

VOTO

Em exame Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Flávio Dalmolin, ex-Prefeito de Nobres/MT, contra o Acórdão TCU 10.559/2011-2ª Câmara. Diante da constatação de irregularidades graves na execução do Convênio 1.777/2002 e do não acolhimento das justificativas apresentadas, suas contas foram julgadas irregulares, com imputação de débito solidário com outros responsáveis e aplicação de multa.

2. Ressalto que, por meio do Despacho contido na peça 54, conheci do Recurso de Reconsideração, uma vez que foram atendidos os pressupostos de admissibilidade previstos para a espécie, o que ensejou a suspensão dos subitens 9.2, 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 9.8 e 9.9 do Acórdão 10559/2011 - 2ª Câmara. É bom frisar que o efeito suspensivo alcança terceiros responsáveis apenas por intermédio da deliberação ora guerreada, conforme preconiza o art. 281 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

3. A Tomada de Contas Especial foi resultado da conversão de processo de Representação autuado no TCU a partir de Relatório de Fiscalização decorrente da Auditoria 4.580, realizada em conjunto pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus e pela Controladoria-Geral da União – CGU na Prefeitura Municipal de Nobres/MT.

4. O objeto do convênio foi alvo de investigação da chamada “Operação Sanguessuga”, procedimento que tinha por escopo examinar fraudes em licitações e superfaturamentos em aquisições de ambulâncias. Os superfaturamentos calculados, no caso ora em análise, tiveram valores históricos, respectivamente, de R\$ 44.098,02 e R\$ 8.320,50.

5. Após o exame dos documentos apresentados a título de prestação de contas e a vistoria *in loco*, confirmou-se o *modus operandi* dos envolvidos no esquema fraudulento, qual seja: superfaturar a aquisição de unidades móveis de saúde, bem assim direcionar procedimentos licitatórios para que determinadas empresas se sagrassem vencedoras.

6. A citação do ex-prefeito, Sr. Flávio Dalmolin, deu-se: a) solidariamente com Klass Comércio e Representação Ltda., fornecedora do veículo adquirido; Leonildo de Andrade, sócio-administrador daquela empresa; e Luiz Antônio Trevisan Vedoin, administrador de fato e representante legal da mesma firma, pelo débito de R\$ 44.098,02, decorrente do superfaturamento verificado na aquisição da UMS; b) solidariamente com Enir Rodrigues de Jesus, responsável pela Comercial Rodrigues EPP, e com Luiz Antonio Trevisan Vedoin, administrador de fato e procurador daquela firma, pelo débito de R\$ 8.320,50, oriundo do superfaturamento apurado na transformação da ambulância. Também foi direcionada ao responsável audiência, para fins de colher justificativas a respeito das irregularidades verificadas no procedimento licitatório conduzido no âmbito da municipalidade.

7. O não acolhimento das justificativas apresentadas resultou, como visto, em imputação de débito, aplicação de multa e julgamento pela irregularidade das contas do recorrente.

8. O ex-Prefeito, inconformado com os termos do *decisum*, interpõe Recurso de Reconsideração, apresentando os seguintes argumentos, em suma:

- a) que houve prescrição da pretensão punitiva prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal;
- b) que com o advento do Novo Código Civil, o TCU passou a admitir a prescrição da cobrança de tais dívidas no prazo de dez anos, com base no artigo 205 do Código, tanto para a imputação de débito quanto para a aplicação de multa (Acórdãos 8/1997 – 2ª Câmara e 1.727/2003 - 1ª Câmara);
- c) que, como o recurso foi liberado em 23.12.2002, a contagem do prazo prescricional deveria se iniciar na data de repasse do dinheiro;
- d) que, como a citação ocorreu 10.11.2009, transcorreram 6 anos e 11 meses da liberação dos recursos, o que implicava em perda do direito de instauração de TCE, por prescrição (foram citados entendimentos do TRF – 1ª e 5ª Regiões, segundo os quais o prazo prescricional seria de 5 anos e não o vintenário);

- e) que houve prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, dada a inércia da Administração Pública em verificar, tempestivamente, se os recursos objeto do convênio 1.777/2002 haviam sido aplicados conforme Plano de Trabalho;
- f) que, após 08 anos, torna-se impossível produzir as provas documentais necessárias a comprovar a boa e regular aplicação dos recursos repassados;
- g) que o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993 permite o fracionamento do procedimento licitatório para aumentar a competitividade;
- h) que as empresas participantes das licitações comprovaram estar em situação regular perante a administração;
- i) que a celebração de convênio, a homologação dos contratos adjudicados e a expedição de cheques não têm nada de anormal;
- j) que a Tomada de Contas Especial não levou em consideração que as prestações de contas foram aprovadas, de acordo com os pareceres técnicos exarados;
- k) que não conhecia a existência do “esquema dos sanguessugas” e que o intuito dos prefeitos foi dotar seu sistema de saúde de ambulâncias necessárias à demanda da população, tendo sido obrigados a firmar convênios com o Governo Federal, ocasião em que não tinham conhecimento de que estavam sendo enganados;
- l) que não interferiu nas emendas parlamentares e que os recursos repassados foram definidos pelo próprio Ministério da Saúde;
- m) que não há que se falar em superfaturamento, pois a aquisição de ambulância teve como parâmetros os valores definidos e aprovados pelo Ministério da Saúde;
- m) que as irregularidades ocorreram em razão da definição de valores das ambulâncias pelo Ministério da Saúde e pelo monopólio da Planam, única empresa com capacidade para montar ambulâncias;
- n) que a TCE não trouxe parâmetro de valores para subsidiar uma análise comparativa; que não agiu com dolo e que os valores eram liberados com base em estudo técnico do próprio Ministério da Saúde.

9. Com referência à multicitada prescrição, tem-se que essa questão preliminar já se encontra resolvida no âmbito deste Tribunal. Todavia, como a recorrente muito insistiu sobre o assunto, temos que salientar que o STF, nos autos do Mandado de Segurança 26.210-9/DF, pôs um termo final sobre a controvérsia existente no âmbito desta Corte relativa ao prazo de prescrição do direito de cobrança dos valores devidos ao erário. Decidiu o Pretório Excelso pela incidência do disposto no § 5º do artigo 37 da Lei Maior.

10. Posteriormente ao pronunciamento do STF, o Pleno desta Corte de Contas, em sede de incidente de uniformização de jurisprudência (TC-005.378/2000-2), prolatou o Acórdão 2.709/2008-Plenário, de 26.11.2008, deixando deliberado que o artigo 37, §5º da Constituição Federal, abaixo transcrito, conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

"§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."

11. O Ministro Benjamin Zymler, no voto condutor do Acórdão supramencionado, esboçou as considerações que se seguem, *verbis*:

“2. Avalia-se nesta oportunidade a melhor exegese para o § 5º do artigo 37 da Constituição Federal no que tange às ações de ressarcimento decorrentes de prejuízo ao erário. A redação da citada norma constitucional, conforme demonstram os pareceres emitidos nos autos,

proporciona duas interpretações divergentes: a que conclui pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário e a que conclui pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento, da mesma forma como ocorre com a pretensão punitiva.

3. Anteriormente, me perfilei à segunda corrente com espeque na proeminência do Princípio da Segurança Jurídica no ordenamento pátrio. Não obstante, em 4.9.2008, o Supremo Tribunal Federal, cuja competência precípua é a guarda da Constituição, 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 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 (*dormientibus non succurrit ius*)".

4. A temática aqui analisada trata exclusivamente de interpretação de dispositivo constitucional. Considerando que o STF, intérprete maior e guarda da Constituição, já se manifestou no sentido de que a parte final do § 5º do art. 37 da Carta Política determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, não me parece razoável adotar posição diversa na esfera administrativa.

5. Destarte, retifico o meu entendimento e acompanho os posicionamentos do Ministro Marcos Bemquerer Costa e do Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, ora corroborados pelo Supremo Tribunal Federal."

12. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria nos autos do Recurso Especial 1056256/SP (julgamento: 16.12.2008; DJe 4.2.2009), decidiu nos termos da ementa que se segue. Vejamos:

"ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO SEM CERTAME LICITATÓRIO - PRESCRIÇÃO - AFASTAMENTO - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - NÃO-APLICABILIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA - IMPRESCRITIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

4. MÉRITO. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA.

"A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível" (REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, DJe 14.5.2008). Precedente do Pretório Excelso.

Recurso especial provido." (grifei)

13. Feitas essas considerações sobre a questão preliminar da prescrição da ação de ressarcimento de danos ao erário, verifico a inexistência de elementos que possam inovar a situação fática verificada nos presentes autos.

14. Considerando que o recorrente foi citado em razão de débitos oriundos de superfaturamentos na aquisição e na transformação de veículo em Unidade Móvel de Saúde; considerando a constatação de dano ao Erário; considerando que a jurisprudência do TCU, STF e STJ são consonantes no sentido de que a ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional; não há como aceitar as alegações do recorrente de que houve prescrição do direito da Administração ao ressarcimento do prejuízo causado ao erário.

15. Quanto ao mérito, acolho os exames formulados no âmbito da Unidade Técnica, razão pela qual os adoto como minhas razões de decidir. A proposta contou com a anuência do Ministério Público que atua junto a este Tribunal, haja vista que o Recorrente não conseguiu elidir os fundamentos que justificaram as conclusões da deliberação recorrida.

16. O que se vê é que, por meio do recurso em tela, o Recorrente repisa argumentos já rechaçados. Ao buscar demonstrar que os atos imputados como irregulares teriam sido legais, tenta se esquivar de sua responsabilidade como gestor dos recursos federais repassados por intermédio do Convênio nº 1.777/2002.

17. As alegações recursais apresentadas não têm o condão de afastar a responsabilidade do ex-Prefeito, tampouco o débito e a multa que lhe foram imputados, haja vista as graves irregularidades detectadas no procedimento licitatório, em especial o direcionamento dos convites para empresas que, doravante, estaria sendo alvo de investigações na Operação Sanguessuga. Constatou-se que as empresas agiam em conluio com gestores, funcionários públicos, políticos, para fraudar licitações realizadas em decorrência de convênios firmados com o Ministério da Saúde.

18. Importa repisar que além das irregularidades em relação à escolha da empresa contratada, também restaram comprovados superfaturamentos tanto em relação à aquisição de Unidade Móvel de Saúde quanto com referência à transformação da ambulância.

19. As alegações do recorrente de que não houve superfaturamento não procedem, visto que o gestor não poderia ter se pautado única e exclusivamente em parâmetros e valores definidos e aprovados pelo Ministério da Saúde, visto que os preços foram calculados pelo órgão repassador para estabelecer o *quantum* a ser repassado. O parâmetro de valor a ser utilizado na licitação deveria ter sido levantado pelo licitante, de forma a servir como balizador para avaliar a adequação da proposta de cada licitante. Nesse sentido, o gestor tinha que agir com prudência e buscar sempre o menor preço de aquisição no mercado, em observância ao princípio da economicidade insculpido no *caput* do artigo 37 da nossa Carta Magna.

20. Nesse ponto, há que se ter em conta que para se chegar ao valor de superfaturamento, a Unidade Técnica utilizou metodologia de cálculo específica, que comparou os preços de forma clara, lógica, conservadora e consentânea com a realidade de cada local onde se deu o procedimento de aquisição ("Metodologia de Cálculo do Débito", constante da página eletrônica do TCU, cujo seguinte endereço constou do ofício citatório enviado aos responsáveis: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/tce/operacao_sanguessuga/metodologia_calculo_superfaturamento.doc). Os aspectos temporais e de custos foram, outrossim, devidamente considerados na metodologia. Não, é o caso, portanto de se afastar o superfaturamento calculado.

21. É imperioso destacar que quem assina o termo de convênio compromete-se a zelar pela boa e regular aplicação dos recursos repassados e pela litude dos pagamentos deles decorrentes. A obrigação de prestar contas é um princípio basilar de nossa Constituição. Essa conduta também era prevista pelo artigo 7º, inciso XII, alínea "a", da IN STN/MF 01/1997, vigente à época da avença.

22. O prefeito, então, torna-se responsável não só pelo uso do *quantum* repassado, como também pelo adimplemento do objeto conveniado. Essas obrigações não se consubstanciam em mero formalismo, mas na necessidade da comprovação inequívoca de que a aplicação dos recursos foi feita

em observância não só as regras, mas também aos princípios que regem a administração pública, que há nexos entre o desembolso dos recursos federais recebidos e os comprovantes de despesa apresentados e que o objetivo foi plenamente cumprido, com a concessão de igualdade de condições de concorrência e com a economicidade requerida. Essas condições, como demonstrado, não restaram cumpridas, o que implicou responsabilização não só do gestor, como também da empresa que se beneficiou com a percepção a maior do que realmente lhe seria devido.

23. Destarte, o fato de o Ministério da Saúde ter aprovado formalmente a prestação de contas apresentada, em nada interfere na apreciação de mérito proferida pelo TCU, pois a constatação do esquema para fraudar licitações públicas e fazer aquisições com preços superfaturados foi posterior ao exame das contas. Os órgãos de controle, em uma atuação conjunta, agiram, portanto, no sentido de responsabilizar aqueles que direta ou indiretamente participaram dos ajustes que tinham por objetivo tirar proveito financeiro dos convênios firmados no âmbito do Ministério da Saúde.

24. Não se pode perder de vista, ademais, o fato de que o esquema criminoso beneficiou-se das deficiências legais e administrativas que permitiram as ações lesivas ao patrimônio público, ora dolosas, ora culposas. Mas a intenção do agente não é analisada pelo TCU quando da imputação de suas responsabilidades administrativas, bastando que tenha agido com grave infração à norma legal, de forma não justificada, e que lhe fosse exigível conduta diversa. Segundo a denúncia do Ministério Público Federal:

"O "esquema" criminoso agiu de forma linear durante vários anos objetivando a percussão e a apropriação de recursos públicos em larga e profusa escala. Para a execução dos delitos, os integrantes da mencionada organização criminosa monitoravam permanentemente a formalização e a aprovação do Orçamento Geral da União, notadamente as emendas apresentadas individualmente por parlamentares.

Em seguida agiam no sentido de controlar a sua execução orçamentária, interferindo na liquidação de despesas e na prestação de contas dos convênios então formalizados entre a União Federal, municípios e organizações sociais de interesse público. Na etapa intermediária, ou seja, que medeia a aprovação da emenda junto à Comissão Mista do Orçamento, a liquidação de despesas e a prestação de contas, os membros da organização criminosa cuidavam da elaboração de projetos sem os quais não era possível a descentralização dos recursos públicos pelo Ministério da Saúde.

Por último, os seus integrantes manipulavam os processos de licitação visando adjudicar o objeto do convênio em favor de alguma das empresas integrantes do aparato criminoso. Desse modo, toda e qualquer emenda parlamentar "trabalhada" pelo grupo tinha um objetivo certo e incontestável: o favorecimento dos seus integrantes quando da aquisição de unidades móveis de saúde e de equipamentos hospitalares.

O passo seguinte consistia no superfaturamento e/ou na inexecução total ou parcial do objeto contratual, de sorte que os recursos públicos tivessem destino outro que não aquele previsto em lei e ajustado pelas partes contratantes [...].

[...]

É de ver-se, ainda, que a ação da organização criminosa não se limitava na prévia elaboração e defraudação de documentos inerentes à formalização de processos de licitação [...].

[...]

Dessa forma, o "esquema" foi estabelecido de forma circular e retro-alimentante. Atuou na origem da verba federal, logo após a votação do orçamento da União, monitorou a liberação dos recursos, interferiu ilicitamente em todas as fases da licitação e na execução do objeto licitado, controlou os gastos com a aquisição de veículos, equipamentos médicos e hospitalares e distribuiu ilicitamente parte desta verba arrecadada [...].

Isto é, nenhuma etapa de tramitação do processo, político ou burocrático fugiu ao controle da organização criminosa, de modo que foi estabelecido um domínio permanente sobre todo o

fluxo de recursos federais destinado à execução de parcela substancial da política pública de saúde e de outros programas governamentais,"
(excertos da denúncia formulada pelo Ministério Público Federal)

25. Dessa maneira, a CPMI concluiu que não restou caracterizado radical desvio de finalidade - problema comum no restante da administração -, pois o interesse da organização criminosa era, realmente, vender unidades móveis de saúde e equipamentos médico-hospitalares, porém com preços inequivocamente superfaturados e com a entrega de bens diversos dos licitados (desvio de objeto).
26. A Operação Sanguessuga, como visto, veio para comprovar que por traz de uma aparente regularidade em procedimentos licitatórios, editais e contratações, havia um plano formulado em diversas esferas político-administrativas para obter vantagens ilícitas com o uso indevido dos recursos públicos federais. O problema também não foi com as certidões apresentadas pelos licitantes, mas com os direcionamentos para favorecer empresas que participavam da ação criminosa.
27. Nessa linha, o fracionamento nas aquisições foi utilizado como um meio para atingir os fins almejados pelo esquema fraudulento. Foi, por isso, utilizado em diversos municípios para facilitar o direcionamento dos certames às empresas que participavam do esquema, em especial as do Grupo Vedoin, em desconformidade com o que preconiza o artigo 23, § 5º, da Lei 8.666/1993, que 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".
28. Assim, o fracionamento, ao contrário do afirmado pelo gestor, não permitiu o aumento da competitividade, mas que houvesse, deliberadamente, o direcionamento dos convites para que empresas que agiam em conluio com gestores, políticos e servidores públicos, e tinham situação documental regular, pudessem se beneficiar da ação criminosa. Demais disso, não se tratavam de objetos distintos, mas de aquisição de Unidade Móvel de Saúde adaptada para a instalação de equipamentos médico-hospitalares, o que também justificava o não fracionamento.
29. Diante das considerações aqui alinhadas, não há como acatar as alegações recursais trazidas à baila pelo ex-prefeito do Município de Nobres/MT.
30. Finalmente, Conforme destacou a Unidade Técnica, o Acórdão 10.559/2011 – 2ª Câmara incorreu em equívoco, pois as irregularidades descritas nos autos não se referem à omissão no dever de prestar contas, mas sim a dano ao erário (prática de preços superfaturados). Assim, de fato, cabe retificar de ofício a redação do Acórdão 10.559/2011 – 2ª Câmara, alterando-lhe o fundamento para o artigo 16, inciso III, alínea "c", da Lei 8.443/1992.
31. Em razão do exposto, acolho os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao TCU e VOTO por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado, para conhecer o Recurso de Reconsideração, e, no mérito, negar-lhe provimento.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de novembro de 2013.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator