

GRUPO I – CLASSE I – 2ª CÂMARA

TC 020.468/2009-0

Apensos: TC 014.415/2004-0 e TC 019.398/2013-1.

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

Unidade: Município de Rio Branco/AC.

Recorrente: Darci Rogério do Vale (CPF 021.903.032-49).

Interessado: Ministério da Saúde.

Advogado: não há.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. CONVÊNIO. AQUISIÇÃO DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE. IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DA LICITAÇÃO E SUPERFATURAMENTO. AUDIÊNCIA E CITAÇÃO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO E MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Transcrevo a instrução elaborada pelo auditor federal de controle externo da Secretaria de Recursos – Serur (peça 110), com a qual se manifestaram de acordo o dirigente daquela unidade (peça 111) e o representante do Ministério Público junto ao TCU – MPTCU (peça 114).

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Darci Rogério do Vale, em razão de inconformismo com o Acórdão 708/2013 (peça 4, p. 90-91), mantido em seus exatos termos pelo Acórdão 3032/2013 (peça 44), ambos proferidos pela 2ª Câmara.

1.1 A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. excluir dos presentes autos a responsabilidade do Sr. Flaviano Flávio Baptista de Melo;

9.2. considerar revéis, para todos os efeitos, a empresa Santa Maria Comércio e Representações Ltda. e os responsáveis Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Francisca Eurenilda Nogueira da Silva, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.3. rejeitar as alegações de defesa e as razões de justificativa interpostas pelo responsável José Raimundo Barroso Bestene;

9.4. rejeitar as razões de justificativa interpostas pelos responsáveis Darci Rogério do Vale e Oscar de Souza Lima;

9.5. 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 José Raimundo Barroso Bestene, então Secretário Municipal de Saúde de Rio Branco/AC;

9.6. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea b, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas dos responsáveis Francisca Eurenilda Nogueira da Silva, Darci Rogério do Vale e Oscar de Souza Lima, então membros da Comissão Permanente de Licitação;

9.7. condenar solidariamente os responsáveis José Raimundo Barroso Bestene, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e a empresa Santa Maria Comércio e Representações Ltda. ao pagamento do débito no valor original de R\$ 47.675,47 (quarenta e sete mil seiscentos e setenta e cinco reais e quarenta e sete centavos) a partir de 1/3/2002, 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;

9.8. aplicar aos responsáveis José Raimundo Barroso Bestene, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e à empresa Santa Maria Comércio e Representações Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 8.000,00 (oito 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 sejam pagas no prazo estabelecido, na forma da legislação em vigor;

9.9. aplicar aos responsáveis Francisca Eurenilda Nogueira da Silva, Darci Rogério do Vale e Oscar de Souza Lima a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 3.000,00 (três 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 sejam pagas no prazo estabelecido, na forma da legislação em vigor.’

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 5.073 (peça 1, p. 6-29) realizada em conjunto pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus e pela Controladoria Geral da União – CGU na Prefeitura Municipal de Rio Branco/AC.

2.1 A TCE tem como responsáveis o Sr. José Raimundo Barroso Bestene (então Secretário Municipal de Saúde); o Sr. Flaviano Flávio Baptista de Melo (então prefeito municipal), o Sr. Darci Rogério do Vale, o Sr. Oscar de Souza Lima e a Sra. Francisca Eurenilda Nogueira da Silva (então membros da Comissão Permanente de Licitação); a Santa Maria Comércio e Representações Ltda. (empresa contratada) e o Sr. Luiz Antônio Trevisan Vedoin (então administrador da Santa Maria Comércio e Representação Ltda.), e versa sobre os recursos recebidos mediante o Convênio 757/2001 (p. 52-59, peça 1), celebrado entre o Ministério da Saúde e o Município de Rio Branco/AC, objetivando a aquisição de uma Unidade Móvel de Saúde – UMS, do tipo ônibus consultório médico-odontológico.

2.2 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, dentre outras irregularidades, a ocorrência de superfaturamento no valor histórico de R\$ 57.640,00. Após o aprimoramento da metodologia para cálculo dos valores referenciais e do superfaturamento nas aquisições de UMS, verificou-se que o superfaturamento correspondia ao valor histórico (1/3/2002) de R\$ 47.675,47.

2.3 O superfaturamento na aquisição de veículo e transformação em Unidade Móvel de Saúde, com fornecimento de equipamentos, conduziu à citação do Sr. José Raimundo Barroso Bestene (p. 26-28, peça 4); da Santa Maria Comércio e Representações Ltda. (p. 29-31, peça 4) e do Sr. Luiz Antônio Trevisan Vedoin (p. 32-34, peça 4).

2.4 Já as demais irregularidades verificadas na Tomada de Preços 15/2001 conduziram ao chamado em audiência do Sr. José Raimundo Barroso Bestene (p. 71-72, peça 8, do TC 014.415/2004-0), do Sr. Flaviano Flávio Baptista de Melo (p. 69-70, peça 8, do TC 014.415/2004-0), do Sr. Darci Rogério do Vale (p. 73-74, peça 8, do TC 014.415/2004-0), do Sr. Oscar de Souza Lima (p. 75-76, peça 8, do TC 014.415/2004-0), e da Sra. Francisca Eurenilda Nogueira da Silva (p. 77-78, peça 8, do TC 014.415/2004-0).

2.5 Constatou-se que o Sr. Flaviano Flávio Baptista de Melo, então prefeito municipal, apenas atuou como agente político signatário do convênio, sem praticar atos de gestão sobre os recursos públicos federais recebidos (p. 55-56, peça 4). Ante à revelia da empresa Santa Maria Comércio e Representação Ltda. e do Sr. Luiz Antonio Trevisan Vedoin e à improcedência dos argumentos apresentados pelo ex-Secretário municipal de saúde, as contas foram julgadas irregulares, e estes responsáveis foram condenados ao recolhimento do débito apurado. Foi-lhes ainda aplicada multa, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992.

2.6 As irregularidades verificadas na condução da Tomada de Preços 15/2001, por sua vez, levaram à aplicação da multa do artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 ao Sr. Darci Rogério do Vale, ao Sr. Oscar de Souza Lima, e à Sra. Francisca Eurenilda Nogueira da Silva. Inconformado, o Sr. Darci Rogério do Vale interpôs o presente recurso de reconsideração (peças 29 a 31).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 71), que foi ratificado pela Exma. Ministra Ana Arraes (peça 76) e concluiu pelo conhecimento do recurso de reconsideração, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.6, 9.9, e 9.11 do Acórdão recorrido, cf. art. 32, inciso I, e art. 33, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 285 do RI/TCU.

EXAME DE MÉRITO

4. Inicialmente, esclareça-se que o recorrente, então membro da Comissão Permanente de Licitação, foi chamado em audiência a apresentar razões de justificativa pela prática das seguintes irregularidades (p. 73, peça 8, TC 014.415/2004-0):

a. Inexistência de pesquisa de preços que tenha fundamentado o pedido de celebração de convênio junto à Secretaria Executiva do Ministério da Saúde;

b. as minutas dos editais e dos contratos não foram previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica (parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93);

c. não houve a adequada caracterização no edital do objeto licitado - especificação completa do bem a ser adquirido (art. 14 c/c o inciso 1 do § 70 do art. 15 da Lei nº 8.666/93);

d. não figuram como anexo dos editais os preços unitários referentes ao orçamento estimado em planilhas de quantitativos (inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93); e

e. ausência de pesquisa de preços ou de outros procedimentos que permitisse à administração verificar a conformidade das propostas ofertadas com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente (inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/93).

5. Entretanto, em vez de ofertar argumentos sobre a regularidade de sua conduta, o recorrente traz diversas ponderações relativas ao superfaturamento encontrado nos autos, **pelo qual não foi responsabilizado**, argumentos que envolvem principalmente a formação de coisa julgada no arquivamento de Inquérito e de duas Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa por alegada inexistência de superfaturamento.

6. Questão – do arquivamento de Inquérito e das Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa por alegada inexistência de superfaturamento

6.1 O recorrente alega que o IP 2004.30.00.001178, o qual tramitou na 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Acre e versava sobre o caso, teria sido arquivado, por não ter sido comprovada a prática do superfaturamento na aquisição da Unidade Móvel de Saúde.

6.2 Acrescenta que uma Ação Civil Pública (ACP 2002.30.001377-4), com as mesmas partes e o mesmo objeto, que tramitava na 2ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Acre, também teria sido arquivada, uma vez que o Ministério Público requereu a extinção do processo sem o exame do mérito, por reconhecer inexistente do superfaturamento alegado na inicial.

6.3 Por fim, em 2008, mais uma Ação Civil Pública teria sido movida pela União, mas o processo teria sido extinto sem exame do mérito, com fundamento no art. 167, inciso V, do Código de Processo Civil, decisão que se encontra pendente de recurso.

Análise

6.4 Primeiramente, postula que, segundo a decisão judicial proferida em 02 de dezembro de 2004, a Polícia Judiciária teria averiguado que os preços praticados pela empresa investigada seriam compatíveis com os preços praticados por empresas informantes em eventos anteriores, realizados em outros estados. Por esta razão, o Ministério Público teria pedido o arquivamento do feito (p. 30, peça 29).

6.5 Observa-se, assim, que a sentença proferida em sede de ação penal (IPL 2004.30.00.001178-1) ordenou o arquivamento do inquérito, ressalvado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal – CPP, quanto à possibilidade de que sejam feitas novas investigações, se outras provas surgissem antes da prescrição. O Exmo. Sr. Juiz Federal não afirmou categoricamente a inexistência do fato ou negativa de autoria, deixando aberta a possibilidade de novas investigações, caso surjam outras provas. Ademais, o fundamento explícito do arquivamento do inquérito policial previsto no art. 18 do CPP é a falta de base para a denúncia, não a inexistência material do fato.

6.6 Por outro lado, nos autos da ACP 2002.30.00.001377-4, o Exmo. Sr. Juiz Federal extinguiu o processo, *sem o exame do mérito*, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil – CPC (ou seja, apontando a ausência de ‘condições da ação’). Neste caso, a sentença tampouco foi categórica quanto à inexistência do fato ou à negativa de autoria, procedendo ao arquivamento do feito *sem julgamento do mérito*.

6.7 Mesmo com a ACP 2002.30.00.001377-4 sendo expressa no sentido de *não decidir o mérito* da questão, o Exmo. Juiz Federal, ao extinguir a ACP 2008.30.00.004521-7 com base no art. 267, inciso V, considerou que o assunto do superfaturamento *estaria sendo rediscutido* (p. 10, peça 31) e entendeu que não seria possível alterar a decisão original, acolhendo a preliminar de coisa julgada.

6.8 Efetivamente, constata-se que o Ministério Público reviu seu posicionamento inicial, e reconheceu as fragilidades de seu próprio levantamento. No entanto, embora a sentença proferida na ACP 2002.30.00.001377-4 tenha imprpropriamente considerado que ‘o Ministério Público Federal requereu a extinção do processo sem julgamento de mérito, *pois não houve superfaturamento* alegado na inicial’ (grifos acrescidos), tal afirmativa deve ser considerada em seus adequados termos.

6.9 Não há como se interpretar que o fato de o MPF ter questionado o sobrepreço encontrado com a sua metodologia original tenha autorizado a conclusão que ‘*não houve* o superfaturamento alegado na inicial’ (grifos acrescidos). O ‘valor de mercado’ da Unidade Móvel de Saúde adquirida é uma média dos preços à época praticados: o valor dessa variável não é diretamente observável, necessitando de uma apuração a partir da coleta de uma amostra, dentre o universo de fornecedores de veículos, equipamentos e serviços de adaptação.

6.10 Assim, o fato de a apuração conduzida pelo MPF não ter utilizado metodologia precisa para calcular determinado valor de mercado, e de essa falha ter sido reconhecida pelo próprio MPF, não implica que *não houve* superfaturamento. A própria natureza dos procedimentos de auditoria e de prestação de contas impõe que análise não é realizada para se provar o ‘não cometimento’ de toda e qualquer possível irregularidade, e que a ausência de achados significa apenas que nenhum problema foi encontrado, não que inexistem, independentemente de suspeita sobre o agente público que os tenha desempenhado.

6.11 Logo, não é possível considerar que o Poder Judiciário tenha chegado à tal conclusão, a qual não decorre da premissa adotada. É por essa razão que o Ministério Público requereu a extinção do processo *sem julgamento do mérito*, não ‘com julgamento do mérito’. Pela mesma razão, o juiz extinguiu a ACP 2002.30.00.001377-4 *sem exame do mérito*, de forma textual e explícita. Não há como se adotar a interpretação de que tal sentença, embora tendo expressamente afirmado que ‘não analisava o mérito’ e encerrando o processo a partir de um requerimento de ‘extinção sem o exame de mérito’, *mesmo assim teria analisado o mérito*, como faz a sentença da ACP 2008.30.004521-7.

6.12 De qualquer forma, **o cálculo do superfaturamento verificado nesta TCE não decorre** do levantamento inicialmente realizado pelo Ministério Público Federal, ao contrário do aventado na sentença proferida nos autos da ACP 2008.30.00.004521-7 (p. 10, peça 29), não tendo sido atingido pelos efeitos da sentença proferida pela Justiça Federal do Estado do Acre na ACP 2002.30.00.001377-4.

6.13 Embora o Relatório de Auditoria CGU/Denasus e o Parecer Gescon 3.978/2003 (p. 127-130, peça 2) tenham utilizado o valor de R\$ 57.640,00, com base na pesquisa de preços inicialmente realizada pelo MPF (p. 30, peça 1), o prejuízo ao Erário apontado nesta TCE (p. 14, peça 4) 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.

6.14 O Ministério Público Federal reconheceu a inconsistência de sua metodologia original, que se baseava na pesquisa de apenas quatro fornecedores (Unisaúde Veículos Especiais Ltda., Cortezzi Veículos Especiais, Adilvan Comércio e Distribuidora de Ltda. e Green Car Veículos Especiais Peças e Serviços Ltda.). Observe-se ainda que a inconsistência foi apontada pela própria Santa Maria Comércio e Representação Ltda., a qual alegou que o MPF teria obtido apenas propostas das citadas empresas, as quais praticariam preços superiores quando efetivamente forneciam Unidades Móveis de Saúde a outras prefeituras (p. 36, peça 3, do TC 014.415/2004-0). Trata-se de amostra insuficiente para se determinar o preço de mercado de um bem ou serviço, não apenas tendo um tamanho restrito, como também viesada pelo fato de envolver apenas contratos celebrados com entes públicos.

6.15 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.

6.16 Os valores das tabelas em questão foram 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.

6.17 Quanto à definição dos preços médios de mercado dos *equipamentos e serviços* realizados, 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 convênios encaminhados ao TCU, o que representa mais de 80% do universo fiscalizado.

6.18 Lembre-se ainda optou-se por se considerar superfaturamento aqueles preços que os superassem em 10% esses preços médios de mercado calculados, ou seja, em termos matemáticos, o valor pago acima de 1,10 x Valor Médio de Mercado da UMS (preço de referência), patamar esse aprovado pelo Plenário do TCU mediante Questão de Ordem da Sessão de 20/5/2009.

6.19 Com a nova metodologia, ajustada e aperfeiçoada, o valor de superfaturamento foi estimado em R\$ 52.025,70, dos quais R\$ 47.675,47 correspondem ao prejuízo causado à União (proporcional à participação da concedente no convênio). Assim, não é cabível afirmar que esta Corte de Contas apenas replica a pesquisa inicialmente realizada pelo Ministério Público Federal.

6.20 Conforme o próprio recorrente lembra, a União *recorreu* da sentença proferida na ACP 2008.30.00.004521-7, que se encontra pendente de Recurso Especial e não fez coisa julgada. Não é possível se afirmar, assim, que a interpretação adotada na ACP 2008.30.00.004521-7 (segundo a qual o mérito da ACP 2002.30.00.001377-4 teria sido julgado ainda que o MP tenha requerido a extinção *sem julgamento de mérito* e o Juiz Federal tenha extinto o processo *sem julgamento de mérito*) tenha sido validada e formado coisa julgada.

6.21 Saliente-se ainda que o Tribunal **não** condenou os responsáveis **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.

6.22 É ademais 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. Assim, os fundamentos apontados na sentença proferida na ACP 2008.30.00.004521-7 (p. 13, peça 29) não se aplicam ao caso concreto.

6.23 Desse modo, ainda que a ACP 2008.30.00.004521-7 venha realmente a ser considerada extinta pelo acolhimento de preliminar de coisa julgada, *os efeitos dessa coisa julgada não se aplicarão à Tomada de Contas Especial* em análise, que não é ação judicial, nem se confunde em seus fundamentos jurídicos e fáticos com a ACP 2002.30.00.001377-4 ou com qualquer ação civil pública de improbidade administrativa.

6.24 Como já mencionado, a responsabilidade do recorrente decorre da prática de irregularidades na condução da Tomada de Preços 15/2001, tendo em vista contrariarem diversos dispositivos da Lei geral de licitações (art. 38; art. 14, c/c art. 15, § 7º, inciso I; art. 40, § 2º, inciso II; e art. 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/1993). A ilicitude de sua conduta subsiste independentemente de ter sido ocasionado efetivo prejuízo ao Erário, de tal sorte que suas contas foram julgadas irregulares com base no art. 16, inciso III, alínea b, art. 19, caput, e art. 23, todos da Lei 8.443/1992.

6.25 Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa. O artigo 935 do Código Civil prescreve que a ‘responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal’. Esse dispositivo precisa ser conjugado com o artigo 66 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que ‘não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato’.

6.26 Interpretando os dois dispositivos conjuntamente, temos que **a sentença penal** impedirá a propositura ou continuidade de ação nos âmbitos civil e, por extensão, administrativo, apenas se houver sentença penal absolutória negando categoricamente a existência do fato ou afirmando que não foi o réu quem cometeu o delito. Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal, conforme fica claro nos Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.635-DF. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não-ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

6.27 Nesse mesmo sentido é o teor do art. 126 da Lei 8.112/1990, segundo o qual a ‘responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de **absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria**’ (grifos acrescidos). Também encontramos na Lei 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, a positivação do referido princípio, quando seu artigo 12 destaca que o responsável por ato de improbidade está sujeito às cominações estabelecidas por esta norma, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

6.28 Uma vez que uma sentença em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa não possui natureza jurídica de **sentença penal** de inexistência de fato ou negativa de autoria, não há como se admitir o alegado impacto sobre o mérito desta Tomada de Contas Especial. É elemento que o Controle Externo deverá levar em consideração, de forma não vinculante, principalmente quando os fundamentos de fato e de direito sobre os quais está baseada não se aplicarem de forma precisa ao caso concreto.

6.29 O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, inclusive, que o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar tomada de contas especial, tendo em vista a competência do TCU inserta no art. 71 da Constituição Federal, como se constata no seguinte excerto do MS 25880/DF, da relatoria do Ministro Eros Grau:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92.

2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].

3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92.

4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.

5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003]. 6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias.’ (grifos acrescidos)

6.30 No mesmo sentido, tem-se o MS nº 30.444-SC (STF), em sede do qual o Exmo. Min. Dias Toffoli afirmou que:

‘Com a independência de instâncias, o resultado da ação de improbidade administrativa e da ação de prestação de contas é independente do resultado do julgamento do processo de tomada de contas especial e, ainda que o Poder Judiciário viesse a afastar a ocorrência de improbidade administrativa, em nada impugnaria a irregularidade das contas de convênio administradas pelo ex-prefeito’.

6.31 O voto condutor do Acórdão TCU 2/2003 – 2ª Câmara demonstra a posição pacífica deste Tribunal sobre o tema, quando assim dispôs:

‘O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão’.

6.32 Assim, é de reduzido valor argumentativo a informação sobre o arquivamento de ações de improbidade administrativa, principalmente quando tais arquivamentos foram, na origem, motivados pelo questionamento realizado pelo Ministério Público sobre sua própria metodologia de cálculo do superfaturamento. Ainda que o recorrente alegue coisa julgada, ela não se aplica à metodologia utilizada

na presente TCE, nem foi formada em sentença penal que constataste a inexistência de fato ou a negativa de autoria. Uma vez que a Tomada de Contas Especial não utiliza a metodologia questionada, a responsabilidade apontada no Acórdão recorrido não é alterada.

7. Questão – do pronunciamento dos responsáveis pela aprovação das contas do Convênio.

7.1 Assevera que a aquisição da Unidade Móvel de Saúde foi precedida de pronunciamento de cinco profissionais da área, os quais teriam constatado que o preço de aquisição estava de acordo com a média de mercado.

Análise

7.2 Lembre-se novamente que o responsável foi sancionado com aplicação da multa do art. 58, da Lei 8.443/1992. Sua atuação não foi considerada como causa do dano ao Erário, de sorte que se mostra inoperante qualquer argumento sobre o preço de mercado da Unidade Móvel de Saúde.

7.3 De toda sorte, o recorrente afirma que ‘cinco profissionais da área’ teriam atestado que o preço de aquisição estaria de acordo com a média de mercado. O trecho é destacado de um Relatório de verificação ‘*in loco*’ do Convênio 757/2001 (p. 10, peça 29), e os cinco ‘profissionais da área’ são os técnicos responsáveis pela análise da prestação de contas que subscrevem o referido Relatório. Tal conclusão foi desautorizada pela análise posteriormente realizada pelo próprio órgão concedente: a Divisão de Convênio e Gestão no Acre exarou o Parecer Gescon 3.978/2003 (p. 127-130, peça 2) o qual sustentou a não aprovação da prestação de contas, reconhecendo o superfaturamento na aquisição da Unidade Móvel de Saúde.

7.4 Quanto ao efetivo valor do superfaturamento (divergente do apontado pelo Parecer Gescon 3.978/2003), lembre-se que as manifestações de controle interno não vinculam o TCU. Conforme tal posicionamento, de acordo com suas atribuições constitucionais, este Tribunal não está obrigado a seguir eventual entendimento de outros órgãos da Administração Pública, permitindo concluir de forma diferente, porém, fundamentada. O TCU, assim, possui atribuição constitucional para realizar de forma autônoma e independente a apreciação da regularidade das contas dos gestores de bens e direitos da União. Desse modo, não é possível acolher o argumento ofertado pelo recorrente.

CONCLUSÃO

8. O recorrente traz diversas ponderações relativas ao superfaturamento encontrado nos autos, **pelo qual não foi responsabilizado**, que envolvem principalmente a formação de coisa julgada no arquivamento de Inquérito e de duas Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa por alegada inexistência de superfaturamento. Entretanto, o recorrente não traz argumentos relativos às regularidades na condução da Tomada de Preço 15/2001, pelas quais foi notificado em audiência para apresentar razões de justificativa e pelas quais foi responsabilizado.

9. É de reduzido valor argumentativo a informação sobre o arquivamento de ações de improbidade administrativa, principalmente quando tais arquivamentos foram motivados pelo questionamento realizado pelo Ministério Público sobre sua própria metodologia de cálculo do superfaturamento. Ainda que o recorrente alegue coisa julgada, ela não atingiria a própria existência de superfaturamento, mas sim a tramitação de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa baseada em determinada metodologia de pesquisa de preços de referência empregada pelo *parquet*, não a tramitação da Tomada de Contas Especial.

10. Uma vez que a Tomada de Contas Especial não utiliza a metodologia questionada e é processo administrativo com fundamentos de fato e de direito distintos de uma Ação de Improbidade Administrativa, a responsabilidade apontada no Acórdão recorrido não é alterada. Ademais, mesmo que se reconhecesse a formação de coisa julgada na Ação Civil Pública, ela não advém de sentença penal que afirmasse a inexistência de fato ou a negativa de autoria, não impedindo a apuração da responsabilidade em sede de Controle Externo.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Darci Rogério do Vale contra o Acórdão 708/2013 – TCU – 2ª Câmara, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada ao recorrente, à Procuradoria da República no Estado do Acre, ao Fundo Nacional de Saúde, ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS – DENASUS, ao Tribunal de Contas do Estado do Acre – TCE/AC, à Controladoria Geral da União – CGU e aos demais interessados.”

É o relatório.