

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 030.576/2007-4

Natureza: Recurso de Reconsideração

Entidade: Município de Três Rios/RJ

Recorrentes: NVRIO Comércio e Serviços Ltda. (00.734.576/0001-82) e Celso Alencar Ramos Jacob (381.082.167-53)

Advogado constituído nos autos: Douglas Costa (OAB/RJ 143.910)

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. CITAÇÃO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Adoto, como parte integrante deste relatório, a instrução produzida no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), pelo AUFC Leonardo Romero Marino, vazada nos seguintes termos:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Celso Alencar Ramos Jacob e pela NVRIO Comércio e Serviços Ltda., em razão de inconformismo com o Acórdão 2.884/2011-TCU-2ª Câmara (p. 3-4, peça 6), retificado por inexactidão material pelo Acórdão 4.080/2011-TCU-2ª Câmara (p. 8, peça 6).

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de processo de tomada de contas especial instaurado pela Coordenação de Contabilidade do Fundo Nacional de Saúde — FNS em desfavor do Sr. Celso Alencar Ramos Jacob, ex-Prefeito do Município de Três Rios/RJ, em razão da não aprovação, após reanálise, da prestação de contas dos recursos repassados por meio do Convênio 1645/2002 (p. 18-25, peça 1), celebrado entre o Ministério da Saúde e aquela municipalidade, objetivando a aquisição de uma unidade móvel de saúde, visando fortalecer o Sistema Único de Saúde no município.

3. O ajuste teve sua vigência prevista para o período de 5/7/2002 a 18/12/2003, conforme Termo de Prorrogação de Vigência de Convênio (p. 31, peça 1). Os recursos necessários à implementação do objeto do convênio totalizam R\$ 90.000,00, sendo R\$18.000,00 a título de contrapartida municipal e R\$ 72.000,00 a cargo da concedente. Foi adquirida a ambulância marca RENAULT, modelo Master Furgão 11M3, 2002/2003, placa LOR 9139 e Renavam 805787898, no valor de R\$ 89.797,80 (p. 10, peça 2).

4. No entanto, foram realizados dois procedimentos licitatórios. Para a aquisição da UMS, foi realizado o Convite 11/03, em 15/4/2003. A empresa Com. Seg. Material de Segurança e Auto Peças Ltda. foi declarada vencedora, com a proposta de valor R\$ 56.680,00. Já para a adaptação para montagem dos equipamentos de UMS, realizou-se, no dia 30/4/2003, o Convite 19/03. A empresa NV Rio Comércio e Serviço Ltda. foi declarada vencedora, com proposta no valor de R\$ 33.055,00.

*5. Mediante o Parecer Técnico GT 38/2006 (p. 41-46, peça 3), de 16/08/2006, o Grupo de Trabalho responsável pela **reanálise** da prestação de contas alusiva ao Convênio opinou pela não*

aprovação da prestação de contas e a consequente instauração da tomada de contas especial, revertendo manifestação anteriormente consignada pela aprovação das contas (Parecer GESCON 2499, de 1/8/2005).

6. O parecer GT 38/2006, assim, sugeriu a não aprovação das contas, com a consequente devolução integral dos recursos, apontando diversas irregularidades: inexistência de pesquisa de preços preliminar à estimativa do valor a ser licitado, ausência da indicação do título e número do convênio nas notas fiscais, unidade móvel paralisada aguardando manutenção, recursos na conta específica do convênio sem aplicação financeira.

7. Ademais, teria sido verificada vinculação entre a empresa “Com. Seg. Material de Segurança e Auto Peças Ltda.” e a empresa “NV Rio Comércio e Serviço Ltda.”, e, segundo depoimento prestado em Comissão Parlamentar de Inquérito, o Sr. João Marcos, ligado à NV Rio Comércio, realizaria pagamentos de comissão a pedido de parlamentares (p. 45-46, peça 3; p. 49, peça 3; e p. 27, peça 4).

8. No Relatório do Tomador de Contas Especial 281/2007 (p. 24-27, peça 4), de 19/7/2007, restou caracterizada a responsabilidade do Sr. Celso Alencar Ramos Jacob, ex-prefeito do Município de Três Rios/RJ, em razão da não aprovação da prestação de contas após sua reanálise, sendo-lhe imputado o débito integral dos recursos repassados.

9. Note-se que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro promoveu Inspeção Especial na Prefeitura Municipal de Três Rios, cujo objetivo era verificar a regularidade dos procedimentos de aquisição de unidades médicas móveis pelos municípios. O Relatório de Inspeção, resultante da inspeção, foi autuado neste Tribunal como representação, sob o número TC 010.247/2008-7. A referida inspeção abrangeu três procedimentos licitatórios, sendo dois deles relativos ao Convênio FNS 1645/2002, objeto da presente TCE.

10. Já no âmbito desta Corte de Contas, verificou-se (p. 7, peça 5) que não constavam dos autos documentos que comprovassem a ligação entre o procedimento licitatório realizado pela PM de Três Rios/RJ e as irregularidades descritas no Relatório da CPMI das Ambulâncias, e que o depoimento do Sr. Ronildo Pereira Medeiros (p. 50, peça 3) não teria o condão de comprovar que as irregularidades investigadas na referida CPMI maculassem a prestação de contas do Convênio 1.645/2002.

11. Por outro lado, considerando a similaridade entre o convênio em estudo e aqueles integrantes da chamada “Operação Sanguessuga”, mostrou-se apropriada a utilização da metodologia desenvolvida no âmbito desta Corte de Contas para apuração de superfaturamento na aquisição da UMS.

12. Com base na relação de pagamentos efetuados (p. 36, peça 1), foi constatado superfaturamento na aquisição dos equipamentos e transformação do veículo, visto que o valor pago à empresa NV Rio Comércio e Serviços Ltda., com emissão da Nota Fiscal 00385, no montante de R\$ 33.055,00, não estaria condizente com aqueles praticados no mercado, evidenciando um significativo dano ao Erário. Conforme os parâmetros utilizados por esta Corte de Contas na análise dos processos relacionados à “Operação Sanguessuga”, o custo total no ano de 2003 da transformação e dos equipamentos de um consultório médico padrão de uma UMS, já incluída a margem de segurança de 10%, alcançaria o valor de R\$ 11.912,84.

13. Considerando que em 18/6/2003 foi pago à empresa NV Rio Comércio e Serviços Ltda., mediante compensação do cheque 850002 (p. 48, peça 1), o valor de R\$ 33.055,00 pelos serviços de transformação do veículo com fornecimento dos equipamentos médicos, há indicação da ocorrência de superfaturamento da ordem de R\$ 21.142,16, débito pelo qual a empresa e o ex-prefeito municipal foram citados, de forma solidária (p. 12-14 e 15-17, peça 5).

14. Ademais, além do débito referente ao superfaturamento verificado, constatou-se que o gestor responsável deixou de aplicar os recursos financeiros recebidos no período de 26/12/2002 a 20/5/2003, ocasionando um prejuízo no montante de R\$ 2.701,87, considerando os rendimentos que teriam sido auferidos na aplicação em caderneta de poupança (p. 204, peça 4), tendo sido citado também por esse montante (p. 18-19, peça 5).

15. Foi ainda promovida a audiência prévia do ex-dirigente municipal acerca das irregularidades apuradas no procedimento licitatório realizado. Foi constatada a ausência de pesquisa prévia de preços de mercado, adjudicação do procedimento licitatório sem o número mínimo de propostas válidas, fracionamento de despesas e adoção de modalidade de licitação indevida: a Prefeitura municipal fracionou a despesa ao se utilizar dos Convites 011/2003 (aquisição do veículo) e 019/2003 (transformação desse veículo em Unidade Móvel de Saúde), em valor superior a R\$ 80 mil, sem preservar a modalidade Tomada de Preços (p. 20-21, peça 5).

16. Ante a revelia do ex-prefeito municipal, a improcedência dos argumentos apresentados pela empresa (p. 03-15, peça 9) e as irregularidades verificadas nos autos, as contas foram julgadas irregulares e os responsáveis foram condenados, de forma solidária, ao recolhimento do débito apurado. Foi-lhes ainda aplicada a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992. Inconformados, a NV Rio Comércio e Serviços Ltda. e o Sr. Celso Alencar Ramos Jacob interpõem os seguintes recursos de reconsideração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

17. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade constante da p. 47, peça 10, ratificado pelo Exmo. Min. José Jorge (p. 45, peça 11) e concluiu pelo **não conhecimento** do recurso de reconsideração do Sr. Celso Alencar Ramos Jacob, e pelo **conhecimento** do recurso de reconsideração da NV Rio Comércio e Serviços Ltda., suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.4, e 9.5 do Acórdão recorrido. Uma vez que o despacho do Min. Relator prevê a manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, os argumentos do recurso não conhecido serão analisados, em caráter eventual.

EXAME TÉCNICO

Recorrente – NVRIO Comércio e Serviços Ltda.

Argumento

18. Argumenta que não é da alçada do licitante fazer a pesquisa de preços ou verificar se a pesquisa de preços existiu, não podendo responder por esta falha da administração. Assevera que a assinatura do convênio, a formalização do procedimento licitatório e a análise jurídica do ato convocatório não são responsabilidade do licitante, mas sim da Administração Pública.

19. Advoga a inexistência de provas de que faria parte do grupo PLANAM. Alega que foram utilizadas assinaturas e documentos falsos, tanto que seu nome e o de seus sócios não fizeram parte do Relatório final da Polícia Federal. Afirma que a auditoria conjunta CGU/Denasus não teria apontado nenhum indício de superfaturamento, estranhando seu surgimento apenas em um último momento.

Análise

20. Conforme a instrução elaborada no âmbito desta Corte (p. 7, peça 5), não constam dos autos documentos que comprovem a conexão entre o procedimento licitatório realizado pela PM de Três Rios e as irregularidades descritas no Relatório da CPMI das ambulâncias. Considerou-se então que o depoimento do Sr. Ronildo Pereira Medeiros (p. 50, peça 3), cuja cópia parcial foi incluída no processo, não teria o condão de comprovar que as irregularidades investigadas na CPMI das Ambulâncias macularam a prestação de contas do Convênio 1.645/2002.

21. *Tal circunstância não implica que a aquisição da UMS ocorreu de forma escorreita. Uma vez que solicitara a devolução de todos os recursos, o órgão concedente não se manifestou sobre o valor pago a maior pelo município. No entanto, já no âmbito desta Corte, a utilização da metodologia desenvolvida para avaliação de aquisições de UMS constatou a ocorrência de superfaturamento na aquisição dos equipamentos e transformação do veículo.*

22. *Também é verdade que não é da alçada do licitante fazer a pesquisa de preços nem verificar se a pesquisa de preços existiu, mas o recorrente não está respondendo por esta falha da Administração. O recorrente está respondendo apenas pelo dano causado ao Erário federal, pois a cobrança do ressarcimento deve ser realizada frente àqueles que causaram o prejuízo em comento: não somente o gestor de recursos públicos federais utilizados de forma diversa da pactuada, mas também a empresa fornecedora do bem que deles se beneficiou. A ação de ambos é determinante para a lesão, sem a conjunção das duas condutas, o dano ao Erário federal não teria sido causado. Como ambas as ações são causa do dano, os agentes respondem pelo débito de forma solidária.*

23. *Saliente-se que a empresa NV Rio Comércio e Serviço Ltda. não está sendo responsabilizada pela ausência de pesquisa de mercado, nem pelo fracionamento indevido de despesas nas licitações, tendo sido citada apenas pela irregularidade que lhe pode ser atribuída: fornecimento de veículo a preços superfaturados.*

24. *Ademais, não é suficiente a demonstração de que o bem foi entregue ou que o serviço foi prestado. O contrário não foi suscitado: se o fosse, os citados seriam chamados a restituir integralmente o que foi pago. O Acórdão recorrido evita o empobrecimento sem causa da União, que enviou recursos superiores aos suficientes para que os interesses comuns da União e do Município (o fornecimento à população municipal de UMS) tivessem sido integralmente alcançados. Os recursos que não houvessem sido utilizados no pagamento de serviços **a preços de mercado** deveriam ter sido restituídos ao Erário federal, sendo este justamente o escopo da Tomada de Contas Especial.*

Argumento

25. *Questiona a imputação de superfaturamento, uma vez que o parâmetro teria sido tomado de apenas um fornecedor, do qual não se conheceria a grandeza nem o local em que trabalha, não se tendo nenhuma base de comparação. Postula que apenas um fornecedor não seria suficiente para se avaliar as variações de mercado, nem mesmo para se calcular a média dos preços de mercado.*

26. *Manifesta que a empresa REVESCAP se localiza próximo a todos os fornecedores, possui grandes instalações e faz mais de 200 adaptações por mês, enquanto a recorrente seria empresa situada no Rio de Janeiro, longe dos fornecedores e que fazia cerca de três adaptações por mês.*

27. *Lembra que, de todos os que foram convidados, apenas três apresentaram propostas, e todas de valor superior ao valor de referência utilizado para calcular o superfaturamento, inferindo que esse fato se deve à existência de apenas uma fonte de pesquisa.*

28. *Considera que o Suplicante encontra como limite à sua proposta a quantia insculpida no edital, e que jamais teria ultrapassado o preço máximo, o qual teria sido arbitrado pelo Ente público, à sua revelia. Nota que o Convênio 1.645/2002 teria tido dotação orçamentária de R\$ 90.000,00, já reduzida em relação ao valor solicitado pelo Município, de R\$ 120.000,00.*

Análise

29. *O argumento de que os preços encontravam-se dentro do que havia sido estipulado pelo Ministério da Saúde também não pode prosperar. Os preços calculados pelo órgão repassador visam a estabelecer o valor **a ser repassado** e não o valor **a ser utilizado** na licitação que vier a ser realizada, o qual, de acordo com a Lei 8.666/1993, deveria ter sido levantado de acordo com os*

preços praticados pelo mercado e servido de balizador para avaliar a adequação da proposta de cada licitante.

30. A respeito das alegações de defesa envolvendo o indicio de superfaturamento apurado, o prejuízo ao erário foi identificado mediante a comparação entre o preço de referência e o preço praticado, conforme documento intitulado “Metodologia de Cálculo do Débito”, constante do sítio eletrônico do TCU, cujo seguinte endereço constou do ofício citatório enviado aos responsáveis: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/tce/operacao_sanguessuga/metodologia_calculo_superfaturamento.doc.

31. O serviço, uma vez prestado ainda que de forma irregular, deve ser remunerado. O valor dessa remuneração, no entanto, não será o acordado entre as partes, visto que esse acordo foi impugnado por irregularidade. Deve ser remunerado pelo seu valor de mercado à época.

32. O “valor de mercado”, entretanto, raramente é uma variável diretamente observável. Para as compras realizadas pelo setor público, chega-se a um valor “de mercado” quando a licitação é feita da maneira correta: com a modalidade adequada, **sem fracionamento indevido**, sem participação de licitantes em conluio.

33. Como não foi realizada a licitação de forma correta, só se poderia apontar um “valor de mercado” isento de questionamentos quando este fosse único: quando se tratam de bens e serviços comuns, transacionados em mercados atomizados, em regime de concorrência perfeita, no qual os agentes possuem todas as informações necessárias.

34. Quando não é o caso, o que se chama de “valor de mercado” será um valor ou mais frequente, ou mediano, ou médio de todos os valores observados, em cada uma das transações realizadas. Será, de toda forma, uma medida que represente todos os elementos do conjunto, mas que não pode ser verificada a priori, e sim após a observação dos resultados.

35. Uma vez que não se dispõe de todos os preços praticados à época, nem mesmo de uma amostragem significativa, torna-se necessário adotar um ou mais **critérios** para se **estimar** qual era o valor de mercado à época.

36. Não é verdade que o parâmetro tenha sido tomado de apenas um fornecedor, conforme o recorrente informa. Para a definição dos preços médios de mercado, 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 (um mil cento e oitenta) convênios encaminhados ao TCU, o que representa mais de 80% (oitenta por cento) do universo fiscalizado.

37. Mesmo a pesquisa inicial contou com dados referentes a diversas empresas, no que tange à transformação de furgões em UMS tipo A, B e D. A empresa “REVESCAP Indústria e Comércio de Produtos, Serviços e Adaptações Para Veículos Ltda.” foi a única que forneceu os valores cobrados pelo serviço de transformação, **ao longo de todos os exercícios** de 2000 a 2006, das UMS Tipo A, B e D. Mas **não foi a única** a fornecer os valores cobrados em um ou mais exercícios dentre os investigados.

38. Lembre-se ainda que, após a identificação dos preços de referência, optou-se por se considerar superfaturamento aqueles preços que os superassem em 10% esses novos preços médios de mercado calculados, ou seja, em termos matemáticos, o valor pago acima de $1,10 \times$ Valor Médio de Mercado.

39. Esses critérios podem ser questionados: sua utilização é fruto de ato administrativo com presunção relativa de veracidade. No entanto, o questionamento genérico não é apto a desconstituir essa presunção. Seria necessário ao recorrente demonstrar, de forma efetiva, **quais eram os preços que mais se aproximavam do “valor de mercado”** dos serviços prestados, e não só

levantar uma objeção contra os critérios adotados. Dessa forma, o ônus de demonstrar que a metodologia adotada pela auditoria é equivocada, e qual a metodologia que deve ser adotada em seu lugar é da recorrente, não da Administração.

Argumento

40. *Esclarece que a auditoria teria comprovado que o veículo entregue à Prefeitura Municipal de Três Rios não foi uma UMS de simples remoção, mas sim uma Unidade de Tratamento Intensivo Móvel. Isso porque a foto (p. 22, peça 3 e p. 26, peça 9) da ambulância mostraria os equipamentos, armários, instalações elétricas de UTI móvel e o grafismo de ambulância de emergência (a cruz azul, a qual só poderia ser utilizada pelos veículos tipo UTI móvel). Compara ainda a foto com as UTIs móveis empregadas no catálogo da empresa REVESCAP.*

41. *Salienta que o plano de trabalho da Prefeitura descreve não uma UMS de simples remoção, mas sim uma UTI móvel, e traz o valor de duas licitações: uma para adquirir o veículo, outra para adaptá-lo. De tal sorte que não haveria como se apontar a não entrega dos itens solicitados, pois a licitação não teria sido realizada para aquisição de uma ambulância completa, mas sim para adaptar um veículo de modo a receber tais equipamentos.*

Análise

42. *Conforme instrução de p. 7-9, peça 5, foi constatada a ocorrência de superfaturamento na aquisição dos equipamentos e transformação do veículo. Sabe-se que a licitação não foi realizada para se adquirir uma ambulância completa, e se questiona justamente o valor cobrado a título de **adaptação** do veículo aos equipamentos.*

43. *O argumento já havia sido apresentado em primeira instância, ocasião na qual a instrução elaborada nesta Corte de Contas (p. 40-41, peça 5) considerou que a empresa não havia apresentado nenhum documento hábil a comprovar que a transformação realizada consistiu na montagem de uma UTI móvel, e que seria impossível identificar o tipo de transformação a partir de fotografias ou de simples relato de que o veículo teria conduzido paciente terminal.*

44. *Observou-se, ainda, que **no plano de trabalho** inicialmente submetido ao FNS (p. 11, peça 1 e 13-14, peça 1), que os equipamentos elencados não correspondiam aos de uma UMS tipo UTI, nos termos da Portaria GM/MS 2.048/2002, que dispõe sobre os equipamentos e materiais permanentes que uma unidade móvel tipo D, ou UTI móvel, deveria conter.*

45. *Entendeu-se que não havia indício de que tivessem sido adquiridos os seguintes equipamentos: cadeira de rodas dobrável; respirador mecânico de transporte; monitor cardioversor com bateria e instalação elétrica compatível; oxímetro não invasivo portátil; prancha longa para imobilização; e maleta contendo: laringoscópio infantil e adulto com lâminas retas e curvas, estetoscópio, esfigmomanômetro aneróide adulto e infantil, equipamentos que caracterizariam a UMS como do tipo UTI móvel.*

46. *O recorrente esclarece em sede recursal que o Convite 019/2003, do qual participou, destinou-se a prestação de serviços de **adaptação de veículo** para que este fosse equipado, não à aquisição dos equipamentos. Ocorre que, conforme ressaltado, os serviços de adaptação não teriam sido nem mesmo **especificados na nota fiscal** correspondente (n. 00385, cf. p. 51, peça 7), a qual não consta nem da prestação de contas, nem dos documentos apresentados pela empresa após sua citação.*

47. *Em sede recursal, a empresa traz histórico detalhado sobre o grafismo “Estrela da Vida”, o qual constaria da UMS em questão. O fato de a ambulância ostentar determinado grafismo não é suficiente, por si só, para caracterizar o veículo como de remoção ou como unidade de serviços médicos de emergência. Se apenas UMS de suporte médico avançado (UTI móveis)*

podem utilizar a “Estrela da Vida”, isso não implica que todas as Unidades que a apresentem tenham tais características, uma vez que o grafismo pode ter sido indevidamente colocado.

48. É trazida ainda a regulamentação estadual (elaborado pelo CREMERJ) sobre os tipos de ambulância, a qual não acrescenta informação sobre a transformação efetivamente realizada pela empresa recorrente. Elencar os requisitos necessários para que determinada UMS seja classificada como UTI móvel em nada altera a informação disponível sobre os serviços prestados pela recorrente.

Recorrente – Celso Alencar Ramos Jacob

Argumento

49. Questiona a citação realizada, uma vez que, mesmo o responsável tendo endereço certo, a citação teria sido entregue a outra pessoa, a auxiliar administrativo que trabalha na empresa em que o recorrente é sócio-cotista, mas de cuja gerência não faz parte desde 1999. Alega ainda que a citação foi entregue em ocasião na qual estava ausente, em campanha para deputado federal.

50. Ressalta que a ausência da citação pessoal constituiria ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, citando doutrina segundo a qual o contraditório se efetiva com o conhecimento da demanda pelo ato formal de citação, além da oportunidade de se contrariar o pedido inicial, de produzir prova, de se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário, de estar presente a todos os atos processuais e de recorrer da decisão desfavorável.

Análise

51. O responsável sustenta a invalidade do ato de comunicação processual do TCU, por ausência de ciência pessoal. Segundo o art. 22, inciso I, da Lei 8.443/1992, as comunicações realizadas pelo Tribunal devem observar a forma estabelecida no Regimento Interno do TCU. O artigo 179, inciso II, do RI/TCU estabelece que as comunicações processuais far-se-ão mediante carta registrada, com aviso de recebimento que comprove a entrega no endereço do destinatário, comando reiterado nos artigos 3º, inciso III, e 4º, inciso II, da Resolução – TCU 170, de 30/6/2004, que disciplina a expedição das comunicações processuais pelo Tribunal de Contas da União.

52. Observa-se que não é necessária a entrega pessoal das comunicações processuais realizadas pelo TCU, razão pela qual o aviso de recebimento não precisa ser assinado pelo próprio destinatário. Assim, apenas quando não estiver presente o aviso de recebimento (AR) específico é que se verificará nos autos a existência de outros elementos que comprovem a ciência da parte.

53. Também não há que se falar em aplicação subsidiária das disposições contidas no Código de Processo Civil, pois a matéria é regulada por normativo específico desta Corte de Contas, editado no exercício de sua competência constitucional.

54. A validade de tal critério de comunicação processual é referendada pela jurisprudência deste Tribunal, conforme os acórdãos 14/2007–1ª Câmara, 3.300/2007–1ª Câmara, 48/2007–2ª Câmara e 338/2007–Plenário. O entendimento desta Corte de Contas encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de agravo regimental em mandado de segurança (MS-AgR 25.816/DF, relator Ministro Eros Grau), conforme excerto a seguir transcrito:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 179 DO REGIMENTO INTERNO DO TCU. INTIMAÇÃO DO ATO IMPUGNADO POR CARTA REGISTRADA, INICIADO O PRAZO DO ART. 18 DA LEI N. 1.533/51 DA DATA CONSTANTE DO AVISO DE RECEBIMENTO. DECADÊNCIA RECONHECIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

55. *O envio de carta registrada com aviso de recebimento está expressamente enumerado entre os meios de comunicação de que dispõe o Tribunal de Contas da União para proceder às suas intimações. O inciso II do art. 179 do Regimento Interno do TCU é claro ao exigir apenas a comprovação da entrega no endereço do destinatário, bastando o aviso de recebimento simples.*

56. *Assim, tanto a citação do responsável como a notificação do Acórdão condenatório foram válidas, porquanto realizadas conforme o disposto no art. 179, inciso II, do RI/TCU e os ofícios terem sido encaminhados para o endereço correto do responsável, conforme consulta à base CPF (p. 231, peça 5, e 263 e 283, peça 6). Lembre-se, ainda, que a responsabilidade pela manutenção do endereço no cadastro CPF é do próprio titular. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.*

57. *A garantia ao direito à ampla defesa e ao contraditório se dá, nos termos do devido processo legal, na fase externa da tomada de contas especial, que se inicia com a autuação do processo junto a este Tribunal e finda com o julgamento. Esse é o entendimento desta Corte de Contas, conforme consignado nos acórdãos 1.540/2009-1ª Câmara, 2.329/2006-2ª Câmara e 2.647/2007-Plenário.*

58. *Como o responsável foi devidamente citado por este Tribunal, não pode alegar cerceamento de defesa por ter se quedado silente na oportunidade que tinha para ser ouvido na fase externa do processo de contas especial. Assim, o argumento apresentado não pode prosperar, não havendo, dessa forma, necessidade de se enfrentar a questão relativa às viagens realizadas pelo recorrente para sua campanha política.*

Argumento

59. *Apona também a ausência de citação do ente municipal, o qual teria sido beneficiado com o atendimento dos objetivos do convênio, o que teria sido reconhecido pela própria auditoria do DENSAUS.*

60. *Esclarece que a aplicação financeira dos recursos era responsabilidade do Secretário de Fazenda e da tesouraria, e que seria impossível ao gestor acompanhar todos os atos administrativos da responsabilidade do ordenador de despesa. Assevera que a responsabilidade seria do próprio município, uma vez que beneficiado.*

Análise

61. *A pessoa física do prefeito não se confunde com a pessoa jurídica do município. A criação da pessoa jurídica é mera ficção do direito, um ser inanimado que não reúne condições para a realização de atos no mundo jurídico, ou seja, não pratica atos da vida civil e não tem vontade própria. Nesse contexto, é imprescindível a presença da pessoa física do chefe do poder executivo municipal para gerir os negócios públicos, pois os atos decorrentes do município são, na verdade, praticados pelos seus representantes legais que atuam legitimamente em nome da pessoa jurídica. 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.*

62. *Esse entendimento é decorrência do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal: “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, assumas obrigações de natureza pecuniária”.*

63. *Ademais, 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”.

64. *A jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica nesse sentido, conforme os seguintes precedentes: acórdãos 1.028/2008–Plenário, 630/2005–1ª Câmara e 752/2007–2ª Câmara.*

65. *O gestor era responsável pela administração dos recursos, devendo portanto prestar contas e arcar com os possíveis prejuízos ao erário advindos da sua gestão, razão pela qual não há como acolher seu pleito.*

66. *Havendo **comprovação** de que os recursos transferidos mediante convênio, ou outro instrumento congêneres, foram aplicados com desvio de finalidade **em benefício da pessoa jurídica de direito público**, o Tribunal tem se manifestado no sentido de que a responsabilidade pelo ressarcimento da dívida é do ente federado, podendo condenar solidariamente o gestor que tenha dado causa a irregularidade. É essa a orientação inserta na Decisão Normativa – TCU 57/2004, a qual regulamenta a possibilidade de responsabilização direta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou das entidades de sua administração, conforme artigos 1º e 3º:*

Art. 1º Nos processos de Tomadas de Contas Especiais relativos a transferências de recursos públicos federais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou a entidades de sua administração, as unidades técnico-executivas competentes verificarão se existem indícios de que esses entes da federação se beneficiaram com a aplicação irregular dos recursos.

(...)

Art. 3º Caso comprovado que o ente federado se beneficiou pela aplicação irregular dos recursos federais transferidos, o Tribunal, ao proferir o julgamento de mérito, condenará diretamente o Estado, o Distrito Federal ou o Município, ou a entidade de sua administração, ao pagamento do débito, podendo, ainda, condenar solidariamente o agente público responsável pela irregularidade e/ou cominar-lhe multa.

67. *Tal diretriz encontra respaldo na Jurisprudência deste Tribunal, como se observa dos Acórdãos 158/2008 – 1ª Câmara, 1.699/2007 – 2ª Câmara e 1.120/2005 – Plenário.*

68. *No entanto, não é esse o caso encontrado nos autos, pois os recorrentes foram citados apenas pelo superfaturamento: o valor que excedia aos preços praticados no mercado, montante este que não beneficiou o município. Desse modo, não se aplicam os argumentos do recorrente.*

Argumento

69. *Lembra que o órgão concedente havia aprovado as referidas contas em duas oportunidades, questionando a reversão do posicionamento, reversão esta que teria ocorrido sem que fossem demonstrados fundamentos dignos e lúcidos para tal resultado.*

70. *Enfatiza a declaração segundo a qual não se afastaria a possibilidade de terem sido adquiridos outros equipamentos, circunstância a qual importaria a dedução do valor do débito. Isso implicaria que nem o TCE nem o TCU estariam convencidos do tipo de ambulância em julgamento.*

71. *Surpreende-se com a determinação do Tribunal de que seja devolvida a integralidade dos recursos, uma vez que em nenhum momento teria sido questionado o valor da ambulância. Adverte que, na auditoria realizada pela CGU, não teria sido apurada nenhuma irregularidade com relação à aquisição do bem adjudicado pelo Município de Três Rios/RJ, nem em relação ao valor deste bem, não havendo nos autos prova de superfaturamento.*

72. *Afirma que a coordenação de contabilidade do Ministério da Saúde (p. 25-27, peça 4) teria apurado débito de R\$ 147.330,64, em relação ao Convênio 2.131. Posteriormente, à caneta, o débito teria sido alterado para o Convênio 1.645. Alega que este valor não havia constado de*

nenhum parecer, e que o valor corresponde ao total do convênio, corrigido, como se tudo houvesse sido realizado de forma errada, e como se o objetivo do convênio não tivesse sido atendido.

Análise

73. O recorrente foi citado para restituir não a totalidade dos recursos, mas sim apenas os decorrentes de superfaturamento na aquisição de equipamentos e na transformação do veículo. O débito foi quantificado como R\$ 16.913,73, em valor histórico de 18/6/2003 (p. 12-14, peça 5).

74. Ressalta-se instrução segundo a qual “em que pese a manifestação de opinião do órgão concedente no sentido da não aprovação da prestação de contas relativa ao convênio em referência, a fundamentação descrita para tanto, notadamente aquela transcrita no item 8 desta instrução, não ensejaria impugnação integral dos recursos federais repassados” (p. 4-5, peça 5).

*75. De fato, o valor de R\$ 147.330,64 (p. 27, peça 4) correspondia ao montante de R\$ 72.000,00, atualizado até 19/7/2007 conforme demonstrativo de débito acostado (p. 28-29, peça 4). O Acórdão 2.884/2011-TCU-2ª Câmara no entanto, não levou estes valores em consideração, condenando o responsável, solidariamente com a empresa NV Rio Comércio e Serviço Ltda., ao pagamento da importância relativa **apenas ao superfaturamento detectado**, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, a contar de 18/6/2003.*

*76. Esclarece-se que, uma vez que solicitara a devolução de **todos os recursos**, o Relatório da Tomada de Contas Especial não se manifestou sobre o valor pago pelo município seria compatível ou superior aos preços de mercado. No entanto, já no âmbito desta Corte, a utilização da metodologia desenvolvida para avaliação de aquisições de UMS constatou a ocorrência de superfaturamento na aquisição dos equipamentos e transformação do veículo.*

*77. Lembre-se que um parecer pela aprovação de contas não faz coisa julgada, nem mesmo administrativamente. Um parecer pela aprovação das contas demonstra apenas que o parecerista não encontrou irregularidade ou dano ao Erário **em seu exame**, não que essas irregularidades não tenham sido cometidas, que inexistam, apenas que não foram detectadas **até aquele momento**.*

78. Uma constatação de superfaturamento, materializada em uma instrução processual, não é mera alegação, e sim elemento de prova, quando acompanhada dos papéis de trabalho, dos critérios que a embasaram e da documentação examinada. Constitui evidência, que influenciará o convencimento do colegiado, a menos que o responsável maneje argumentos e elementos de prova hábeis a desconstituí-la, o que não ocorreu. Dessa forma, não há como se atender ao argumento do recorrente.

Argumento

79. Estranha a citação da prefeitura de Saquarema/RJ, a qual nada teria a ver com o processo em questão. Indaga se não seria a prefeitura Municipal de Três Rios/RJ a que estaria na TCE errada.

Análise

80. O erro material acima mencionado, que indicou equivocadamente o objeto do convênio, em nada alterou o entendimento desta Corte de Contas ou mesmo o andamento processual, que ensejasse qualquer retificação de ofício. Isto pode ser constatado na própria proposta, que contém informações inequívocas do teor deste processo.

Argumento

81. Justifica a aquisição da ambulância, pois nem sempre era possível contar com o aluguel de UMS por parte da Unimed. Indaga qual prefeito que não desejaria uma ambulância para sua cidade, como solução para problemas de saúde pública, afirmando que a outra solução seria alugar ambulância de Volta Redonda/RJ ou de Juiz de Fora/MG.

82. Lembra que os valores foram aceitos pelo Ministério da Saúde, mediante plano de trabalho, quando foi realizada redução de R\$ 120.000,00 para R\$ 90.000,00, nos termos do Parecer 2.015/2002.

Análise

83. Em nenhum momento foi questionada a decisão tomada pelo ente federativo de se adquirir a Unidade Móvel de Saúde. Trata-se de decisão do ente público, cujo mérito esta Corte de Contas não aborda. O que se impugna, entretanto, é a aquisição por valores superiores aos praticados pelo mercado, quando da utilização de recursos federais recebidos a título de convênio. A prática fere interesse da União, causando dano ao Erário federal, o qual deve ser apurado e ressarcido no âmbito do processo de Tomada de Contas Especial.

84. Reitera-se que os preços calculados pelo órgão repassador visam a estabelecer o valor **a ser repassado** e não o valor **a ser utilizado** na licitação que vier a ser realizada, o qual, de acordo com a Lei 8.666/1993, deveria ter sido levantado de acordo com os preços praticados pelo mercado e servido de balizador para avaliar a adequação da proposta de cada licitante.

Argumento

85. Cita decisão do STJ segundo a qual não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao Erário municipal, mas sim inabilidade do gestor, não caberiam as punições previstas na Lei de Improbidade Administrativa, a qual alcançaria o administrador desonesto, não o inábil.

Análise

86. Nos termos do Acórdão 2.644/2007 – 1ª Câmara:

O Tribunal não condenou o prefeito por ato de improbidade administrativa. Nem poderia. Não é da competência dos Tribunais e Conselhos de Contas condenar gestores por atos desta natureza, que devem ser apurados em procedimento próprio no âmbito do Poder Judiciário. Eventualmente, a omissão da prestação de contas pode levar à condenação por improbidade, nos termos do art. 11, VI, da Lei 8.429/1992. Mas não, repito, no processo de contas a cargo deste Tribunal ou de qualquer órgão responsável pelo exame da prestação das contas dos gestores públicos. A improbidade administrativa deve ser apurada em processo movido pelo Ministério Público, a ser julgado pela autoridade judicial.

87. É assim **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 administrativa. Basta que o gestor tenha praticado o ato com grave infração à norma legal, de forma não justificada, e que lhe fosse exigível conduta diversa, para ficar caracterizada sua responsabilidade subjetiva. De modo que os argumentos ofertados não podem ser aceitos.

88. Realmente, antes de homologar procedimento licitatório, o gestor precisa de alguma informação sobre o preço de mercado do bem que está sendo adquirido. Informação esta providenciada justamente por uma pesquisa de mercado, essencial a todo procedimento licitatório, sem a qual fica inviável o cumprimento do artigo 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993.

89. A cobrança do ressarcimento deve ser realizada frente àqueles que causaram o prejuízo em comento: não somente a empresa fornecedora do bem, mas o gestor de recursos públicos federais utilizados de forma diversa da pactuada. A ação de ambos é determinante para a lesão, sem a conjunção das duas condutas, o dano ao Erário federal não teria sido causado. Como ambas as ações são causa do dano, os agentes respondem pelo débito de forma solidária.

90. Não é suficiente a demonstração de que um dos bens foi entregue. Aliás, o contrário não foi suscitado porque, se o fosse, os citados seriam chamados a restituir integralmente o que foi

pago. O preço pago a maior é o alvo do questionamento, e esse preço majorado fez com que um dos objetos do convênio não fosse alcançado.

91. Reitera-se que o Acórdão recorrido evita o empobrecimento sem causa da União, visto que os recursos que não houvessem sido utilizados no pagamento de serviços a preços de mercado deveriam ter sido restituídos ao Erário federal, sendo este justamente o escopo da Tomada de Contas Especial

Argumento

92. Arvora a prescrição e a decadência, uma vez que os fatos alegadamente ilícitos teriam sido praticados em 30/4/2003. Sustenta o prazo de 05 anos a partir do qual prescrevem ou decaem certas pretensões ou direitos da Administração, exercitáveis contra seus agentes e administrados.

93. Ressalta que a Tomada de Contas Especial não pode ser equiparada, para efeito de prescrição, à ação de ressarcimento da qual fala o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, a qual deve ser processada judicialmente, garantindo-se aos acusados o exercício do contraditório e a ampla defesa. Julga incontroverso que as decisões dos Tribunais de Contas são atos administrativos, sujeitos ao crivo da prescrição e da decadência.

Análise

94. Inicialmente, não se deve confundir prescrição da pretensão punitiva do Estado com a ação de ressarcimento “lato sensu” tratada na presente tomada de contas especial.

95. Isto por que, nos termos do art. 37, § 5º da Constituição Federal, a lei estabelecerá o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado para os ilícitos praticados pelos agentes públicos, servidores ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as ações de ressarcimento. E a tomada de contas especial não persegue a pretensão punitiva sujeita à prescrição prevista no art. 37, § 5º da Constituição, já que, pelo contrário, sua natureza é de recomposição do patrimônio público, conforme se extrai do art. 8º da Lei 8.443/1992.

96. Esse é o entendimento já sedimentado na jurisprudência desta Corte de Contas, com supedâneo na jurisprudência das mais altas Cortes pátrias, ex vi do MS 26.210 9/DF, decidido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e do REsp 705715/SP, ementados nos seguintes termos:

MS 26.210-9/DF: Supremo Tribunal Federal – STF MS 26.210-9/DF (Diário da Justiça de 10/10/2008)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor.

II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau.

III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição.

IV - Segurança denegada.

Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp 705715/SP (Diário da Justiça de 14/5/2008):

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE.

I - A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível. (REsp 810785/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 25/5/2006 p. 184).

II - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

97. No âmbito do TCU, cita-se o julgamento do paradigmático Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário, quando, ao apreciar incidente de uniformização de jurisprudência, esta Corte decidiu que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU 56/2007, diante da dificuldade de se assegurar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

98. Considerando que o STF, intérprete maior e guarda da Constituição, já se manifestou no sentido de que a parte final do § 5º do art. 37 da Carta Política determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário, este Tribunal tem acolhido a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento dos danos causados aos cofres públicos, com fundamento no art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

[...]

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

101. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443, de 1992, conhecer o recurso de reconsideração da NV RIO NVRIO Comércio e Serviços Ltda., para, no mérito, negar-lhe provimento;

b) com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443, de 1992, não conhecer o recurso de reconsideração do Sr. Celso Alencar Ramos Jacob, ou, alternativamente, caso o recurso seja conhecido, negar-lhe provimento;

c) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada à recorrente, ao Fundo Nacional de Saúde, ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus, à Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, à Controladoria Geral da União – CGU e aos demais interessados.”

2. O Secretário-Substituto da Serur manifestou-se de acordo com a instrução, no que foi acompanhado pelo Ministério Público junto ao TCU, representado nos autos pelo Procurador-Geral, Dr. Lucas Rocha Furtado.

É o relatório.