

## VOTO

Este Tribunal firmou entendimento no sentido de que para o conhecimento de embargos de declaração faz-se necessário o atendimento apenas dos chamados requisitos gerais dos recursos, excluindo-se do seu juízo de admissibilidade o exame, ainda que em cognição superficial, da existência de omissão, contradição ou obscuridade na deliberação recorrida.

2. Uma vez constatados o interesse em recorrer, a singularidade, a tempestividade, a legitimidade do recorrente e a adequação do recurso, o Tribunal tem-se manifestado pelo conhecimento dos embargos de declaração opostos às suas deliberações, remetendo a verificação da ocorrência ou não de uma daquelas impropriedades para o seu juízo de mérito.

3. No caso concreto, considerando a alegação de omissão e de contradição no Acórdão nº 1.664/2013-2ª Câmara e o atendimento dos requisitos gerais inerentes aos recursos, manifesto-me pela admissibilidade dos embargos de declaração opostos pelo Sr. Otaviano Olavo Pivetta.

4. Quanto ao mérito, vê-se de pronto que os presentes embargos não têm razão de subsistir, visto que os questionamentos suscitados consistem basicamente em reiteração de alegações já apresentadas pelo recorrente e refutadas por este Tribunal. Transcreverei, a seguir, os principais argumentos oferecidos pelo embargante e, na sequência, aduzirei as razões para o seu não acolhimento.

5. De início, argumenta que a apreciação, por parte desta Corte, das contas de 2002 do Fundo Nacional de Saúde, *“sem que houvesse a realização de qualquer apontamento acerca da existência de superfaturamento no presente convênio, induziu a ocorrência de coisa julgada administrativa.”*

*“(…), a coisa julgada administrativa decorre da necessidade de observância do princípio da segurança jurídica também no âmbito do processo administrativo, e consiste na impossibilidade de revisão de matéria que anteriormente já tenha sido objeto de análise por parte do órgão julgador e da qual não caiba mais recurso administrativo.”*

6. A tese acima foi apresentada anteriormente e examinada por ocasião do recurso de reconsideração. Na oportunidade, o exame técnico promovido pela unidade instrutiva, e que integra o acórdão ora embargado, assim dispôs:

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

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

7. O embargante também argumentou em sua peça exordial que há contradição no acórdão recorrido ao reconhecer a existência de sobrepreço na aquisição da Unidade Móvel de Saúde e não determinar a reanálise das contas do exercício de 2002 da Fundação Nacional de Saúde.

8. Novamente, há tentativa de rediscussão de mérito. A existência do sobrepreço e a metodologia adotada pelo concedente para aprovação das contas foi amplamente debatida tanto no acórdão condenatório quanto por ocasião do exame do recurso de reconsideração. Transcrevo, a seguir, trecho em que o assunto é tratado no acórdão recorrido:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Na esteira do exposto, ainda questionando a metodologia de cálculo adotada por esta Corte, alega o embargante que deixou-se de observar a peculiaridade tributária local, não tendo sido considerado o ICMS recolhido no Estado do Mato Grosso. De igual sorte, esse argumento não socorre o responsável.

10. A propósito, este Colegiado apreciou recentemente argumento idêntico trazido pelo ex-Prefeito de Messias/AL, em sede de embargos opostos em face de sua condenação por superfaturamento na compra e adaptação de veículo a ser utilizado como unidade móvel de saúde. Trata-se, igualmente, de TCE instaurada em consequência da “Operação Sanguessuga” da Polícia Federal.

11. O então prefeito alegou que a incidência do ICMS, com alíquota de 17%, justificaria o custo mais elevado do bem naquele estado. O mesmo argumento, como já dito, é ora apresentado pelo embargante. Naquela oportunidade, o então Relator do Acórdão 668/2013 – 2ª Câmara, Ministro Benjamin Zymler, posicionou-se, no Voto condutor da deliberação, nos seguintes termos:

*“Consoante também já esclarecido em primeira instância, fatores como impostos e frete não podem ser considerados separadamente, pois já estão incluídos nos preços médios de mercado adotados. A metodologia de cálculo do superfaturamento considera os preços finais praticados pelo consumidor, englobando custo, impostos e frete. De toda sorte, o preço referência do caso concreto é o calculado pela FIPE para o Estado de Rondônia, que está situado a uma distância bastante superior em relação aos ‘estados industrializados’ mencionados pelo recorrente”.*

12. Assim, na mesma linha da jurisprudência desta Corte, entendo que o argumento apresentado não é aceitável. Ademais, como já dito, não cabe rediscussão de mérito em sede de embargos, o que resta claro diante do seguinte excerto da peça recursal oferecida pelo embargante:

*“Diante do exposto, requer:*

*(...)*

*b.3) que sejam acolhidos os presentes Embargos, reconhecendo-se a **contradição existente quanto à utilização da metodologia adotada como meio de aferição de sobrepreço, afastando sua aplicação nos autos, uma vez que desconsiderou a alíquota do imposto estadual que incide sobre a comercialização de bens;**”* (grifo nosso).

13. Por último, considero sem fundamento a afirmativa final do embargante de que podem ser consideradas faltas meramente formais a “ausência de pesquisa de preço dos bens adquiridos e a aquisição segmentada da Unidade Móvel de Saúde”. Ao contrário do que pontua o recorrente, trata-se de infringência a dispositivos da Lei 8.666/1993, como a necessidade da devida pesquisa de preços (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993).

14. Ademais, o art. 23, § 5º, da Lei 8.666/1993 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 preços”.

15. Assim, constata-se, sem sombra de dúvida, que a grande maioria dos questionamentos levantados pela embargante envolve o mérito da matéria. Ressalto, no entanto, que tal inconformismo, pelos motivos já explicitados, não se coaduna com a via estreita dos embargos declaratórios.

16. Não há, portanto, contradição a ser sanada nesta oportunidade, razão por que devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos pelo Sr. Otaviano Olavo Pivetta.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de junho de 2014.

JOSÉ JORGE  
Relator