

GRUPO II – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 020.740/2009-5

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

Entidade: Município de Mar Vermelho/AL

Interessados: Hermann Elson de Almeida Filho (CPF n.º 209.047.624-91) Cléia Maria Trevisan Vedoin (207.425.761-91); Luiz Antônio Trevisan Vedoin (594.563.531-68); Planam Indústria, Comércio e Representação Ltda (37.517.158/0001-43)

Advogados: Hilton Agra de Albuquerque Neto (OAB/AL n.º 9.564); Ivo Marcelo Spinola da Rosa (OAB/MT n.º 13.731)

Sumário: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUPERFATURAMENTO. PROCESSO DE LICITAÇÃO COM IRREGULARIDADES. DÉBITO. MULTA. CITAÇÃO INVÁLIDA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. DEVOLUÇÃO AO RELATOR *A QUO* PARA AS PROVIDÊNCIAS CABÍVEIS.

RELATÓRIO

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 n.º 1.939/2012-2ª Câmara (peça 31).

2. A Tomada de Contas Especial julgada mediante o acórdão recorrido tratou de irregularidades na execução do Convênio n.º 759/2003 celebrado entre o município e o Ministério da Saúde, para a aquisição de uma unidade móvel de saúde (UMS), cujo valor repassado, em 28/6/2004, montou a R\$ 103.948,00 e a contrapartida a R\$ 8.315,84. Tais irregularidades foram constatadas no âmbito da denominada “Operação Sanguessuga”, deflagrada pela Polícia Federal para investigar fraudes em licitações e superfaturamentos nas aquisições de ambulâncias. Foi constatado superfaturamento, no valor de R\$ 37.526,20, e irregularidades na condução dos procedimentos licitatórios.

DECISÃO RECORRIDA

3. Acompanhando o voto do Ministro-Relator, o Tribunal decidiu:

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea c; 19, **caput**; 23, inciso III; e 57 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, em:*

9.1. julgar irregulares as contas de Hermann Elson de Almeida Filho, Luiz Antônio Trevisan Vedoin, Cléia Maria Trevisan Vedoin e Planam Indústria, Comércio e Representação Ltda., condenando-os, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$

37.526,20 (trinta e sete mil quinhentos e vinte e seis reais e vinte centavos), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 12/7/2004 até a efetiva quitação do débito, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para que comprove perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da referida quantia a favor do Fundo Nacional de Saúde – FNS nos termos da legislação em vigor;

9.2. aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, a Hermann Elson de Almeida Filho, no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), e, individualmente, a Luiz Antônio Trevisan Vedoin, Cléia Maria Trevisan Vedoin e a Planam Indústria, Comércio e Representação Ltda., no valor de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, alínea a do Regimento Interno), o recolhimento dos valores ao Tesouro Nacional, atualizados monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo pagamento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, antecipadamente, caso seja requerido, o pagamento das dívidas decorrentes em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU, fixando-se o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, devendo incidir sobre cada uma os encargos devidos, na forma prevista na legislação em vigor, alertando os responsáveis que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217, § 2º, do Regimento Interno/TCU;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, caso não atendida a notificação;

9.5. encaminhar cópia do presente acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam à Procuradoria da República, ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas do Estado de Alagoas, ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS (Denasus) e à Controladoria-Geral da União da Presidência da República (CGU/PR);

9.6. após as comunicações devidas, arquivar o presente processo.

4. Foram citados o ex-Prefeito, a empresa que vendeu o veículo, Planam – Indústria, Comércio e Representação Ltda., e seus sócios, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Cléia Maria Trevisan Vedoin. Além disso o ex-Prefeito foi ouvido em audiência.

4.1 Os fundamentos da citação do Sr. Hermann Elson Almeida Filho, da empresa que vendeu o veículo, Planam – Indústria, Comércio e Representação Ltda., e de seus sócios, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Cléia Maria Trevisan Vedoin são os que se seguem:

4.1.1 Sr. Hermann Elson de Almeida Filho (peça 13):

2. O débito decorre de superfaturamento na aquisição do veículo objeto do Convite 01/2004, com recursos recebidos por força do Convênio 759/2003 (Siafi 494585), firmado entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura Municipal de Mar Vermelho/AL. Informo, ainda, que o débito decorrente do superfaturamento apurado foi facilitado pelo seu ato administrativo de adjudicação e homologação do processo licitatório sem a necessária realização de pesquisa de preços do bem adquirido, ferindo o art. 15, inciso V, e o art. 43, inciso IV, ambos da Lei 8.666/1993.

4.1.2 Empresa Planam – Indústria, Comércio e Representação Ltda., Sr. Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Sra. Cléia Maria Trevisan Vedoin (peça 14/16):

2. O débito decorre de superfaturamento na aquisição do veículo objeto do Convite 01/2004, com recursos recebidos por força do Convênio 759/2003 (Siafi 494585), firmado entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura Municipal de Mar Vermelho/AL.

4.2 Os fundamentos da audiência do Sr. Hermann Elson de Almeida Filho são os que se seguem (peça 13):

Irregularidades: Homologação e Adjudicação dos procedimentos licitatórios relativos aos Convites 01 e 02/2004 com indícios de montagem e direcionamento, ante a identificação das seguintes ocorrências:

a) Fracionamento indevido da despesa, considerando a realização de dois procedimentos licitatórios na modalidade convite, sendo uma para aquisição do veículo e outra para aquisição dos equipamentos, conquanto o valor disponível para execução do objeto – R\$ 112.263,84 – ultrapassasse o limite estabelecido pela Lei 8.666/1993 para essa modalidade.

Norma infringida: art. 23, §§ 2º e 5º, da Lei 8.666/1993;

b) Ausência de aprovação prévia pela assessoria jurídica das minutas dos instrumentos convocatórios.

Norma infringida: art. 38, inciso VI e parágrafo único, da Lei 8.666/1993;

c) Não comprovação de que foi dada a devida publicidade aos certames.

Norma infringida: art. 22, § 3º, da Lei 8.666/1993.

d) Não constam dos autos dos processos licitatórios os comprovantes de retirada dos editais pelas empresas participantes dos certames.

Norma infringida: art. 38, inciso II, da Lei 8.666/1993.

e) Documentos de habilitação das empresas evidenciando a montagem dos procedimentos licitatórios diante das seguintes constatações:

- Planam Industria, Comércio e Representação Ltda. – observa-se que a data de autenticação do documento referente à 10ª alteração contratual (31/5/2004) é posterior a data de abertura da licitação (Convite 01/2004), que ocorreu em 05 de fevereiro de 2004.

- Esteves & Anjos Ltda. ME (Convite 01/2004) – a certidão quanto à dívida ativa da União foi emitida em data posterior a data de abertura da licitação.

Norma infringida: art. 90 da Lei 8.666/1993;

f) Habilitação das seguintes empresas com documentos vencidos:

- Unisau – Comércio e Indústria Ltda. - Certificado de Regularidade do FGTS (Convite 02/2004);

- Adilvan Comércio e Representação - Certificado de Regularidade do FGTS (Convite 02/2004).

Norma infringida: art. 90 da Lei 8.666/1993.

g) As propostas apresentadas pelas empresas relativamente às Cartas-convite 01 e 02/2004 apontam data de abertura dos certames diversa da prevista nos respectivos editais.

Irregularidade: liquidação irregular das despesas, considerando que:

a) As notas de empenho não especificam a fonte dos recursos e as notas fiscais emitidas pelas empresas Planam Indústria, Comércio e Representação Ltda. (fl. 292) e Unisau - Comércio e Indústria Ltda. não trazem o atesto de recebimento.

Norma infringida: arts. 62 e 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964;

b) Inexistência de ordens de pagamento exaradas por autoridade competente no processo de liquidação das despesas.

Norma infringida: art. 64, parágrafo único, e 65, da Lei 4.320/1964.

5. O Exmo. Ministro-Relator, no voto que orientou a decisão recorrida, não acatou as alegações de defesa apresentadas. Registrou que as irregularidades verificadas na condução e execução

da licitação teriam ido de encontro à Lei n.º 8.666, de 1992, e que o cálculo do valor superfaturado seguem critérios definidos no documento denominado “Metodologia de cálculo do débito”, elaborado em conjunto com a Controladoria Geral da União (CGU) e com o Denasus.

6. ADMISSIBILIDADE

7. A Serur, ao promover o exame preliminar de admissibilidade dos recursos interpostos, concluiu por que fossem conhecidos, nos termos do art. 32, I, e do art. 33 da Lei n.º 8.443, de 1992 (peça 66).

PRONUNCIAMENTO DA UNIDADE TÉCNICA QUANTO AO MÉRITO

8. Transcrevo, a seguir, em atenção ao art. 1º, § 3º, I, da Lei 8.443, de 1992, excerto da instrução na qual a Secretaria de Recursos (Serur) apresentou o exame das razões recursais oferecidas pelo responsável (págs. 37/47, peça 16), cujas conclusões foram acolhidas pelo Ministério Público (p. 49, peça 16).

HISTÓRICO

2. *Cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE), resultado da conversão de processo de Representação autuado no TCU a partir de Relatório de Auditoria 4.546 (p. 1, peça 6-27) realizada em conjunto pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus e pela Controladoria Geral da União – CGU na Prefeitura Municipal de Mar Vermelho/AL.*

3. *A TCE tem como responsável o ex-prefeito Hermann Elson de Almeida Filho, e versa sobre os recursos recebidos mediante o Convênio 759/2003 (peça 2, p. 12-19), celebrado entre o Ministério da Saúde e o Município de Mar Vermelho/AL, objetivando a aquisição de uma Unidade Móvel de Saúde – UMS.*

4. *O objeto do convênio foi alvo do grupo da chamada “Operação Sanguessuga”, procedimento deflagrado pela Polícia Federal para investigar fraudes em licitações e superfaturamentos nas aquisições de ambulâncias. Analisados os documentos integrantes da prestação de contas, e após vistoria no local, constatou-se a existência de superfaturamento na aquisição do veículo, no valor histórico de R\$ 37.526,20.*

5. *Além disso, constatou-se a ocorrência das seguintes irregularidades na condução dos Convites 001/2004 e 002/2004: (i) fracionamento indevido de licitação; (ii) Ausência de aprovação prévia pela assessoria jurídica das minutas dos instrumentos convocatórios; (iii) Não comprovação de que foi dada a devida publicidade aos certames; (iv) Não constam dos autos dos processos licitatórios os comprovantes de retirada dos editais pelas empresas participantes dos certames; (v) Documentos de habilitação das empresas evidenciando a montagem dos procedimentos licitatórios; (vi) Habilitação de empresas com documentos vencidos.*

6. *Verificou-se ainda irregularidades na liquidação das despesas, uma vez que as notas de empenho não especificavam a fonte dos recursos, as notas fiscais emitidas pelas empresas Planam Indústria, Comércio e Representação Ltda. e Unisau - Comércio e Indústria Ltda. não traziam o atesto de recebimento, e não constam dos autos ordens de pagamento exaradas por autoridade competente.*

7. O superfaturamento verificado na aquisição do veículo conduziu à citação do ex-prefeito Hermann Elson de Almeida Filho (peça 13), solidariamente a Planam Indústria, Comércio e Representação Ltda. (peça 14), fornecedora do veículo adquirido; a Sra. Cleia Maria Trevisan Vedoin, sócia-administradora da empresa (peça 15), e ao Sr. Luiz Antônio Trevisan Vedoin, sócio-gerente da mesma firma (peça 16), pelo débito de R\$ 37.526,20, decorrente do superfaturamento verificado na aquisição da UMS.

8. Foi ainda promovida audiência prévia do ex-dirigente municipal acerca das irregularidades apuradas no procedimento licitatório realizado (peça 13). Ante a revelia da empresa e de seus administradores, a improcedência dos argumentos apresentados pelo ex-prefeito e as irregularidades verificadas nos autos, as contas foram julgadas irregulares, e os responsáveis foram condenados solidariamente ao recolhimento do débito apurado. Foram-lhes ainda aplicadas multas, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992.

9. Inconformado, o Sr. Hermann Elson de Almeida Filho interpõe o seguinte recurso de reconsideração (peça 62).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

10. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 66), ratificado pelo Exmo. Ministro-Relator Raimundo Carreiro (peça 69), que concluiu pelo conhecimento do Recurso de Reconsideração, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.1, 9.2 e 9.4 do Acórdão recorrido.

EXAME TÉCNICO

Argumento

11. Alega nulidade por ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois o fato de o recurso de reconsideração ter efeito suspensivo seria incompatível com o envio de ofícios a diversos órgãos para executar de imediato as sanções aplicadas, além de haver sido incluído o nome do recorrente no rol dos gestores com contas reprovadas.

12. Alega que a Lei orgânica e o Regimento Interno do TCU, assim, vedariam a execução do Acórdão sem que houvesse o “trânsito em julgado”. Desse modo, a comunicação aos diversos órgãos e a cobrança imediata do suposto valor de superfaturamento e multa, além da inclusão na lista de contas rejeitadas seriam atitudes que desrespeitariam os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Requer a nulidade do Acórdão, pelo prejuízo alegadamente causado ao recorrente.

Análise

13. A decisão definitiva publicada no Diário Oficial da União constituirá, no caso de contas irregulares, obrigação de o responsável, **no prazo de quinze dias**, provar, perante o Tribunal, o pagamento da quantia correspondente ao débito que lhe tiver sido imputado ou da multa cominada. Apenas quando expirado este prazo sem manifestação do responsável, é que o Tribunal autorizará, alternativamente, a cobrança judicial da dívida, por intermédio do Ministério Público junto ao TCU e providenciará a inclusão do nome do responsável no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal – Cadin (art. 214, inciso III, alínea “a”, c/c art. 219, incisos II e III, do RITCU).

14. No entanto, o recurso de reconsideração, impetrado antes do esgotamento deste prazo quinzenal, uma vez conhecido, suspendeu os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.4 do Acórdão, justamente os que versam sobre imputação de débito, aplicação de multa e autorização para cobrança judicial da dívida, nos termos do artigo 285, caput, do RI/TCU.

15. Consoante o artigo 58 da Resolução TCU 191/2006, a Secretaria de Recursos, uma vez interposto o recurso, atualiza de imediato o cadastro de responsáveis por contas julgadas irregulares, bem como registra o trânsito em julgado do Acórdão, caso este fato ocorra relativamente a outros responsáveis durante a instrução do recurso.

16. Ademais, o responsável pode solicitar certidão ou informações para defesa de seus interesses particulares, de modo a comprovar que a Tomada de Contas Especial está sobre efeito suspensivo devido à interposição de recurso de reconsideração, nos termos dos artigos 57, 88 e 91 da citada Resolução, e do artigo 180, caput, do RI/TCU.

17. Dessa forma, os argumentos preliminares do recorrente sobre ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não podem ser considerados procedentes.

Argumento

18. Aponta violação ao artigo 168 do RI/TCU, uma vez que o recorrente não teria sido notificado da data designada para o julgamento da tomada de contas especial. Acrescenta que tal ato seria de fundamental importância para que pudesse o recorrente requerer o direito à produção de “sustentação oral”, consistindo em outra violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

19. Postula que a sustentação oral seria a única oportunidade para que a parte pudesse, perante o colegiado, expor e detalhar as alegações de defesa, direito este que teria sido tolhido ao não ser o recorrente intimado da data de julgamento.

Análise

20. O recorrente alegou que a decisão impugnada estaria viciada, em face da ausência de intimação pessoal para informar a data da sessão em que seria apreciado o processo neste Tribunal.

21. A ausência da intimação pessoal da data em que será julgado o processo não ofende nenhum princípio constitucional ligado à defesa, pois a publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União é suficiente para conferir publicidade ao ato processual e permitir a participação de todos na sessão de julgamento. Tal entendimento encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de Agravo Regimental em Mandado de Segurança (MS-AgR 26.732/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia), conforme excerto a seguir transcrito:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DATA DA SESSÃO. DESNECESSIDADE. 1. Não se faz necessária a notificação prévia e pessoal da data em que será realizada a sessão de julgamento de recurso de reconsideração pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal quando a pauta de julgamentos é publicada no Diário Oficial da União. 2. O pedido de sustentação oral pode ser feito, conforme autoriza o art. 168 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, até quatro horas antes da sessão. Para tanto, é necessário que os interessados no julgamento acompanhem o andamento do processo e as publicações feitas no Diário Oficial da União. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (grifos acrescidos)

22. Desta forma, o pleito do recorrente não pode ser acolhido, não tendo a ausência de intimação pessoal da data de julgamento impedido o exercício do direito a requerer sustentação oral.

Argumento

23. Volta a suscitar a prescrição do feito, asseverando que os argumentos postos na decisão vergastada seriam impróprios e carecedores de base legal. Julga que os argumentos postos como base para rejeição da preliminar de prescrição seriam vazios, o que demonstraria que não houve análise dos fundamentos de defesa, tendo se resumido a afirmar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

24. Cita o entendimento de que há a incidência de prescrição nos atos das “Cortes de Contas”, manifestando que o TCU não teria sedimentado o seu entendimento de inaplicabilidade do prazo prescricional estabelecido pelo vigente Código Civil de 3 (três) anos, o qual considera aplicável à espécie. Julga inexistir dúvida que a pretensão da União seria de ressarcimento, de caráter compensatório, desse modo regulada pelo direito civil. Logo, seria aplicável o prazo trienal.

25. Entende cabível, caso não acolhida a prescrição trienal, o prazo quinquenal (publicista), que seria defendida pelo STJ (Recurso Especial n. 751.832-SC). Cita acórdão do STJ e doutrina da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual defende ser o prazo quinquenal “uma constante” nas disposições gerais estatuídas em regras de direito público.

26. Alerta que foi aplicada multa ao recorrente com base nos artigos 57 e 58 da Lei 8.443/1992, e que esta punição seria suscetível ao cutelo prescricional quinquenal. Defende a aplicação da prescrição também à multa aplicada.

Análise

27. Nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a lei estabelecerá o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado para os ilícitos praticados pelos agentes públicos, servidores ou não, que causem prejuízo ao erário, **ressalvadas as ações de ressarcimento**. Inicialmente, não se deve confundir prescrição da pretensão punitiva do Estado com a pretensão de ressarcimento “lato sensu” tratada na presente tomada de contas especial.

28. A tomada de contas especial **não persegue a pretensão punitiva sujeita à prescrição** prevista no art. 37, § 5º, da Constituição, já que, pelo contrário, sua natureza é de recomposição do patrimônio público, conforme se extrai do art. 8º da Lei 8.443/1992. Ressalte-se que a condenação em débito, que acarreta a obrigação de restituí-lo, não é sanção, tratando-se apenas da recomposição de danos materiais causados ao patrimônio da entidade da administração.

29. No âmbito do TCU, no julgamento do paradigmático Acórdão 2.709/2008 – Plenário, ao apreciar **incidente de uniformização de jurisprudência**, esta Corte decidiu que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis. O referido Acórdão 2.709/2008 – Plenário superou os posicionamentos até então sustentados perante a Corte de Contas, dentre os quais se encontrava a prescrição trienal aludida pelo recorrente.

30. O Voto condutor do citado Acórdão destaca que o **Supremo Tribunal Federal**, ao apreciar o Mandado de Segurança 26.210-9/DF, deu à parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal a interpretação de que as **ações de ressarcimento por atos ilícitos são imprescritíveis**. O eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, destacou:

“No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º da Constituição de 1988, segundo o qual:

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

Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva:

(...) ‘A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte”.

31. *Considerando que o STF, intérprete maior e guarda da Constituição, manifestou-se no sentido de que a parte final do § 5º do art. 37 da Carta Política determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário, este Tribunal tem acolhido a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento dos danos ilícitamente causados aos cofres públicos.*

32. *Reconhece-se que a Constituição traz a prescritibilidade como regra: a segurança jurídica é princípio que ordena e informa todo o ordenamento jurídico. Não há, no entanto, direitos e princípios absolutos, visto que a própria Carta Política inicia o artigo 5º ressaltando que são garantidos os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, “nos termos seguintes”. Isto é, a própria Constituição prevê limitações aos princípios fundamentais, sendo o diploma normativo apto a fazê-lo, posto que fundamento da ordem jurídica.*

33. *Lembre-se que, quando há disposições aparentemente antagônicas na Constituição, elas devem ser harmonizadas. Conforme o princípio de unidade da Constituição, o texto da Carta Magna deve ser interpretado de forma a se evitarem contradições entre suas normas e princípios, salientando-se que não há normas constitucionais originárias inconstitucionais, ainda que uma delas constitua cláusula pétrea.*

34. *Uma vez que os bens jurídicos protegidos pela Constituição possuem igual valor, impede-se a aniquilação de uns pela aplicação de outros, impondo-se o estabelecimento de **limites e condicionamentos** recíprocos de forma a se conseguir uma harmonização entre os dispositivos. Conclui-se, assim, que é plenamente lícito ao legislador **constituente** estabelecer **exceção** ao princípio da segurança jurídica, frente ao princípio da indisponibilidade do interesse público.*

35. *Veja-se que não é todo e qualquer interesse público que, graças à indisponibilidade, torna-se imprescritível: as pretensões punitivas penais e administrativas, os créditos tributários, as dívidas ativas da fazenda pública, todas são prescritíveis. Apenas é imprescritível, por ressalva expressa do legislador constituinte, a pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados por ato ilícito ao Erário. Dessa forma, não há o sacrifício integral de nenhum princípio, nem da segurança jurídica, que continua valendo como regra geral, nem da indisponibilidade do interesse público, que em outras situações continua sujeito à prescrição e à decadência.*

36. *Se o artigo 37, § 5º, da CF/1988 não fixasse a imprescritibilidade, o prazo para a prescrição da pretensão de ressarcimento não seria o trienal, e sim o decenal (artigo 205 do Código Civil), dada a **ausência de lei específica**. Afinal, não haveria nenhuma outra lei fixando prazo para o ressarcimento de débito em sede de Tomada de Contas Especial.*

37. *Veja-se que a analogia é método de **integração** do ordenamento jurídico, de preenchimento de lacunas. No caso concreto, não se trataria de lacuna, pois se não incidisse a ressalva constitucional, **haveria uma norma geral**, plenamente aplicável na falta de lei específica. Estaria assim vedado o emprego à analogia e inaplicável, mesmo a título de argumentação, o prazo quinquenal da Lei de Improbidade Administrativa.*

38. *Desse modo, ainda que a pretensão de ressarcimento ao Erário fosse prescritível, o prazo do artigo 54 da Lei 9.784/1999 não se aplicaria porque, quando do julgamento do processo de Tomada de Contas Especial, não se está anulando ato administrativo nenhum, nem mesmo o ato de aprovação de contas por parte do concedente.*

39. *Da mesma maneira, seriam inaplicáveis os prazos quinquenais relativos à prescrição do crédito tributário, às prescrições punitivas administrativas, às dívidas ativas da fazenda pública, nem os prazos de prescrição dos crimes contra a administração pública. O fato de o prazo quinquenal ser observado diversas vezes não o transforma em “regra geral” a ser aplicado na falta de norma específica, ainda mais quando esta regra geral é prevista pelo próprio ordenamento jurídico.*

40. *É este prazo genérico decenal, do artigo 205 do Código Civil/2002, que deve ser utilizado para se considerar prescrita a possibilidade de aplicação de multa, autônoma ou proporcional ao valor do débito. O posicionamento pela utilização do prazo genérico do Código Civil às sanções aplicadas por esta Corte de Contas é encontrado nos Acórdãos 330/2007 – 1ª Câmara, 2.911/2010 – 2ª Câmara, 771/2010 – Plenário e 474/2011 – Plenário, variando-se apenas o emprego da regra vintenária do CC/1916, da atual regra decenal do CC/2002 ou da regra de transição do artigo 2.028 do CC/2002, conforme a data de ocorrência do ilícito.*

41. *Uma vez que a infração ocorreu em 12/7/2004 e a citação, ocorrida em 14/09/2011 (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.*

Argumento

42. *Alega inexistência de critérios e provas para apuração do valor do superfaturamento. Afirma que a Casa não teria provado o superfaturamento dos valores dos bens licitados. Aponta que no item 5.7 o julgador fala de “comparação entre o preço praticado e o de referência definido com base em ampla pesquisa de mercado”, porém nada haveria nos autos a esse respeito.*

43. *Destaca que os critérios de cálculo não espelhariam a realidade de mercado, uma vez que o Acórdão “confessaria” que não se conseguiu chegar a um valor real, mas sim estimado, inclusive tendo sido revelado que não foi utilizada a tabela FIPE, mas sim o IPVA.*

44. *Alude ser patente no mercado automobilístico que os preços-base para o cálculo do IPVA seriam bem inferiores aos praticados no mercado de usados – o que seria facilmente constatado em uma rápida comparação entre os preços praticados e a referida tabela divulgada anualmente pelos DETRANs. Teria assim, sido utilizado parâmetro que em nada favoreceria ao recorrente, restando comprovada a fragilidade e irreabilidade do método de fixação do valor de superfaturamento.*

Análise

45. *Conforme vem se consolidando a jurisprudência dessa Corte de Conta (Acórdãos 2.877/2011, 3.019/2011, 5.324/2011, 5.325/2011, 6.758/2011, 7.723/2011, todos da 2ª Câmara), os preços de referência dos veículos são aqueles pesquisados pela Fundação de Pesquisas Econômicas – Fipe, segundo a qual, as tabelas baseiam-se em pesquisas de preços*

médios praticados em 24 estados brasileiros, descartando valores muito abaixo ou acima da média. Dessa forma, a variação causada pelas diferenças regionais já se encontra precificada nas tabelas de referência.

46. Os valores da tabela em questão são obtidos a partir de visitas em mais de 320 lojas de usados e concessionários autorizados, tradicionais feiras de veículos usados, principais jornais e revistas, de todo o Brasil, especializados em classificados de veículos e contatos por telefone em todo o país. De sorte que constituem o mais completo estudo no gênero e a melhor base de dados para a avaliação dos preços dos veículos adquiridos.

47. Ressalte-se que, para veículos novos (0 km), a definição do valor médio de mercado foi tomada com base nos preços Fipe em vigor em **dezembro** do ano de aquisição, independentemente do mês em que o veículo foi de fato adquirido. O que impõe uma dose de conservadorismo ao cálculo.

48. Como o presente caso trata de superfaturamento na aquisição de um ônibus usado, não disponível diretamente na tabela da Fipe, busca-se o valor do veículo segundo tabela de preços de referência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) da Secretaria de Fazenda do Estado de Rondônia (Sefaz/RO), adotando-se como preço de mercado o preço da tabela do IPVA no ano de aquisição do veículo.

49. Cabe destacar que a tabela de referência da SEFAZ/RO **também utiliza as pesquisas da FIPE como fonte**, o que garante preços de referência decorrentes de ampla pesquisa de mercado. A utilização desse referencial **beneficia o responsável**, apresentando preços cuja base de cálculo apresenta-se **superior à média nacional** de preços de veículos, considerando, para tanto, a distância dos grandes centros urbanos, o que eleva consideravelmente o valor do frete.

50. O recorrente apenas alega ser “patente” no mercado que os preços-base utilizados para a fixação do IPVA serem inferiores aos valores de mercado. Não traz, no entanto, nenhuma evidência a colaborar essa alegação, confiando ser juízo de valor evidente por si só, o que não é verdade.

51. Para conferir ainda mais conservadorismo aos critérios adotados, a fim de se avaliar com bastante segurança a existência ou não de superfaturamento, considerou-se a prática de sobrepreço apenas nos casos em que os valores praticados excedessem os valores médios de mercado das unidades móveis de saúde em mais do que 10%, patamar esse aprovado pelo Plenário do TCU mediante Questão de Ordem da Sessão de 20/5/2009.

52. De tal sorte que o procedimento atende ao art. 210, § 1º, do RI/TCU, segundo o qual quando a apuração do débito não puder ser quantificada com exatidão, ela será feita mediante estimativa, quando, por meios confiáveis, apurar-se quantia que seguramente não exceda o valor real devido.

Argumento

53. Salienta ainda que o valor pago (R\$ 69.950,00) seria relativo a um veículo já modificado, citando a existência de “diversas provas nos autos”, e que o fato da nota fiscal não deixar claro ser ou não um veículo já alterado deve ser interpretado em favor do recorrente.

54. Afirma que, “por questões lógicas”, o veículo já era transformado, consistindo “versão vazia”, o qual seria o termo utilizado para veículos que estão prontos para receberem consultórios médicos e odontológicos. Destaca que o valor apontado como de mercado pelo TCU diria respeito ao veículo não preparado, razão pela qual inexistiria o débito de R\$ 37.526,20.

55. Alude ao relatório de cálculo do prejuízo estimado da UMS acostado a fl. 31 dos autos, no qual haveria o registro estimado de que somente a transformação do veículo teria o valor de R\$ 61.736,76, sem contar os equipamentos.

56. Contesta a mudança de metodologia de cálculo, atribuindo-o a um afã de condenar o recorrente. Raciocina que, se no momento da auditoria havia um critério definido para apuração de valores, este critério deveria prevalecer, sob o pálio da segurança jurídica. Cita a existência de ação judiciária com lastro na referida planilha, em grau de julgamento de recurso da União.

57. Entende que o fato de a diferença estimada ser (p. 22, peça 1) de 9,8% traduziria verdadeira prova da inexistência de diferença. Mesmo tal percentual, apontado pela auditoria CGU/Denasus, seria “infinitamente” inferior ao apontado no julgado. Indaga onde estariam as provas do superfaturamento e como se chegou ao valor de mercado do veículo transformado.

Análise

58. A aquisição de veículo e a transformação desse veículo em Unidade Móvel de Saúde estão sendo tratadas como operações distintas justamente pelo fato de o recorrente ter optado por realizá-las dessa forma, em dois procedimentos licitatórios. O fornecimento de Unidade Móvel de Saúde poderia ser licitado como dois procedimentos, caso se entendesse que o objeto deveria ser executado por dois fornecedores, contanto que fossem realizadas duas Tomadas de Preços, preservando-se a modalidade adequada ao valor do objeto. O recorrente, entretanto, fracionou a despesa em dois processos licitatórios distintos nos quais se exigia menor publicidade, o que acabou por facilitar o direcionamento.

59. Reitere-se que o órgão concedente não dispunha, até aquele momento, de método adequado para avaliação dos custos dos veículos, adaptações e equipamentos, e que a metodologia inicialmente utilizada pela CGU na Auditoria 4546 foi posteriormente **aperfeiçoada**: o cálculo elaborado inicialmente abrangia **compensações** entre as diferentes parcelas componentes do custo da Unidade Móvel de Saúde (veículo, transformação e equipamentos), o que não se mostrava adequado, visto que se trata de licitações juridicamente distintas.

60. Constatou-se (p. 55, peça 8) que o valor de mercado do **veículo** era de R\$ 29.421,70, enquanto o valor de mercado da **transformação** seria de R\$ 37.235,96 e o valor de mercado dos **equipamentos** seria R\$ 19.141,20. Juntos, **transformação e equipamentos** somariam R\$ 56.377,16, a preços de mercado da época.

61. Embora o recorrente tenha pago R\$ 42.313,00 pelo serviço de adaptação e pelos equipamentos, e R\$ 69.950,00 pelo veículo. Desse modo, foi citado por superfaturamento apenas na aquisição do veículo junto à empresa PLANAM, o que não se verificou nos serviços de adaptação e instalação dos equipamentos pela empresa UNISAU.

62. Apesar de o Relatório do Acórdão recorrido ter utilizado a expressão “não deixar claro”, na verdade a Nota Fiscal PLANAM 228 (p. 40, peça 6) é expressa em designar que a “versão vazia” seria **destinada à adaptação** de equipamentos e odontológicos em seu interior. Adaptação esta que não havia sido feita, mas seria realizada em momento posterior, por outra entidade.

63. Desse modo, a PLANAM, pela documentação acostada, **não realizou o serviço de adaptação** do veículo. E 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.

64. *A instrução desta Corte de Contas, por sua vez, considerou que o serviço de adaptação e instalação dos equipamentos estava incluso no preço dos mesmos, fornecidos pela UNISAU. Trata-se de interpretação favorável ao recorrente. Isso porque, se o serviço de adaptação e instalação não está expressamente designado na nota fiscal UNISAU (p. 29, peça 8), tal ausência poderia indicar que o recorrente pagou por um serviço cuja realização não estaria documentalmente comprovada.*

65. *Caso essa interpretação fosse adotada, ele seria citado solidariamente não só pelo superfaturamento na aquisição (R\$ 37.526,20), mas **também** pelo valor integral do serviço de transformação e adaptação (R\$ 37.235,96) e pela diferença entre o valor de mercado dos equipamentos e o valor pago pelos mesmos (R\$ 42.313,00 – R\$ 19.141,20 = R\$ 23.171,80), ponderado pela participação da União no convênio (92,59%). Desse modo, inexistente o alegado viés para condenar o recorrente.*

Argumento

66. *Exclama buscar com o presente recurso respostas concretas dessa Corte, postulando que o julgado prove como se chegou ao “quantum” superfaturado, em vez de trazer ilações e estimativas baseadas em parâmetros prejudiciais ao recorrente.*

67. *Interpreta que a continuidade da situação expressada no julgado seria absurda, pois contrariaria a jurisprudência e doutrina pátria que tratam sobre reparação de dano material, eis que a obrigação de indenizar é sempre precedida de dano, conduta do agente e nexo causal entre a conduta e o dano. Argumenta que seria necessário demonstrar o real prejuízo, sob pena de se estar diante de notório e ilegítimo enriquecimento sem causa.*

68. *Opõe que, em nossa jurisprudência, seria ônus do autor (no caso, da União) a comprovação dos requisitos geradores da obrigação de indenizar, o que não teria sido feito. Manifesta que o julgado recorrido não teria demonstrado “de forma cabal” a existência do dano sofrido, nem como nexo de causalidade entre conduta e o suposto resultado danoso.*

69. *Sustenta que um processo licitatório é engendrado por diversas etapas e pessoas distintas, razão pela qual o prefeito não deveria ser penalizado por atos dos diversos servidores que atuaram em atos precedentes a homologação e adjudicação. Registra que o agente político recebia, em seu Gabinete, os documentos regularmente formalizados. Conclui, desse modo, que as irregularidades não poderiam ser atribuídas a ele.*

70. *Nega a culpa do recorrente pela ausência de fiscalização das etapas do procedimento licitatório, asseverando que o prefeito jamais teria tido tal função, estando totalmente ausente na maior parte das etapas do certame, e que os atos seriam de autoria dos servidores municipais. Dessa forma, seria impossível lhe imputar a violação do artigo 90 da lei de licitação.*

Análise

71. *Diferentemente do exposto pelo recorrente, não há dúvida nem na existência nem na apuração do débito. O prejuízo ao erário foi identificado mediante a comparação entre o **preço de referência** e o preço praticado, conforme documento intitulado “Metodologia de Cálculo do Débito”, constante da página eletrônica do Tribunal de Contas da União, cujo endereço constou do ofício citatório enviado aos responsáveis, e se encontra disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/tce/operacao_sanguessuga/metodologia_calculo_superfaturamento.doc.*

72. Para a definição dos preços médios de mercado, considerou-se não só a **pesquisa inicial** de preços de mercado feita pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS - Denasus e pela Controladoria-Geral da União – CGU, como também **todos os demais preços das aquisições** constantes em 1.180 (um mil cento e oitenta) convênios encaminhados ao TCU, o que representa mais de 80% (oitenta por cento) do universo fiscalizado.

73. Lembre-se ainda que, após a identificação dos preços de referência, optou-se por se considerar superfaturamento aqueles preços que os superassem em 10% esses novos preços médios de mercado calculados, ou seja, em termos matemáticos, o valor pago acima de $1,10 \times$ Valor Médio de Mercado.

74. Esses critérios podem ser questionados: sua utilização é fruto de ato administrativo com presunção relativa de veracidade. No entanto, o questionamento genérico não é apto a desconstituir essa presunção. Seria necessário ao recorrente demonstrar, de forma efetiva, quais eram os preços que mais se aproximavam do “valor de mercado” dos serviços prestados, não apenas levantar uma objeção contra os critérios adotados. Dessa forma, o ônus de demonstrar que a metodologia adotada pela auditoria é equivocada, e qual a metodologia que deve ser adotada em seu lugar é da recorrente, não da Administração.

75. O fato de o valor de referência para aquisição dos equipamentos e transformação ser superior ao praticado decorre da **diferença de qualidade** dos entre os serviços e equipamentos considerados e os efetivamente praticados. Os valores utilizados como referência dos custos de veículo, transformação e montagem, foram baseados em serviços de alto padrão, com materiais de qualidade satisfatória e equipamentos de marcas tradicionais, enquanto as montagens realizadas pelas empresas vencedoras das licitações careciam, muitas vezes, de qualidade aceitável.

76. Quanto às marcas e aos modelos específicos, o cálculo do preço de mercado levou em consideração uma média dos mais diversos modelos disponíveis de cada equipamento, conforme o Anexo IV da Metodologia do Cálculo do Débito.

77. Também não se questiona o papel do recorrente, enquanto prefeito municipal, de gerenciar os recursos públicos federais repassados no âmbito do convênio. Ainda que o prefeito não tivesse ciência do conluio praticado pelas empresas do grupo Vedoin, **o dano ao Erário não teria sido cometido** caso a licitação não houvesse sido realizada na modalidade convite, de modo que dela participassem apenas três integrantes do mesmo grupo, ou se tivesse havido efetiva pesquisa de preços, nos termos do artigo 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993.

78. O prefeito, gestor dos recursos públicos federais repassados, não poderia ter homologado processo licitatório com tais irregularidades. Verificar a existência de pesquisa de preços era **responsabilidade do gestor** dos recursos repassados, uma vez que homologou o processo licitatório. Desse modo, demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do gestor, que pode ser considerada uma das causas adequadas do dano causado.

79. Mesmo que a atuação do prefeito tenha ocorrido apenas de maneira negligente e não dolosa, **a conduta de ambos mostra-se determinante para a lesão**: sem a conjunção das duas condutas, o dano ao erário federal não teria sido causado. A cobrança do ressarcimento deve ser realizada frente àqueles que causaram o prejuízo em comento – não somente a empresa fornecedora do bem, mas o gestor de recursos públicos federais utilizados de forma diversa da pactuada. Como ambas as ações são causa do dano, os agentes respondem pelo débito de forma solidária.

80. Saliente-se que a adjudicação de objeto (p. 45, peça 6 e p.25, peça 8) e a homologação de processos licitatórios (p. 44, peça 6 e p. 24, peça 8) não são procedimentos meramente

burocráticos. A homologação do processo licitatório é justamente o ato administrativo formal, de competência do gestor dos recursos, que atesta a legalidade do processo licitatório, e que não poderia ter sido praticada com os indícios de simulação e as irregularidades encontradas.

81. Ao contrário do que aponta o recorrente, incide sobre o gestor o ônus de provar a aplicação regular dos recursos públicos repassados. Tal entendimento é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa da deliberação vem transcrita a seguir.

*“Mandado de segurança contra o Tribunal de Contas da União. Contas julgadas irregulares. Aplicação da multa prevista no artigo 53 do Decreto-lei 199/67. A multa prevista no artigo 53 do Decreto-lei 199/67 não tem natureza de sanção disciplinar. Improcedência das alegações relativas a cerceamento de defesa. **Em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público. Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação, no tocante à irregularidade da licitação. Mandado de segurança indeferido**” (grifos acrescidos).*

82. Ademais, quem assina o termo de convênio se compromete a zelar pela correta aplicação dos recursos públicos federais recebidos e pela licitude dos pagamentos dele decorrentes. A conduta também era prevista pelo artigo 7º, inciso XII, alínea “a”, da IN STN/MF 01/1997. Lembre-se que uma vez assinado o convênio, ele obriga ambas as partes, e o prefeito torna-se responsável pelos recursos recebidos e pelo adimplemento do objeto conveniado.

83. Esse entendimento é decorrência do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. O prefeito é o administrador dos recursos públicos federais repassados à municipalidade e, nessa condição, é o responsável pela prestação de contas ao órgão repassador.

84. Ademais, o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 preceitua que “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”. Na mesma linha o art. 39 de Decreto 93.872/1986 disciplina que “Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos”.

85. Desse modo, os recursos federais que excedessem aos necessários para o atendimento dos interesses comuns da União e do Município deveriam ter sido restituídos por ocasião da prestação de contas do convênio, de sorte que a condenação em débito restaura situação de direito malferida pela atuação do responsável.

Argumento

86. Justifica ter invocado argumentos com base na Lei de Improbidade Administrativa, pois nada impediria que, em sede de defesa, fossem invocadas legislação e doutrina que versassem sobre tal matéria. Considera que a qualificação de “ledo engano” seria destinada a fragilizar as alegações de defesa.

87. Alega que o Acórdão opinou pela existência de supostas irregularidades ocorridas nos processos de licitações visando a aquisição e aparelhamento de UMS, contudo não teria demonstrado em seus fundamentos objetivamente a participação direta, imputando-lhe responsabilidade sem ter havido dolo ou má-fé.

88. Replica que, nos casos que implicam enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao Erário e que atentem contra os princípios da Administração Pública, somente ocorre improbidade administrativa se presente dolo ou má-fé.

89. Cita o entendimento do Colendo STF, conforme o qual não há como se confundir ilegalidade administrativa com improbidade, pois esta se encontraria ligada juridicamente à desonestidade, devassidão e má-fé, em que o agente público, utilizando-se intencionalmente de uma prerrogativa funcional, procede com falta de decência, lesando o erário, fato que em momento algum poderia ser atribuído ao responsável.

90. Afirma que este Tribunal, mesmo entendendo que a conduta do recorrente fosse ilegal, jamais poderia tipificá-la como devassidão ou desonestidade. Portanto, antes de o TCU ter rejeitado as contas e aplicado a punição, deveria ter sopesado a intenção dolosa do agente, com o componente da desonestidade o que não foi feito, razão pela qual mereceria reforma o julgado.

Análise

91. Não há elementos suficientes para se emitir juízo de valor acerca do dolo do agente, de modo a se certificar que ele tenha tido ou não a intenção de causar dano ao erário. Em nenhum momento esse Tribunal qualifica a conduta do recorrente como eivada de “devassidão” ou “desonestidade”. Saber se o resultado foi antevisto ou não pelos gestores é informação dispensável para a fixação de sua responsabilidade, a qual não requer o dolo para ficar caracterizada, mas apenas culpa em sentido amplo, materializada na condução de licitação na modalidade indevida e na não realização de pesquisa de preços.

92. Tais procedimentos estabelecidos pela Lei 8.666/1993, dentre os quais se encontra a adoção da modalidade correta de licitação, servem justamente para dificultar a ocorrência de tais irregularidades, devendo ser seguidos de forma cogente pelo gestor de recursos públicos. Sua não realização reduz a publicidade dispensada ao certame, dificultando a participação de demais licitantes, os quais poderiam realizar ofertas inferiores aos valores com sobrepreço apresentados pelas empresas convidadas. A não realização da pesquisa prévia de preços impede que haja algum critério que permita a rejeição dos valores apresentados com sobrepreço.

93. Ao contrário do que sustenta o recorrente, para a imputação em débito, não é necessária a comprovação da má-fé ou desonestidade do agente. Nas hipóteses em que for constatado dano ao erário resultante de omissão no dever de prestar contas, de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou desvio de dinheiro público, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada, **haja concorrido de qualquer modo para o cometimento do dano apurado**. Não é necessária, assim, a conduta dolosa, bastando apenas a modalidade culposa.

94. Frisa-se que a condenação em débito, embora acarrete a obrigação de restituir determinada importância à União, **não é sanção**, mas sim recomposição do patrimônio público ao status quo anterior. Quando a boa e regular aplicação de recursos não pode ser comprovada, considera-se causado dano ao patrimônio da União, um prejuízo, tendo lhe sido lesionado um bem jurídico. Dessa forma, do ato danoso, nasce a obrigação de indenizar, de restaurar o equilíbrio jurídico-econômico quebrado pelo agente.

95. Nos termos do Acórdão 2.644/2007 – 1ª Câmara, o Tribunal não condenou o prefeito **por ato de improbidade administrativa**. Nem poderia, pois não é da competência dos Tribunais e Conselhos de Contas condenarem gestores por atos desta natureza, os quais devem ser apurados em procedimento próprio no âmbito do Poder Judiciário. A improbidade administrativa deve ser apurada em processo movido pelo Ministério Público, a ser julgado pela autoridade judicial.

96. É assim desnecessária, para o julgamento pela irregularidade das contas ou para a aplicação de multa em processo de fiscalização, a caracterização de ato doloso de improbidade. Basta que o gestor tenha cometido, de forma não justificada, ato ilegítimo ou antieconômico lesivo ao Erário ou deixado de adimplir sua obrigação de prestar contas dos recursos recebidos, e que lhe fosse exigível conduta diversa, para ficar caracterizada sua responsabilidade subjetiva.

97. Assim, ainda que nada impeça a alusão a fundamentos doutrinários relativos à Improbidade Administrativa, tais argumentos se revelam inócuos, à medida que eles se referem à necessidade de se provar o dolo e a má-fé do agente público, requisitos inexistentes na apuração da irregularidade realizada pela Tomada de Contas Especial.

Argumento

98. Lembra que o Ministério da Saúde, após análise do conteúdo do convênio, restou convencido da sua licitude e, por consequência, chancelou-o como aprovado, contudo o acórdão vergastado não teria levado esse fato em consideração, limitando-se a informar que o TCU tem atribuição para fiscalizar os atos que envolvam verbas federais.

Análise

99. O Tribunal não se limitou a informar que tem atribuição para fiscalizar os atos que envolvam verbas federais. Tal argumento implica que este Tribunal não está obrigado a seguir eventual entendimento de outros órgãos da Administração Pública, permitindo concluir de forma diferente, porém, fundamentada. Isso ocorre justamente **porque** a competência para fiscalizar os atos que envolvam verbas federais e para apreciar a regularidade das contas dos gestores de bens e direitos da União é atribuída pela Constituição ao TCU, de forma autônoma e independente em relação aos demais órgãos de controle.

100. Trata-se de jurisprudência consolidada desta Corte de Contas, visto que a não subordinação das decisões do TCU aos pareceres do controle interno foi abordada nos seguintes termos no Acórdão 212/2002 – 2ª Câmara:

“Outrossim, a aprovação de uma prestação de contas pelo Sistema de Controle Interno não afasta a atribuição constitucional deste Tribunal, atinente à verificação da regularidade da utilização de recursos públicos federais. Esta Corte de Contas não está adstrita ao juízo firmado por aquela unidade, possuindo ampla capacidade de deliberação, e exercendo, precipuamente, a privativa jurisdição sobre os responsáveis pelos valores repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, ex vi do disposto no art. 71, inciso VI, da Constituição Federal/1988.”

101. O recorrente não atenta para a natureza jurídica do ato de aprovação da prestação de contas por parte do órgão concedente. Longe de se qualificar como “quitação plena”, ele significa simplesmente que nada de errado **foi constatado** até aquele momento, mas não comprova o “não cometimento” de irregularidades. Sendo detectadas posteriormente

quaisquer irregularidades, elas serão apuradas, mediante o competente processo de Tomada de Contas Especial.

Argumento

102. Alega que não seria possível afirmar que a soma dos certames levaria a realização de uma tomada de preço. Insiste que os convites respeitaram os limites de valores preconizados na Lei 8.666/1993, pois os objetos são de natureza distinta, haja vista que um teria consistido na aquisição do veículo modificado e o outro na compra de materiais e equipamentos médico hospitalar. Desse modo, não haveria o que se falar em fracionamento de licitação.

Análise

103. Nos termos do artigo 23, caput, da Lei 8.666/1993, a modalidade de licitação será determinada ainda na fase de planejamento, tendo em vista não o valor final, mas sim o **valor estimado** da contratação. Dessa forma, é sim possível afirmar que a soma dos certames exigia a realização de uma tomada de preços, ao contrário do estatuído pelo recorrente.

104. Ao contrário do que expõe o recorrente, não se tratam de dois objetos distintos. O objeto conveniado era apenas um: **uma Unidade Móvel de Saúde**, que poderia ter sido fornecida por uma mesma empresa, ainda que esta necessitasse adquirir um veículo para transformar em UMS. O veículo, considerado isoladamente, é não mais que um **bem intermediário**, o qual seria transformado em um bem final de valor agregado maior pela instalação de equipamentos médico-hospitalares e pelas adaptações necessárias.

105. É verdade que, quando viável técnica e economicamente, a administração deverá fracionar o objeto licitado. Essa viabilidade técnica e econômica deve ser demonstrada, como fundamentação de ato administrativo, o que não ocorreu.

106. O artigo 23, § 5º, da Lei 8.666/1993, não permite, e sim veda a utilização da modalidade “convite” para parcelas de uma mesma obra ou serviço, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preço”. Ainda que o gestor público contratasse duas empresas especializadas, como prevê o dispositivo, a modalidade de licitação para o total do objeto (tomada de preços) deveria ser preservada.

Argumento

107. Reafirma que, na modalidade convite, seria desnecessária a aprovação da minuta pela assessoria jurídica, e que caberia à Comissão de Licitação provocar a oitiva do setor jurídico após elaboração do edital. Tal “liberalidade” se daria pela simplicidade do procedimento licitatório na modalidade convite.

108. Quanto à inexistência de publicidade aos certames, aponta que tal princípio é mitigado na modalidade convite, sendo a única modalidade de licitação em que a Lei não exigiria publicação de edital. Afirma que não seria obrigatória a publicação do ato convocatório, bastando apenas o envio dos convites, bem como a afixação em locais públicos, portanto não haveria o que se falar em violação do princípio da publicidade.

109. Contesta ainda a apontada violação ao art. 38, inciso II, da Lei 8.666/1993, uma vez que nos certames conduzidos sob tal modalidade caberia à administração, com base nos princípios da moralidade e isonomia, escolher os destinatários do convite, não havendo fixação legal quanto ao número máximo de convidados, razão pela qual a presença dos licitantes com a oferta de proposta já supriria a atacada violação ao texto legal.

Análise

110. Os argumentos partem do princípio que não houve ofensa ao princípio da publicidade e à obrigatoriedade de aprovação da minuta por assessoria jurídica justamente porque se

tratavam de dois convites, modalidade de licitação mais simples do que a tomada de preços e a concorrência, que por tal simplicidade tem dispensadas, pela própria Lei 8.666/1993, algumas das exigências normalmente realizadas.

111. O raciocínio é circular, uma vez que a própria fuga das formalidades exigidas mediante a indevida realização de duas licitações na modalidade convite já configura infração aos dispositivos da Lei 8.666/1993. Fuga esta que permitiu o envio de convites justamente a licitantes do mesmo grupo econômico, resultando na prática de preços superiores aos de mercado. Em uma situação normal, espera-se que a concorrência entre os agentes econômicos motive eventuais fornecedores não convidados a impugnar o preço elevado. No entanto, tal remédio pôde ser contornado precisamente diminuindo-se a publicidade dada às aquisições em análise.

Argumento

112. Contesta a imputação ao recorrente da irregularidade referente à liquidação das despesas. Conta que o Acórdão recorrido traz que as notas de empenho não especificam a fonte dos recursos e as notas fiscais emitidas pelas vencedoras do certame não trazem atesto de recebimento, bem como alega não existirem ordens de pagamento emitidas por autoridade competente.

113. Registra não haver dúvida de que os bens adquiridos foram entregues a municipalidade, citando as diversas fotos e a documentação do veículo em nome do município, constante dos autos. Desse modo, julga insubsistente a tese de violação aos artigos 62 a 65 da lei 4.320/1964, pois o pagamento das despesas teria ocorrido e sido ordenado pela autoridade competente.

Análise

*114. Caso a UMS não houvesse sido adquirida, o recorrente estaria sendo responsabilizado sozinho pela **integralidade** dos recursos repassados no âmbito do convênio. No entanto, o ex-prefeito foi citado, de forma solidária com a empresa fornecedora e seu administrador de fato, apenas pela **diferença** entre o valor pago e o valor apontado como de mercado.*

115. Ressalte-se que os artigos 62 e 63 da Lei 4.320/1964 estabelecem que o pagamento da despesa deva ocorrer somente após sua regular liquidação, a qual consiste na verificação do direito do prestador do serviço, mediante documentos que demonstrem esse crédito. Nenhuma despesa pode ser paga sem estar devidamente liquidada, sem que servidor da administração tenha atestado o recebimento do bem e o atendimento de todas as condições contratadas.

*116. Cabe lembrar o **caráter formal** dos atos componentes de um processo administrativo, que devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável, nos termos do art. 22, § 1º, da Lei 9.784/1999. O recorrente não apresenta nenhuma justificativa para as irregularidades apontadas, limitando-se a afirmar sua não ocorrência:*

a) as notas de empenho (p. 47, peça 6 e p.27, peça 8) não especificam a fonte do recurso (Relatório de Auditoria 4546, item 3.3.1, p. 18, peça 1);

b) as notas fiscais 00228 (p. 40, peça 6) e 0063 (p. 29, peça 8), emitidas, respectivamente, pelas empresas Planam Comércio e Representação Ltda. e Unisau – Comércio e Indústria Ltda., **não contêm o atesto de recebimento**, contrariando o disposto nos arts. 62 e 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964 (Relatório de Auditoria 4546, itens 3.3.2, p. 18-19, peça 1);

c) inexistência de ordens de pagamento exaradas por autoridade competente no processo de liquidação das despesas.

117. A grande quantidade de irregularidades, para as quais o recorrente não apresenta nenhuma justificativa permitem a conclusão de que o processo foi mera simulação, de modo a legitimar a celebração do negócio com as entidades pertencentes ao grupo Vedoin.

Argumento

118. Observa que foram aplicadas ao recorrente multas com base nos artigos 57 e 58 da Lei 8.443/1992, porém aponta ausência de clareza quanto aos parâmetros utilizados para a fixação da quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

Análise

119. Inicialmente, corrige-se o recorrente: foi aplicada multa com fundamento no artigo 57 da Lei 8.443/1992, proporcional ao valor do débito. As irregularidades constatadas na condução do processo licitatório não foram sancionadas de maneira autônoma, embora sirvam de fundamento para valorar a conduta do recorrente e fixar a proporção da multa em função do débito.

120. Como ressalta o Acórdão 1.519/2009 – 1ª Câmara, esta Corte não realiza dosimetria objetiva da multa, quer dizer, não atribui um valor matemático para cada ocorrência para fins de quantificação da pena em qualquer situação apresentada, como ocorreria no Direito Criminal. E como não há padrões de julgamento estabelecidos, o valor da multa é arbitrado pelo Tribunal em razão da aferição concreta das irregularidades. Diferentemente do juízo penal, não há na legislação administrativa um rol de atenuantes e agravantes, que uma vez verificados, necessariamente alteram a pena prevista pelo direito positivo. A dosimetria na aplicação de sanções por parte do TCU é procedimento tomado de certa discricionariedade, como externou o Exmo. Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha na condução do Acórdão 557/2006 – Plenário:

“11. Em verdade, há uma certa ‘discricionariedade’ na aplicação das multas por parte do TCU, como, aliás, é fato comum às sanções administrativas. Nesta seara, não há uma tipificação tão estrita como no direito penal, a exemplo. Por conseguinte, pela natureza administrativa que tem, deve o TCU buscar, valorando as circunstâncias fáticas e jurídicas em questão, a exata dosimetria da sanção, atendo-se a um verdadeiro princípio no uso dessa competência, que poderia muito bem ser tratado como da adequação punitiva. Consectário lógico, este Tribunal, tendo em conta, de um lado, essa ausência de tipificação estrita, de outro, a busca pela perfeição sancionatória, deve, sempre que possível, utilizar-se de casos assemelhados para aplicação da pena, de maneira a dar tratamento isonômico a quem se encontre submetido à jurisdição dessa Corte. Nesse sentido, faz bem trazer à lembrança o TC 005.874/2003-5 (Acórdão 1.427/2005 – Plenário)”

121. No entanto, nos termos da Proposta de Deliberação condutora do Acórdão 6.584/2009 – 2ª Câmara, a despeito dessa “discricionariedade”, o TCU está adstrito, na dosimetria da sanção **pecuniária** aos limites impostos nos caputs dos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992, bem

como, ainda, à gradação trazida pelos incisos I a VIII do art. 268 do Regimento Interno. Quanto à declaração de inidoneidade, não há gradação positivada nem em âmbito legal nem regimental.

122. Vale lembrar que cada caso é julgado em sua especificidade: quando o responsável for julgado em débito, o Tribunal **poderá** lhe aplicar multa de até cem por cento do valor atualizado do débito causado ao Erário. A aplicação ocorre nos casos em que a conduta é oriunda de dolo ou de **culpa grave**, situação na qual a Corte valora a conveniência e a oportunidade de sancionar o responsável.

123. Se decidir pela apenação, o Tribunal estabelecerá o quantum da punição (em proporção do dano causado) de forma a atender o princípio da gradação da pena em função da gravidade da infração, nos termos do Acórdão 24/1997 – Plenário. Quando é aplicada multa com fundamento no artigo 57 da Lei 8.443/1992, considera-se o conjunto das irregularidades não afastadas após o exame das alegações de defesa e das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis e com a avaliação de sua gravidade.

124. Logo, quanto ao valor da multa aplicada, cabe afirmar que o valor encontra-se dentro do limite estipulado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU. Veja-se o que dispõe o art. 267 do RI/TCU:

Art. 267. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário, conforme estabelecido no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992.

125. Dessa forma, esta Corte possui competência constitucional e legal para aplicar multa após sopesar a gravidade das irregularidades e do dano causado ao erário, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de evitar reincidência de despesas irregulares, como no caso em tela. Frise-se que essa multa é gradativa de acordo com a gravidade das irregularidades identificadas, já que pode variar de 0 a 100% do valor do débito.

126. Uma vez que o recorrente não traz, em fase recursal, nenhuma circunstância que efetivamente lhe sirva de atenuante, não devem ser aceitos os argumentos sobre a necessidade de redução do percentual definido como multa.

CONCLUSÃO

127. O recorrente não consegue demonstrar que o valor pago pelo veículo era o efetivamente praticado pelo mercado, nem desconstituir o resultado obtido pela pesquisa elaborada pela Fipe para a Sefaz/RO, utilizada, de forma conservadora, como preço de referência, apenas alegando, sem comprovação, que os preços-base para o cálculo do IPVA seriam bem inferiores aos praticados no mercado de usados e que o valor pago era referente a veículo já modificado.

128. O recorrente ainda busca justificar a utilização de dois processos na modalidade “convite”, quando o valor da Unidade Móvel de Saúde exigiria a realização de uma tomada de preços, sem sucesso, pois se trata de um objeto único. Ainda que fossem contratadas empresas distintas, seria necessário se preservar a modalidade de licitação que garantisse mais publicidade, nos termos do artigo 22, § 2º, da Lei 8.666/1993.

129. Também aponta a ausência de dolo em prejudicar o Erário, ressaltando que os atos teriam sido praticados pela Comissão de Licitação, tendo ele apenas firmado o convênio e homologado o processo licitatório. Entretanto, a homologação é justamente o ato administrativo formal, de competência do gestor dos recursos, que atesta a legalidade do

processo licitatório, e que não poderia ter sido praticada com os indícios de simulação e as irregularidades encontradas.

130. Além disso, a sua responsabilidade se dá em sede de Tomada de Contas Especial, processo administrativo regido pela Lei 8.443/1992, e não em sede de Ação civil pública de improbidade administrativa, regulada pela Lei 8.492/1992. Ademais, mesmo que a atuação do prefeito tenha ocorrido apenas de maneira negligente e não dolosa, a cobrança do ressarcimento deve ser realizada frente àqueles que causaram o prejuízo em comento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

131. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

I. com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, conhecer do recurso de reconsideração do Sr. Hermann Elson de Almeida Filho, para, no mérito, negar-lhe provimento;

II. dar ciência da deliberação que vier a ser adotada ao recorrente, ao Fundo Nacional de Saúde, ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus, à Procuradoria da República no Estado de Alagoas, à Controladoria Geral da União – CGU e aos demais interessados.

9. O Ministério Público divergiu parcialmente do posicionamento da unidade técnica, conforme parecer de peça 74, do qual extraí o seguinte excerto:

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 QUINQUENAL. 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

É o Relatório.