

GRUPO I – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 022.109/2009-1

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

Entidade: Associação Brasileira de Assistência e Desenvolvimento Social – ABADS (antiga Sociedade Pestalozzi de São Paulo) (60.805.975/0001-19).

Responsáveis: Associação Brasileira de Assistência e Desenvolvimento Social (60.805.975/0001-19); Graciene Conceição Pereira (777.817.167-87); Luiz Antônio Trevisan Vedoin (594.563.531-68); Ricardo Waldmann Brasil (389.370.427-20); Ronildo Pereira Medeiros (793.046.561-68); Suprema Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda - Me (07.150.827/0001-20)

Interessados: Associação Brasileira de Assistência e Desenvolvimento Social (60.805.975/0001-19); Graciene Conceição Pereira (777.817.167-87).

Advogados constituídos nos autos: Thiago Lopes Ferraz Donnini (OAB/SP nº 235.247), Mariana Vilella (OAB/SP nº 335.141) e outros.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. RECURSOS AFETOS À ÁREA DE SAÚDE. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO.

1. Não havendo elementos ou fundamentos capazes de elidir as irregularidades que ensejaram a rejeição das contas e a condenação dos responsáveis solidariamente em débito e, individualmente, em multa, mantém-se inalterado o acórdão recorrido.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto, em conjunto, pela Associação Brasileira de Assistência de Desenvolvimento Social (ABADS), antiga Sociedade Pestalozzi de São Paulo, e pela Sra. Graciene Conceição Pereira, ex-Presidente da referida Entidade, em face do Acórdão nº 2.206/2013 – TCU – 2ª Câmara (Peça 33), o qual julgou irregulares as presentes contas, condenando as Recorrentes, solidariamente com os demais responsáveis, em débito, e, individualmente, em multa.

DO ACÓRDÃO RECORRIDO

2. Ao apreciar a Tomada de Contas Especial objeto do presente recurso, a 2ª Câmara deste Tribunal de Contas acordou nos seguintes termos, Acórdão nº 2.206/2013 – TCU – 2ª Câmara (Peça 33):

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. considerar revéis, para todos os efeitos, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, os responsáveis Suprema – Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. – ME, Ricardo Waldmann Brasil, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Ronildo Pereira Medeiros, reputando-se verdadeiros os fatos afirmados em relação aos mesmos, conforme art. 319 do CPC;

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis Sociedade Pestalozzi de São Paulo e Graciene Conceição Pereira;

9.3. considerar prejudicada a análise do objeto da audiência em virtude da não apresentação das razões de justificativa pela responsável Graciene Conceição Pereira, reputando-se verdadeiros os fatos consignados no ofício de audiência, conforme art. 319 do CPC;

9.4. 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 da responsável Graciene Conceição Pereira, então presidente da Sociedade Pestalozzi de São Paulo/SP;

9.5. condenar solidariamente os responsáveis Sociedade Pestalozzi de São Paulo/SP, Graciene Conceição Pereira, Suprema – Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. – ME, Ricardo Waldmann Brasil, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Ronildo Pereira Medeiros ao pagamento do débito no valor original de R\$ 99.900,00 (noventa e nove mil e novecentos reais) a partir de 16/12/2005, 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;

9.6. condenar solidariamente os responsáveis Sociedade Pestalozzi de São Paulo/SP, Graciene Conceição Pereira, Suprema – Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. – ME, Ricardo Waldmann Brasil, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Ronildo Pereira Medeiros ao pagamento do débito no valor original de R\$ 12.013,44 (doze mil e treze reais e quarenta e quatro centavos) a partir de 21/12/2005, 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;

9.7. aplicar aos responsáveis Sociedade Pestalozzi de São Paulo/SP, Graciene Conceição Pereira, Suprema – Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. – ME, Ricardo Waldmann Brasil, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Ronildo Pereira Medeiros a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos valores individuais de R\$ 15.000,00 (quinze 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;

9.8. 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;

9.9. 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;

9.10. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado de São Paulo, para adoção das medidas que entender cabíveis, com base no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, 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.”

DA NOTIFICAÇÃO E TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

3. O recurso ora em análise não foi interposto dentro do prazo legal, conforme atestado no exame preliminar de admissibilidade realizado pela Unidade Técnica (Peça 63). No entanto, consoante despacho contido à peça 70, foi recebido e conhecido, embora sem a atribuição do efeito suspensivo.

DO RECURSO

4. Por meio do recurso em comento, as Recorrentes buscam a reforma do acórdão recorrido, aduzindo, em resumo, que o TCU não poderia desconsiderar a personalidade jurídica da entidade para

responsabilizar os seus dirigentes, que as entidades de direito privado, sem fins lucrativos, devem observar normas de direito público, precisamente a Lei 8.666/1993, que os objetivos do convênio teriam sido alcançados, e, por fim, que haveria necessidade de novo cálculo do débito, em face da devolução das unidades móveis, em razão de decisão judicial.

INSTRUÇÃO

5. Após a instrução do feito, a Serur encaminhou proposta acorde, cujos termos, na forma do inciso I, §3º do art. 1º da Lei nº 8.443/92, transcrevo (Peças 83/84):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto pela Associação Brasileira de Assistência de Desenvolvimento Social (ABADS), antiga Sociedade Pestalozzi de São Paulo, e por Graciene Conceição Pereira contra o Acórdão 2206/2013 – 2ª Câmara (Peça 33).

1.1. Reproduz-se o item 9 do acórdão recorrido:

9.1. considerar revéis, para todos os efeitos, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, os responsáveis Suprema – Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. – ME, Ricardo Waldmann Brasil, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Ronildo Pereira Medeiros, reputando-se verdadeiros os fatos afirmados em relação aos mesmos, conforme art. 319 do CPC;

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis Sociedade Pestalozzi de São Paulo e Graciene Conceição Pereira;

9.3. considerar prejudicada a análise do objeto da audiência em virtude da não apresentação das razões de justificativa pela responsável Graciene Conceição Pereira, reputando-se verdadeiros os fatos consignados no ofício de audiência, conforme art. 319 do CPC;

9.4. 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 da responsável Graciene Conceição Pereira, então presidente da Sociedade Pestalozzi de São Paulo/SP;

9.5. condenar solidariamente os responsáveis Sociedade Pestalozzi de São Paulo/SP, Graciene Conceição Pereira, Suprema – Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. – ME, Ricardo Waldmann Brasil, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Ronildo Pereira Medeiros ao pagamento do débito no valor original de R\$ 99.900,00 (noventa e nove mil e novecentos reais) a partir de 16/12/2005, 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;

9.6. condenar solidariamente os responsáveis Sociedade Pestalozzi de São Paulo/SP, Graciene Conceição Pereira, Suprema – Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. – ME, Ricardo Waldmann Brasil, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Ronildo Pereira Medeiros ao pagamento do débito no valor original de R\$ 12.013,44 (doze mil e treze reais e quarenta e quatro centavos) a partir de 21/12/2005, 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;

9.7. aplicar aos responsáveis Sociedade Pestalozzi de São Paulo/SP, Graciene Conceição Pereira, Suprema – Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. – ME, Ricardo Waldmann Brasil, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Ronildo Pereira Medeiros a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos valores individuais de R\$ 15.000,00 (quinze 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;

9.8. 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;

9.9. 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;

9.10. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado de São Paulo, para adoção das medidas que entender cabíveis, com base no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, 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. Cuida-se de tomada de contas especial resultante de conversão de representação autuada no Tribunal, dentre outras, pelo Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde (DENASUS) e pela Controladoria Geral da União (CGU) em razão do apurado em Auditoria empreendido por essas entidades em face da notória e assim denominada “Operação Sanguessuga” promovida pela Polícia Federal para investigar aquisições de unidades móveis de saúde (UMS) com superfaturamento ou precedidas de licitações eivadas de fraudes.

2.1. O processo tem por objeto o Convênio 4802/2004 firmado entre o Fundo Nacional de Saúde (FNS) e a Sociedade Pestalozzi de São Paulo para a aquisição de duas UMS.

2.2. Vale notar que, por meio do Acórdão 2.451/2007 – Plenário, o Tribunal, entre outras providências, determinou ao DENASUS e à CGU que lhe encaminhassem diretamente os resultados das auditorias relativas à mencionada operação diretamente.

2.3. Quanto ao que interessa para o exame do recurso, o Tribunal esteou o julgamento impugnado nos entendimentos (v. Peça 77) condensados a seguir:

a) a Sociedade Pestalozzi de São Paulo e sua presidente à época dos fatos, Graciene Conceição Pereira, são solidariamente responsáveis pelas seguintes ocorrências: [a] não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos, em face da não verificação de nexos de causalidade entre os recursos recebidos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) mediante o convênio mencionado a Unidade Móvel de Saúde (UMS) objeto da Nota Fiscal 163, de 21/12/2005 (peça 2, p. 51) [b] não atingimento dos objetivos do convênio, visto que não se pôs em funcionamento a mencionada UMS, e [c] não apresentação de alegações de defesa relativas aos indícios de superfaturamento verificados na aquisição da UMS objeto da Nota Fiscal 161, de 21/12/2005 (peça 2, p. 50);

b) Graciene Conceição Pereira é responsável pelas seguintes condutas reputadas reprováveis na promoção do certame licitatório precedente à citada aquisição, a saber a Tomada de Preços 4/2004: [a] restrição à competitividade por afronta aos princípios da impessoalidade e da publicidade e [b] falta de pesquisa de preços.

2.4. Diante disso, as mencionadas recorrentes interpuseram, juntos, o instrumento recursal acostado às Peças 63, mediante o qual, no mérito, pedem à Corte:

a) que reforme a decisão impugnada para [a.1] julgar regulares suas contas especiais, [a.2] elidir, por corolário, a condenação de ambas a ressarcir o erário, e [a.3] elidir a punição pecuniária de Graciene Conceição Pereira;

b) não acolhido o pedido precedente, que reduza o valor a ressarcir por superveniência de fato novo.

ADMISSIBILIDADE

3. Acolhendo proposta contida no exame admissibilidade juntado à Peça 67, o relator do recurso, Ministro Raimundo Carreiro Silva, dele conheceu precariamente mediante o despacho apostado à Peça 70, na forma proposta, a saber: com fulcro no art. 32, parágrafo único, combinado com o art. 285, § 2º, da Resolução 246, de 30/11/2011, do Tribunal (Regimento Interno) e sem efeito suspensivo, com o qual se manifesta anuência.

3.1. Vale observar que a ABADS interpôs o agravo de instrumento apostado à peça 71 procurando obter efeito suspensivo ao recurso, sendo que o Tribunal desproveu tal agravo por meio do Acórdão 155/2014 – 2ª Câmara (Peça 78).

MÉRITO

3. Delimitação das questões relevantes sob exame

3.1. Constitui objeto do presente recurso perquirir se:

a) é possível ao tomador de contas desconsiderar a personalidade jurídica da entidade para responsabilizar os seus dirigentes, em face das limitações constantes do art. 50 do Código Civil; (Peça 63, p. 9-11);

b) as entidades de direito privado, sem fins lucrativo, devem observar normas de direito público, precisamente a Lei 8.666/1993; (Peça 63, p. 16-17);

c) os objetivos do convênio foram alcançados, tendo por base a documentação apresentada pelas recorrentes; (Peça 21, Peça 2, p. 51 e Peça 63, p. 17-20);

d) há necessidade de novo cálculo do débito, em face da devolução das unidades móveis, em razão de decisão judicial; (Peça 63, p. 20-24).

4. Da possibilidade de o tomador de contas desconsiderar a personalidade da jurídica da entidade para responsabilizar os seus dirigentes, em face das limitações constantes do art. 50 do Código Civil

4.1. Assevera-se (Peça 63, p. 9-11) que seria juridicamente descabida a responsabilização da ora recorrente Graciene Pereira pelo pretenso prejuízo causado ao erário.

4.2. Primeiro, porque se aplicaria ao caso o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, inculcado no art. 50 do Código Civil. Disso defluiriam duas impropriedades no julgamento. A uma, seria da competência exclusiva do Poder Judiciário imputar a pessoa física tal responsabilização. A duas, o Tribunal teria responsabilizado a referida Impugnante “sem qualquer critério”, com o que teria praticado “abusivo ato de desconsideração da personalidade jurídica de entidade privada”.

4.3. Segundo, porque a aludida recorrente não assumiu pessoalmente “obrigação direta com a Administração Pública”. Seria descabida a prática comum do Tribunal de incluir em rol de responsáveis “profissionais de entidades sem fim lucrativos que receberam recursos públicos” apenas em razão de tal condição, pois tal responsabilização derivaria de lei. Tratando-se de “contas de uma entidade privada sem fins lucrativos”, seria esta – e não de seus dirigentes – que, em nome próprio, daria cabo das ações objeto do art. 70 da Constituição da República consistentes em utilizar, arrecadar, gerenciar ou administrar bens de valores públicos.

Análise

4.4. A alegação não merece prosperar.

4.5. O Tribunal não carece valer-se do instituto da desconsideração da pessoa jurídica para alcançar os agentes que tenham dado causa a prejuízos ao erário. Pois a sua competência para tanto é estatuída no art. 71, inciso II, da Constituição da República:

art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II – **julgar** [a] as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e [b] **as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público** (grifou-se)

4.6. É de interpretar o dispositivo constitucional *supra* à luz do seu antecedente art. 70, parágrafo único, da Lei Maior:

Prestará contas **qualquer pessoa física** ou jurídica, pública ou **privada**, que **utilize**, arrecade, guarde, **gerencie** ou **administre** dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (grifou-se)

4.7. A pessoa física da ora recorrente não se confunde com a pessoa jurídica da entidade recebedora dos recursos pecuniários em foco. A criação da pessoa jurídica é mera ficção do direito, um ser inanimado que não reúne condições para a realização de atos no mundo jurídico, ou seja, que não pratica atos da vida civil e não tem vontade própria. Nesse contexto, é imprescindível a presença da pessoa física do dirigente máximo da entidade para gerir os recursos públicos eventualmente recebidos, pois os atos mediante os quais esses se empregam são praticados, de fato, por seus representantes legais. O dirigente máximo da entidade é, assim, o responsável pela prestação de contas ao órgão repassador.

4.8. Ademais, o art. 93 do Decreto-Lei 200, de 25/12/67, preceitua que “**Quem quer que utilize** dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes” (grifou-se).

4.9. Na mesma linha, os arts. 39 e 66 do Decreto no 93.872, de 23 de dezembro de 1986, regulamentador do Decreto-Lei referido, disciplina que

Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o **agente** responsável pelo **recebimento** e verificação, guarda ou **aplicação** de dinheiros, valores e outros bens públicos.

(...)

Art. 66. **Quem quer que receba** recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, **para** realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu **bom e regular emprego**, bem como os resultados alcançados. (grifou-se)

4.10. Por ser a responsável pelo gerenciamento e administração dos recursos, na qualidade de dirigente máxima da entidade, incumbe à pessoa física ora impugnante prestar contas do seu emprego e, conseqüentemente, ressarcir o erário dos eventuais prejuízos a ele causados.

4.11. Perfilha-se o entendimento recente do Tribunal exarado no Acórdão 335/2014 – Plenário, proferido em 19/2 do corrente, da lavra do Ministro-Relator Benjamin Zymler:

O eminente Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, Relator do referido Acórdão 2.763/2011, teve suas ponderações integralmente acolhidas pelo Pleno desta Casa. Veja-se excerto do bem lavrado voto condutor do aresto:

“9. A tese sustentada pelo representante do MP/TCU é de que **a pessoa jurídica de direito privado, ao celebrar avença com o poder público federal, objetivando alcançar uma finalidade pública, assume o papel de gestora pública naquele ato** e, em consequência, está sujeita ao cumprimento da obrigação pessoal de prestar contas ao poder público, nos termos do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal; por conseguinte, **passa a recair, também, sobre essa entidade a presunção iuris tantum de ter dado causa a dano ao erário eventualmente ocorrido na execução da avença**, por imposição constitucional, com base no disposto no mesmo art. 70, parágrafo único, combinado com a parte final do inciso II do art. 71 da Carta Magna.

10. **Da mesma forma, a responsabilidade da pessoa física, na condição de dirigente de entidades privadas**, encontra amparo nos citados artigos 70 e 71 da CF, visto que, de fato, **a pessoa natural é quem determina a destinação a ser dada aos recursos públicos transferidos**; por isso, a obrigação de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos recai sobre ela também, por meio de prestação de contas.

11. Acrescento que, por comungar desse entendimento, deixei consignado no voto condutor do Acórdão 2.025/2011-Plenário, exarado nos autos do TC-004.163/2010-9, que, para fins de citação, fosse incluída a responsabilidade solidária da pessoa jurídica de direito privado e da pessoa física responsável pela gestão dos recursos, pois, em que pese o Tribunal não ter, naquela oportunidade, decidido este Incidente de Uniformização de Jurisprudência, como se tratava, naquele momento, de adoção de medidas preliminares, eventual uniformização do entendimento jurisprudencial poderia ser levada em consideração na ocasião do julgamento das tomadas de contas especiais instauradas.

12. Em consulta à jurisprudência desta Casa, minha assessoria constatou que as últimas deliberações desta Corte em processos de tomada de contas especial relacionados a esse tema, após a instauração do presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência, têm adotado o posicionamento ora defendido pelo Ministério Público e acolhido por este Relator, de imputação da responsabilidade solidária à entidade privada recebedora dos recursos oriundos de convênios com

os responsáveis pela gestão desses recursos, como pode ser visto nos Acórdãos 5.678/2010 – 2ª Câmara, 2.811/2010 – Plenário, 4.780/2011 – 1ª Câmara, 5.259/2011 – 1ª Câmara.

13. No que tange à responsabilização da pessoa física, na figura de representante da entidade privada, entendo não aplicável, neste caso, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da entidade, prevista no art. 50 do Código Civil Brasileiro, tendo em vista que **o dever de prestar contas do administrador desses recursos é inerente à atribuição que lhe foi dada, qual seja, o gerenciamento de recursos federais repassados para o alcance de finalidade pública, e essa responsabilidade já tem previsão constitucional**, conforme defendido pelo representante do Ministério Público em seu parecer.

14. **Desse modo, quanto à identificação das pessoas que devem responder por danos ao erário ocorridos na aplicação de transferências voluntárias de recursos federais a entidades privadas, com vistas à consecução de uma finalidade pública, proponho que este Tribunal firme o entendimento de que, na hipótese em que a pessoa jurídica de direito privado e seus administradores derem causa a dano ao erário na execução de avença celebrada com o poder público federal com vistas à realização de uma finalidade pública, incide sobre ambos a responsabilidade solidária pelo dano ao erário.**" (grifou-se)

5. **Da obrigatoriedade de as entidades de direito privado sem fins lucrativo observarem normas de direito público, dentre elas a Lei 8.666/1993.**

5.1. Diz-se (Peça 63, p. 11-15) que instituições privadas sem fins lucrativos não se sujeitariam à obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório na forma estabelecida na Lei 8.666, de 16/7/1993, em seus processos de aquisições de bens e serviços.

5.2. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 1.864/PR, teria entendido que a regra de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública”.

5.3. O entendimento encontraria amparo, em primeiro lugar, na natureza privada de tais entidades, constituídas sob a forma de associações ou fundações ante o disposto no art. 44 do Código Civil, e no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, cingidor da restrição da obrigatoriedade de licitar publicamente a contratação de obras, serviços, compras e alienações à Administração Pública.

5.4. Em segundo, porque haveria patente “inadequação dos mecanismos previstos na Lei 8.666/1993 ao universo das entidades privadas sem fins lucrativos”, primordialmente criados para aplicação no âmbito da Administração Pública e caracterizados por serem “complexos”, “detalhados”, custosos e causadores de “diversos problemas” de natureza operacional no concernente à concretização das vantagens cuja obtenção se constitui no objetivo das parcerias “entre o Poder Público e o setor sem fins lucrativos”.

5.5. Ainda que apenas para argumentar se considere aplicável “a lógica da Lei 8.666/93” a entidades privadas sem fim lucrativo, não caberia (Peça 63, p. 15-17) ter por “absoluta a premissa que a licitação sempre garantirá o menor preço do mercado”, dado que o procedimento licitatório não teria “condição de atingir todas as possibilidades existentes no mercado nacional”, visto que os participantes do certame representam pequena parcela do mercado e, assim, nem sempre seus preços propostos correspondem os menores possíveis.

5.6. Por fim, o próprio Ministério da Saúde teria endossado o “Plano de Trabalho/Proposta de Aquisição de Equipamentos” acostado à Peça 2, p. 10-11, de que constam “valores estimativos” próximos dos praticados nas aquisições.

Análise

5.7. Conquanto continente de afirmação acertada, o argumento não prospera no sentido de justificar reforma da decisão impugnada porque não se relaciona com o causa de decidir desta.

5.8. À época dos fatos não era, tal como afirmado, exigível de entidade privada conveniente em suas contratações custeadas por recursos públicos federais a realização de cotação prévia de preços de mercado, por vigente somente a partir de 1/7/2008 o Decreto 6.170/2007, norma mediante a qual se passou a fazer essa exigência, na forma do seu art. 11.

5.9. Aplicava-se, porém, o art. 70 e o art. 71, inciso II, da Constituição da República, de modo a recair sobre a entidade a presunção *juris tantum* de ter dado causa a dano ao erário eventualmente detectado na execução da avença, como visto no item 8 deste escrito.

5.10. Nesse esboço, é de presumir, diante do conjunto probatório, que a diferença entre o preço de mercado e contratado detectada na aquisição do veículo objeto da Tomada de Preços 4/2005 com recursos recebidos por força do Convênio 4802/2004 (Siafi 519236), correspondente a um preço contratado (R\$ 59.800), como inaceitável sobrepreço de 25,1% sobre o de mercado (R\$ 47.786,56), não resulta de falta de cotação de preços não exigível, mas sim de má-fé das pessoas envolvidas no esquema objeto da referida Operação Sanguessuga. Veja-se o trecho seguinte da instrução de mérito elaborada pela unidade técnica transcrita no relatório da decisão impugnada (peça 32, p. 9-10):

e) superfaturamento e/ou inexecução total ou parcial dos objetos contratados.

13. É evidente que nos processos de fiscalização do Denasus/CGU atuados nesta Corte, como Representação ou TCE, as irregularidades acima se apresentam, muitas das vezes, por meio de evidências, como ausência de determinados documentos ou de procedimentos determinados em lei e mediante a ocorrência de “coincidências” que excedem os limites da razoabilidade (bom senso). Tais descumprimentos de norma revelam restrição à competitividade, superfaturamento, direcionamento de objeto, simulação de competitividade, aceitação de propostas sem atendimento às exigências editalícias,

indícios de apresentação de propostas fraudulentas, inexecução total ou parcial dos objetos contratuais, entre outras irregularidades.

14. Ademais, é de se concluir que o grupo que se constituiu a fim de se beneficiar da venda fraudulenta de ambulâncias, durante os anos em que atuou, adquiriu know-how suficiente para conferir aos procedimentos realizados a aparência mais regular possível, o que exige dos órgãos de controle maior diligência em suas análises e inovações em sua atuação.

15. Deseja-se, pois, deixar claro que estes processos não podem ser analisados individualmente, sem se levar em conta todo o conjunto fático-probatório em que estão inseridos, sob o risco de se avaliar indícios que, se analisados individual e ocasionalmente, poderiam não adquirir o relevo necessário.

16. Diante do todo o exposto, é de se concluir que a empresa Suprema-Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. – ME e os Srs. Ricardo Waldmann Brasil, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Ronildo Pereira Medeiros permaneceram silentes, fazendo-se operar contra ele os efeitos da revelia, reputando-se verdadeiros os fatos afirmados (art. 319 do CPC), prosseguindo-se o feito até final julgamento, consoante os termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

17. Diante do todo o exposto, é de se concluir que a Sociedade Pestalozzi de São Paulo e sua então presidente Graciene Conceição Pereira não lograram afastar o débito equivalente aos recursos repassados para a compra de uma das UMS, restando, em razão disso, prejudicado o débito pelo superfaturamento na compra da Peugeot Boxer curto, ambulância simples remoção. As alegações apresentadas não foram suficientes ainda para afastar o débito pelo superfaturamento da UMS Furgão, marca Peugeot, modelo Partner, adquirido com recursos do Convênio 4802/2004, Siafi 519236.

18. Visto que não existem nos autos elementos que possibilitem reconhecer a boa-fé na conduta dos responsáveis, a gestora deve, desde logo, ter suas contas julgadas irregulares. Os responsáveis, portanto, devem ser condenados solidariamente ao pagamento dos débitos imputados e, ainda, de forma individual, à multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

5.11. As recorrentes não constituem provas contrárias à relativa produzida nos autos, pelo que permanece a presunção *juris tantum* aludida.

5.12. Por fim, os preços estimados constantes de planos de trabalho se prestam de referência para a execução orçamentária da Administração Pública, mas não para a realização das despesas a elas relativas. Nestas, em observância aos princípios da moralidade e da economicidade, é de praticar nas aquisições os preços do mercado à época. E estes, por variáveis no tempo e conforme o local, naturalmente discrepam dos estimados quando da elaboração do Plano de Trabalho.

6. Do atingimento dos objetivos do convênio foram, conforme a documentação apresentada pelas recorrentes (Peça 21, NF 163, de 21/12/2005)

6.1. Alega-se (Peça 63, p. 17-20) que as defesas anteriormente apresentadas pelas ora Recorrentes teriam comprovado, mediante a documentação a ela anexada, que as ambulâncias objeto do processo foram adquiridas e vinham sendo empregadas no âmbito da entidade.

6.2. Não teriam sido “verificados os documentos” disso comprobatórios por ocasião de inspeção em razão do fato de que a empresa alienante não os teria enviado, conquanto se tenha tentado com que o fizesse por meios extrajudiciais, e não por desídia da entidade Recorrente.

6.3. Careceria, portanto, de lograr a obtenção de tais documentos por meios judiciais. Ter-se-ia juntado aos autos mediante instrumento de defesa o comprovante da protocolização de ação judicial para tanto, a saber, “conforme peça 21, extrato do processo movido em face da empresa alienante”. O fato de a ABADS haver processado judicialmente a empresa alienante denotaria que não haveria conluio com esta, o que não teria sido considerado no julgamento combatido.

6.4. Na mesma oportunidade, juntaram-se também aos autos comprovantes de regularização do IPVA dos veículos e “apólice de seguro de automóvel contratado em nome da entidade recorrente (Peça 21)”. A comprovação da feitura de gastos com impostos e seguro fariam prova de que as ambulâncias estariam de fato em uso, o que tampouco teria sido considerados.

6.5. A prova mais forte do atingimento dos objetivos do convênio consistiria na celebração de convênio entre a entidade e a Prefeitura do Município de São Paulo cujo termo se acostou à Peça 21, para atendimento da população pelo Sistema Único de Saúde com emprego da capacidade instalada da entidade, incluindo-se seus equipamentos médicos.

Análise

6.6. Não merece prosperar a alegação.

6.7. Não consta nem da Peça 21 nem das demais peças dos autos o mencionado comprovante de protocolização de ação judicial. Quando mesmo constasse dos autos, o documento comprovaria tão somente a propositura mesma da ação judicial, e não a existência da UMS em foco.

6.8. Tampouco fazem prova de tal existência os demais documentos mencionados, como comprovante de pagamentos de impostos (Peça 21, p. 12-13 e 21) e de seguro (Peça 21, p. 15-17). Primeiro, porque não possibilitam estabelecer nexos de identificação entre o veículo nele assinalado e a UMS cuja aquisição não se comprovou, qual a objeto da Nota Fiscal 163, de 21/12/2005 (Peça 2, p. 51), visto que deles não consta descrição detalhada dos veículos naquela contida tampouco a data de sua aquisição.

6.9. Segundo, porque a comprovação de tais pagamentos não faz prova da aquisição do veículo a eles relativo com os recursos do convênio, vale dizer, não possibilita o estabelecimento do nexo de causalidade entre a aquisição do

veículo e o emprego dos recursos pecuniários objeto destas contas especiais. Noutras palavras, o veículo cujo imposto e cujos seguro se pagaram bem pode ter sido adquirido com os recursos pecuniários distintos dos daqui em foco.

6.10. Vale reproduzir também aqui o seguinte trecho da instrução da unidade técnica transcrito do relatório da decisão recorrida:

5.3.4 O débito total foi imputado por ter a instrução (peça 4, p. 29/30) concluído que não foi possível comprovar a boa e regular aplicação dos recursos do convênio, pois a Nota Fiscal 163, datada de 21/12/2005, encaminhada via fax, expedida pela empresa Suprema-Rio (peça 2, p. 51-52), não apresenta o número do chassi ou do Renavam, ou mesmo a placa do veículo, o que impede que se estabeleça o nexo de causalidade entre os recursos federais utilizados e a UMS vistoriada. Há o carimbo com o número do convênio na cópia anexa, o que, dada a ausência de dados essenciais que especificassem a aquisição, se fragiliza como evidência nessa circunstância. Assim, é possível que o referido documento fiscal possa ser utilizado para comprovar a aquisição de qualquer veículo, ainda mais considerando os indícios de fraude à licitação identificados nos autos. Portanto, a nota fiscal apresentada mostra-se frágil para comprovar a aquisição.

5.3.5. A defesa apresentou documentação, relativa ao exercício de 2011, da unidade móvel de saúde vistoriada (pagamento do IPVA em junho de 2011; Declaração de imunidade/isenção/dispensa do IPVA, de outubro/2011; e CRLV). A convenente e sua ex-presidente enviaram o certificado de registro e licenciamento de veículo (CRLV) à peça 21, p. 21, mas não apresentaram o documento hábil a comprovar o proprietário anterior da UMS, que seria o “Certificado de Registro do Veículo”.

5.3.6. A defesa também não logrou esclarecer o meio utilizado para se conseguir no Detran a documentação da UMS. Por duas vezes, menciona-se que a regularização da unidade foi feita pela via judicial, mas não se apresenta comprovantes nesse sentido. O documento encaminhado a esse título (peça 22, p. 20) não possui as informações necessárias a essa comprovação.

5.3.7. Foi encaminhada cópia de notificação extrajudicial à empresa para regularização da documentação, de setembro de 2006 (peça 21, p. 18/19), não entregue à destinatária, que era desconhecida no endereço constante da notificação. Documento idêntico, com data de agosto/2006, já fazia parte destas contas (peça 4, p. 32/33).

5.3.8. Em face do exposto, a falta de informação quanto à origem da UMS e sua regularização impedem que as alegações de defesa sejam acatadas.

7. Da necessidade de novo cálculo do débito em face da devolução das unidades móveis por força de decisão judicial

7.1. Diz-se (Peça 63, p. 20-24) que, “conforme noticiado”, tramita na Justiça Federal “Ação de Improbidade” cujo objeto é a aquisição das mesmas unidades móveis objeto destas contas especiais e em que a Sociedade Pestalozzi, atual ABADS, é ré. Em decisão proferida naquele processo judicial se determinou à entidade ora recorrente a entrega à União das ambulâncias objeto destas contas especiais.

7.2. As mencionadas ambulâncias, portanto, não mais estariam sob o domínio da recorrente.

7.3. Diante desse fato, mesmo ante o princípio da independência das instâncias, caberia suprimir do valor do débito apurado o correspondente ao “valor total de uma das unidades móveis de saúde (valor original de R\$ 99.900,00)”, sob pena de ocorrência de *bis in idem* e de enriquecimento sem causa do erário.

Análise

7.4. Não assiste razão às recorrentes.

7.5. No ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas jurídicas – cível, criminal e administrativa. Dessa forma, o fato de tramitarem processos em esferas distintas não viola o princípio que veda o *bis in idem*, como se constata pelo teor dos arts. 935 do Código Civil, 66 do Código de Processo Penal, 126 da Lei 8.112/1990, e 12 da Lei 8.429/1992.

7.6. Vale lembrar a fundamentação do Acórdão 2/2003 – 2ª Câmara:

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**. (grifou-se)

7.7. De considerar também os trechos em grifos no infratranscrito excerto de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal proferida no 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 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. (...). 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

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.** (grifos acrescidos)

7.8. A possibilidade de ressarcimento em duplicidade decorrente de condenação a ressarcir o Erário em instância diversa pela mesma *causa debendi* há que ser afastada pelo interessado mediante os instrumentos judiciais cabíveis. Por exemplo, caso tenha sido levado anteriormente a efeito o ressarcimento aludido em cumprimento de sentença judicial, caberá o emprego do instrumento apropriado perante o órgão judicial competente no processo judicial de execução do título em que consiste a decisão mediante a qual esta Corte tenha condenado o interessado a ressarcir o erário em razão da mesma causa.

7.9. Caberia, no caso, cientificar do pagamento da dívida a Advocacia-Geral da União, visto que, conforme entendimento firme do Supremo Tribunal Federal,

"a ação [judicial] de cobrança [executiva do título extrajudicial em e que consiste a condenação em débito por esta Corte] somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente" (Recurso Extraordinário 223.037-1/SE, Plenário, Relator: Min. Maurício Corrêa, 2 de maio de 2002.)

7.10. Como assinalado no voto condutor do Acórdão 654/1996 – 2ª Câmara,

O risco de um ressarcimento em duplicidade por parte do responsável está de todo afastado, em razão da orientação já sumulada nesta Corte no sentido de que os **valores eventualmente já satisfeitos** deverão ser considerados para efeito de **abatimento na execução** (Enunciado da Súmula-TCU nº 128). (grifou-se)

CONCLUSÃO

8. Das análises empreendidas, conclui-se que:

a) o Tribunal não carece valer-se do instituto da desconsideração da pessoa jurídica para alcançar os agentes que tenham dado causa a prejuízo ao erário na condição de gestores de recursos públicos;

b) as responsabilizações dos ora recorrentes decorrem do entendimento de que agiram de má-fé no esquema objeto da citada Operação Sanguessuga. Daí que suas não foram analisadas “individualmente, sem se levar em conta todo o conjunto fático-probatório em que estão inseridos, sob o risco de se avaliar indícios que, se analisados individual e ocasionalmente, poderiam não adquirir o relevo necessário”;

c) a aplicação dos recursos no objeto conveniado não foi comprovada por impossível estabelecer nexo de identificação entre o veículo objeto de aquisição por meio da Nota Fiscal 163, de 21/12/2005 (Peça 2, p. 51), de que não consta descrição detalhada dos veículos tampouco as datas de sua aquisição;

d) não há risco de ressarcimento em duplicidade na hipótese de devolução dos veículos por determinação judicial em face da orientação sumulada na Corte no sentido de que os valores eventualmente anteriormente satisfeitos deverão ser considerados para efeito de abatimento na execução (Enunciado da Súmula-TCU 128).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Do exposto, propõe-se com fundamento no art. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso de interposto e no mérito, negar-lhe provimento;

b) notificar da decisão sobrevinda as recorrentes, a Procuradoria da República no Estado de São Paulo e os demais interessados.”

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

6. Encaminhados os autos ao Ministério Público que atua junto a esta Corte, o ilustre Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado concordou com a conclusão final externada na aludida proposta da Unidade Técnica (Peça 85).

É o Relatório.