

Proc. TC-029.060/2010-9
TOMADA DE CONTAS

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator

Parte da proposta da unidade técnica está sustentada em dois pressupostos dos quais discordo: 1 – preços registrados por órgãos e entidades da Administração Pública serviriam de prova e de parâmetro para quantificação do dano havido por órgãos e entidades distintos em decorrência da execução de contratos firmados a preços superiores com empresas diferentes da responsável pelo registro; e 2 – a possibilidade de o TCU imputar prejuízo havido pela Administração Pública Federal exclusivamente à pessoa jurídica privada, sem a condenação solidária de algum agente público.

A razão da minha discordância quanto ao primeiro ponto reside no fato de que, a valer tal critério de quantificação do dano, estar-se-ia, por via transversa, conferindo ao registro de preços efeitos que vão muito além dos ditados pela lei: vincular todas as empresas – e não apenas a responsável pelo registro – contratantes da Administração Pública – e não apenas das entidades e órgãos que tenham organizado ou aderido ao registro de preços – ao preço registrado em um único procedimento, independentemente das quantidades licitadas. Levado às últimas consequências, o raciocínio empregado na instrução obrigaria a prática do preço de um determinado registro por todas as empresas em todos os órgãos da Administração de todas as esferas, o que, claramente, constitui um exagero inaceitável, haja vista que nem mesmo a empresa responsável pelo registro pode ser obrigada, pelo órgão registrador, a praticá-los além dos quantitativos registrados.

Ademais, preços registrados em procedimentos licitatórios não expressam, necessariamente, preços de mercado para novas contratações. A menos que se considere que a empresa responsável pelos preços registrados é obrigada a aceitar adesões ilimitadas à respectiva ata, não se pode dizer que há no mercado, para qualquer interessado, a disponibilidade dos respectivos produtos a esses preços.

É certo que os preços já registrados pelos órgãos e entes da Administração Pública deveriam, consoante o art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993, balizar as compras realizadas pela Anvisa. Isso, contudo, não autoriza afirmar que as diferenças eventualmente verificadas nas compras que ignoraram esse referencial traduzam, necessariamente, débito. A dinâmica de formação dos preços vencedores das licitações, especialmente na modalidade do Pregão, está sujeita a fatores que não se repetem necessariamente em todos os certames.

A propósito, é a própria instrução (item 8.97) que traz entendimento, contido no Voto do Acórdão 3516/2007 – 1ª Câmara, que reputo contrário à sua proposta, segundo o qual “os preços praticados pelo setor público são apenas mais um parâmetro a ser utilizado para elaboração dos orçamentos, mas jamais poderão substituir uma pesquisa de preços mais ampla realizada junto ao mercado”. A instrução também traz precedente que tenho por conclusivo sobre o assunto, ao lembrar as considerações do Ministro Relator no voto condutor do Acórdão 2170/2007-TCU-Plenário, no sentido de que “os preços contratados em órgãos públicos não podem ser ignorados e nem serem utilizados como parâmetro único para se aferir sobrepreço ou superfaturamento” (item 8.139).

Vale notar que ambos os procedimentos licitatórios que deram origem às contratações cujos preços ora são questionados foram antecedidos de pesquisas prévias de preços junto ao mercado, acerca das quais não houve outro questionamento senão o fato de apresentarem valores maiores que os preços registrados ora tomados como parâmetro, nada havendo que aponte falha metodológica ou qualquer outra razão para duvidar da sua idoneidade.

Já desde uma análise preliminar e sem maior profundidade, é possível identificar diversos fatores que podem induzir diferenças de preços mesmo em registros realizados na mesma época. No caso ora examinado das compras de softwares, o mais relevante deles são as diferenças havidas entre os objetos registrados. Os períodos de garantia exigidos num e noutros não são iguais. É certo que a unidade técnica buscou, em face das alegações de defesa, compensar a diferença, atribuindo valor econômico aos prazos de cobertura da garantia dos softwares fornecidos. Trata-se, porém, de aproximação que impõe admitir significativo grau de incerteza quanto ao resultado obtido.

Há, além disso, outras influências sobre os preços de aferição mais difícil, mas que não podem ser desprezadas quando se trata de formular proposta de condenação ao pagamento de débito, como as disparidades entre os quantitativos a serem registrados, e seus conhecidos efeitos de escala, e a subjetiva expectativa guardada pelas empresas, no momento do lançamento de seus preços em cada um dos certames, relativamente a probabilidade de adesão à ata por outras entidades ou órgãos.

É curioso notar, ainda, que o fato de a unidade técnica buscar preços registrados em diversos sistemas como parâmetro para a evidenciação e quantificação do débito confere, ao haver optado pelo maior deles, conservadorismo aos seus cálculos, mas, ao mesmo tempo, infirma o que deseja provar, porque embora denote a diferença dos preços ora questionados, demonstra também que a discrepância entre os registros não é algo incomum e raro de ser verificado.

Em suma, esses preços registrados constituem apenas bons indicativos de que o orçamento de referência não foi bem formulado e de que seus preços poderiam ter sido reduzidos, mas não provam que os preços contratados são superfaturados e, muito menos, bastam para quantificar eventual dano ao erário.

Acerca dessa deficiência no orçamento, creio ser preciso ponderar, no caso da aquisição de softwares, que, ao final, não se pode dizer, mesmo considerando-se os limitados ajustes de preços promovidos pela unidade técnica, que o fato de não terem sido computados os preços praticados pela Administração Pública tenha levado à contratação que fugiu a essas balizas. O sobrepreço apurado nos produtos fornecidos pela empresa B2BR – Business to Business Informática do Brasil Ltda. representa cerca de 6,5% do valor da contratação e nos produtos fornecidos pela empresa Unimix Tecnologia Ltda. alcançam, aproximadamente, 11,3%. Trata-se, a meu ver, de diferenças que, embora não possam passar por irrelevantes, não denotam variação incomum a ponto de caracterizar obtenção de vantagem ilícita perante o erário, haja vista situarem-se dentro de margem na qual eventualmente também se dão os negócios privados.

Nesse contexto, considero que a quantificação dos débitos calculada a partir meramente de preços registrados não oferece a segurança requerida pelo art. 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno do TCU.

Quanto ao segundo pressuposto do qual discordo, cumpre, antes de tudo, observar que não desconheço o precedente sobre o qual se apoia a proposta da unidade técnica, a saber, o Acórdão 946/2013 – Plenário. Não obstante, a exemplo do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, que expressou sua discordância na Declaração de Voto que apresentou na ocasião em que foi prolatada aquela decisão, mantenho a convicção de que a Constituição Federal não admite a condenação exclusiva de empresas contratadas, sem apuração de responsabilidade solidária com agentes públicos.

Lembro, a propósito, que recentemente tive oportunidade de me manifestar sobre o assunto em processo no qual se discutia situação análoga, TC-013.126/2011-3, nos seguintes termos:

Ante essa situação, duas hipóteses devem ser levadas em consideração, relativamente à atuação dos gestores do Inca encarregados da gestão do Contrato 119/2005: ou agiram eles de modo irregular, por culpa ou dolo, permitindo, dessa forma, que os valores indevidamente cobrados pela CNS fossem pagos àquela empresa, ou, então, agindo de boa-fé, incorreram eles em erro escusável na interpretação das disposições contratuais, tendo sido levados a acreditar que o modo a que procederam no pagamento daqueles valores era o correto.

Na primeira dessas hipóteses, a responsabilidade pelo dano verificado na execução do Contrato 119/2005 deve recair solidariamente sobre a CNS e todos os gestores do Inca que, por dever de ofício, deveriam ter negado o pagamento dos valores indevidamente cobrados pela empresa contratada e não o fizeram em razão de condutas culposas ou dolosas. Essa hipótese, note-se, traduz a satisfação dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular de uma tomada de contas especial: a ocorrência de um dano ao erário, tendo concorrido para dar causa a esse dano pessoa a que se tenha confiado a gestão pública e que, por isso, e só por isso, tem a obrigação de prestar contas, em conformidade com o disposto no artigo 70, parágrafo único, em combinação com o disposto no artigo 71, inciso II, parte final, da Constituição Federal. Por sinal, noto que a Secex/RJ propôs que as contas da CNS sejam julgadas irregulares. Pergunto eu: que contas? A CNS atuou no caso em exame simplesmente como empresa contratada pela Inca para, em troca contraprestação financeira, fornecer serviços àquele órgão. De acordo com o precitado artigo 70, parágrafo único, da Constituição, somente às pessoas às quais se confia a gestão pública recai a obrigação de prestar contas. O julgamento de que trata o também citado artigo 71, inciso II, parte final, da Constituição, só se faz possível, portanto, se versar sobre as contas de pessoa que, ao se incumbir da gestão pública, causar dano ao erário. Assim, no caso em tela, considerada a sua condição de mera contratada, a CNS não tem contas a serem julgadas, embora a empresa possa, em conformidade com o estabelecido no artigo 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, responder pelo dano constatado em solidariedade com gestores do Inca, bem como ser apenada com multa, consoante o que dispõe o artigo 19, *caput*, da mesma lei.

Na segunda das hipóteses acima consideradas, a responsabilidade pelo dano verificado na execução do Contrato 119/2005 deve recair exclusivamente sobre a CNS. No entanto, configurada essa hipótese, a tomada de contas especial, instituto que serve exclusivamente à avaliação da gestão pública ante a ocorrência de um dano, não é o instrumento adequado para que se busque a recomposição do erário, cabendo à Administração do Inca, nesse caso, promover as medidas administrativas ou judiciais cabíveis visando ao ressarcimento do prejuízo sofrido. *A contrario sensu* – e apenas para argumentar, evidentemente, porque os supracitados dispositivos da Constituição assim não estabelecem –, haveria de se admitir a tomada de contas especial como instrumento idôneo ao processamento da apuração de todo e qualquer dano infligido ao erário, por quem quer que seja. Nessa excêntrica conjectura, poderíamos ter TCE

instauradas contra particulares que tivessem, por exemplo (no meio de sem-número de outros), pichado ou vandalizado monumentos públicos, abalroado postes de iluminação ou veículos públicos, poluído rios ou lagos ou introduzido *softwares* maliciosos em sistemas informatizados da Administração.

O voto condutor do Acórdão 946/2013 – Plenário afirma que “é assente que a parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal alcança os agentes particulares, os quais terão de prestar contas e serão sujeitos à jurisdição do TCU, caso deem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário”. Esse entendimento foi construído a partir da consideração de que essa parte final não poderia estar se referindo aos responsáveis por bens públicos, o que consistiria redundância a tornar inútil o dispositivo. Tampouco caberia a interpretação, segundo o voto, de que tal dispositivo fizesse referência aos servidores ou agentes não incluídos no rol de responsáveis das contas ordinárias, por que isso significaria “impor uma restrição não autorizada ao significado da norma constitucional”, já que não haveria “qualquer razão jurídica para delimitar o sentido da expressão ‘daqueles’ aos agentes administrativos ou particulares no exercício de múnus públicos”.

Penso que as razões jurídicas para delimitar o sentido da expressão “daqueles” estão claramente indicadas no excerto que acima transcrevi. Elas estão, como já advertira o Min. Sherman Cavalcanti, no fato de que tal expressão foi relacionada a “contas”. Com efeito, ‘julgar contas daqueles que derem causa a perda’ não é o mesmo que ‘julgar aqueles que derem causa a perda’.

E o que são “contas”? Quem deve prestá-las? Ao contrário do entendimento defendido no voto condutor do Acórdão 946/2013 – Plenário, não considero que o art. 71, inciso II, da CF contenha alguma indicação sobre o que são as contas ou sobre quem terá de prestá-las. Esse artigo e respectivo inciso dispõe sobre o julgamento das contas. É o art. 70, parágrafo único, que dispõe sobre a prestação de contas. E o art. 70, parágrafo único, da CF, permite inferir que a prestação de contas constitui ato a ser praticado por aquele em quem foi depositada a confiança da sociedade para a gestão de dinheiro, bens e valores públicos, no sentido de comprovar que foram empregados de acordo com os legalmente reconhecidos interesses da proprietária desses valores, a sociedade brasileira. Vale dizer, trata-se da satisfação a ser prestada por aquele que, não sendo o proprietário do bem, o tem sob sua responsabilidade e deve dar a ele destinação segundo o mandato recebido pelo legítimo titular. Apenas segundo esse princípio geral, aplicável não somente no âmbito do Direito Público, mas também no do Direito Privado, faz sentido falar-se em prestação de contas.

Insisto que é preciso atentar para a distinção entre a situação geral em que surge o dever de prestar contas e a situação particular que faz com que essas contas sejam julgadas pelo TCU. O art. 70. Parágrafo único, da CF estabelece quem prestará contas, mas nem todos que se encontram obrigados a tanto terão suas contas julgadas diretamente pelo TCU. As contas a serem julgadas por esse órgão são apenas aquelas indicadas no art. 71, inciso II, as quais vem sendo divididas, na legislação ordinária, como ordinárias – correspondendo à parte inicial do inciso – e extraordinárias, ou especiais – correspondendo à parte final do inciso. As demais contas prestadas não serão necessariamente objeto de julgamento, mas de simples apreciação pelo próprio órgão de origem, como por exemplo, aquela que ocorre em convênios cuja execução se mostrou regular.

A tese admitida pelo acórdão paradigma desafia encontrar resposta para as seguintes perguntas: quais seriam os termos das “contas” a serem julgadas do responsável por bater numa viatura, derrubar um poste ou assaltar um banco público? Do que consistiria sua prestação de contas? Não é possível julgar as contas dessas pessoas simplesmente porque elas não têm contas a prestar. Trata-se de providência materialmente impossível. O que se pode buscar, contra quem meramente causou um prejuízo à Administração sem ser depositário de sua confiança, é o “acerto

de contas”, mediante sua responsabilização civil. Para tanto há a via do acordo administrativo entre as partes ou a via judicial.

Ante o exposto, manifesto-me contrário às propostas de imputação de débito formuladas pela unidade técnica, por entender: que os preços considerados como parâmetro para o cálculo dos superfaturamentos não constituem referencial dotado da segurança requerida pelo art. 210, §1º, inciso II, do RI/TCU; e que a Constituição Federal não admite a condenação exclusiva de empresas contratadas, sem apuração de responsabilidade solidária com agentes públicos.

Ministério Público, em 1º/12/2014.

(Assinado eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Subprocurador-Geral