

TC 008.827/2010-9

Apenso: TC 016.905/2005-8

Tipo: Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu/RJ.

Recorrente: Mário Pereira Marques Filho (CPF 099.294.527-53).

Advogado: Ricardo Borges de Menezes (OAB/RJ 70.282), procuração à peça 84, p.1.

Interessado em sustentação oral: Não há.

Sumário: Representação convertida em Tomada de Contas Especial. “Operação Sanguessuga” Contas irregulares. Débito. Multa. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Preliminares. Tribunal de Contas da União é competente para julgar processo de TCE envolvendo a aplicação de recursos públicos federais. Inexistência de infringência ao princípio federativo. Ausência de prescrição. Não cabe ao TCU promover a produção de provas de interesse do responsável. Não se confundem os institutos do vínculo de solidariedade previsto na LOTCU e a formação litisconsorcial necessária oriunda do CPC. Gestor municipal atrai para si a responsabilidade sobre eventuais superfaturamentos constatados ao homologar a licitação e exercer a supervisão sobre a escolha da empresa contratada. Inexistência de quaisquer situações que caracterizem *error in procedendo*. Não provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Mário Pereira Marques Filho, ex-Prefeito de Nova Iguaçu/RJ (peça 85) contra o Acórdão 7.309/2013-TCU-Segunda Câmara (peça 50).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (itens em negrito correspondem ao reconhecimento de efeito suspensivo recursal):

9.1. rejeitar as alegações de defesa e as razões de justificativa apresentadas pelo responsável Mário Pereira Marques Filho, então Prefeito do Município de Nova Iguaçu/RJ;

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Klass Comércio e Representação Ltda.;

9.3. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas do responsável Mário Pereira Marques Filho;

9.4. condenar solidariamente os responsáveis Mário Pereira Marques Filho, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Klass Comércio e Representação Ltda. ao pagamento do débito no valor original de R\$ 59.010,54 (cinquenta e nove mil e dez reais e cinquenta e quatro centavos), a partir de 29/11/2002, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Fundo Nacional de Saúde – FNS, nos termos do art. 23, inciso III, alínea a, da Lei Orgânica do TCU c/c o art. 214, inciso III, alínea a, de seu Regimento Interno, acrescida da atualização monetária e dos juros de mora, a contar da data especificada até o dia do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. aplicar aos responsáveis Mário Pereira Marques Filho, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Klass Comércio e Representação Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos valores individuais de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem perante o Tribunal (art. 23, inciso III, alínea a, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 214, inciso III, alínea a, do RI/TCU) o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente, a contar da data deste Acórdão até a data do efetivo recolhimento, caso não seja paga no prazo estabelecido, na forma da legislação em vigor;

9.6. autorizar, desde logo, o pagamento parcelado das importâncias devidas em até 36 (trinta e seis) parcelas, nos termos do art. 217 do RI/TCU, alterado pela Resolução-TCU 246, de 30 de novembro de 2011;

9.7. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.8. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, para adoção das medidas que entender cabíveis, com base no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, considerando haver indícios de prejuízo aos cofres do Município de Nova Iguaçu/RJ, ao Fundo Nacional de Saúde – FNS, ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus e à Secretaria Executiva da Controladoria-Geral da União da Presidência da República – CGU/PR.

HISTÓRICO

2. Trata-se de representação convertida posteriormente em Tomada de Contas Especial, por meio do Acórdão 2.45/2007-TCU-Plenário, que dentre outras medidas, determinou ao Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde (Denasus) e à Controladoria Geral da União (CGU) o encaminhamento dos resultados das auditorias diretamente a este Tribunal para que fossem abertos os respectivos processos de TCE's sempre que houvesse a ocorrência de dano ao Erário decorrente de aquisição e de reformas de unidades móveis de saúde (UMS) com a utilização de recursos federais e cujas ocorrências que se deram no âmbito da "Operação Sanguessuga" deflagrada pela Polícia Federal. Nessa operação foi investigado esquema de fraude e corrupção na execução de convênios do Fundo Nacional de Saúde (FNS) em âmbito nacional (peça 22, p. 10-16).

2.1. Ao receber elementos daqueles órgãos, a 4ª Secretaria de Controle Externo deste Tribunal (4ª Secex/TCU) promoveu, dentre outras medidas, a citação solidária dos envolvidos em face das seguintes irregularidades (peça 22, p. 18-20):

a) superfaturamento na aquisição de veículo e sua transformação em unidade móvel de saúde, com fornecimento de equipamentos, objeto da Tomada de Preços 80/2002 com recursos

recebidos por força do Convênio 1380/2001 (Siafi 432310), firmado entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu/RJ (Placa JZN 4852);

b) superfaturamento na aquisição de veículo e sua transformação em unidade móvel de saúde, com fornecimento de equipamentos, objeto da Tomada de Preços 80/2002 com recursos recebidos por força do Convênio 1380/2001 (Siafi 432310), firmado entre o Ministério da Saúde e o(a) Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu/RJ (Placa LUW 1983);

c) superfaturamento na aquisição de veículo e sua transformação em unidade móvel de saúde, com fornecimento de equipamentos, objeto da Tomada de Preços 80/2002 com recursos recebidos por força do Convênio 1380/2001 (Siafi 432310), firmado entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu/RJ (Placa LBB 7782); e

d) superfaturamento na aquisição de veículo e sua transformação em unidade móvel de saúde, com fornecimento de equipamentos, objeto da Tomada de Preços 80/2002 com recursos recebidos por força do Convênio 1380/2001 (Siafi 432310), firmado entre o Ministério da Saúde e a Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu/RJ (Placa: LBB 7772).

2.2. Citado (peças 30 e 36), o ex-prefeito de Nova Iguaçu/RJ apresentou alegações de defesa (peça 37) as quais foram analisadas pela unidade técnica de origem que rejeitou todos seus argumentos, conforme instrução às peças 39 e 40. Sobrevieram, posteriormente, as alegações de defesa apresentadas pelos demais responsáveis solidários, Luiz Antônio Trevisan e Klass Comércio e Representação Ltda., as quais também foram rejeitadas (peça 47).

2.3. Em 26/11/2013, foi prolatado o acórdão, ora recorrido (peça 50) nos termos assinalados no subitem 1.1 deste Exame. Irresignado com esse julgado, o responsável, ora recorrente, apresenta recurso de reconsideração limitando-se à apresentação de preliminares as quais se passa a analisar.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido nas peças 86 e 87 em que se propõe o conhecimento do recurso e a concessão de efeito suspensivo aos itens 9.3, 9.4, 9.5 e 9.7 do acórdão recorrido. Por meio de despacho (peça 89), aquele exame foi ratificado pelo relator do recurso, Ministro José Jorge.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente exame analisar, no âmbito das ocorrências atinentes à “Operação Sanguessuga” da Polícia Federal, as seguintes preliminares:

a) se o Tribunal de Contas da União é o órgão de controle competente para promover o julgamento do gestor municipal, em razão de sua pessoa e da matéria discutida;

b) se incide prescrição sobre o débito ou ao valor da multa imputados ao gestor municipal;

c) se houve cerceamento de defesa;

d) se há nulidade do acórdão recorrido em face da formação incompleta do pólo passivo; e

e) se há ilegitimidade passiva do gestor municipal em face de suas atribuições funcionais e das irregularidades constatadas nos âmbitos dos procedimentos licitatórios realizados.

5. Competência do Tribunal de Contas da União

5.1. De início, o recorrente argumenta que carece competência a este Tribunal julgar suas ações no que tange aos recursos por ele geridos e que acabaram por originar os débitos em discussão, asseverando que (peça 85, p. 3-5):

a) o TCU não tem competência para a responsabilização de ex-prefeitos municipais uma vez que o julgamento de suas contas é atribuição das respectivas câmaras municipais, após parecer do tribunal de contas estadual;

b) suas contas, referentes aos exercícios de 2002, 2003 e 2004, foram aprovadas pela Câmara Municipal de Nova Iguaçu/RJ;

c) o desmembramento de julgamento entre as diversas entidades federativas (federal, estadual e municipal) infringe o princípio federativo constitucional; e

d) tal argumento não foi apreciado no acórdão recorrido, o que torna esse julgado ausente de fundamentação e vulnera o princípio do devido processo legal.

5.2. De outro lado, a unidade técnica de origem asseverou, em síntese, que este Tribunal é competente para julgar a regularidade na aplicação dos recursos quando a origem deles é federal por decorrência do disposto no art. 70 da Constituição Federal e pelo fato de que o julgamento da presente TCE não se caracteriza como rejuízo das contas municipais, posto que seus objetos são distintos (peça 39, p. 3-4).

Análise:

5.3. Não assiste razão à preliminar invocada recorrente ressaltando-se que o que está em julgamento são débitos apurados em processo de tomada de contas especial neste Tribunal, cujas receitas originais são de natureza federal, e não, frise-se, estadual ou municipal.

5.4. Primeiramente, em relação à pessoa do recorrente, na qualidade de ex-prefeito municipal de Foz do Iguaçu, há que se esclarecer que sua linha de argumentação seria válida se o que estivesse em discussão fosse a prestação de contas daquele município em determinado exercício financeiro, nos termos do disposto no art. 31 da Constituição Federal, em especial, o contido em seu § 2º. Dessa forma, como o presente caso concreto não se refere à emissão de parecer prévio sobre o processo de tomada de contas ordinárias do Município de Foz de Iguaçu/RJ, não há que se falar em vício de competência em razão da pessoa.

5.5. Também não há que se falar em na ocorrência de vício em razão da matéria, pois, no âmbito das constatações da “Operação Sanguessuga” da Polícia Federal, não existe qualquer controvérsia instaurada sobre a origem dos recursos referente ao Convênio 1.380/2001, sabidamente, federal. Nesse espeque, o posicionamento deste TCU é firme no sentido de que Compete, privativamente, ao TCU julgar as contas de qualquer pessoa física ou jurídica, que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, decidindo sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas dele decorrentes (Acórdãos 240/2009-TCU-Plenário, 654/2009-TCU-Segunda Câmara, 3.181/2012-TCU-Segunda Câmara), sempre que essas ocorrências, por óbvio, envolverem aplicação de recursos federais.

5.6. Ainda sobre essa questão, importa transcrever excerto de voto do Acórdão 3.623/2007-TCU-Primeira, que delimita a competência deste Tribunal, em face de outros órgãos de controle:

(...)

A aprovação das contas do município pela Câmara dos Vereadores corresponde ao controle externo exercido pelo Poder Legislativo Municipal com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, consoante o art. 31, parágrafo 1o, da Constituição Federal de 1988, e não envolve a verificação da regularidade e a análise da prestação de contas dos recursos federais repassados

por meio de convênios, os quais são atribuições do Tribunal de Contas da União, na função constitucional de auxiliar do Congresso Nacional, no exercício do controle externo, de acordo com o art. 71, inciso VI, da Magna Carta, c/c o art. 5o, inciso VII, da Lei 8.443/1992. Dessa forma, a aprovação das contas do município pelo legislativo local não implica aprovação das contas dos recursos federais repassados por meio de convênio, por faltar àquele órgão legislativo competência constitucional para o exercício de tal função.

(...)

A simples leitura da Lei Orgânica desta Corte, aliada aos mandamentos constitucionais, não deixa dúvidas sobre a atribuição do TCU de julgar as tomadas de contas especial devidamente instauradas. Não se pode confundir o julgamento da gestão do prefeito municipal, a cargo da câmara municipal, com a gestão dos recursos federais repassados por meio de convênio. Ao Tribunal compete, ao contrário do defendido pelo recorrente, julgar e, se for o caso, apenar os responsáveis pela malversação dos recursos federais, seja na esfera municipal, estadual ou federal.

5.7. Dessa forma, inexistente qualquer infringência ao princípio federativo republicano, pois não foram desrespeitados a autonomia municipal, ao tempo em que o recorrente era seu representante legal, e não foi promovida nenhuma interferência indevida quanto à composição política dos entes federativos aqui envolvidos, quais sejam União Federal e Município de Foz de Iguaçu/RJ.

6. Prescrição do débito e da multa

6.1. O então gestor municipal assevera que restam prescritas as condenações a ele imputadas asseverando que (peça 85, p. 5-6):

a) as anulações de atos administrativos (no caso, as homologações licitatórias) têm prazos fixados na Lei 9.784/1999 e estão adstritos a cinco anos, prazo esse que já se encontra esgotado; e

b) dessa forma, resta superado o objeto da presente TCE, impondo-se seu arquivamento. Importa assinalar que esse ponto, também não foi enfrentado pelo acórdão recorrido, salientando-se que não são aplicáveis a legislação civil mencionada no acórdão recorrido dado ao seu caráter geral e estrito às relações de direito privado.

6.2. Sobre essa questão, a unidade técnica de origem também se posicionou contrariamente, alegando, basicamente, que já resta pacificado na jurisprudência deste Tribunal que os débitos decorrentes de dano ao Erário são imprescritíveis em virtude de interpretação do disposto na parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal (peça 39, p. 4).

Análise:

6.3. Essa tese não pode prosperar.

6.4. Em consonância com que a unidade técnica de origem, quanto à alegação de prescrição/decadência das parcelas de débito imputadas ao recorrente, há que ser aplicado o entendimento já pacificado neste Tribunal, em sede de incidente de uniformização de jurisprudência (Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário) no sentido de que “as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007” [redação: “Salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, nos termos do art. 1º, § 1º.”].

6.5. Importa assinalar que a mencionada instrução normativa foi revogada pela IN TCU 71/2012, cuja atual norma sucessora corresponde ao inciso II do art. 6º, *verbis*:

Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

I - valor do débito atualizado monetariamente for inferior a R\$ 75.000,00;

II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

6.6. Tendo em vista que o transcurso de tempo entre os débitos apurados, idos de 29/11/2002 (conforme consta no ofício citatório do recorrente, peça 30), e a data da citação do recorrente, 28/5/2012 (AR à peça 36), ser inferior a dez anos, não há razão para a instauração da presente TCE seja dispensada, seja pela disposto na IN/TCU 56/2007 (revogada), seja na IN/TCU 71/2012 (vigente). Registre-se, ademais, que tal dispensa deveria ser determinada pelo TCU, conforme se verifica expressamente no *caput* do artigo supra transcrito, situação que não se verifica no caso concreto.

6.7. Dessa forma, não há que falar em desconstituição dos débitos por incidência de eventual dispensa da instauração de TCE. Já em relação às sanções previstas na Lei 8.443/1992, a prescrição da pretensão punitiva é matéria ainda não pacificada no Tribunal. Há teses favoráveis: a) à imprescritibilidade, até que sobrevenha lei específica, b) à prescrição baseada no Código Civil e c) à prescrição quinquenal prevista em várias normas de direito público.

6.8. O tema está em discussão no TC 007.822/2005-4, com votos divergentes já proferidos. Enquanto não for firmada uma orientação a respeito, considera-se apropriado examinar a matéria sob as três óticas.

6.9. Em se adotando a tese da imprescritibilidade enquanto não editada lei específica (conforme voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues no TC 021.540/2010-1), é de se concluir que a multa em exame foi validamente aplicada, não sendo pertinente o exame dos prazos em que se deu o exercício do poder punitivo pelo TCU.

6.10. Por outro lado, caso se adote o regime prescricional previsto no Código Civil, segundo entendimento tradicional do TCU, observa-se que igualmente seria possível aplicar a sanção, por não se ter esgotado o prazo prescricional. Com efeito, a irregularidade ensejadora da multa (superfaturamentos em aquisições e adaptações em UMS) ocorreu em 29/11/2002 (peça 22, p. 12-15). A pretensão punitiva estaria prescrita em 28/11/2012, observando-se o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil. Antes dessa data, porém, foi promovida a citação do responsável, ocorrida em 18/05/2012 (AR de peça 36). Com a citação, o prazo prescricional foi interrompido (CPC, art. 219), reiniciando nova contagem, que estaria encerrada em 17/05/2022. A aplicação da multa ocorreu antes desse termo, haja vista que o acórdão sancionador foi proferido em 26/11/2013 (peça 50).

6.11. Por fim, cumpre analisar a incidência da prescrição quinquenal. A matéria foi debatida em representação formulada pela Consultoria Jurídica deste Tribunal, apreciada pelo Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário. Embora a representação não tenha sido conhecida, por falta de requisitos de admissibilidade, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, deixou consignado no voto seu entendimento a respeito, assim sintetizado:

a) é de cinco anos o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em sua Lei Orgânica, por semelhança ao que dispõem diversas normas de direito público;

b) o termo inicial para a contagem do prazo deve ser a data em que os fatos tidos como irregulares tornaram-se conhecidos por este Tribunal, por analogia à Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa);

c) a contagem do prazo interrompe-se com a citação ou audiência válidas, nos termos do art. 219 do CPC.

6.12. Adotando-se essa orientação, observa-se que a prescrição quinquenal não se operou no caso em exame. Como os fatos tidos por irregulares somente foram conhecidos pelo Tribunal em 31/3/2010, com a autuação do presente processo (peça 1, p. 1), a prescrição ocorreria em 30/3/2015. A sanção, como dito, foi aplicada em 26/11/2013, antes desse termo.

6.13. Do exposto, conclui-se pela subsistência da multa aplicada, já que não se operou a prescrição por nenhuma das correntes analisadas.

7. Cerceamento de defesa

7.1. O recorrente prossegue alegando a nulidade do acórdão recorrente, pois houve cerceamento de sua defesa ante o não deferimento de produção de provas nos termos por ele requeridos, expondo o que se segue (peça 85, p. 6):

Cabe observar que o ora embargante - em sua peça de defesa - requereu a produção de provas suplementares, inclusive documental e pericial, para a demonstração do inexistente superfaturamento na situação objeto deste processado.

No entanto, fora arbitrariamente suprimido o direito de defesa do ora acusado, com o que foralhe imposto direto cerceamento do direito ao contraditório e ampla defesa, conquanto expressamente consagrados pela cláusula constitucional do devido processo legal.

Análise:

7.2. Também não assiste razão ao recorrente.

7.3. Preliminarmente, há que se ressaltar que a juntada de provas documentais prescinde de requerimento prévio da parte interessada nos termos do art. 160 do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), *verbis*:

Art. 160. As alegações de defesa e as razões de justificativa serão admitidas dentro do prazo determinado na citação ou na audiência.

§ 1º Desde a constituição do processo até o término da etapa de instrução, é facultada à parte a juntada de documentos novos.

§ 2º Considera-se terminada a etapa de instrução do processo no momento em que o titular da unidade técnica emitir seu parecer conclusivo, sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 157.

§ 3º O disposto no § 1º não prejudica o direito da parte de distribuir, após a inclusão do processo em pauta, memorial aos ministros, ministros-substitutos e ao representante do Ministério Público.

7.4. Em relação à alegação de cerceamento de defesa do recorrente em face de não lhe ter sido chancelada a produção de prova pericial, já resta pacificado no âmbito deste Tribunal o entendimento de que não encontra amparo a solicitação para que o TCU realize procedimento fiscalizatório, com vistas à produção de provas que são da exclusiva alçada do responsável, vez que é deste o ônus de provar a boa e regular aplicação dos recursos públicos federais repassados (Acórdãos 4.879/2010-TCU-Primeira Câmara, 4.048/2011-TCU-Segunda Câmara, 2.887/2012-TCU-Primeira Câmara).

7.5. Em que pese o caso concreto, a seguir mencionado, não ser de requisição de produção pericial, entende-se que se aplica o mesmo entendimento contido no voto condutor do Acórdão

5.516/2010-TCU-Segunda Câmara, onde o Supremo Tribunal Federal não reconheceu nenhuma nulidade decorrente de cerceamento de defesa quando, na processualística deste Tribunal, não dá seguimento em pedido que se insere na faculdade processual de produção de provas que seja de interesse do responsável, nos seguintes termos:

(...)

6. A solicitação para que o TCU diligencie à Prefeitura Municipal de Cachoeira do Pajeú/MG a fim de requisitar o envio da prestação de contas atinente aos repasses efetuados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome para o Programa Agente Jovem no exercício de 2003, também não encontra guarida, uma vez que é consolidado nesta Corte de Contas o entendimento de que cabe ao gestor o ônus de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos federais transferidos por intermédio de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

7. A esse respeito, cumpre destacar que a legislação que dá respaldo a esse entendimento. O art. 70, parágrafo único, da CF/88, bem assim o art. 93 do Decreto-lei nº 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, estabelecem que compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao gestor o ônus da prova.

8. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, firmou jurisprudência nesse mesmo sentido, conforme se verifica nos Acórdãos nºs 903/2007 - 1ª Câmara; 1.445/2007 - 2ª Câmara; 1.656/2006 - Plenário. No ano em curso a jurisprudência foi retratada nos Acórdãos nºs 346 e 2799 - 2ª Câmara, dentre muitos outros. Há, no presente caso, clara tentativa de inversão do ônus da prova em favor do defendente, o que não é cabível.

9. O Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento contido na legislação e na jurisprudência do TCU em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa da deliberação transcrevo linhas abaixo.

‘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)

8. Formação insuficiente do pólo passivo da TCE

8.1. O recorrente afirma que era necessário para a validade de seu julgamento a citação dos demais responsáveis que concorreram para o cometimento das irregularidades asseverando que (peça 85, p. 7-10):

a) as operações relativas aos ditos “sanguessugas” da Polícia Federal envolviam parlamentares, funcionários e autoridades públicas federais [listagem exemplificativa na peça 85, p. 10]. Não foi o recorrente que deu causa originária às irregularidades do convênio em discussão;

b) não se pode proceder, exclusivamente, à condenação do recorrente dado o relato sobre as apurações da sobredita operação;

c) além disso, quanto às demais irregularidades constatadas nas licitações, a responsabilidade deve recair sobre os membros da então comissão permanente de licitação de Nova Iguaçu/RJ;

d) houve reconhecimento no acórdão recorrido de procedimentos irregulares cometidos por servidores do Ministério da Saúde, a exemplo das estimativas de preços máximos, sem que tenha havido a oitiva dos mesmos. Além disso, ainda produziram relatórios de auditoria posteriores corroborando a compatibilidade de preços, o que reforça a presunção de legitimidade e economicidade dos preços contratados pela municipalidade; e

e) assim sendo, inexistente má-fé do recorrente e a respectiva comprovação pessoal dessa ocorrência no acórdão recorrido.

8.2. Nesse ponto, a unidade técnica de origem, não acolheu essa tese tendo em vista que todos os atos irregulares se deram no período de gestão dos recursos transferidos e que os demais responsáveis já teriam sido apenados com aplicação de multas, ou conforme responsabilização residual, nos seguintes termos (peça 39, p. 5):

4.15. A respeito da inclusão de novos responsáveis nesta TCE, na forma requerida pela defesa, entende-se que tal propositura é desnecessária e infundada, tendo em vista que as irregularidades apuradas nestes autos, envolvendo a execução do Convênio 1380/2001 (Siafi 432310), foram praticadas no âmbito da Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu/RJ, após o repasse dos recursos pelo Ministério da Saúde, por meio das Ordens Bancárias 2002OB403847 e 2002OB405637 (peça 1, p.11), a saber: a) ausência de pesquisa de preços de mercado; b) ausência de publicação do edital no Diário Oficial do Estado, bem como em jornal de grande circulação; c) superfaturamento verificado na aquisição das quatro UMS.

4.16. Assim, a autoridade responsável perante a União em realizar e comprovar a boa e regular aplicação dos recursos federais repassados ao município era o seu representante legal (Sr. Mário Pereira Marques Filho), sucessor do signatário do convênio (Sr. Nelson Roberto Bornier de Oliveira), ou seja, o defendente. Esse foi o posicionamento do TCU ao analisar caso semelhante em outro processo oriundo da Operação Sanguessuga, conforme as seguintes palavras do Ministro Relator (Acórdão 1.782/2012-TCU-2ª Câmara):

Em sua defesa, o ex-prefeito alega, em suma, que:

a) não teria participado do procedimento licitatório, sendo responsável apenas pela assinatura do convênio.

O argumento não pode prosperar, visto que perante a União tornou-se responsável pela gestão dos recursos públicos federais transferidos. Ademais, foi ele próprio quem homologou as licitações.

4.17. Ainda com relação ao pedido da defesa, de que as autoridades federais que aprovaram a estimativa de custos para a aquisição das UMS sejam incluídas como responsáveis nesta TCE, cabe assinalar que os referidos servidores, diferentemente do defendente, não eram responsáveis pela gestão dos recursos do convênio. Ressalta-se que eles já foram apenados com multa pelas ações e omissões desidiosas nas celebrações dos convênios (precedente: Acórdão 928/2012-TCU-2ª Câmara). No que tange aos demais servidores municipais, as deliberações desta Corte de Contas são no sentido de que a responsabilidade da comissão de licitação aparece de forma residual e em nada aproveitaria ao então prefeito (precedentes: Acórdão 1.295/2011-TCU-2ª Câmara e Acórdão 11.160/2011-TCU-2ª Câmara).

Análise:

8.3. Não assiste razão àquele ex-gestor municipal.

8.4. É importante assinalar, inicialmente, que a eventual aplicabilidade do instituto da formação litisconsorcial necessária (art. 47 do Código de Processo Civil), conforme pretendido pelo recorrente, não tem amparo, nem legal e nem regimental, nos processos em trâmite no TCU. Aliás, a aplicabilidade da legislação adjetiva civil está prevista regimentalmente apenas de forma subsidiária e desde que compatível com as disposições da Lei 8.443/1992 (art. 298 do RI/TCU).

8.5. Com razão os argumentos lançados pela unidade técnica de origem que, em síntese, asseverou que o recorrente (subitem 8.2 deste Exame): incorreu em irregularidades administrativas no âmbito do processo licitatório referente ao convênio em discussão; concretizou quatro superfaturamentos na aquisição de quatro UMS em sua gestão municipal, homologou as sobreditas licitações (peça 15, p. 38). Portanto, está devidamente configurada sua responsabilidade pessoal sobre as irregularidades que fundamentaram sua condenação.

8.6. Verifica-se, por fim, que a citação e a conseqüente formação do rol de responsáveis (realizada com base na alínea “b” do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992) foi feita de forma adequada com os elementos de convicção disponíveis acerca do responsáveis solidários pelas irregularidades, quais sejam o gestor municipal ora recorrente, a empresa fornecedora e seu proprietário, devendo haver observância ao seu principal critério constitutivo, qual seja a necessária motivação a qual resta demonstrada, conforme lançamentos efetuados pela unidade técnica de origem (peça 22). Dito por outras palavras, o não chamamento de eventual responsável ante a inexistência de evidências conclusivas contra ele, não invalida a citação dos responsáveis devidamente chamados, tendo em vista a pré-falada inexistência da figura do litisconsórcio necessário no âmbito deste Tribunal.

9. Ilegitimidade passiva do gestor municipal

9.1. Em sua última preliminar, o recorrente assevera que carece de legitimidade para figurar na presente TCE (peça 85, p. 10-15) uma vez que:

a) seus encargos municipais envolvem a direção superior e a coordenação política municipais, não sendo razoável exigir-lhe a prática de atos administrativos e burocráticos, ordinariamente reservados a subalternos, em especial, a comissão permanente de licitação, constituída, inclusive, antes do início da gestão do recorrente. Ademais, “em nenhum momento seria possível notar decisão ou escolha por este ou aquele licitante”;

b) inexistem os vícios de legalidade apontados e o débito a ele imputado, em especial quanto à publicação dos editais referentes à Tomada de Preços 80/2002 que foi regularmente noticiada em meios de grande circulação. Já em relação à ausência de estimativa de preços, tal imputação deveria recair sobre o prefeito antecessor, Nelson Bornier, acrescentando-se que o próprio Ministério da Saúde ratificou os valores orçados;

c) há que se indagar:

(...)

Como se pode, decorrido 10 (dez) anos após – sem a intimação ou citação de todos quantos atestaram a pertinência e adequação dos valores para a aquisição das unidades móveis de saúde – pretender eleger o ora citado como único responsável, no plano governamental, por desvios decorrentes de sobrepreço na aquisição de unidades móveis de saúde? (grifos suprimidos); e

d) o acórdão padece do dever de razoabilidade, impessoalidade, coerência, moralidade administrativa e mesmo legalidade dos atos administrativos.

9.2. Em derradeiro exame, a unidade técnica de origem também enfrentou esse argumento asseverando, em resumo, que (peça 39, p. 6-8):

a) pelo fato do responsável ter homologado a licitação atraiu para si a responsabilidade de supervisão sobre todo o processo, em especial, sobre a escolha da empresa fornecedora das quatro UMS;

b) caberia àquele gestor verificar a legalidade dos atos praticados na licitação (em especial, pesquisa de preços, publicidade do certame e eventual superfaturamento), bem como a conveniência da contratação;

c) existem precedentes que autorizam a responsabilização dos agentes políticos municipais desde que pratique atos administrativos relacionados com a execução da avença, aplicável ao presente caso concreto;

d) quanto aos preços informados pelo Ministério da Saúde e alegados pelo recorrente em seu proveito, não se pode acolher tal argumentos porque à época não existia metodologia adequada para avaliação dos custos dos veículos, adaptações e equipamentos, importando salientar que este Tribunal não está obrigado a julgar com base em eventuais entendimentos de outros órgãos públicos;

e) ademais, o levantamento efetuado por aquele ministério é mero parâmetro indicativo, não suprimindo a exigência legal da Lei de Licitações; e

f) o levantamento do débito foi realizado utilizando ampla pesquisa de mercado com base em parâmetros conservadores e de forma sistematizada por parte deste Tribunal.

Análise:

9.3. Essa tese também não pode prosperar, ratificando-se o exame da unidade técnica de origem lançada no subitem anterior.

9.4. Em acréscimo, há que se mencionar que a amplitude do objeto referente à aplicação dos recursos do Convênio 1.380/2001 envolvia a aquisição de duas ambulâncias e dois ônibus médico-odontológicos sendo que os recursos liberados somaram quantia superior a R\$ 290 mil a preços do ano de 2002 (peça 1, p. 9-34). Enfim, havia materialidade na execução daquela despesa.

9.5. Não se pode admitir que tais aquisições eram do dia a dia da rotina burocrática do Município de Nova Iguaçu/RJ, até porque a população passaria a contar que um incremento importante de atendimento móvel na área de saúde. Ou seja, havia impacto social na área de saúde daquela localidade.

9.6. Dessa forma, reitera-se a análise lançada no subitem 8.6 deste Exame para afastar o primeiro argumento do recorrente.

9.7. O recorrente alega, ainda, que foi dada a devida publicidade aos procedimentos licitatórios realizados, porém, não trouxe as devidas provas sobre essa alegação e, ainda que tais elementos viessem aos autos, essa irregularidade não tem o condão de promover o saneamento dos autos em relação aos superfaturamentos constatados.

9.8. Quanto à alegação sobre a pesquisa de preços ser de responsabilidade do prefeito anterior a sua gestão, pesa sobre sua conduta o fato de ele ter homologado o procedimento licitatório em questão, motivo pelo qual estava sob seu alvitre sanear, tempestivamente os autos. Assim sendo, era exigido do recorrente, à época dos fatos, conduta diversa optando por assumir os riscos dela advindos e que são objeto da presente TCE.

9.9. Por fim, o núcleo principal das irregularidades tratado nestes autos foram os superfaturamentos ocorridos nas aquisições de quatro UMS. E sobre isso o recorrente não apresentou nenhum fato modificativo, extintivo ou impeditivo sobre aquela imputação, motivo pelo qual não se qualquer hipótese para que não seja reconhecida a legitimidade do recorrente para figurar neste processo.

CONCLUSÃO

10. Das análises anteriores conclui-se que:



a) o TCU detém competência constitucional para o julgamento de processos de tomada de contas especial decorrente de dano ao Erário envolvendo a aplicação de recursos de natureza federal, não se verificando infringência ao princípio constitucional federativo;

b) não há que se falar em prescrição do débito ou da aplicação da multa quando, por nenhuma corrente de posicionamento, foi exaurido o prazo decenal (previsto no novo Código Civil) ou quinquenal (previstos em diversos outros normativos da legislação administrativa);

c) à míngua da existência de norma expressamente prevista na Lei Orgânica do TCU, não compete ao TCU proceder à realização de prova pericial a requerimento do interessado;

d) de idêntica forma, a não inclusão de outros agentes cujas responsabilidades individuais não tenham sido apuradas não tem o condão de tornar nulo o julgamento de grupo de responsáveis solidários cuja formação do rol foi feita com base na alínea “b” do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992, vez que inexistente o instituto da formação litisconsorcial necessária (art. 47 do CPC) no âmbito deste Tribunal; e

e) o núcleo da legitimidade do recorrente para figurar na presente TCE é o débito apurado e que foi decorrente de gastos superfaturados na aquisição de quatro UMS, sendo igualmente legítima a responsabilização do gestor municipal por condutas relativas aos procedimentos licitatórios que ele homologou.

10.1. Com base nessas conclusões, propõe-se que o recurso não deva ser provido, posto que inexistem quaisquer preliminares de mérito capazes de tornar insubsistente o acórdão recorrido e que o recorrente, em relação aos elementos constitutivos dos débitos apurados, não apresentou quaisquer novos argumentos, de fato ou de direito, aptos a mitigar o valor do débito ou a multa lhe aplicada.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Ante o exposto, propõe-se, com base nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer o recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar ciência ao recorrente, aos demais responsáveis solidários, à Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS e à Secretaria Executiva da Controladoria-Geral da União da Presidência da República do acórdão que vier a ser proferido.

TCU/Secretaria de Recursos/1ª Diretoria,
em 3/10/2014.

Ricardo Luiz Rocha Cubas

Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 3149-6

(Assinado Eletronicamente)