

## VOTO

Por estarem atendidos os requisitos de admissibilidade, cabe conhecer dos embargos de declaração apresentados por Aparício Carvalho de Moraes contra o acórdão 9.352/2015 – 2ª Câmara, que, em essência, rejeitou parcialmente as alegações de defesa daquele responsável e do Estado de Rondônia e fixou novo prazo para recolhimento do débito solidário decorrente do não alcance dos objetivos do convênio 326/1995, firmado com o Estado de Rondônia para reaparelhamento de unidades de saúde no Estado e operacionalização do Sistema Nacional de Sangue e Hemoderivados.

2. O embargante, ex-secretário estadual de saúde, sustentou a existência de omissões no acórdão 9.352/2015 – 2ª Câmara, sob a alegação de que não teriam sido apreciados os argumentos de defesa relativos:

a) ao cerceamento da defesa em face do longo interregno de tempo desde que se afastou da Secretaria de Saúde do Estado de Rondônia, o que teria impossibilitado a prova da licitude de seus atos;

b) à inexistência de comprovantes de despesas realizadas em sua gestão; e

c) ao atingimento do fim social do convênio, situação que afastaria a responsabilização do embargante.

3. Lembro que o embargante foi chamado a responder no processo pelos valores despendidos durante o período de sua gestão em vista dos indicativos de não cumprimento do objeto do convênio, decorrentes da ocorrência de diversas irregularidades em sua execução.

4. Quanto às omissões suscitadas, a simples leitura do relatório e do voto da deliberação embargada demonstra que os vícios apontados não ocorreram. Denota-se, portanto, que embargante busca rediscutir o mérito do acórdão do Tribunal, o que não se admite na via recursal eleita.

5. A instrução da unidade técnica, transcrita no relatório, abordou os pontos indicados pelo embargante, notadamente nos seus itens 17 a 44. Vale destacar os últimos trechos, referentes aos dois últimos pontos dos embargos:

**“II.1.5 – Comprovantes de Despesa**

41. Alega-se ainda que a guarda dos documentos do convênio é confiada ao Conveniente a teor do disposto no art. 30, §1º, da IN/STN nº. 1/97 e Acórdão nº 1.848/2003-TCU-1ª Câmara.

42. Assiste razão ao defendente neste argumento, sendo que para subsidiar sua defesa poder-se-ia solicitar os documentos necessários ao Governo do Estado de Rondônia que é o depositário dos documentos relacionados à execução do Convênio nº. 326/1995.

**II.1.6 – Bens e Materiais Adquiridos com Recursos do Convênio**

43. O defendente informa que os recursos repassados devem ser aplicados em conformidade com o plano de trabalho, sendo que o uso em finalidade diversa da conveniada será verificado à luz da Decisão Normativa TCU 57/2004, podendo imputar responsabilidade ao ente federativo conveniente e ao gestor responsável.

44. O fato é que não fora imputado o desvio de finalidade, mas essencialmente o descumprimento do objeto do Convênio nº. 326/1997 (parágrafo 14, peça 27), não cabendo discutir a ocorrência de desvio de finalidade.”

6. O voto, por seu turno, conteve a seguinte análise:

“8. O ex-secretário Aparício de Carvalho Moraes, em preliminar, teceu considerações teóricas sobre os pressupostos de constituição da tomada de contas especial, o princípio da verdade material, a responsabilidade pela guarda dos comprovantes de despesa e a destinação dos bens e materiais adquiridos com recursos de convênio e **alegou, no caso concreto, a existência de prejuízos ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à garantia da produção de provas, em decorrência do longo lapso temporal desde as ocorrências questionadas e da suposta impossibilidade de comprovar as despesas integrantes dos processos tidos como desaparecidos** (1004-0404/96 e 1004-2932/95).

9. A unidade técnica, entretanto, demonstrou que:

(...)

c) **não é o caso de discutir eventual desvio de finalidade, uma vez que a principal irregularidade imputada decorre do descumprimento do objeto do convênio;** e

d) **apesar do tempo decorrido desde os fatos e das consequentes dificuldades para produção de provas sobre a correta execução do ajuste** (argumentos que levaram a Secex/RO a propor inicialmente considerar iliquidáveis as contas do responsável), o MPTCU (peça 16), com o aval desta relatora (peça 17), em juízo de ponderação entre os princípios da ampla defesa e do contraditório e o princípio do interesse público, teria dado ênfase ao último.

10. No mérito, o ex-secretário estadual de saúde buscou essencialmente demonstrar que:

a) sua responsabilidade quanto às irregularidades indicadas nas alíneas “e”, “g” e “h” do item 6 deste voto, relacionadas ao não atendimento do objetivo do ajuste, deveria ser afastada, considerando que encerrou sua gestão em 10/9/1996 e, em consequência, não era o responsável pelo envio da prestação de contas final;

(...)

11. Sobre esses argumentos, a unidade técnica ponderou que:

a) mesmo não sendo o ex-secretário estadual de saúde o encarregado do envio da prestação de contas final, sua responsabilidade não deve ser afastada, por competir a ele o ônus de comprovar a correta aplicação dos recursos federais recebidos em sua gestão, nos termos do art. 70 da Constituição de 1988 e da jurisprudência pacífica sobre o assunto, e por ele não ter trazido aos autos provas de que os bens objeto do convênio foram postos em funcionamento para atender à população alvo durante sua gestão e de que providenciou ações para capacitar os encarregados da operação dos novos equipamentos;

(...)

12. **Diante desse contexto, verifico que, certamente, não é o caso de arquivar o processo ou de realizar novas medidas instrutivas, como requerido pelo ex-secretário estadual de Saúde** (peça 48, p. 32).

13. O convênio em tela teve o relevante propósito de melhorar as condições do atendimento à saúde da população do Estado de Rondônia. Em vista da carência de recursos nessa área, não há como aceitar que irregularidades como as verificadas passem ao largo da devida responsabilização dos gestores faltosos, consoante destacado no parecer anterior do MPTCU (peça 16):

*‘Deveriam os responsáveis pela gestão dos recursos avençados ter se preocupado em verificar, durante o seu período de gestão, se todos os bens tinham sido adquiridos e estavam sendo utilizados para atender ao fim a que se destinavam e, em caso negativo, exigir, tempestivamente, as devidas correções, apurar as responsabilidades pelas falhas e tomar as medidas cabíveis para o pleno atingimento dos objetivos pactuados. Se não o fizeram, devem responder pelo ônus resultante da sua desídia, pois lhes era exigida conduta diversa.’*

14. A maior parte das irregularidades apontadas é grave e evidencia descontrole ou mau uso dos recursos públicos. O relatório de acompanhamento 001/2000, do FNS (peça 9, p. 164/206), demonstrou os problemas na condução dos procedimentos licitatórios e na destinação dos bens adquiridos para atendimento dos fins do convênio. Além de não terem sido apresentados à época diversos processos licitatórios à equipe de fiscalização (que totalizam a importância R\$ 3.288.758,00), foram identificados altos percentuais de superfaturamento (...) e muitos equipamentos em situação irregular (não instalados, sem funcionamento ou sucateados, no montante de R\$ 1.694.622,11 – peça 9, p. 250/1).

15. Também chama a atenção o fato de o parecer técnico FNS 140/2005 (peça 9, p. 232/5) ter indicado que 3.190 equipamentos dos 3.616 adquiridos, ainda não tinham sido distribuídos, constando na relação encaminhada como material transitório, no valor total de R\$ 5.598.418,77 (peça 9, p. 239/49, e peça 10, p. 62/117).

16. Ao mesmo tempo em que não há aparente justificativa para a existência de bens sucateados pouco tempo depois do fim da vigência do convênio (que ocorreu em 19/12/1997), é totalmente desarrazoado o fato de que, passados mais de sete anos desde o término da vigência, boa parte dos equipamentos tão necessários à saúde pública ainda não tivesse sido entregue às unidades.

17. Ainda que a responsabilidade por parte das ocorrências transcenda a gestão dos secretários de saúde arrolados e que alguns documentos dos procedimentos licitatórios tenham sido assinados pelo secretário adjunto Álvaro Gerhardt, não se pode desprezar que Aparício de Carvalho Moraes firmou o convênio em vértice (peça 10, p. 27), atuou efetivamente na realização de pagamentos (peça 57, p. 26, por exemplo) e deveria ter sido diligente na pronta destinação dos bens adquiridos durante seu período de gestão e na verificação de que as unidades beneficiárias teriam condições para colocá-los em funcionamento.

18. Também competiria aos responsáveis trazer defesa hábil para descaracterizar as irregularidades, principalmente o Estado de Rondônia, que incorporou a maior parte dos bens ao seu patrimônio sem destiná-los às unidades de saúde.

19. **Reconheço que o longo tempo decorrido desde os fatos geralmente dificulta a produção de provas, mas, no caso concreto, não há evidências de que o exercício do contraditório e da ampla defesa tenha sido prejudicado, salvo no caso específico que abordarei mais adiante.**

20. A propósito, destaco que **a determinação para citação dos responsáveis não decorreu do entendimento de que o princípio do interesse público deve se sobrepor ao da ampla defesa, uma vez que este último corresponde a verdadeira garantia fundamental (Constituição de 1988, art. 5º, inciso LV), cuja aplicação não pode ser afastada.**

21. Consoante consignado no despacho à peça 17, **foram levados em conta na decisão preliminar: a imprescritibilidade das ações de ressarcimento; o fato de a dispensa de instauração de tomada de contas especial, após transcorridos dez anos desde o fato gerador, ser uma faculdade atribuída ao Tribunal e de este processo ter sido constituído em cumprimento ao acórdão 2.612/2010 – 2ª Câmara; e a menção na instrução ao fato de que o desaparecimento dos processos 1004-0404/96 e 1004-2932/95 não impossibilitaria a apresentação dos documentos necessários pela existência de meios alternativos para obtê-los.**

22. Em que pese a unidade técnica esteja correta ao indicar que não seria mais possível ao gestor efetuar a cogitada diligência às empresas fornecedoras para que apresentassem notas fiscais, em face da prescrição ou da decadência dos créditos tributários decorrentes das operações, **as defesas trouxeram aos autos as reclamadas notas fiscais, bem como cópia de processos antes tidos como desaparecidos.**

23. Ao contrário do defendido nos pareceres, **os documentos fornecidos, quando analisados em conjunto com outros integrantes do feito, são suficientes para afastar parte do débito**, pois, mesmo que não tenham sido apresentados os documentos de licenciamento das ambulâncias, as notas fiscais contribuem para comprovar a aquisição da grande maioria dos veículos constantes do anexo II do parecer 140/2005, emitido pela Coordenação de Prestação de Contas do FNS (peça 9, p. 236/8).

(...)

27. Desse modo, e como não houve questionamento em relação à disponibilização desses equipamentos para utilização em prol da sociedade, em nome do princípio da verdade material, **concluo que o convênio atingiu, em parte, suas finalidades e deve-se abater do débito a quantia total de R\$ 2.442.352,00, equivalente às ambulâncias tombadas e distribuídas**, conforme resumo a seguir:

(...)

29. Lembro que, em relação à compra dos veículos, o FNS também apontou possível sobrepreço/superfaturamento, uma vez que teria sido pago o valor médio de R\$ 31.000,00 e o preço médio da ambulância completa, no mesmo período, seria de R\$ 23.000,00 (peça 9, p. 168). Deixo, entretanto, de considerar a diferença como débito, haja vista que o processo carece de elementos sobre a metodologia adotada pelo concedente para apurar esses valores. Pela simples visualização da tabela acima, nota-se que o preço médio pago foi superior ao referido e não há informação nos autos sobre as características dos veículos tidos como referência e a fonte de pesquisa utilizada pelo FNS para cálculo do preço vigente no mercado, o que dificulta alcançar um valor confiável para o eventual sobrepreço/superfaturamento. **Neste ponto específico, o decurso de considerável lapso temporal desde as ocorrências torna praticamente impossível obter as informações faltantes e, em consequência, trouxe prejuízo à defesa.**

30. Ademais, verifico que, no cálculo do débito, foram adicionados valores que se relacionam a pagamentos feitos com recursos do executor, e não do concedente, identificados na relação à peça 10, p. 56/61, com a fonte 16. Essas quantias, identificadas na tabela a seguir, no valor total de R\$ 824.878,96, também devem ser excluídas do débito.

31. Por outro lado, quanto às notas fiscais relativas à compra de equipamentos, não se deve acatá-las para abatimento do débito, uma vez que não foram apresentados documentos comprobatórios da destinação dada aos equipamentos que se encontravam transitoriamente em poder do Estado de Rondônia nem das medidas porventura adotadas para solucionar os problemas na operação daqueles que não estavam em funcionamento.
32. O Estado de Rondônia teria condições de evidenciar o destino dado aos equipamentos adquiridos mediante a apresentação, por exemplo, de cópias das guias de transferências, do tombamento em nome dos destinatários, dos termos de responsabilidade, do inventário atual etc. Porém, sua defesa se limitou praticamente a apresentar cópia de procedimentos licitatórios.
33. Além disso, embora solicitada pelo FNS (peça 9, p. 233), não foi apresentada nova relação de pagamentos com a identificação das datas e dos números das notas fiscais e dos respectivos cheques e/ou ordens bancárias, o que impede identificar a fonte de recursos utilizada nesses pagamentos e estabelecer o nexo causal entre os gastos e os recursos federais.
34. Diante disso, **não é possível acatar as alegações de defesa na sua integralidade**. Tendo em vista, no entanto, que há débito a ser imputado ao ente governamental, antes de julgar as contas, tenho por oportuno aplicar as disposições do art. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e do art. 202, § 3º, do Regimento Interno, na forma da jurisprudência majoritária deste Tribunal (item 78 da instrução).” (destaquei)
7. Como se nota, houve a devida apreciação dos argumentos expostos pelo embargante. O voto reportou-se às análises efetuadas pela unidade técnica e pelo MPTCU e efetuou as devidas ressalvas quando os entendimentos contidos nos pareceres não foram seguidos. Parte das defesas foi, inclusive, acatada, com exclusão do débito nas situações em que o longo interregno de tempo prejudicou a ampla defesa ou em que os documentos apresentados comprovaram a execução do objeto conveniado.
8. Assim, concluo por rejeitar os embargos de declaração de Aparício Carvalho de Moraes.
9. Em relação ao expediente contido nas peças 82/83, verifico que não versa propriamente sobre embargos de declaração, apesar de assim ter sido classificado pela Secex/RO (peça 84). Na petição, o Estado de Rondônia alegou, em suma, que:
- a) o cálculo do débito encaminhado ao Estado de Rondônia, juntamente com o ofício 1.383/2015-TCU/SECEX-RO, não contemplou o abatimento dos valores das tabelas constantes dos itens 28 e 30 do voto;
  - b) não obstante a jurisprudência acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, o art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988 não se aplicaria ao caso (que trata de relação jurídica estabelecida entre entes federativos), porquanto se restringiria às situações de prejuízos causados por **agentes** do Poder Público por condutas ilícitas de natureza civil;
  - c) não haveria outro fundamento jurídico para a imprescritibilidade na hipótese em tela, que, se existente, seria inconstitucional por colocar os estados convenientes em posição de desvantagem perante a União;
  - d) o prazo prescricional neste caso deveria ser de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, por se referir a ente federativo e a débito decorrente de obrigação consensual; e
  - e) a prescrição é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício pelo Tribunal.
10. Com base nesses argumentos, o Estado de Rondônia requereu a declaração de prescrição do débito referente ao convênio 326/1995 e, em caso negativo, a remessa dos autos ao setor de cálculos para abatimento dos valores indicados nos itens 28 e 30 do voto condutor do acórdão 9.352/2015 – 2ª Câmara, concedendo-se novo prazo para recolhimento sem incidência de juros de mora.
11. O art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil (aplicado subsidiariamente ao processo de controle externo), estipula caber ao juiz pronunciar, de ofício, a prescrição, razão pela qual é devido, desde já, apreciar o pleito do Estado de Rondônia sobre o assunto.
12. Todavia, constato que não devem prosperar as alegações do requerente quanto à prescrição. Ainda que a interpretação literal do art. 37, § 5º, da Constituição de 1998 e do art. 1º do

Decreto 20.910/1932 indique a plausibilidade das alegações do Estado de Rondônia, elas não encontram fundamento em análise mais abrangente das disposições do ordenamento jurídico pátrio.

13. A propósito, transcrevo trechos de artigo de autoria de procurador federal da Advocacia-Geral da União, disponível em [www.agu.gov.br/page/download/index/id/680273](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/680273) (consulta em 3/2/2016), sobre o tema:

“O legislador constituinte originário de 1988, por julgar o erário público como essencial à manutenção do próprio Estado brasileiro, entendeu como imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, nos termos do que dispõe o art. 37, § 5º da Constituição da República, não tendo sido recepcionada, portanto, disposição normativa infraconstitucional, anterior a 05/10/1988, e contrário àquele dispositivo constitucional.

Assim, se presente a hipótese de necessidade de ressarcimento ao erário da Administração Pública Federal, mesmo que a ser realizado pela Fazenda Pública estadual, distrital ou municipal, não estará prescrita a pretensão, pois é comezinho que toda interpretação constitucional assenta-se na premissa da superioridade jurídica da Constituição sobre todos os demais atos normativos, não estando, portanto, recepcionada a expressão ‘seja qual for a sua natureza’ do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, haja vista a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, § 5º, *in fine*, da Constituição da República.”

14. A jurisprudência deste Tribunal também preconiza a não aplicação do art. 1º do Decreto 20.910/1932 aos casos da espécie, e sim a incidência do art. 37, § 5º, da Carta Magna, consoante se vê no voto condutor do acórdão 267/2014 – 1ª Câmara, relatado pelo ministro Benjamin Zymler:

“5. No bojo das alegações adicionais, a municipalidade não busca justificar a regular aplicação dos recursos em tela e limita-se, em síntese, a defender que o débito estaria prescrito em razão do transcurso de prazo quinquenal de que trata o art. 1º do Decreto 20.910/1932, o qual assim dispõe:

*Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.* (grifo do original)

6. Acontece que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido da inaplicabilidade dessa norma aos casos em que dois entes federados estejam no polo da contenda. A respeito, menciono as seguintes ponderações constantes do voto condutor do Acórdão 1.579/2011-1ª Câmara:

*9. Penso que esse artigo deve ser entendido como decorrência do princípio da supremacia do interesse público em relação ao particular. A existência de prescrição de cinco anos quanto a dívidas passivas de entes públicos justifica-se pela proteção dos recursos de uma coletividade. Nesse contexto, prepondera o preceito fundamental da segurança jurídica, de modo a proteger o bem comum.*

...

*11. Acredito que é a partir dessa perspectiva que deve ser lido o art. 1º do Decreto 20.910/1932. Não há sentido utilizá-lo na situação em exame, pois a proteção ao erário estadual, em prejuízo do federal, é contrária à própria intenção do legislador em defender o interesse público, além de ofender os princípios da igualdade e da autonomia dos entes da Federação.* (grifo do original)

7. Nessa linha, não há motivos para se afastar aqui do entendimento consubstanciado no bojo do Acórdão 2.709/2008-Plenário, quando em incidente de uniformização de jurisprudência e com base em precedente do Supremo Tribunal Federal, restou assente que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.”

15. Diante desse cenário, concluo pela aplicação da imprescritibilidade à situação em tela.

16. No que diz respeito à alegação de não abatimento dos valores indicados nas tabelas dos itens 28 e 30 do voto condutor do acórdão 9.352/2015 – Plenário no cálculo do débito encaminhado ao Estado de Rondônia, não é possível confirmar sua procedência, uma vez que o demonstrativo do débito anexado ao ofício 1.383/2015-TCU/SECEX-RO (peça 75) não foi juntado aos autos. Todavia, não há dúvidas sobre a necessidade de abatimento de tais valores, conforme o item 2 do referido ofício e o subitem 9.3 do acórdão ora embargado.



17. Desse modo, diante da possibilidade de o demonstrativo não ter incluído os abatimentos devidos, tenho por oportuno conceder novo prazo de 15 dias para recolhimento do débito, na forma requerida pelo Estado de Rondônia.

Ante o exposto, VOTO por que o colegiado aprove a minuta de acórdão que submeto à sua consideração.

TCU, Sala das Sessões, em 1 de março de 2016.

ANA ARRAES

Relatora