

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 022.109/2009-1

Natureza: Embargos de Declaração (em Recurso de Reconsideração de Tomada de Contas Especial convertida de Representação).

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); e Suprema Rio Comércio de Equipamentos de Segurança e Representações Ltda. - Me (07.150.827/0001-20).

Interessado: Fundo Nacional de Saúde - MS (00.530.493/0001-71).

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

Advogados constituídos nos autos: Thiago Lopes Ferraz Donnini (OAB/SP nº 235.247), Rubens Naves (OAB/SP nº 19.379), Belisário dos Santos Júnior (OAB nº 24.726), Mariana Vilella (OAB/SP nº 335.141), e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. RECURSOS AFETOS À ÁREA DE SAÚDE. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU OBSCURIDADE. REJEIÇÃO.

1. Rejeitam-se embargos de declaração quando não verificada omissão, contradição ou obscuridade.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Embargos de Declaração interpostos, 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 (peça 92), em face do Acórdão 7.799/2014–TCU–2ª Câmara (peça 86), o qual conheceu do Recurso de Reconsideração oposto pelos ora embargantes contra o Acórdão 2.206/2013–TCU–2ª Câmara (peça 33), para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo inalterado o Acórdão proferido em 2013.

2. Originalmente, o processo tratava de tomada de conta 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 empreendida por essas entidades em face da 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.

3. A referida TCE versa sobre o Convênio 4.802/2004, firmado entre o Fundo Nacional de Saúde (FNS) e a Sociedade Pestalozzi de São Paulo, cujo objeto era a aquisição de duas unidades móveis de saúde (UMS).

4. Na apreciação desta TCE, o Tribunal prolatou o Acórdão 2.206/2013–TCU–2ª Câmara, cuja parte dispositiva tem o seguinte teor, no que interessa ao exame do presente recurso:

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, (...);

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, (...);

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), (...);

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.”

5. Inconformado com esse **decisum**, os embargantes interpuseram Recurso de Reconsideração (peça 63), cujo cerne das alegações consiste em: (i) o Tribunal não poderia desconsiderar a personalidade da jurídica da entidade para responsabilizar os seus dirigentes; (ii) as entidades de direito privado sem fins lucrativo 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; (iii) o objeto do convênio teria sido atingido; e (iv) a realização de novo

cálculo do débito em face de uma eventual devolução das unidades móveis por força de futura decisão judicial.

6. Em manifestações uniformes, a Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao TCU manifestaram-se pelo conhecimento e negativa de provimento ao Recurso de Reconsideração (peças 83-85).

7. Acolhendo as manifestações uniformes o Tribunal, por meio do Acórdão 7.799/2014–TCU–2ª Câmara (peça 86), conheceu do recurso e negou a ele provimento.

8. Mais uma vez inconformados com a deliberação do TCU, a Associação Brasileira de Assistência de Desenvolvimento Social (ABADS), antiga Sociedade Pestalozzi de São Paulo, e a Sra. Graciene Conceição Pereira, ex-Presidente da referida Entidade, em conjunto, opuseram Embargos de Declaração (peça 92), alegando haver omissão e obscuridade.

9. Transcreve-se, a seguir, os principais trechos dos argumentos expendidos nos embargos:
“(…)

Formaram-se os autos, especificamente, com o propósito de analisar (1) suposto superfaturamento com relação à licitação de compra de uma das unidades móveis e (2) não cumprimento dos objetivos do Convênio com relação à outra.

O voto acolhido por unanimidade no Acórdão ora combatido é expresso ao afirmar as razões da condenação:

‘A citação dos responsáveis foi realizada de forma solidária em decorrência de superfaturamento na aquisição do veículo objeto do Tomada de Preços 4/2005, com recursos recebidos por força do convênio em tela, da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos, em face da quebra do nexo de causalidade, entre os recursos recebidos do Fundo Nacional de Saúde -FNS mediante o convênio em análise e a UMS vistoriada objeto da Nota Fiscal 163, de 21/12/2005, do não atingimento dos objetivos do convênio, já que a referida UMS não foi posta em funcionamento, e, por fim, caso se lograsse êxito em comprovar o nexo de causalidade entre os recursos do aludido convênio e a referida UMS, os responsáveis deveriam apresentar alegações de defesa quanto aos indícios de superfaturamento verificados.’

Inclusive, ao se questionar os apontamentos relacionados a irregularidades na condução da licitação para compra das UMS pela entidade, o voto reitera, como, já havia afirmado a SECEX-SP, que, as questões ligadas à licitação não compõem a razão de decidir:

‘No que concerne ao argumento no sentido de que as entidades de direito privado sem fins lucrativo 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, igualmente não prospera, pois, como bem destacou a Unidade Técnica deste Tribunal, tal argumento não se relaciona com a causa de decidir no presente processo.’

Portanto, fica claro que havia duas questões em análise: superfaturamento e não cumprimento do convênio. A obscuridade no acórdão está em não responder as questões da defesa quanto à composição dos valores da condenação, se consideradas as efetivas razões de decidir.

*Também se verifica no acórdão omissão quanto à questão de sobreposição de instâncias, invocada pela defesa, tendo em vista que o mesmo convênio foi objeto de ação de improbidade que foi recentemente **julgada improcedente, por considerar não comprovado dano à União, tampouco conduta reprovável da entidade e seus dirigentes.***

2. RAZÕES DOS EMBARGOS

Quanto ao superfaturamento de uma das UMS, não foi esclarecido o método utilizado pelos órgãos técnicos para comprová-lo. Mais de uma vez a defesa apontou que mera pesquisa de mercado pela internet, para produto complexo e produzido por poucos agentes no mercado, como uma ambulância, não pode ser prova de superfaturamento. Não havia um preço tabelado para o produto, o valor correspondia ao previsto no convênio e, não menos importante, adotou-

se o valor mais barato dentre os apurados na Tomada de Preços. O que mais deveria se esperar da entidade?

Claramente, o 'superfaturamento' é concluído não pela pesquisa realizada pelos órgãos técnicos, mas sim pelo fato de o processo se inserir no contexto da Operação Sanguessuga. Pressupõe o TCU o que nem mesmo a Polícia Federal chegou a concluir em definitivo.

No mesmo sentido a afirmação do Acórdão recorrido de que o objeto do Convênio, com relação a uma das ambulâncias, não teria sido cumprido.

Não está explicado porque o mesmo não foi cumprido. O Convênio foi firmado para compra de duas ambulâncias, sem contrapartida da instituição. As ambulâncias foram compradas. Onde estaria o descumprimento do convênio, portanto? Lembre-se que à época não havia exigência de que a verba para compra de ambulâncias fosse direcionada apenas a estabelecimentos de saúde.

O Tribunal precisa esclarecer em que medida o convênio foi descumprido se o convênio era exatamente para compra de veículos. A compra, por sua vez, não pode ser questionada tendo em vista todos os documentos juntados e a própria ação de improbidade que autorizou o depósito judicial dos veículos.

No sentido do que foi exposto, vale transcrever trecho da recente decisão proferida pela 24ª Vara Cível no âmbito da Ação de Improbidade 2008.61.00.030244-2 (doc 01), movida pela União em face da entidade e seus responsáveis, em razão do mesmo convênio e fatos aqui expostos, cujas considerações do juízo precisam ser do conhecimento desta Corte de Contas:

(...)

Não pode o TCU ignorar a existência de ação de improbidade na qual se examinam os mesmos fatos relacionados ao mesmo convênio. Foi rechaçada, enfaticamente, a responsabilização da entidade, e da Sra. Graciene, concluindo-se pela inexistência de dano ao erário; tampouco má fé ou favorecimento dos envolvidos.

Ora, a independência de instâncias não pode ser pretexto para a mais absoluta incoerência no tratamento do mesmo caso!

Ainda assim, não se pretende, reconhecendo a estreiteza desta via recursal, debater a inconsistência da decisão do Tribunal de Contas frente à sentença da Justiça Federal. O problema maior reside na obscuridade do acórdão embargado diante de fatos que foram apontados pela defesa.

Com efeito, a entidade já havia indicado, ao TCU, providências no sentido de depositar judicialmente as ambulâncias objeto daquela ação, dentre as quais as duas tratadas no presente processo. A devolução foi requerida antes mesmo da sentença, inclusive depois de vender e provisionar o valor a fim de que os veículos não depreciassem por completo.

Tanto o depósito inicial como a devolução definitiva do valor dos veículos, após a sentença, foram expressamente determinados pelo Juízo, de modo que a União já será ressarcida dos supostos danos aqui aventados, ou, ao menos, de parte deles.

Ocorre que ao se questionar a manutenção da condenação diante desses fatos, afirma o Acórdão, baseado na ideia de independência das instâncias, que em momento oportuno a entidade poderia comprovar o **bis in idem** e que esse momento seria na execução judicial da dívida.

Ocorre que, nos termos da disciplina da execução judicial de dívida ativa (Lei 6.830/80), a objeção à execução, mediante Embargos à Execução, requer a garantia do juízo¹. A entidade, portanto, teria de depositar o valor questionado, sendo que esse mesmo valor já teria sido devolvido à própria União, nos termos da ação de improbidade. O transtorno e os dispêndios que a execução da dívida decorrente do acórdão oferecerá - para uma entidade que subsiste a partir de doações e incentivos - serão enormes.

O que está a decisão do TCU a afirmar, em síntese, é que pouco importa a situação de flagrante sobreposição de cobrança, mesmo que devidamente noticiada nos autos.

Assim, vale destacar outro trecho da comentada ação de improbidade, em que se conclui pela ausência de conduta irregular da ABADS e da Senhora Graciene, ao mesmo tempo em que se aceita a devolução do valor dos veículos:

(...)

Reitera-se, nessa oportunidade, na linha do que se concluiu também na ação de improbidade referente ao mesmo convênio, que a União, e na Tomada de Contas, o TCU, pretendem impor uma condenação frágil em termos probatórios, baseada no contexto da Operação Sanguessuga, com relação à qual não há nenhuma comprovação de que a ABADS ou a Sra. Graciene estivessem envolvidas para benefício próprio.

No caso, o contexto da operação, o tempo transcorrido e ausência de um termo de convênio justificado e detalhado (o que por óbvio não é culpa da entidade) está eximindo o TCU de comprovar adequadamente as irregularidades que aponta, representando grave prejuízo à entidade seu direito de defesa.

Nesse sentido e concluindo os Embargos de Declaração, essa questão fica expressa na manifestação da SECEX-SP ao examinar o Recurso de Reconsideração interposto pelos embargantes, conforme peça 83 dos autos, e que foi integralmente acatada pelo Acórdão Embargado:

'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 [condutas] 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';'

Ao fim, requer-se, com intuito de sanar minimamente as omissões do Acórdão, que a Corte se manifeste sobre a afirmação da SECEX-SP ou seja, que esclareça se vai de fato impor condenação em que as '[condutas] não foram analisadas 'individualmente''. Ou seja, se de fato, baseado em operação investigativa na qual sequer há conclusões definitivas, vai o Tribunal manter condenação tão frágil na especificação dos danos e das respectivas responsabilidades individuais.

3. REQUERIMENTOS

Diante do exposto, a ABADS E GRACIENE PEREIRA requerem o conhecimento do presente recurso, em seu regular efeito suspensivo (artigo 287, § 3º do Regimento Interno do TCU) para supressão das omissões apontadas nas razões acima.

Requer, ainda, que se atribua efeitos infringentes ao presente recurso, para revisão do entendimento exarado, dando-se procedência às razões da defesa anteriormente apresentadas".
(grifos no original)

É o relatório.