

TC 005.360/2010-2

Tipo: Tomada de Contas Especial (Recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Rio das Flores/RJ.

Recorrente: Vicente de Paula Souza Guedes (CPF 193.479.956-49).

Advogado: Bruno Barata (OAB/RJ 140.950).
Procuração: peça 24. Substabelecimento: peça 61.

Interessado em sustentação oral: Não há.

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio. Superfaturamento. Citação. Rejeição das alegações. Contas irregulares. Débito. Multa. Recurso de Reconsideração. Conhecimento. Não provimento. Ciência aos interessados.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Vicente de Paula Souza Guedes, ex-prefeito do município de Rio das Flores/RJ(peça 85), contra o Acórdão 858/2014 – TCU – 2ª Câmara (peça 39), mantido pelo Acórdão 956/2015 – TCU – 2ª Câmara (peça 64).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. rejeitar as alegações de defesa e as razões de justificativa apresentadas pelo responsável Vicente de Paula de Souza Guedes, então Prefeito do Município de Rio das Flores/RJ;

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

9.3. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas do responsável Vicente de Paula de Souza Guedes;

9.4. condenar solidariamente os responsáveis Vicente de Paula de Souza Guedes, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Santa Maria Comércio e Representação Ltda. ao pagamento do débito no valor original de R\$ 14.715,46 (quatorze mil setecentos e quinze reais e quarenta e seis centavos), a partir de 13/3/2002, 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;

9.5. aplicar aos responsáveis Vicente de Paula de Souza Guedes, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Santa Maria Comércio e Representação Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos valores individuais 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 seja paga no prazo estabelecido, na forma da legislação em vigor;

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde – FNS, em razão da não aprovação da prestação de contas do Convênio 475/2001 (peça 1, p. 45-52), por intermédio do qual foram transferidos R\$ 40.000,00 para a aquisição de Unidade Móvel de Saúde – UMS, visando ao fortalecimento do Sistema Único de Saúde – SUS.

2.1. Analisados os documentos integrantes da prestação de contas, constatou-se a existência de superfaturamento na aquisição do veículo e em sua transformação em Unidade Móvel de Saúde, no valor histórico (13/03/2002) de R\$ 17.659,26 (dos quais R\$ 14.715,464 correspondem à parcela transferida pela União), facilitado pelo ato administrativo de adjudicação e homologação do processo licitatório sem a necessária realização de pesquisa de preços do bem adquirido, ferindo o art. 15, inciso V, § 1º, e art. 43, inciso IV, ambos da Lei 8.666/1993.

2.2. O superfaturamento verificado na aquisição do veículo conduziu à citação do ex-prefeito por meio de ofício (peça 15), solidariamente à empresa Santa Maria Comércio e Representação Ltda. (peça 17), fornecedora do veículo adquirido e ao Sr. Luiz Antônio Trevisan Vedoin, sócio administrador da empresa fornecedora (peça 16). O então prefeito foi informado de que o débito proveniente do superfaturamento foi facilitado pelo ato administrativo, por ele exercido, de homologação do processo licitatório, sem a necessária realização de pesquisa de preços do bem adquirido.

2.3. Após a apresentação de resposta à citação e razões de justificativa pelo ex-prefeito (peças 22 e 26), tendo em vista as irregularidades encontradas nos autos, suas contas julgadas irregulares, tendo sido condenada ao pagamento, solidariamente aos demais responsáveis, do débito referente ao superfaturamento. Foram ainda aplicadas multas aos responsáveis, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992 (peça 39).

2.4. Alegando que o Acórdão 858/2014 – TCU – 2ª Câmara teria omitido as razões de decidir, do não reconhecimento da boa-fé e da aplicação da multa, o Sr. Vicente de Paula de Souza Guedes opôs embargos de declaração (peça 52), os quais foram conhecidos e rejeitados pelo Acórdão 956/2015 – TCU – 2ª Câmara (peça 64).

2.5. Inconformado, o Sr. Vicente de Paula de Souza Guedes interpõe o presente recurso de reconsideração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade realizado pela Exma. Min. Ana Arraes (peça 95), que concluiu pelo conhecimento do recurso de reconsideração, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4, 9.5 e 9.7 do Acórdão recorrido em relação ao recorrente e aos responsáveis solidariamente a ele condenados, cf. art. 32, inciso I, e art. 33, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 285 do RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação do Recurso

4.1. Constituem objeto do recurso do Sr. Vicente de Paula Souza Guedes as seguintes questões:

- a) da conduta culposa do gestor apontada como causadora de dano ao Erário;
- b) do nexo de causalidade entre a conduta culposa do gestor e o dano ao Erário;
- c) do tipo de Unidade Móvel de Saúde adquirida e da existência de dano ao Erário;
- d) da aprovação das contas por outros órgãos e entidades administrativas;

e) da aplicação de princípios gerais do Direito ao caso concreto.

5. **Questão – da conduta culposa do gestor apontada como causadora de dano ao Erário**

5.1. O recorrente alega incapacidade de figurar como responsável em TCE, pois não teria contribuído de forma direta ou indireta para qualquer evento relatado no processo administrativo em questão.

5.2. Assevera que a responsabilização do agente pressupõe demonstrar que ele teria agido de forma omissiva ou comissiva, cooperando de forma efetiva para ocorrência do ilícito, com o fim específico de burlar a norma e de causar prejuízo ao Erário.

Análise

5.3. O ex-prefeito foi o administrador dos recursos públicos federais em exame e, nessa condição, responde pela aplicação dos valores recebidos mediante convênio. Por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao gestor o ônus da prova. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme se verifica nos acórdãos 903/2007–1ª Câmara, 1445/2007–2ª Câmara e 1656/2006–Plenário.

5.4. Tal entendimento é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa da deliberação vem transcrita a seguir.

“Mandado de segurança contra o Tribunal de Contas da União. Contas julgadas irregulares. Aplicação da multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67. A multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67 não tem natureza de sanção disciplinar. Improcedência das alegações relativas a cerceamento de defesa. Em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público. Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação, no tocante à irregularidade da licitação. Mandado de segurança indeferido” (grifos acrescidos).

5.5. 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 não se aplicam ao caso concreto.

5.6. No momento em que alguém recebe recursos públicos a serem gerenciados, seja ele agente público ou particular em colaboração, torna-se o responsável pela sua boa e regular aplicação. Demonstrado o repasse dos recursos a determinados agentes, provado está o fato constitutivo do direito do ente público concedente de ver o interesse comum atingido, ou de ter os recursos restituídos, a menos que seja demonstrado fato impeditivo ou modificativo desse direito: é nesse contexto que o ordenamento jurídico brasileiro imputa ao gestor público a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos pelos quais se responsabiliza.

5.7. Assim, para a imputação em débito, não é necessária a ocorrência de má-fé ou desonestidade. Nas hipóteses em que for constatado dano ao erário resultante de omissão no dever de prestar contas, de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou desvio de dinheiro público, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada, haja concorrido de qualquer modo para o cometimento do dano apurado. Não é necessária, assim, a conduta dolosa,

bastando apenas a modalidade culposa, não podendo ser acolhido o argumento segundo o qual a responsabilização do então prefeito que gerencia recursos federais dependeria da presença de dolo em prejudicar o Erário (elemento subjetivo específico) na conduta.

Argumento

5.8. Sustenta que a realização da pesquisa de preço não seria atividade diretamente inserida na esfera de competência do jurisdicionado, tendo em vista a delegação da competência para a realização do certame à Comissão de Licitação, a qual, nos termos do art. 6º, inciso XVI, da Lei 8.666/1993, teria a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

5.9. Cita jurisprudência deste Tribunal segundo a qual não se poderia pretender que todas as informações prestadas por subalternos sejam conferidas por seus superiores, pois isto poderia inviabilizar a Administração, e que não seria razoável esperar que um prefeito municipal supervisionasse a celebração e a execução de contratos de rotina do Município.

5.10. Cita que o TCU reconhece a distinção entre a responsabilização de agentes administrativos e agentes políticos, e que o fato de um prefeito municipal ser signatário do convênio não implica, necessariamente, que ele será responsabilizado por irregularidades na sua execução.

5.11. Alega que a irregularidade verificada no caso concreto seria pontual, não generalizada, de tal sorte que não caberia a responsabilização do agente político signatário do convênio.

5.12. Transcreve posicionamento doutrinário sobre a importância da individualização da responsabilidade pela prática do ato ilícito. Alega que não haveria nenhum indício da individualização da conduta do ex-prefeito, que comprovasse sua participação em conduta irregular que tenha dado causa a um eventual dano ao Erário. Assevera que, sem a específica identificação da conduta do agente, estaria sendo aplicada modalidade de responsabilidade objetiva, hostilizada pela Justiça.

5.13. Argumenta que a concepção de “Ordenador de Despesa”, adotada pelos Tribunais de Contas, não mereceria prosperar no ambiente democrático, pois teria origem no Decreto-Lei 200/1967, período no qual a Administração Pública não teria sido exercida de modo descentralizado. No período democrático, as decisões não seriam tomadas somente por um agente, sendo discutidas de forma democrática e resultado de discussões em que diversos servidores emitem pareceres e autorizam procedimentos.

5.14. Lembra que diversos servidores teriam emitido pareceres e autorizados procedimentos conforme suas atribuições legais. Defende que a aquisição analisada pode ser enquadrada na modalidade de ato administrativo denominada de “ato complexo”, de sorte que os atos específicos não produzem efeito isolado. Haveria a produção de efeito jurídico apenas quando os diversos atos se completam e se integram.

5.15. Destaca que a Secretaria de Saúde do Município havia atestado que todas as solicitações do projeto haviam sido atendidas, e que não opôs nenhuma objeção quanto à realização da aquisição. Cita Acórdão desta corte segundo o qual poderia pretender que toda e qualquer informação prestada por um subordinado seja checada pelo respectivo superior, pois isto inviabilizaria a Administração.

Análise

5.16. O art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 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*”. Na mesma linha o art. 39 de Decreto 93.872/1986 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*”.

5.17. Diversamente do que interpreta o recorrente, o dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo compatível com o art. 70, parágrafo único, da Lei Maior, segundo o qual “*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, assuma obrigações de natureza pecuniária*”. O prefeito é o administrador dos recursos públicos federais repassados à municipalidade e, nessa condição, é o responsável pela prestação de contas ao órgão repassador. O recorrente, de forma contraditória, busca diluir sua responsabilidade entre seus subordinados, ao mesmo tempo em que pugna pela “individualização” de sua responsabilidade.

5.18. A argumentação oferecida pelo recorrente confunde os conceitos de “ato complexo” com o de “processo administrativo”. Em uma licitação conduzida por uma comissão e homologada pelo Chefe do Poder Executivo, não há ato complexo, ou seja, não há a “fusão de manifestações de vontades de diversos órgãos ou entidades, com o mesmo conteúdo e os mesmos fins, em um único ato” [DIPIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 232], como ocorre quando é proferido um Decreto assinado pelo Chefe do Poder Executivo e por um Ministro de Estado.

5.19. Assim, a aquisição de uma UMS ou de uma utilidade qualquer pelo poder público ocorre não por um ato complexo, mas mediante um processo administrativo, ou seja, um conjunto de diversos atos praticados de forma sequencial pelo ente público no exercício da função administrativa, com aquela específica finalidade. Há a produção de uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração e todos eles contribuem para a formação de uma vontade contratual, mas eles não possuem identidade de conteúdo nem identidade de fins, o que caracteriza os atos que se fundem para compor o ato complexo. Assim, a conduta de cada agente constitui um ato administrativo distinto, sobre o qual pode recair a responsabilização.

5.20. A homologação é ato administrativo unilateral e vinculado, pelo qual a Administração examina, *a posteriori*, a legalidade de outro ato jurídico [DIPIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 239]. Desse modo, a autoridade competente deveria ter verificado a existência do vício de legalidade, e determinado o saneamento ou a anulação do procedimento. Observe-se que a homologação se situa no âmbito do poder de controle hierárquico da autoridade superior, tendo a natureza jurídica de ato administrativo de confirmação [CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. Pág. 265].

5.21. A competência da Comissão de Licitação se encerra justamente quando da homologação do procedimento licitatório. Tal competência envolve a habilitação dos licitantes e a classificação das propostas. Julgadas e classificadas as propostas, a Comissão de Licitação encaminha os autos da licitação à autoridade que a nomeou a fim de que esta, nos termos do dispositivo acima citado (art. 43, inciso VI, da Lei 8.666/1993) decida acerca da homologação e adjudicação do objeto ao licitante [FURTADO, L. R. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009].

5.22. Segue-se que a homologação não é ato de caráter meramente formal, de encaminhamento, mas sim ato de decisão que deve ser fundamentado. Envolve ratificar atos licitatórios, confirmá-los, conferindo-lhes aprovação para que produzam os efeitos necessários. Quem homologa deve antes se certificar da legalidade dos atos praticados, conforme o Acórdão 509/2005 – TCU – Plenário. Sem o concurso do recorrente, a licitação com preços superfaturados não teria se consumado. Daí decorre sua responsabilidade subjetiva, na modalidade culposa. Vê-se que o artigo 43, inciso VI, da Lei 8.666/1993 estabelece que a homologação é deliberação da autoridade competente.

5.23. É esse exame de legalidade, realizado de forma inadequada, que está sendo objeto de Controle Externo e conduzindo à responsabilização, não a exatidão da pesquisa em questão.

5.24. Desse modo, a competência para realização da pesquisa de preços era da Comissão de Licitação, mas a competência para certificar-se da existência dessa pesquisa era do agente que viesse a homologar o processo licitatório. No caso em exame, o recorrente poderia e deveria ter, em vez de homologado o processo licitatório, notado sua irregularidade mais grosseira: a inexistência de pesquisa de preços.

5.25. Logo, não se afirma competir ao gestor desse nível hierárquico rever todos os atos administrativos praticados por seus subordinados, sob pena de se inviabilizar a gestão, especialmente quando a estrutura administrativa da entidade é complexa. O entendimento dominante no TCU é no sentido de se atribuir responsabilidade a essas autoridades por “irregularidades grosseiras, avaliadas sob enfoque amplo” (Acórdão 213/2002 – Plenário). Dessa forma, reconhece-se, conforme a jurisprudência citada pelo recorrente, que aquele que homologar licitação não terá que verificar “toda e qualquer informação” prestada por subordinado, mas é previsível, a um gestor “mediano” ou “normal”, que qualquer aquisição a qual este venha a realizar com os recursos administrados deve ser precedida da coleta de informações sobre os preços normalmente praticados pelas utilidades em questão.

5.26. Quem assina o termo de convênio se compromete a zelar pela correta aplicação dos recursos públicos federais recebidos e pela licitude dos pagamentos dele decorrentes. A conduta também era prevista pelo artigo 7º, inciso XII, alínea “a”, da IN STN/MF 01/1997. Lembre-se que uma vez assinado o convênio, ele obriga ambas as partes, e o prefeito torna-se responsável pelos recursos recebidos e pelo adimplemento do objeto conveniado, respondendo em caso de irregularidade. A conduta do recorrente foi adequadamente descrita: o recorrente homologou e adjudicou processo licitatório com os vícios apontados, de forma indevida.

5.27. Nesse contexto, a responsabilidade financeira dos agentes que gerem recursos públicos é subjetiva. Para que a imputação de “débito” (ressarcimento do Erário) ou para a aplicação de sanções punitivas, devem estar presentes os seguintes elementos: ação comissiva ou omissiva e antijurídica; existência de dano ao Erário ou de infração a norma legal, regulamentar ou contratual (irregularidade); nexo de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; e dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente, nos termos dos Acórdãos TCU 44/2006 e 953/2006, ambos proferidos pelo Plenário.

5.28. A culpa está caracterizada pela violação de dever jurídico de cuidado quando dessa homologação. Frente aos valores que estavam em jogo, o recorrente deveria ter empregado medidas adicionais de precaução ao homologar o processo licitatório, cujo custo era inferior ao prejuízo que teria sido por elas evitado, ainda que ponderado pela probabilidade de que esse risco se materializasse. A simples verificação da existência da pesquisa de preço se afiguraria como medida suficiente para reduzir significativamente a probabilidade da ocorrência do superfaturamento em questão.

5.29. Esta Corte de Contas entende que a delegação de atividades administrativas não retira do agente político a responsabilidade sobre a execução do convênio, a não ser que existam normas jurídicas prévias autorizando a delegação, e que ele tenha atuado apenas como agente político, somente assinando o convênio e não praticando atos de gestão. Ao contrário do que entende o recorrente, a citada jurisprudência não se aplica aos casos em que o prefeito municipal homologa processo licitatório irregular causador de lesão ao Erário, uma vez que, nesse caso, atua como gestor de recursos públicos, não apenas como agente político.

5.30. É entendimento pacífico no Tribunal que o instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, visto que remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado (Acórdão 56/1992 – Plenário, Acórdão 54/1999 – Plenário, Acórdão 153/2001 – Segunda Câmara), nos termos do Decreto-Lei 200/1967 (art. 10, caput, § 5º) e do Decreto 93.872/1986 (arts. 49, 54 e 142). Ademais, a hierarquia, conceito ínsito à organização da

administração pública, envolve poder de comando, dever de obediência, poder-dever de fiscalização da conduta de seus subordinados, além do poder de revisão dos atos praticados. Assim, o administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, exceto se com eles for conivente, se deles tendo ciência, deixar de agir para impedir sua prática, ou se negligenciar em descobri-los.

5.31. O entendimento que o recorrente constrói em sua argumentação transformaria o ato do gestor público em formalidade inócua, desprovida de qualquer eficácia quanto à fiscalização da conduta de seus subordinados, constituindo negligência com o trato da coisa pública e implicando assunção de responsabilidade pelas irregularidades eventualmente cometidas. Dessa forma, não é possível acolher a argumentação oferecida pelo recorrente.

6. **Questão – do nexo de causalidade entre a conduta do gestor e o dano ao Erário**

6.1 Aduz que não existiu nexo de causalidade entre a conduta do agente público – homologar o processo licitatório e assinar o contrato de aquisição do veículo – e o dano apontado ao Erário.

Análise

6.2 Concretamente, a homologação do processo licitatório sem a verificação da existência da pesquisa de preços legalmente exigida constituiu evento sem o qual o dano ao Erário não teria ocorrido. Caso o gestor tivesse se recusado a homologar o processo licitatório sem que tivesse sido realizada a devida pesquisa de mercado, o prejuízo ao Erário não teria ocorrido, pois o procedimento deveria ter sido novamente realizado, de modo a possibilitar o oferecimento de propostas compatíveis com os preços normalmente praticados pelo mercado.

6.3 De forma abstrata, a conduta do gestor também deve ser considerada juridicamente como causa para a produção do dano. Ainda que em sua modalidade exclusivamente culposa, a realização de processo licitatório sem as informações adequadas sobre o preço normalmente praticado do objeto adquirido, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, eleva a probabilidade de tal aquisição ser realizada a preços superiores aos de mercado. A adequação da “não realização de pesquisa prévia” à produção do referido dano é previsível, de modo que poderia e deveria ter sido evitada pelo gestor encarregado de verificar a regularidade do processo licitatório, quando da homologação do certame. Trata-se de omissão relevante para fins de responsabilização, pois o agente podia e devia ter evitado o resultado.

6.4 Dessa forma, não cabe a alegação de inexistência de nexo causal entre a conduta do recorrente e o dano sofrido pelo Erário.

7. **Questão – do tipo de Unidade Móvel de Saúde adquirida e da existência de dano ao Erário**

7.1 Cita o Acórdão TCU 3665/2012, que versou sobre caso em que teria ocorrido equívoco quanto ao tipo de unidade móvel de saúde adquirida (“tipo B, em vez de tipo A”), e em que foi determinado o arquivamento do processo sem o cancelamento do débito. Argumenta que a Unidade Móvel de Saúde adquirida pela Prefeitura Municipal de Rio das Flores também teria sido do “tipo B”, o mesmo tipo da UMS sobre cuja aquisição versa o Acórdão 3665/2012. Uma vez que UMS tipo B seriam unidades de alta complexidade, com equipamentos sofisticados, não haveria superfaturamento.

Análise

7.2 Conforme vem se consolidando a jurisprudência dessa Corte de Conta (Acórdãos 2877/2011, 3019/2011, 5324/2011, 5325/2011, 6758/2011, 7723/2011, 5031/2012, 5409/2012, 2629/2013, 4791/2013, 6783/2013, 7316/2014, 7945/2014, 70/2015, 982/2015, 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.

7.3 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.

7.4 Lembre-se ainda que se optou 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 $1,10 \times$ 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.

7.5 O fato de a Prefeitura Municipal de Rio das Flores ter adquirido uma UMS do tipo B, e não do tipo A, foi considerado no cálculo do sobrepreço apurado. O raciocínio elaborado pelo recorrente é equivocado, pois, ainda que determinadas Unidades Móveis de Saúde sejam de maior complexidade e tragam equipamentos mais sofisticados, tais circunstância são refletidas na metodologia de cálculo de superfaturamento. Dessa forma, ao contrário do que alega o recorrente, o Acórdão citado não se aplica ao caso concreto.

8. **Questão – da aprovação das contas por outros órgãos e entidades administrativas**

8.1 Observa que o Ministério da Saúde havia concordado com o valor apontado nos documentos encaminhados pela Prefeitura, e, posteriormente, aprovou sem ressalvas a prestação de contas, concluindo pela inexistência de prejuízo ao Erário. Manifesta que a aquisição teria elevado a qualidade do atendimento à população, atingindo o objetivo do convênio.

8.2 Ressalta que o TCE/RJ, ao analisar a documentação referente à Tomada de Preços 009/2002, teria verificado que os valores contratados eram compatíveis com os valores médios pesquisados no mercado.

Análise

8.3 Conforme já ressaltado pelo Relatório acolhido pelo Voto Condutor do Acórdão recorrido, os preços calculados pelo órgão repassador visavam a estabelecer o valor a ser repassado, e não o valor a ser pago na licitação que viesse a ser realizada. De acordo com a Lei 8.666/1993, esse valor de referência deveria ter sido levantado de acordo com os preços praticados pelo mercado e servido de balizadora para avaliar a adequação da proposta de cada licitante (artigo 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993).

8.4 O recorrente simplesmente afirma que entendia que o Ministério da Saúde já teria fixado o preço, sem apresentar nenhum fundamento lógico ou jurídico para tal conclusão. Entretanto, o Ministério da Saúde não é órgão legalmente competente para fixar preços de Unidades Móveis de Saúde, veículos novos ou usados, ou serviços de transformação. Ainda que o órgão concedente tivesse mais condições operacionais de realizar tal estimativa, o que não ocorre devido às diferenças mercadológicas de cada região, em nenhum momento são apresentados fundamentos jurídicos que afastassem o dever imposto ao gestor de recursos públicos (no caso, o prefeito municipal) pela Lei 8.666/1993.

8.5 Quanto à aprovação de contas pelo Ministério da Saúde, tal ato não se qualifica como quitação plena, mas sim que nada de errado havia sido constatado até aquele momento. A aprovação de contas não tem, pela própria natureza dos procedimentos de auditoria, como comprovar o “não cometimento” de irregularidades, as quais, uma vez detectadas, serão posteriormente apuradas mediante o competente processo de Tomada de Contas Especial.

8.6 Ressalte-se ainda que as manifestações do controle interno não vinculam o TCU. 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. Como manifestado no Acórdão 2105/2009–TCU-1ª Câmara, “O TCU possui atribuição constitucional para realizar de forma autônoma e independente a apreciação da regularidade das contas dos gestores de bens e direitos da União”. Foram também nesse sentido os seguintes acórdãos desta Corte: 2331/2008-1ª Câmara, 892/2008-2ª Câmara e 383/2009-Plenário.

8.7 A não subordinação das decisões do TCU aos pareceres do controle interno foi abordada nos seguintes termos no Acórdão 212/2002-TCU-2ª Câmara:

“Outrossim, a aprovação de uma prestação de contas pelo Sistema de Controle Interno não afasta a atribuição constitucional deste Tribunal, atinente à verificação da regularidade da utilização de recursos públicos federais. Esta Corte de Contas não está adstrita ao juízo firmado por aquela unidade, possuindo ampla capacidade de deliberação, e exercendo, precipuamente, a privativa jurisdição sobre os responsáveis pelos valores repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, *ex vi* do disposto no art. 71, inciso VI, da Constituição Federal/1988”.

9. **Questão – da aplicação dos princípios gerais de Direito ao caso concreto**

9.1 Defende que foram observados os princípios da probidade e da boa-fé em todas as fases do negócio jurídico celebrado entre a União Federal e a Prefeitura Municipal de Rio das Flores, e que teria sido atendida a função social contrato celebrado.

9.2 Entende que o ressarcimento imposto pelo Acórdão recorrido representaria enriquecimento sem causa para a Administração Pública, uma vez que o bem teria sido adquirido.

9.3 Transcreve ensinamentos doutrinários sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tecendo considerações sobre os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Alega que a referida decisão não os teria observado, além de ter violado o princípio do formalismo moderado.

Análise

9.4 O recorrente traz ensinamentos doutrinários sobre diversos princípios que informam o ordenamento jurídico brasileiro, sem demonstrar porque a decisão recorrida os contrariaria. São trazidos posicionamentos doutrinários nacionais e estrangeiros sobre a ponderação de princípios, sem se esclarecer como a técnica poderia afastar a responsabilidade do gestor nem quais princípios autorizariam tal afastamento.

9.5 O recorrente alude também ao que denomina de técnica da “ponderação de direitos”, sem se detalhar porque a situação jurídica do então gestor deveria prevalecer em relação à situação jurídica da União, nem justificar adequadamente porque a situação patrimonial do recorrente deveria ser preservada mesmo quando se verifica que sua conduta exerceu papel determinante na deterioração da situação financeira da coletividade. As razões pelas quais a situação jurídica do então gestor não prevalece sobre a da União são análogas às que conduzem à responsabilização de qualquer autor de um dano ilícito: a existência de um prejuízo material, de uma conduta culposa violadora de direito, e de um nexo de causalidade entre estes.

9.6 Tampouco há sentido em se fazer menção ao princípio da “função social do negócio jurídico” celebrado entre a União e a Prefeitura Municipal. O recorrente está sendo responsabilizado por ter praticado ato administrativo de forma indevida, fazendo com que uma parcela dos recursos federais recebidos, que deveriam ter sido aplicados no interesse comum motivador da celebração do convênio ou devolvidos, fossem empregados de modo diverso e em desacordo com esse interesse. Demonstrado o repasse dos recursos a determinados agentes via convênio, provado está o fato

constitutivo do direito do ente público concedente: i) ao atendimento dos objetivos de interesse comum conveniados; ou ii) à restituição dos valores que, culposamente, não tenham sido aplicados nos objetivos de interesse comum.

9.7 Caso a “função social” a qual o recorrente se refere seja aquela relativa à função social da relação jurídica contratual celebrada entre a Prefeitura Municipal e a empresa fornecedora, é de se salientar que, tendo sido demonstrada a falha grosseira na formação da manifestação de vontade do ente público (a ausência de informações sobre o valor normalmente praticado pela utilidade a ser adquirido), não é possível se afirmar que, após a celebração do contrato, ambas as partes tenham ficado em uma situação melhor do que aquela em que estavam antes dela. Uma vez que o referido contrato não se tratou de acordo destinado a possibilitar a efetiva cooperação entre as duas partes, não é possível se estatuir, dessa forma, que a “função social do contrato” tenha sido alcançada.

9.8 Quanto à alegação de violação do princípio do enriquecimento sem causa, esclarece-se que o Acórdão recorrido reconhece que a Unidade Móvel de Saúde foi adquirida. O recorrente foi citado apenas pela diferença entre o valor que foi pago pela UMS e o valor que deveria ter sido pago, caso o então prefeito não houvesse homologado o procedimento licitatório desprovido de pesquisa de preços e a unidade tivesse sido adquirida a valores compatíveis com os praticados pelo mercado. A cobrança do débito imputado, pelo contrário, evita o empobrecimento da União indevidamente causado pela ação do recorrente.

9.9 Embora o recorrente cite os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, não oferece razões pelas quais a imputação de débito deveria ser considerada inadequada, desnecessária e desproporcional. A imputação de débito em caso de superfaturamento culposo é medida que alinha os incentivos entre a coletividade proprietária dos recursos públicos e o gestor desses valores. Note-se que o gestor não responde em todo e qualquer caso de superfaturamento, o que constituiria modalidade de responsabilidade objetiva que desincentivaria fortemente o exercício de qualquer função pública, mas sim quando atua de forma culposa na condução de um processo de aquisição custeada com recursos dos quais deve prestar contas, ou seja, quando adota medidas insuficientes de precaução e viola dever jurídico de cuidado o qual deveria ter observado no trato com a coisa pública.

9.10 Caso não houvesse a mencionada responsabilização por ato culposo, seriam ainda mais frágeis os mecanismos que incentivam que a decisão do gestor venha a atender os interesses daqueles por ele representados. Continuaría ocorrendo o controle eleitoral por parte dos representados, mas este é adequado para avaliar apenas o conjunto de todos os atos praticados pelo representante, sem se analisar os atos de forma específica, diluindo-se assim a responsabilidade pelos equívocos e alcançando-se resultados inferiores. Assim, a imputação de débito em sede de controle externo é medida adequada e necessária à governança do ente público, de forma a reduzir a probabilidade de que os recursos de uma coletividade sejam aplicados de modo incompatível com seu interesse.

9.11 Quanto à proporcionalidade, não fica claro qual princípio estaria sendo indevidamente afastado e, por conseguinte, deveria ter sua ponderação revista. Ao contrário do alegado pelo recorrente, o princípio do formalismo moderado não está sendo violado, pois a exigência de que a homologação de um processo licitatório tenha conferido se nele se procedeu à verificação da compatibilidade das propostas com os preços praticados pelo mercado não é “um fim em si mesmo”, e sim, como acima ressaltado, um instrumento para garantir que as decisões do gestor estejam alinhadas com o interesse daqueles por ele representados.

9.12 Assim, cabe afastar a alegação de que a decisão violaria o princípio da razoabilidade, pois ela, a imputação de débito, pelas razões expostas, não constitui medida “desarrazoada”, “bizarra”, “incoerente”, nem seria praticada apenas por quem não atendesse “atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada”.

CONCLUSÃO

10. Das análises anteriores, conclui-se que:

- a) Quanto à conduta culposa do gestor apontada como causadora de dano ao Erário, o recorrente alega que não teria agido de forma omissiva nem comissiva com o fim específico de burlar a norma e causar prejuízo ao Erário, mas para caracterizar a responsabilidade subjetiva do gestor basta que este 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. O então prefeito não atuou apenas como agente político, pois realizou ato de gestão de recursos públicos, e sua conduta constituiu em homologar processo licitatório de forma indevida, sem verificar o cumprimento de requisito legal, o que se inseria em sua esfera de competência. A negligência do gestor fica caracterizada quando compara a materialidade do risco ao qual o Erário foi submetido sem a medida exigida para preveni-lo com o custo de sua adoção, que era simplesmente verificar a existência de pesquisa prévia de preços de mercado.
- b) Quanto ao nexo de causalidade entre a conduta do gestor e o dano ao Erário, a homologação do processo licitatório sem a verificação da existência da pesquisa de preços legalmente exigida constituiu evento sem o qual o dano ao Erário não teria ocorrido. Além disso, a realização de processo licitatório sem as informações adequadas sobre o preço normalmente praticado do objeto adquirido e a displicência na fiscalização do cumprimento de tal exigência, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, elevam a probabilidade de que tal aquisição venha a ser realizada a preços superiores aos de mercado e lesiva ao Erário.
- c) Quanto ao argumento do tipo de Unidade Móvel de Saúde adquirida e à existência de dano ao Erário, ainda que determinadas UMS sejam de maior complexidade e tragam equipamentos mais sofisticados, tais circunstância são refletidas na metodologia de cálculo de superfaturamento.
- d) Quanto à aprovação das contas por outros órgãos e entidades administrativas e à utilização de informações que teriam sido fornecidas pelo concedente, os preços calculados pelo órgão repassador visavam a estabelecer o valor a ser repassado, e não o valor a ser pago na licitação que viesse a ser realizada; o Ministério da Saúde não era órgão legalmente competente para fixar preços de Unidades Móveis de Saúde, veículos novos ou usados, ou serviços de transformação; este Tribunal não está obrigado a seguir eventual entendimento de outros órgãos da Administração Pública, permitindo concluir de forma diferente, porém, fundamentada, principalmente quando aquelas tenham sido proferidas anteriormente ao desenvolvimento de metodologias adequadas para realizar o cálculo do prejuízo ao Erário.
- e) Por fim, quanto à aplicação dos princípios gerais de Direito ao caso concreto, a responsabilização do então gestor público que possibilitou de forma culposa a ocorrência de superfaturamento: i) impossibilita que se fale em observância aos princípios da probidade e da boa-fé e da função social do convênio; e ii) não ofende os princípios da vedação ao enriquecimento sem causa nem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por consistir apenas na restauração do patrimônio da coletividade ao patamar em que se encontraria sem a referida conduta culposa, sendo medida necessária e adequada para minimizar a negligência com os recursos públicos e instrumental para tornar as decisões do gestor alinhadas aos interesses da sociedade a qual representa.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443, de 1992:

- a) conhecer do recurso do Sr. Vicente de Paula de Souza Guedes 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 Rio de Janeiro, ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS – DENASUS, à Controladoria Geral da União – CGU e aos demais interessados.

SERUR, 3ª Diretoria, 30 de setembro de 2015.

Leonardo Romero Marino
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8179-5