

VOTO

De início, conheço do recurso por estarem preenchidos os seus pressupostos legais e regimentais de admissibilidade.

2. Quanto ao mérito, extraio dos autos que o recorrente Élio Rodrigues Frias, na condição de ex-chefe da divisão de infraestrutura e projetos do Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (NHU/FUFMS), por meio do Acórdão nº 3.881/2017-1ª Câmara, teve as suas razões de justificativas apresentadas rejeitadas, com aplicação de pena de multa no valor de R\$ 45.000,00, com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992 (ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial).

3. Isso porque, de acordo com o acórdão recorrido, o recorrente teria assinado, como responsável, o termo de referência do Pregão Eletrônico 191/2012, que teve por objeto serviços de reforma de telhados, contendo diversas deficiências, quais sejam: **i)** erro na estimativa de preço para a contratação (R\$ 10.100.550,00), caracterizado pela sua inadequação com a realidade de mercado – os valores efetivamente pagos pelos serviços contratados foram da ordem de R\$ 2.916.863,58; e **ii)** existência de falhas nas planilhas orçamentárias, consistentes no fato de que os serviços a serem executados foram previstos de forma genérica, sem a adequada especificação e quantificação dos itens que os compunham, redundando em dificuldades na realização de pesquisas de preços e em riscos de prejuízo à Administração, decorrentes de contratações não condizentes com a demanda da entidade.

4. Em suas razões recursais, o recorrente suscita, em preliminar, a violação do devido processo legal e a ocorrência de cerceamento de defesa, em virtude de não ter sido assegurado os seus direitos de servidor portador de necessidades especiais previstos na Lei nº 13.146/2015, tais como “*a prioridade na tramitação, prazos e Citação para oitiva (inexistiu), restando prejudicado o Direito de Ampla Defesa e Contraditório, o Direito foi mitigado pela Secex/MS, pois ao encerrar a fase de instrução o representado deveria ter o Direito de se manifestar, o que também não aconteceu (...)*”. Além disso, sustenta não ter havido a sua citação/intimação para audiência, tampouco teria havido o seu interrogatório, propiciando-lhe a oportunidade de se manifestar oralmente nos autos, expondo seus pontos de vista sobre os fatos apurados e externando eventuais conclusões censuradoras decorrentes do acervo probatório reunido, o que também acarretaria a nulidade do processo em virtude de cerceamento de defesa.

5. Aduz que a conduta que lhe foi imputada não causou prejuízo ao erário, caracterizando falha meramente formal, devendo, portanto, nessa hipótese, sobressair o caráter pedagógico da função fiscalizatória e não o controle repressivo e punitivo por parte do Tribunal.

6. Afirma que a multa aplicada é desproporcional, pois não teria sido levada em consideração a sua situação de hipossuficiência e a sua condição de portador de necessidades especiais, já que atualmente ocupa o cargo de auxiliar operacional de serviços diversos, percebendo mensalmente a quantia de R\$ 2.800,00. Reputa também ser injusto o valor fixado, pois teria recebido a mesma pena imposta ao Diretor-Geral, que era o ordenador de despesas, mesmo sendo diversas as funções exercidas e os graus de responsabilidade dos cargos ocupados.

7. Alega, por fim, ter sido vítima de “discriminação” pelo acórdão recorrido, o que contrariaria o art. 4º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois em outras duas situações apreciadas pelo Tribunal (Decisão nº 55/1998-Plenário e Acórdão nº 839/2011-Plenário) a inexperiência dos servidores e a ausência de condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições teriam isentado os gestores de qualquer responsabilidade.

8. A unidade técnica, de forma percuciente e fundamentada, analisou e rejeitou todas as alegações deduzidas no presente pedido de reexame, razão pela qual acolho a referida manifestação como minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as seguintes considerações quanto à pretensão recursal.

9. O direito à ampla defesa de que cuida a Constituição Federal de 1988, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve ser exercido pelos jurisdicionados em conformidade com as normas processuais que regem a matéria (cf. AGAI nº 152.676/PR, Relator, Ministro Maurício Corrêa, in DJ 3/11/95), consubstanciadas, no caso concreto, na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – Lei nº 8.443/92 – e no seu Regimento Interno.

10. À luz desse entendimento, mister reconhecer, na espécie, a observância estrita dos princípios da ampla defesa e do contraditório, para os vários questionamentos levantados pelo recorrente, tendo em vista a correta aplicação dos dispositivos legais e regimentais no que diz respeito ao exercício do direito de defesa. Senão vejamos.

11. O presente processo, ora em sede de pedido de reexame, foi autuado por força do determinado no subitem 9.5.3 do Acórdão 3.103/2013-TCU-Plenário, que tratou de irregularidades relacionadas à “Operação Sangue Frio” da Polícia Federal, na qual se apurou a existência de esquema de fraudes a licitações ocorridas na gestão de José Carlos Dorsa Vieira Pontes, ex-diretor-geral do NHU/FUFMS, envolvendo empregados do hospital e empresários, com pagamento de propina, no qual o resultado era direcionado a determinadas empresas que, posteriormente, prestavam serviços superfaturados.

12. Após analisar o processo de contratação objeto destes autos, a unidade instrutora concluiu pela ocorrência de irregularidade relacionada aos orçamentos estimativos do pregão eletrônico 191/2012, da qual, contudo, não decorreu débito. Em razão do fato, a Secex/MS promoveu a audiência do ex-diretor-geral do NHU, José Carlos Dorsa Vieira Pontes, e a do ex-chefe da divisão de infraestrutura e projetos do hospital, Élio Rodrigues Frias, para que apresentassem razões de justificativa.

13. Em sua defesa, o ex-chefe da divisão de infraestrutura e projetos argumentou que: i) não possuía as competências requeridas para ocupar o cargo para o qual fora nomeado, sendo precária a estrutura da divisão; ii) não agiu com dolo ou culpa, tendo solicitado auxílio de superiores; e iii) as investigações da Polícia Federal não indicaram que se beneficiou economicamente do esquema de fraudes existente no hospital.

14. Avaliadas as manifestações, a Secex/MS entendeu não terem sido apresentados elementos aptos a elidir a responsabilidade dos gestores, propondo a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

15. O Relator originário do feito, Ministro Bruno Dantas, por sua vez, acolheu a manifestação da unidade técnica e, por meio do Acórdão nº 3.881/2017-1ª Câmara, houve por bem aplicar ao recorrente multa no valor de R\$ 45.000,00, com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992.

16. Ora, da leitura da LOTCU e do RITCU, extrai-se que o momento processual por meio do qual o responsável é chamado para participar do processo de controle externo é o da citação, em caso de débito, ou da audiência, se não houver débito (art. 12 da LOTCU).

17. Especificamente no que diz respeito à fiscalização de atos e contratos, o art. 43 da LOTCU estabelece que:

“Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo, o Relator ou o Tribunal:

I - determinará as providências estabelecidas no Regimento Interno, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira,

orçamentária, operacional e patrimonial, ou for constatada, tão-somente, falta ou impropriedade de caráter formal;

II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa.

Parágrafo único. Não elidido o fundamento da impugnação, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso III do art. 58 desta Lei” (grifos acrescidos).

18. Como se vê, houve, no caso concreto, a estrita aplicação do disposto no art. 43 da LOTCU. Com efeito, verificada a irregularidade na conduta do ora recorrente, realizou-se a sua audiência, oportunizando-se-lhe a faculdade de apresentar as razões de justificativas que entender cabíveis, as quais foram devidamente apresentadas e analisadas nos autos pela unidade técnica e pela 1ª Câmara deste Tribunal, tendo-lhe sido, ao final, aplicada a pena de multa ora impugnada, por não ter o recorrente logrado êxito em elidir o fundamento da impugnação.

19. Não há que se falar, portanto, em violação do devido processo legal ou de cerceamento de defesa, sendo mister ressaltar que, no âmbito do processo de controle externo, diversamente do que ocorre no processo civil ou no processo penal, não há audiência de instrução e julgamento assegurando a manifestação oral das partes no processo, tampouco há a fase de interrogatório ou a possibilidade de se apresentar alegações finais, dada a ausência de previsão legal nesse sentido. Vale dizer, o processo de contas possui nítida feição documental, não se admitindo a produção de prova testemunhal ou o interrogatório das partes.

20. Ainda sob o aspecto do devido processo legal, vale registrar que até a interposição do presente pedido de reexame, a situação do servidor como portador de necessidades especiais não era do conhecimento deste Tribunal, o que inviabilizou que se conferisse ao recorrente o atendimento prioritário previsto no art. 9º do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal fato, no entanto, não tem o condão de ensejar a nulidade do processo, ainda mais quando não restou demonstrado qualquer prejuízo para a parte (princípio **pas de nullité sans grief**). O direito à ampla defesa foi exercido, na forma da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, não se podendo falar em falta de oportunidades para que o autor apresentasse sua defesa.

21. No que diz respeito à ausência de prejuízo ao erário e à ocorrência de falha meramente formal, o que afastaria a aplicação da pena de multa, reporto-me aos próprios termos do acórdão recorrido no sentido de que os gestores foram alertados das falhas verificadas no presente processo por intermédio de parecer jurídico, que recomendou expressamente que a autoridade consulente se certificasse de que o valor informado nas estimativas de preço refletia fielmente as condições de mercado, bem como apresentasse justificativas a respeito dos quantitativos previstos, alertas esses completamente ignorados pelo ora recorrente.

22. Sobreleva, ainda, o fato de o prejuízo à Administração ter sido evitado apenas em virtude de atuação posterior de outros gestores que assumiram a condução dos contratos, o que, por si só, afasta a natureza meramente formal da irregularidade, uma vez que o orçamento-base do certame apresentou valores superestimados, além de não terem sido detalhados em planilhas a composição de todos os custos unitários dos serviços a serem executados. Ou seja, o gestor deixou de observar cautelas mínimas para que o certame licitatório garantisse a seleção da proposta mais vantajosa para a administração (art. 3º da Lei nº 8.666/1993), atraindo, a meu ver, a incidência do disposto no inciso II do artigo 58 da LOTCU, conforme restou decidido na decisão recorrida, **verbis**:

“Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

(...)

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.”

23. No tocante à proporcionalidade da pena de multa aplicada ao recorrente, vale dizer que *“a jurisprudência é pacífica, no âmbito do TCU, no sentido de que a dosimetria da multa e demais sanções tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva das sanções, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido”* (cf. Acórdão 1.747/2018-Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz – grifos acrescidos).

24. Posto isso, entendo que as razões invocadas pelo recorrente quanto ao fato de ser portador de necessidades especiais e a referência à remuneração do cargo público por ele ocupado não podem ser levadas em consideração para se aquilatar o **quantum** da pena que lhe foi aplicada. De outro lado, levando em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas no caso, entendo ter sido justa e razoável a multa no valor de R\$ 45.000,00 aplicada ao recorrente, considerando-se a gravidade da falha e o vulto da contratação (orçamento-base estimado erroneamente em R\$ 10.100.550,00 e valores efetivamente pagos pelos serviços contratados da ordem de R\$ 2.916.863,58). Vale lembrar que o ora recorrente foi o responsável pela assinatura do termo de referência, sendo a falha da sua conduta, portanto, de igual gravidade ou quíça até mais gravosa do que a do ordenador de despesa, que aprovou o documento e autorizou a realização do certame.

25. Registro, ainda, nesse aspecto, que não há nos autos qualquer prova concreta de que a multa imposta ao recorrente terá o condão de comprometer a sua subsistência, sendo certo, de outro lado, que a própria lei processual civil, por ocasião da execução, estabelece a proteção de um valor suficiente para não afetar a dignidade do devedor quanto ao sustento próprio e de sua família (impenhorabilidade de salário, do bem de família, etc).

26. Por fim, não há que se falar em violação do art. 4º do Estatuto da Pessoa com Deficiência por ter sido o recorrente vítima de discriminação.

27. Conforme anteriormente mencionado, este Tribunal só tomou conhecimento da condição do recorrente de portador de necessidades especiais por ocasião da interposição do presente pedido de reexame, o que, por si só, afasta a alegação de discriminação, haja vista que nunca lhe foi conferido tratamento diferenciado em virtude da referida condição. Veja-se, a propósito, o que diz o art. 4º do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

“Art. 4º. Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º. Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

§ 2º. A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.”

28. Também não há que se falar em violação do princípio da isonomia, uma vez que os fatos apurados pelo Tribunal por meio da Decisão nº 55/1998-Plenário e do Acórdão nº 839/2011-Plenário não guardam similitude fática com o que restou apurado nos presentes autos.

29. Por fim, é de se notar que o autor pretende fugir à responsabilização pelas condutas irregulares praticadas sob o argumento de que era despreparado e que desconhecia as normas vigentes. Ora, é de comum conhecimento de que a ignorância da lei não pode ser utilizada como argumento para

afastar a responsabilidade do gestor público. Também não estava ele obrigado a assumir o cargo para o qual foi indicado, sendo certo que, se entendia que não estava apto a assumir a função, não deveria tê-la efetivamente exercido, sob pena de responsabilização pelos atos praticados, como de fato acabou ocorrendo.

30. De resto, consoante se extrai da peça recursal, o recorrente foi diagnosticado com monoparesia no ombro superior direito (CID 10: T92.0 Sequelas de ferimento do membro superior), conforme art. 4º, inciso I, do Decreto 3.298/1999. De acordo com o laudo juntado aos autos, possui histórico de fratura exposta do membro superior direito há mais ou menos 21 anos, apresentando seqüela de flexo-extensão e prono-supinação do membro superior direito. Referida deficiência, como se vê, não tem o condão de acarretar qualquer déficit cognitivo, tanto é assim que o recorrente assinou ele próprio a petição recursal ora em julgamento, demonstrando inteligência e capacidade argumentativas. Não há, portanto, qualquer razão para afastar a sua aptidão para a gestão dos recursos públicos e, em consequência, a sua responsabilização pelos atos praticados.

Ante o exposto, acolhendo a manifestação da unidade técnica, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de setembro de 2018.

BENJAMIN ZYMLER
Relator