobre o tema, interessantes as palavras de Maria Helena Diniz (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro, v.1: teoria geral do direito civil. 23ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71-74):

É a analogia um procedimento quase lógico, que envolve dois procedimentos: a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes, e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista a decisão jurídica procurada.

(...)

A analogia é, portanto, um método quase-lógico que descobre a norma implícita existente na ordem jurídica. É tão somente um processo revelador de normas implícitas.

Requer a aplicação analógica que:

- 1) o caso **sub judice** não esteja previsto em norma jurídica;

- 2) o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança;
- 3) o elemento de identidade entre eles não seja qualquer um, mas sim essencial, ou seja, deve haver verdadeira semelhança e a mesma razão entre ambos.

Dessa forma, para aplicar analogia ao caso concreto, faz-se necessário encontrar no ordenamento jurídico norma que se enquadre nas especificidades apontadas pelos autores acima citados. Assim sendo, rechaço a aplicação dos prazos prescricionais previstos no Código Civil, por entender que este baliza relações de cunho privado, caso completamente diverso da pretensão punitiva do Tribunal.

Devem ser, portanto, utilizadas normas que tratem de Direito Público e, se possível, de Direito Administrativo, ante a natureza administrativa das sanções aplicadas pelo TCU. Nesse sentido, a lacuna pode ser preenchida com o prazo quinquenal estabelecido no Decreto 20.910, de 6/1/1932, no art. 174 do Código Tributário Nacional e no art. 1º da Lei 9.873, de 23/11/1999.

Importa registrar que esse entendimento é defendido por Hely Lopes Meirelles (in Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 654), ao afirmar que:

Quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174).

Convém citar que pensamento similar foi apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o REsp 758.386/DF:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FALTA DISCIPLINAR. LEI Nº 4.495/64. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

I - Inexistindo regra própria para definir a prescrição da ação punitiva da Administração Pública, objetivando apurar infração funcional, deve ser considerado o prazo geral para a prescrição administrativa, que é de cinco anos.

II - "Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado" (Lei 9.873/99).

III - "Reconhecida a prescrição quinquenal do direito do BACEN de cobrar multa administrativa por infração cambial ocorrida há mais de uma década" (REsp nº 380.006/RS, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 07/03/2005).

IV - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (REsp 758.386/DF, Primeira Turma, Relator: Ministro Francisco Falcão, Sessão de 14.02.2006).

No mesmo sentido o REsp 623.023/RJ, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil.

2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN.

3. *Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria.*

3. *Recurso especial improvido.*

(REsp 623.023/RJ, Segunda Turma, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Sessão de 03.11.2005).

Importa ainda, tendo em vista a similitude com a matéria em apreço, citar o REsp 894.539/PI, que versa acerca de multa aplicada por esta Corte de Contas:

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.

1. *A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.*

2. *Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.*

3. *Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ).*

4. *Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário.*

(REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009)

Ante todos os argumentos até o momento apresentados, fica evidente que à pretensão punitiva desta Corte de Contas deve ser aplicado o prazo prescricional de cinco anos.

Considerando que:

- a) os pagamentos irregulares foram promovidos em 12/7 (aquisição do veículo - peça 6, p. 40 e 42) e 9/7/2004 (aquisição dos equipamentos - peça 8, p. 29-30);
- b) não consta dos autos qualquer documento que aponte ter sido o responsável notificado a respeito dos resultados das apurações da “operação sanguessuga”, antes da citação promovida pelo Tribunal;
- c) a citação, que interromperia o prazo prescricional, foi promovida apenas em 14/9/2011, decorridos, portanto, mais de cinco anos do último ato praticado;

Entendo prescrita a pretensão punitiva do TCU para qualquer dos atos apreciados nestes autos.

Passo, agora, a tratar da alegação contida na alínea “c”, especificamente da questão envolvendo a transformação da unidade móvel de saúde.

Alegou o responsável que o veículo adquirido junto a Planam já estaria transformado, tratando-se de “versão vazia”, que seria o “termo utilizado para veículos que estão prontos para receberem consultórios médicos e odontológicos”. Já o Tribunal teria se valido do valor de mercado

de veículo não preparado. Assim, ante a utilização de parâmetros divergentes, o débito não subsistiria.

A Serur, em sua análise, argumenta que a nota fiscal emitida pela Planam é expressa em designar que a “versão vazia” seria “destinada à adaptação de equipamentos (...) em seu interior. Adaptação que não havia sido feita [pela Planam], mas seria realizada em momento posterior, por outra entidade.” Ademais, “ainda que uma ‘versão vazia’ esteja pronta para receber o consultório médico e odontológico, o serviço de adaptação e transformação consiste justamente na instalação destes equipamentos, de modo que possam atender às suas finalidades”.

Aquiesço parcialmente ao entendimento da Serur.

De fato, a transformação e a adaptação do veículo do tipo “ônibus/passageiro” para unidade móvel de saúde não se limita ao mero fornecimento da “versão vazia”, visto que, nessas condições, o bem não estaria apto a atender às finalidades pretendidas pelo convênio. A transformação de uma para outra condição se dá exatamente pela adaptação dos equipamentos médico-odontológicos, com vistas a constituir o veículo como verdadeiro “consultório ambulante”.

Como pode ser verificado na nota fiscal emitida pela Unisau (peça 8, p. 29), além dos equipamentos médico-odontológicos propriamente ditos, teriam sido também fornecidos aparelhos de ar condicionado, cabo de extensão de 25 metros para a rede elétrica, piso antiderrapante, paredes em MDF para individualização e privacidade dos consultórios, cortinas para as janelas, além de caixa d’água para 150 litros. Ou seja, a Unisau seria, efetivamente, a responsável pela preparação do veículo para o alcance dos fins pretendidos.

Ocorre, todavia, que, conforme a nota fiscal emitida pela Planam, a empresa forneceu o veículo “vazio”, ou seja, sem os equipamentos originais de um “ônibus/passageiro”, acrescido, ainda, de “divisória em MDF dupla face, c/porta sanfonada”, nada obstante tal condição não tenha sido exigida explicitamente no edital (peça 5, p. 13-16).

É certo que a retirada dos bancos e o acréscimo da divisória com porta não atribuíram ao veículo condições suficientes para que fossem prestados os atendimentos médicos almejados. Em nenhuma hipótese tais providências podem ser consideradas como transformação/adaptação do veículo em UMS, podendo ser tidas, quando muito, como etapa preparatória. Assim, a pretensão do recorrente de agregar ao valor do veículo a integralidade do montante pertinente à transformação/adaptação não se justifica.

Nada obstante, não há como se negar que tais medidas ensejaram algum custo para o fornecedor, agregando valor ao veículo, cujo montante não foi considerado na metodologia utilizada pelo Tribunal.

Considerando, então:

- a) a impossibilidade de definir o exato valor dos serviços agregados ao veículo pela Planam, tendo em vista não terem sido especificados detalhadamente seja na proposta (peça 6, p. 33), seja na nota fiscal (peça 6, p. 40);
- b) que a nota fiscal emitida pela Unisau (peça 8, p. 29) não individualiza os valores pertinentes à transformação do veículo e aos equipamentos fornecidos;
- b) as disposições contidas no art. 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno, as quais determinam que a apuração do débito seja feita por estimativa, “quando, por meios confiáveis, apurar-se quantia que seguramente não excederia o real valor devido”;

Proponho que, excepcionalmente:

- a) sejam somados os valores apurados pelo Tribunal quanto à aquisição do veículo, à transformação e à compra dos equipamentos (R\$ 29.421,70 + R\$ 37.235,96 + R\$ 19.141,20 = R\$ 85.798,86);
- b) esse total seja deduzido da soma dos valores pagos pelo responsável (R\$ 69.950,00 + R\$ 42.313,00 = R\$ 112.263,00), aplicando-se à diferença encontrada o percentual de participação de recursos federais (92,59%), **com vistas à delimitação do novo valor do débito pertinente à aquisição do veículo, qual seja R\$ 24.503,15.**

Ante todo o exposto, manifesto minha concordância parcial com a análise empreendida pela unidade técnica, posicionando-me no sentido de conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Hermann Elson de Almeida Filho, ex-Prefeito do Município de Mar Vermelho/AL, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, com vistas a:

- a) afastar a multa aplicada ao recorrente, bem assim aos demais responsáveis arrolados nestes autos, em face da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, tornando insubsistente o item 9.2 do Acórdão 1.939/2012-2ª Câmara;
- b) reduzir o valor histórico do débito imputado aos responsáveis para R\$ 24.503,15, alterando-se, em decorrência, o teor do item 9.1 do Acórdão 1.939/2012-2ª Câmara.

Ministério Público, em 25 de setembro de 2012.

Lucas Rocha Furtado
Procurador-Geral