

TC 021.753/2009-8

Apenso: TC 018.173/2008-8

Tipo: tomada de contas especial (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Lucas do Rio Verde/MT.

Recorrente: Otaviano Olavo Pivetta (CPF 274.627.730-15).

Advogado: Elly Carvalho Júnior (OAB/MT 6.132/B), procuração à peça 11, p. 3.

Sumário: Tomada de contas especial. Aquisição de objeto convenial com superfaturamento. Débito. Multa. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Negativa de provimento. Ciência aos interessados.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de Tomada de Contas Especial decorrente da conversão de representação (Acórdão 2.451/2007-TCU-Plenário) autuada a partir do Relatório de Auditoria 5135 Denasus/CGU (peça 1, p. 6-23), versando sobre irregularidades na execução do Convênio 3.578/2001 (peça 1, p. 46-53), firmado entre o Ministério da Saúde e o Município de Lucas do Rio Verde/MT, com o objetivo de dar apoio técnico e financeiro àquela Municipalidade para a aquisição de Unidade Móvel de Saúde, visando o fortalecimento do Sistema Único de Saúde - SUS.

HISTÓRICO

2. Após o desenvolvimento do processo, esta Corte decidiu, exarando o Acórdão 3.912/2012 - TCU - 2ª Câmara (peça 10, p. 46-47), no que interessa ao presente exame, julgar irregulares as contas do Sr. Otaviano Olavo Pivetta, condenando-o ao recolhimento de débito que soma R\$ 17.387,00 e ao pagamento de multa de R\$ 10.000,00.

3. Como fundamento da condenação, tem-se a aquisição superfaturada de Unidade Móvel de Saúde, tendo sido destacado pelo item 10 do Voto condutor do referido acórdão a inexistência de pesquisa de mercado para fixar a referência de preço para a aquisição e o fracionamento de despesas, ambos referentes às Cartas Convites 8/2002 e 9/2002.

4. O Acórdão 5.149/2012 - TCU - 2ª Câmara (peça 16) foi proferido para corrigir o CPF do Sr. Otaviano Olavo Pivetta no acórdão mencionado anteriormente.

5. O Sr. Otaviano Olavo Pivetta interpôs recurso de reconsideração (peça 48) contra o Acórdão 3.912/2012 - TCU - 2ª Câmara, cuja análise é feita a seguir.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Anui-se ao exame preliminar realizado pela Serur (peça 51), ratificado por despacho do Ministro-Relator do recurso (peça 54), no sentido de conhecer do presente recurso de reconsideração, suspendendo os efeitos dos subitens 9.2-9.4 do acórdão recorrido.

EXAME TÉCNICO

Argumento

7. O recorrente alega que o Convênio 3.578/2001 foi devidamente executado. Esclarece que foram atendidos o interesse público e as necessidades do cidadão, que são as finalidades da Administração Pública em todos os níveis. Acrescenta que a prestação de contas foi devidamente aprovada pelo Parecer Gescon 6.043/2002.

Análise

8. Não é possível acompanhar o recorrente. De fato, consta da peça de 3, p. 3-6, e da peça 48, p. 27, que o concedente chegou a aprovar a prestação de contas do convênio. Tal indica que o objeto do convênio foi executado. Não obstante, não é essa execução que está sendo questionada nestes autos. O que importa para o presente exame é se essa execução tenha se dado de modo econômico.

9. Isto é, a Administração Pública não tem apenas a função de gerar utilidades para os administrados e para si. Importa que o faça de modo econômico. Isso porque os recursos de que dispõe são escassos e as demandas os superam bastante. Desse modo, a execução do convênio superfaturada termina por importar a falta de geração de outras utilidades públicas, o que é motivo para a reprovação dessa conduta.

Argumento

10. O recorrente insurge-se contra o fato de sua condenação ter sido calcada em auditoria unilateral realizada em agosto de 2006. Esclarece que ela ocorreu mais de cinco anos após a execução do convênio, sem parâmetros de preços praticados à época e apontando inconsistências que conduzem a meros erros de forma. Acrescenta que houve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa em razão de ter sido unilateral, isto é, não ter contado com sua participação. Esclarece que o Parecer Técnico GT 17/2006 sugeriu reverter o parecer pela aprovação para um pela falta de aprovação sem oitiva da Administração ou de si. Adita que o TRF da 1ª Região já deixou assente que o ente concedente dos recursos não pode desconsiderar sumariamente decisão proferida por seus agentes em procedimento de prestação de contas, notadamente quando essa decisão deixa de favorecer terceiros ferindo direitos do administrado (AC 2006.38.00.038707-4/MG - TRF da 1ª Região).

Análise

11. O argumento não pode ser acolhido. Antes de tudo, há de se consignar que superfaturamento não pode ser considerado mero erro de forma. Ainda, a auditoria é atividade que tem por finalidade a apuração de fatos sobre possíveis impropriedades. Nada se decide nesse momento, e nenhum prejuízo decorre apenas dessa atividade investigativa.

12. O contraditório e a ampla defesa, por sua vez, só devem ser observados no momento em que se pretenda imputar a alguém alguma sanção ou condenação por ilícito constatado. Houve tal observância nestes autos, tendo o recorrente apresentado Alegações de Defesa (peça 8, p. 3-15) antes da decisão que lhe foi desfavorável. Assim, o processo foi regular.

13. O fato de a auditoria ter se dado cinco anos após a execução do convênio não caracteriza qualquer cerceamento de defesa. Isso porque o art. 30, § 1º, da IN/STN 1/1997, determina que o responsável deve guardar os documentos sobre a execução do convênio pelo prazo de cinco anos após o julgamento das contas do concedente relativas ao exercício da concessão. Essa instrução normativa integra o convênio, como se vê em seu preâmbulo, à peça 1, p. 46.

14. Como se extrai da peça 1, p. 44, o órgão Concedente dos recursos foi a Diretoria Executiva do Fundo Nacional de Saúde. Os recursos, por sua vez, foram liberados em 6/2/2002 (peça 2, p. 5) e ingressaram na conta do convênio em 13/2/2002 (peça 2, p. 39). As contas do

concedente referentes ao exercício de 2002, por sua vez, foram julgadas pelo Acórdão 1.027/2008 - TCU - Plenário em 4/6/2008.

15. Dessa forma, o prazo de guarda os documentos ainda não chegou a termo. Vale ressaltar que o recorrente tem ciência dessas irregularidades pelo menos desde 17/2/2011, quando delas foi notificado por esta Corte (peça 7, p. 39). Importa notar isso porque a ciência interrompeu a contagem do prazo de prescrição para aplicação de sanção. Ressalte-se que, quanto ao débito, não se cogita de prescrição, nos termos da Súmula 282 do TCU e do art. 37, § 5º, da Constituição.

16. Pelos motivos invocados nos itens 11-12 deste exame, não há qualquer vício em o Parecer Técnico GT 17/2006 (peça 3, p. 48-51) sugerir não aprovar as contas anteriormente aprovadas. Isto é, nenhum gravame ao recorrente resulta diretamente disso e a falta de aprovação poderia ter sido efetuada já na primeira análise.

17. Por fim, a jurisprudência invocada não beneficia a defesa do recorrente. Eis seus termos:

ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO ENTRE A UNIÃO E MUNICÍPIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS APROVADA. DESCONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA CONCLUSÃO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. NULIDADE DE REGISTRO NO SIAFI.

1. A anterior aprovação das contas pelo órgão concedente somente pode ser desconstituída pelo julgamento da Tomada de Contas Especial, com estrita observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

2. Não pode a União desconsiderar sumariamente decisão proferida por seus agentes em procedimento de prestação de contas, notadamente quando essa decisão favorece terceiro (no caso, o município autor).

3. Não tendo ainda sido anulada a aprovação da prestação de contas (fls. 209/211), não há que se falar em inadimplência relativamente ao Convênio 159/2002.

4. Remessa oficial provida em favor do Município para declarar a nulidade da questionada inscrição no SIAFI. Apelação da União não provida.

18. Logo se vê que o julgado diz respeito a mudanças administrativas operadas por inscrição no SIAFI contra município, o que não se amolda ao caso concreto. Quanto aos gravames operados especificamente contra o ora recorrente, tem-se que o ocorreram exatamente nos termos do item 1 desta ementa.

Argumento

19. O recorrente afirma que não se sustenta a alegação de que não procedeu a pesquisa de preço de mercado. Esclarece que no próprio pedido de recursos ao Ministério da Saúde já havia parâmetros de preços praticados na época, os quais foram aprovados pelo respectivo Secretário-Executivo, de modo que as aquisições observaram o preço de mercado definido pelo próprio Ministério. Acrescenta que as empresas que atuavam no ramo específico do objeto do convênio, ao contrário do que ocorre nos dias atuais, eram muito poucas. Afirma que, em se tratando de veículo especial - que deveria ser adquirido e adaptado - o parâmetro de preços já era conhecido pelo próprio ente concedente dos recursos em razão das centenas ou milhares de convênios celebrados para esta finalidade. Acrescenta que a metodologia adotada para a estimativa dos valores dos bens é subjetiva e não conta com o contraditório de sua parte. Esclarece que a metodologia é desprovida de parâmetro objetivo, de região específica, com suas características e peculiaridades - o que é particularmente grave no caso concreto devido à grande extensão territorial do Estado do Mato Grosso. Adita também que não foi levada em conta a metodologia do concedente consistente no Roteiro de Análise Preliminar, utilizada para aprovar as contas. Defende que essa é melhor por

considerar o preço de mercado no tempo da aquisição dos bens, ao contrário da metodologia adotada para sua condenação, que fez a pesquisa em 2006 e aplicou o índice do IPCA para chegar à deflação tida como própria para 2002. Transcreve passagem de manifestação judicial (AC 2008.72.14.001264-8/ SC - peça 48, p. 29-61) em que se censura o afastamento do critério usado pelo concedente para aplicar o critério utilizado por esta Corte.

Análise

20. Não é possível acompanhar o recorrente. O Ministério da Saúde não verifica os preços praticados no mercado no momento da aprovação do convênio. Decerto, tem uma idéia de qual seja, mas o preço específico deve ser aferido pelo gestor em processo de licitação, no qual deve haver pesquisa prévia do preço do bem a ser contratado.

21. O mercado específico no qual o objeto do convênio deveria ser contratado efetivamente poderia ser distinto do atual. No entanto, não há qualquer prova nos autos de que esse seria o caso. Essa situação poderia ser diversa se o ora recorrente tivesse feito a pesquisa de mercado referente ao momento da contratação.

22. Ou seja, a dificuldade de saber quais eram os preços de mercado específicos para a contratação que competia ao recorrente fazer decorre justamente de não ter praticado uma conduta que lhe cabia. Assim, trata-se de dificuldade que não se pode tomar em benefício de sua defesa.

23. A necessidade de adaptar um veículo adquirido separadamente em detrimento de adquirir uma unidade já pronta só pode ficar caracterizada como melhor diante das particularidades do mercado específico em que se está atuando.

24. O concedente, atuando em todo o território nacional, não tem como conhecer esse mercado. Mais uma vez, se houvesse sido realizada a devida pesquisa de preços, haveria menor espaço para dúvida sobre a melhor alternativa oferecida no mercado.

25. Não se pode reputar a metodologia adotada subjetiva. Consoante descrito no documento passível de obtenção pelo portal do TCU, no endereço eletrônico indicado na peça 6, p. 45, a metodologia consiste basicamente em: a) quanto ao custo dos equipamentos e da transformação, aferir o preço de mercado praticado em 2006 (por meio de ampla pesquisa) e aplicar sobre ele índice de deflação em relação ao exercício em que o veículo foi efetivamente adquirido; b) quanto ao custo do veículo (ônibus usado), utilizar o preço de referência da Sefaz/RO no ano de aquisição (peça 10, p. 17, item 59).

26. Tem-se como verdadeiro que essa metodologia não indica o preço específico do item em exame à época de sua contratação. Não obstante, é critério seguro do comportamento do mercado em geral, uma vez que a inflação é um aumento generalizado dos preços, refletindo a mudança da economia como um todo.

27. Mais uma vez, a dificuldade de saber o preço particular dos veículos no momento da contratação decorre de não ter havido por parte do recorrente a pesquisa de mercado prévia à contratação. Desse modo, a metodologia aplicada é o critério mais seguro para medir o superfaturamento diante do quadro deixado pelo próprio recorrente, devendo-se ressaltar que a referida metodologia mostra-se prudente, ao considerar como parâmetro para o cálculo do superfaturamento não o valor médio de mercado, e sim o valor máximo de mercado (110% do valor médio de mercado, obtido por meio das pesquisas de preço) (peça 10, p. 17, item 60).

28. Em todo caso, o recorrente poderia ter apresentado algum elemento que pudesse indicar alguma particularidade do mercado de unidades móveis de saúde que o fizesse destoar do aumento generalizado dos preços. Porém, nada disso foi apresentado por si, de modo que a metodologia empregada não tem seu cabimento afastado para o caso concreto.

29. Também não é acertado que essa metodologia não foi sujeita ao contraditório. Ela já estava indicada à peça 6, p. 45, presente nos autos antes da apresentação de suas alegações de defesa (peça 8, p. 3-15). Assim, o recorrente pôde ter vista dos autos e argumentar que a metodologia não era adequada. No entanto, não apresentou considerações satisfatórias acerca de sua inadequação.

30. Não há que se falar em metodologia empregada pelo concedente para a aferição de preços de mercado em relação ao parecer que concluiu pela aprovação das contas. O Relatório do Roteiro de Reanálise (peça 3, p. 7-11), muito embora referente apenas à segunda análise, mostra quais são as questões analisadas para se decidir sobre a prestação de contas, e não há entre elas a aferição do preço de mercado para ser cotejado com o do item contratado.

31. Assim, presume-se que não houve essa análise da parte do concedente senão após a auditoria que acabou por alterar o juízo sobre as contas, que terminou pela conclusão de falta de aprovação da prestação de contas em pauta.

32. Por fim, o item de jurisprudência invocado ao final do argumento não analisou questão com os mesmos contornos do caso em comento. Consoante se extrai da peça 48, p. 45, naquele caso houve auditoria específica no convênio e declaração por parte da equipe de que o preço do item contratado era compatível com o de mercado. Essa não é a situação do caso em exame.

Argumento

33. O recorrente insurge-se contra a condenação calcada no fracionamento do procedimento licitatório. Esclarece que eram vários os bens que deveriam ser adquiridos, uma vez que à época não existia a unidade completa oferecida por uma única empresa, e que a escolha de fornecedores diversos tinha a finalidade de respeitar os princípios da economicidade e igualdade, com vistas a alcançar as melhores vantagens para a Administração. Diz também que em nenhum momento o convênio determinou que o objeto seria único e indivisível. Entende que, com isso, a escolha da modalidade Convite tem respaldo no art. 22, § 3º, da Lei 8.666/1993, uma vez que buscou apenas empresas do ramo pertinente ao objeto da licitação.

Análise

34. O argumento não pode ser acolhido. A conveniência e a oportunidade para a contratação fracionada da unidade móvel de saúde só poderiam ser aferidas se tivesse havido nos autos pesquisa de mercado que mostrasse as alternativas disponíveis ao gestor. Como visto no exame do argumento anterior, essa pesquisa não foi realizada.

35. Dado que outras unidades da federação efetivamente adquiriram veículo pronto (peça 10, p. 32, item 195) e que a impossibilidade de comparação entre as alternativas decorre da falta de ato que o recorrente deveria ter praticado, não se pode concluir senão pela ilicitude de sua conduta, uma vez que a prova da boa e regular aplicação dos recursos públicos recai sobre seu gestor e que a ausência dessa prova faz presumir que não se caracterizou.

36. Essas considerações são independentes de o convênio ter determinado ou não que o objeto seria único e indivisível. Isto é, o convênio não poderia fazer essa determinação porque a realidade específica do mercado referente a seu objeto é variável, de modo a poder justificar a conveniência da aquisição fracionada. Ocorre apenas que o recorrente não apresenta elementos para verificar se era ou não o caso.

37. Ademais, o que se questionou não foi a aquisição fracionada em si, mas a não adoção da modalidade de licitação apropriada para o valor total do objeto (que era a tomada de preços). Assim, caso a aquisição fracionada fosse economicamente mais vantajosa, deveriam ter sido realizadas duas tomadas de preços, em vez de dois convites, em atendimento ao disposto no art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 (peça 10, p. 19, item 81).

Argumento

38. O recorrente alega que é imprescindível para a melhor comprovação das alegações contidas em sua defesa que seja realizada nova vistoria, na forma de perícia contábil, contando com sua participação.

Análise

39. A jurisprudência desta Corte de Contas há muito consolidou o entendimento de que constitui ônus do gestor a produção das evidências necessárias para comprovar o adequado uso dos recursos públicos, consoante disposições contidas no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, e no art. 93 do Decreto-lei 200/1967, não cabendo a este Tribunal, portanto, realizar diligência para a obtenção das provas (acórdãos 1.599/2007-Plenário, 611/2007-1ª Câmara e 1.098/2008-2ª Câmara).

40. Como mencionado no relatório que precedeu o voto condutor do Acórdão 2.257/2007-TCU-1ª Câmara, “o indeferimento de realização de nova inspeção não fere os princípios do contraditório e da ampla defesa”, pois ao recorrente, quando da citação, foi dada oportunidade de comprovar a correta aplicação dos recursos. No entanto, optou em limitar sua defesa à afirmação de que executou o objeto, sem apresentar provas, tentando transferir tal obrigação para o Tribunal.

41. Desse modo, não há como acolher o pleito do recorrente.

CONCLUSÃO

42. O recorrente não apresenta qualquer consideração que justifique a aquisição da unidade móvel de saúde por preço superior ao de mercado, razão pela qual não é adequada a alteração do acordo recorrido.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

43. Diante do exposto, encaminham-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer do presente recurso de reconsideração, com base nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se inalteradas as disposições do Acórdão 3.912/2012 - TCU - 2ª Câmara;

b) dar ciência da decisão que vier a ser proferida ao recorrente e a demais interessados.

TCU/Serur/3ª Diretoria, em 21/11/2012

Daniel de Albuquerque Violato
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8132-9