

Aviso nº 1380 - GP/TCU

Brasília, 7 de novembro de 2022.

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para ciência, cópia do Acórdão nº 2370/2022, da minha relatoria, proferido pelo Plenário desta Corte de Contas, na Sessão Ordinária de 26/10/2022, ao apreciar, nos autos do TC-011.645/2018-0, pedido de reexame interposto contra o Acórdão nº 538/2020-TCU-Plenário, mediante o qual o Tribunal aplicou multa aos recorrentes em razão de irregularidades constatadas em contrato firmado entre a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), por meio do Instituto Bio-Manguinhos, e a empresa Cubana Cimab S.A., para fornecimento do medicamento Eritropoietina Humana Recombinante (EPO).

O referido processo trata de auditoria de conformidade decorrente da Proposta de Fiscalização e Controle 138/2017, encaminhada ao TCU por essa Comissão.

Por oportuno, informo que o inteiro teor da Deliberação ora enviada pode ser acessado no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.

Atenciosamente,

(Assinado eletronicamente)

MINISTRO BRUNO DANTAS
Vice-Presidente, no exercício da Presidência

A Sua Excelência o Senhor
Deputado Federal PAULINHO DA FORÇA
Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle
Câmara dos Deputados
Brasília - DF

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 011.645/2018-0

Natureza: Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria)

Unidades Jurisdicionadas: Agência Nacional de Vigilância Sanitária; Fundação Oswaldo Cruz; Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos; Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde; Secretaria-Geral das Relações Exteriores

Recorrentes: Akira Homma (047.818.997-49); Artur Roberto Couto (329.664.747-34)

Representação legal: Fábio Caldas Feliciano (OAB/RJ 152.299) e outros, representando Akira Homma e Artur Roberto Couto.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. SOLICITAÇÃO DA COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E CONTROLE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DA CELEBRAÇÃO E DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE ERITROPOIETINA HUMANA RECOMBINANTE (EPO) E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA, FIRMADO ENTRE A FIOCRUZ E A EMPRESA CUBANA CIMAB S.A. AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE CELEBRAÇÃO DE TERMOS ADITIVOS PARA RETRATAR AS MODIFICAÇÕES NA EXECUÇÃO E NO PRAZO DO CONTRATO FIRMADO, BEM COMO A AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO DE NOVOS QUANTITATIVOS E NOVOS PREÇOS DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. REJEIÇÃO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTAS. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de pedido de reexame interposto em conjunto por Akira Homma e Artur Roberto Couto, diretores do Instituto Bio-Manguinhos no período de 2001 a 28/5/2009 e 23/10/2009 a 24/1/2018, respectivamente, contra o Acórdão 538/2020-TCU-Plenário.

2. A auditoria de conformidade de que tratam os autos, decorrente da Proposta de Fiscalização e Controle 138/2017, encaminhada pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (TC 032.625/2017-0), verificou irregularidades na aplicação de recursos públicos na aquisição da Eritropoietina Humana Recombinante (alfapoetina) por meio de Contrato de Licença de Patente, Transferência de Informação Técnica e Fornecimento de Eritropoietina Humana firmado entre o Instituto de Tecnologia e Imunobiológicos da Fundação Oswaldo Cruz (Bio-Manguinhos/Fiocruz) e a empresa cubana Cimab S.A.

3. A deliberação recorrida, relatada pelo Ministro Augusto Nardes, apresentou o seguinte teor:

“9.1. rejeitar em parte, com fundamento no art. 54, § 1º, da Lei 8.666/1993, as razões de justificativas apresentadas pelos Srs. Akira Homma e Artur Roberto Couto, diretores do Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos da Fundação Oswaldo Cruz, no período de 2001 a 2009 e 2009 a 2018, respectivamente;

9.2. aplicar, com fundamento no art. 56 da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, § 2º, do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), aos Srs. Akira Homma e Artur Roberto Couto, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso II, do Regimento Interno do TCU, no valor de R\$ 64.920,00 (sessenta e quatro mil, novecentos e vinte reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do RI/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.4. autorizar, desde logo, se requerido, com fundamento no art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno do TCU, o parcelamento das dívidas constantes deste acórdão em até 36 parcelas, corrigidas monetariamente até a data do pagamento, alertando aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, § 2º, do Regimento Interno do TCU;

9.5. expirado o prazo para pagamento da dívida, com fundamento no art. 28 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 214, inciso III, e 219 do Regimento Interno do TCU, determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, subsídio, salário ou proventos, observados os limites previstos na legislação pertinente, dos servidores regidos pela Lei 8.112/1990;

(...)"

4. Admitido o processamento do recurso, porquanto preenchidos os requisitos previstos nos arts. 33 e 48 da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo aos subitens 9.1. 9.2, 9.3 e 9.5 do acórdão recorrido em relação aos recorrentes (peça 1198).

5. Instruído o presente feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pelo auditor da Secretaria de Recursos deste Tribunal responsável pela análise (peça 1213):

"(...)

MÉRITO

Delimitação

7. Constitui objeto do recurso definir se:

- a) ocorreu o fenômeno da prescrição;
- b) há responsabilidade dos Senhores Akira Homma e Artur Roberto Couto, diretores de Bio-Manguinhos no período de 2001 a 2009 e 2009 a 2018, respectivamente, pela ausência de termos aditivos;
- c) a ausência da celebração dos termos aditivos, no devido tempo, pode ser considerado erro grosseiro; e
- d) a multa foi proporcional.

Da análise da prescrição (peça 1194, p. 2-5)

8. Akira Homma e Artur Roberto Couto aduzem que a prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) proferido no bojo do MS 32.201/DF, tendo a Corte firmado '*posicionamento, com trânsito em julgado, portanto, com força normativa (art. 503, CPC)*' (p. 4, item 17).

9. Argumentam que este Tribunal de Contas da União (TCU) reconhece a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC), nos termos do Acórdão 489/2017-Plenário, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, e que o art. 926 da Lei Processual Civil (CPC) materializou a doutrina dos precedentes judiciais.

10. Fazem referência à doutrina do Ministro do STF Luís Roberto Barroso e da professora Patrícia Perrone, e sustentam que ‘a principal característica da doutrina dos precedentes é a obrigatoriedade. Ou seja, a atuação judicial, principalmente do STF, não pode ser desconsiderada’ (p. 4, item 16).

11. Asserem que ‘os atributos especiais da indiscutibilidade, imutabilidade e coercibilidade, garante a impossibilidade de rediscussão, notadamente em sede administrativa’ (p. 4, item 18), da decisão proferida pelo STF no MS 32.201/DF, não tendo este Tribunal poder para rever decisão judicial transitada em julgado, conforme decisão proferida no Ag.Reg.em MS 31.643/DF, 2ª. Turma, Min. Celso de Mello, j. 25/03/2014.

12. Akira Homma alega, especificamente, que sua ‘exoneração do cargo de diretor de Akira Homma deu-se em 29/05/2009’ (p. 5, item 21), razão pela qual requer a reforma do decisum condenatório, tendo em vista que há necessidade de assegurar aos jurisdicionados do TCU a previsibilidade e segurança na aplicação das normas.

Análise

13. O Ministro João Augusto Ribeiro Nardes acolheu, no voto condutor do Acórdão 538/2020-Plenário (peça 1170, p. 6, item 38), a instrução da Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde), a qual examinou o fenômeno da prescrição nos seguintes termos:

Prescrição

15. Akira Homma inicia sua manifestação afirmando que não lhe pode ser imputada qualquer penalidade, visto que já transcorreram mais de cinco anos desde sua exoneração e que o entendimento relativo a não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva exarado no voto do Ministro Relator não deve prevalecer, visto que estaria baseado no Incidente de Uniformização de Jurisprudência deliberado no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (Redator Ministro Walton Alencar Rodrigues), o qual teria sido prolatado antes do Acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no Mandado de Segurança (MS) 32.201/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, segundo o qual a prescrição da pretensão punitiva nos processos de competência dessa Corte de Contas se dá no prazo de cinco anos (peça 321, p. 9-11).

Análise

16. Em relação à prescrição punitiva do TCU, destaca-se o voto condutor do Ministro Benjamin Zymler no âmbito do TC 000.533/2015-7, segundo o qual a decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em mandado de segurança, não tem caráter vinculante em relação à atuação desta Corte de Contas (Acórdão 5.539/2019-TCU-1ª Câmara), logo prevalece o entendimento acerca da incidência da prescrição pacificado por meio do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, Ministro Redator Walton Alencar Rodrigues, que apreciou incidente de uniformização de jurisprudência, restando assente que a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União observa o prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, dez anos (item 9.1.1 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário).

17. Tendo em vista que as ocorrências motivadoras dos ofícios de audiência referem-se a uma omissão, não à prática de um ato, a contagem do prazo prescricional iniciou a partir do fim do mandato dos diretores de Bio-Manguinhos, quando eles já não poderiam mais assinar os necessários termos aditivos.

18. Ante o exposto, não merecem prosperar as alegações de Akira Homma quanto à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do TCU, considerando que a contagem do prazo prescricional observa o entendimento fixado por meio do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (Ministro Redator Walton Alencar Rodrigues). (peça 1171, Grifos no original)

14. A alegação de prescrição assume particular relevância dado o recente julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos deste julgamento foram objeto de análise pela Serur nos autos do TC 027.624/2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 1210) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur naquele processo, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que ‘é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’;

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas qualificáveis como ato de improbidade;

c) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil, a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do tribunal de contas deve observar o regime Lei 9.873/1999;

e) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636.886 foi objeto de embargos de declaratórios, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (notadamente quanto aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial até então vigente;

f) assim, nos casos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), o desfecho do processo não se alterará, qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999), viabilizando-se o imediato julgamento. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, é recomendável que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

15. As manifestações da Serur juntadas à peça 1210 foram elaboradas quando ainda não estava disponibilizado o inteiro teor do acórdão do RE 636.886. Em nova análise após a publicação da decisão (DJe de 24/6/2020), inclusive mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas indicadas acima, cabendo destacar dois aspectos relevantes.

16. O primeiro diz respeito à ressalva aos atos dolosos de improbidade. Observa-se que tanto na manifestação do TCU, como *amicus curiae* (peça 35 do RE 636.886), como na manifestação do Ministério Público Federal na condição de fiscal da ordem jurídica (peça 38), o tema 897 foi invocado com o fim de preservar a atuação dos tribunais de contas no caso de prejuízos causados dolosamente, mediante condutas típicas de improbidade administrativa. Todavia, o pedido não foi acolhido. No ponto, não houve divergência quanto ao entendimento do relator, de que ‘as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa’.

17. O segundo aspecto diz respeito à não incidência do Código Civil no regime de prescrição do ressarcimento. Nos votos em que a questão do prazo prescricional foi abordada, a referência foi sempre ao prazo quinquenal, usualmente adotado pelas normas de direito público.

18. Com essas explicações adicionais, passa-se à análise da prescrição no caso em exame, considerando-se as premissas indicadas anteriormente.

19. No que se refere ao débito, pela jurisprudência do STF até então vigente, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Todavia, no julgamento do RE 636.886 foi conferida nova interpretação a esse dispositivo, fixando-se a tese de que ‘é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’.

20. No que concerne à pretensão punitiva, tem-se duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo, quais sejam: a do Código Civil (adotado pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário) e a da Lei 9.873/1999.

21. Na situação em exame, se considerarmos o entendimento do STF no RE 636.886, teria ocorrido o fenômeno da prescrição. Por outro lado, se adotarmos o critério do Código Civil (Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário), a prescrição da multa não terá se consumado, como se verá adiante.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário

22. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da **data da ocorrência do fato** e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

23. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

24. No presente caso, verifica-se que este Tribunal entendeu que ‘Tendo em vista que as ocorrências motivadoras dos ofícios de audiência referem-se a uma omissão, não à prática de um ato, a contagem do prazo prescricional iniciou a partir do fim do mandato dos diretores de Bio-Manguinhos, quando eles já não poderiam mais assinar os necessários termos aditivos’ (peça 1171, p. 4, item 17 c/c peça 1170, p. 6, item 38). Ou seja, o Tribunal considerou como termo a quo **o fim do mandato** de cada responsável, tendo em vista que o fundamento da sanção foi um não agir (uma conduta omissiva), e concluiu pela inoccorrência da prescrição da sanção punitiva, por ter decorrido menos de 10 (dez) anos entre os fins dos mandatos dos responsáveis e suas respectivas audiências.

25. Conforme já explicitado, este Tribunal, em sede de uniformização de jurisprudência, decidiu que ‘a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da **data de ocorrência da irregularidade** sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil’ (vide item 9.1.2 do Acórdão 1.441/2016-Plenário, grifos acrescidos).

26. A questão nodal resume-se em saber qual seria a **data da ocorrência da irregularidade**, em face da ausência de celebração de termos aditivos que retratassem as modificações havidas na execução e no prazo do contrato firmado com a empresa Cimab S.A. Caso adote-se o entendimento de que a data da ocorrência seja a data em que o termo aditivo deveria ter sido elaborado (exercício de 2007), haveria a ocorrência do fenômeno prescrição. Por outro lado, caso adote-se o entendimento consubstanciado no *decisum* condenatório, a prescrição decenal do art. 205 do CC de 2002 não se consumou.

27. Sabe-se que este Tribunal entende pacificamente que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva do TCU no caso de concessão fraudulenta de benefício previdenciário é **a data do último pagamento indevidamente realizado** (v.g Acórdãos

1641/2016-Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler; 2726/2016-Plenário e 70/2017-Plenário, Rel. Ministro João Augusto Ribeiro Nardes e Acórdãos 314/2018-Plenário e 1101/2019-Plenário, ambos sob a relatoria do Ministro Vital do Rêgo; 762/2020-Plenário, Rel. Ministro Marcos Benquerer), em analogia à regra do direito penal afeta ao crime permanente, segundo precedentes do TCU.

28. Nos casos de não comprovação da regular aplicação de recursos repassados mediante convênios ou instrumentos similares, **a data limite para entrega da prestação de contas** final assinala o **marco inicial da contagem** do prazo de prescrição da pretensão punitiva do TCU (v.g Acórdãos 3749/2018-2ª Câmara, Rel. Ministra Ana Arraes; 2278/2019-1ª Câmara, Rel. Ministro Augusto Sherman e Acórdão 1.470/2020-2ª Câmara, Rel. Ministra Ana Arraes).

29. Pois bem. Faz-se mister trazer à baila entendimento consagrado pela Segunda Câmara, Acórdão 12785/2016, quando analisou a prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação ao **gestor omissor** quanto ao dever de envio do ato de aposentação ao controle interno. No voto condutor do *decisum* o Ministro Vital do Rêgo apresentou as seguintes considerações:

27. Com relação à responsabilidade do gestor à época pelo atraso no envio do ato de aposentação em questão, observo que sua concessão deu-se a partir de 14/4/1999. Nos termos da IN TCU 16/1997, vigente à época da inativação em foco, o gestor de pessoal possuía o prazo de trinta dias para cadastrar o ato de aposentadoria e enviá-lo ao órgão de controle interno, de sorte que sua obrigação tornou-se exigível a partir de 14/5/1999, data de início da ocorrência da irregularidade relativa ao atraso no envio do ato.

28. Cabe destacar que mencionada irregularidade, qual seja, omissão no cumprimento de obrigação perante o Tribunal de Contas da União, não se perfaz em uma data específica. Dada sua índole de inadimplência até a ocorrência de condição resolutiva em face de seu cumprimento, renova-se a cada dia e perdura-se no tempo, de sorte que a data de sua ocorrência, para fins de aplicação do subitem 9.1.2 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, deve corresponder ao último dia do período em que o órgão manteve-se inerte no atendimento da obrigação imposta pelo TCU.

29. In casu, se assim não fosse o entendimento a ser emprestado ao termo inicial de contagem de prazo para fins de verificação da prescrição da pretensão punitiva por parte do TCU, bastaria o gestor de pessoal manter-se inerte o maior tempo possível, em especial, por prazo superior àquele estabelecido pelo item 9.1.1 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, para que sua inércia prosperasse a seu favor e o guindasse à posição fora do alcance punitivo desta Corte de Contas.

30. Assim, em análise dos autos do TC 006.292/2013-5, que apreciou pela ilegalidade a concessão ora mencionada, verifico que o ato de aposentadoria foi enviado ao controle interno apenas em 21/6/2011. Nesse cenário, penso ser possível a responsabilização de todos os gestores de pessoal daquele TRT-1, que, no âmbito de sua atuação, mantiveram-se inertes até o dia 20/6/2011.

31. Ante o exposto, entendo não ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva por parte desta Corte. Por essa razão, dada a inércia dos gestores de pessoal do TRT-1 no período de 14/5/1999 a 20/6/2011, proponho que a Sefip adote as providências necessárias para identificação desses responsáveis para a promoção de audiência em face da omissão no dever de cadastrar e enviar ao controle interno o ato de aposentadoria de [beneficiário]. (Grifos acrescidos)

30. Assim, considera-se que o termo inicial da contagem de prazo deve corresponder ao primeiro dia após a data final em que os gestores tinham o poder-dever de celebrar o termo aditivo para retratar as modificações havidas na execução e no prazo do contrato firmado com a empresa Cimab S.A. No caso de Akira Homma, que foi diretor de Bio-Manguinhos no período de 2001 a 28/5/2009, o termo a quo da contagem do prazo prescricional foi o dia 29/5/2009, dia em que foi exonerado por meio da Portaria Ministerial MS 1.097 (*vide* peça 322, p. 1). Como a determinação para a realização das audiências ocorreu em 12/12/2018, com a prolação do Acórdão 2.977/2018-Plenário, Rel. Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, observa-se que não houve o transcurso do lapso decenal.

31. Artur Roberto Couto, por sua vez, ocupou o cargo de diretor de Bio-Manguinhos no período de

23/10/2009 a 24/1/2018 (*vide* peça 329, p. 1-2). Assim, o termo *a quo* da contagem do prazo prescricional seria o dia 25/1/2018, primeiro dia após a sua exoneração (*vide* Portaria Ministerial MS 180, de 2018). No entanto, em 10/10/2016, Artur Roberto Couto celebrou o 1º termo aditivo ao contrato (peça 46, p. 330-337), momento em que deixou de ser omissor, razão pela qual o termo *a quo* da prescrição foi o dia 11/10/2016.

32. A determinação para a realização da sua audiência também ocorreu em 12/12/2018, com a prolação do Acórdão 2.977/2018-Plenário, Rel. Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. Como se vê, não houve o transcurso do lapso decenal também em relação a Artur Roberto Couto, não havendo que se falar em prescrição da sanção, caso adote-se o entendimento consagrado no Acórdão 1.441/2016-Plenário, Ministro-relator Walton Alencar Rodrigues.

33. Acresce dizer que, recentemente, o Plenário deste Tribunal reiterou, por meio do Acórdão 2.620/2020, o entendimento da imprescritibilidade do débito e da inaplicabilidade da Lei 9.873/1999, conforme excerto do voto do Ministro Vital Rêgo abaixo transcrito:

29. Não merece acolhimento a arguição da recorrente de prescrição quinquenal da pretensão de ressarcimento.

30. A abordagem desse tema sobre a prescrição da pretensão reparatória do TCU parte da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (Tema 899).

31. O auditor da Serur (peça 151), acompanhado pelo diretor (peça 152), e o dirigente máximo da unidade técnica (peça 153) sustentam que, até que sobrevenha norma específica para disciplinar a prescrição relativa à atuação do TCU, deve ser adotado de forma analógica o regime previsto na Lei 9.873/1999. No entanto, asseveram que a aplicação desse regime ao caso em análise revela não ter ocorrido a prescrição.

32. A representante do MPTCU (peça 155) entende que, até que sobrevenha norma específica, a adoção do regime previsto na Lei 9.873/1999 apresenta-se como solução adequada para regular a prescrição para a atuação do Tribunal. Ressalta que, no caso concreto, a aplicação analógica do regime previsto na Lei 9.873/1999 revela a inoccorrência de prescrição, seja pelo prazo geral fixado no art. 1.º, caput, da lei, seja pela forma intercorrente estabelecida no seu art. 1.º, § 1º.

33. Nota-se, portanto, que a Serur e o MPTCU entendem adequada a aplicação do regime previsto na Lei 9.873/1999 como marco prescricional para a atuação do TCU e, concluem que a aplicação desse regime ao presente caso indica não ter ocorrido a prescrição da pretensão de ressarcimento do débito apurado.

34. Destaco, inicialmente, que a decisão do STF no Tema 899, cuja repercussão geral foi reconhecida no âmbito do RE 636.886, ainda não transitou em julgado naquela Corte, estando pendente de apreciação de embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), justamente para melhor compreensão de seu exato alcance.

35. Com relação à prescrição da pretensão de ressarcimento, deixo de acolher a tese apresentada pela unidade técnica e pela eminente Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, no sentido de aplicar o regime previsto na Lei 9.873/1999.

36. Considero que não se pode ignorar os recentes posicionamentos do STF acerca da prescrição que se opera nos processos do TCU, a exemplo do que restou decidido em especial no MS 35.512, em que o STF entendeu que se deve aplicar o prazo previsto na Lei 9.873/1999 para a prescrição da pretensão ressarcitória.

37. No âmbito do TCU, entendeu-se que o alcance da decisão proferida no MS 35.512 cingir-se-ia ao reconhecimento exclusivo da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, razão pela qual foi prolatado o Acórdão 2.892/2019-TCU-Plenário (TC 030.229/2015-4), que condenou em débito o responsável. Tal deliberação do TCU ensejou a interposição da Reclamação 39.497/DF junto ao STF, cuja apreciação foi publicada em 2/7/2020. A Suprema Corte julgou procedente a Reclamação 39.497/DF, decretou a nulidade dos efeitos do Acórdão 2.892/2019-TCU-Plenário e reconheceu a ocorrência da prescrição, em cinco anos, nas esferas punitiva e ressarcitória, nos termos da Lei 9.873/1999.

38. Embora tal quadro denote incertezas acerca do instituto da prescrição da pretensão ressarcitória, cujo deslinde no STF poderá assumir novos contornos, levando em consideração que os embargos de declaração opostos pela AGU face o RE 636.866 encontram-se pendentes de apreciação, conforme já mencionado.

39. Nesse sentido, opto por aplicar ao presente caso a jurisprudência dominante nesta Corte de Contas, sedimentada na Súmula TCU 282, segundo a qual é imprescritível a pretensão de ressarcimento por parte da União.

40. Registro que recentes decisões deste Tribunal, adotadas após o que restou deliberado pelo STF no Tema 899, também abraçaram a tese da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória no âmbito do controle externo, a exemplo dos Acórdãos 5.236/2020-TCU-1ª Câmara, 6.171/2020-TCU-2ª Câmara, 6.084/2020-TCU-1ª Câmara, 5.681/2020-TCU-2ª Câmara, 6.846/2020-TCU-2ª Câmara, 6.676/2020-TCU-2ª Câmara, 6.707/2020-TCU-2ª Câmara, 6.473/2020-TCU-1ª Câmara, 6.466/2020-TCU-1ª Câmara, 6.465/2020-TCU-1ª Câmara, entre outros.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999 (MS 32.201)

34. Porém, adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, observa-se a ocorrência do fenômeno da prescrição em relação a Akira Homma e a inoccorrência dela em relação a Artur Roberto Couto. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

Termo inicial:

35. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começaria a correr não da ‘data da prática do ato’, mas sim ‘do dia em que tiver cessado’.

36. na hipótese em exame, o Plenário deste Tribunal entendeu que, nos termos proposta da SecexSaúde acolhida pelo Ministro-Relator João Augusto Ribeiro Nardes no relatório que antecede o decisum, que ‘Tendo em vista que as ocorrências motivadoras dos ofícios de audiência referem-se a uma omissão, não à prática de um ato, a contagem do prazo prescricional iniciou a partir do fim do mandato dos diretores de Bio-Manguinhos, quando eles já não poderiam mais assinar os necessários termos aditivos’ (peça 1171, p. 4, item 17). Nesse sentido, decidiu o Plenário quando determinou a audiência dos responsáveis (vide item 19 do voto proferido pelo Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, condutor do Acórdão 2.977/2018-Plenário - peça 290, p. 6, item 18).

37. Assim, conforme descrito nos itens 30 e 31 supra, o termo a quo para a contagem do prazo prescricional foi, em relação a Akira Homma, o dia 29/5/2009 e o dia 11/10/2016, para Artur Roberto Couto.

Prazo:

38. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: ‘quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal’.

Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

39. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe ‘por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato’ (art. 2º, II). Com esse fundamento, a prescrição somente foi interrompida nas seguintes datas:

a) em **21/11/2017**, o Ministro Raimundo Carreiro acolheu Solicitação do Deputado Wilson Filho, então presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, e determinou a Segecex a adoção das providências pertinentes a fim de realizar ato de fiscalização e controle para verificar a aplicação de recursos públicos na aquisição da substância eritropoietina humana recombinante, da empresa cubana Cimab S/A, de 2005 a 2016, por inexistência de licitação (peças 1 e 2 do TC 035.625/2017-0);

b) em **4/4/2018**, data em que o Plenário deste Tribunal, por meio do Acórdão 721/2018, Relator Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, determinou à Secex-RJ, com apoio da SecexSaúde, a

realização de fiscalização na modalidade auditoria (peça 1); e

c) em **10/5/2018**, data em que a então Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro designou servidores para realizar Auditoria de Conformidade, Registro Fiscalis 115/2018, na Fundação Oswaldo Cruz, por meio da Portaria de Fiscalização - Secex-RJ 400, de 10 de maio de 2018 (peça 10).

40. Como se vê, o primeiro ato que importou inequívoca apuração dos fatos ocorreu em **21/11/2017**, quando o Ministro Raimundo Carreiro acolheu Solicitação do Deputado Wilson Filho, então presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, e determinou a Segecex a adoção das providências pertinentes a fim de realizar ato de fiscalização e controle.

41. Considerando que no caso de Akira Homma, que foi diretor de Bio-Manguinhos no período de 2001 a 2009, o termo *a quo da contagem do prazo prescricional* foi o **dia 4/1/2010**, primeiro dia útil após o término do mandato daquele, tem-se a ocorrência do fenômeno da prescrição, em face do transcurso do lapso de mais de 5 (cinco) anos do ato inequívoco de apuração dos fatos, bem como da sua respectiva audiência, como se verá em seguida. Já em relação a Artur Roberto Couto, não ocorreu a prescrição, na medida em que seu mandato foi de 2010 a 2018.

Interrupções pela audiência do responsável:

42. A prescrição também é interrompida ‘pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital’, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela audiência propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve a interrupção em **4/1/2019**, quando este Tribunal chamou em audiência Akira Homma (peça 307) e Artur Roberto Couto (peça 308) em face da não assinatura termos aditivos para retratar as modificações havidas na execução e no prazo do contrato firmado entre a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

Interrupção pela decisão condenatória recorrível:

43. Por fim, a prescrição também se interrompe ‘pela decisão condenatória recorrível’ (art. 2º, III, da Lei 9.873/1999). Com esse fundamento, houve a interrupção em 11/3/2020, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 1169). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso.

Da prescrição intercorrente:

44. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando ‘julgamento ou despacho’.

45. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não poderia ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

46. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

47. Como se vê, não ocorreu o fenômeno da prescrição intercorrente em relação a Artur Roberto Couto.

Da análise de responsabilidade dos Senhores Akira Homma e Artur Roberto Couto, diretores de Bio-Manguinhos no período de 2001 a 2009 e 2009 a 2018, respectivamente, pela ausência de termos aditivos (peça 1194, p. 5-9)

48. Os recorrentes alegam que, ‘em face do § 6º, art. 37, da Constituição Federal, a responsabilidade subjetiva do agente exige, simultaneamente, os seguintes requisitos: i) ato ilícito; ii) conduta dolosa ou culposa; iii) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente’ (p. 5, item 23).

49. Argumentam que a Cláusula 5ª do contrato celebrado com a empresa Cimab S.A atribuiu ao Comitê Técnico as atribuições de coordenação e seguimento das etapas da transferência da informação técnica previstas no pacto assinado e que ‘em 2006, foi instituído também o **Comitê Técnico Regulatório**, composto por representantes das partes (CIMAB E FIOCRUZ), **Ministério da Saúde e ANVISA e Autoridade Regulatória de Cuba (CECMED), também com a finalidade de acompanhamento de execução contratual**’(p. 6, item 25, grifos no original).

50. Aduzem que ‘as atividades dos Comitês não são oriundas de uma delegação de competência, mas sim de competência proveniente da lei entre as partes’, razão pela qual ‘os diretores não exerciam poder de controle hierárquico’ (p. 8, item 32). Alegam também que o próprio Tribunal reconheceu a atuação desses grupos, conforme itens 77 e 79 do relatório que antecede o decisor.

51. Sustentam então que ‘a execução do contrato e, por resultado, as providências a serem tomadas ou solicitadas, era daqueles Colegiados’ e que ‘não é razoável exigir que os apelantes, nos cargos de diretor, se ocupassem pessoalmente da gerência, fiscalização e conseqüente formalidade dos aditivos’ (p. 7-8, itens 30 e 34, respectivamente).

52. Asseveram que ‘**A punição não pode ocorrer apenas porque o servidor público ocupava determinado cargo em comissão, quer dizer, de forma objetiva, presumida, independentemente da existência de culpa.**’ (Excerto da Ementa. MS 14.212/DF, Terceira Seção do STJ, Min. Arnaldo Esteves Lima).’ (p. 8, item 35, grifos no original).

53. Aduzem que este TCU reconhece que não é possível exigir do dirigente máximo das entidades e órgãos supervisão profunda dos atos praticados pelos subordinados, nos termos do Acórdão 66/1998-Plenário, Rel. então Ministro Marcos Vinícios Vilaça.

54. Argumentam que o ônus da prova da ilicitude da conduta, do nexo e do possível dano em processos de auditoria cabe ao TCU, conforme entendimento consagrado nos Acórdãos 495/2008-Plenário e 721/2016-Plenário, e que ‘Essa Corte não conseguiu comprovar a responsabilidade dos recorrentes. Até porque, sustentada pelo contrato, lei entre as partes, a competência era dos Comitês’ (p. 9, item 39).

Análise

55. Antes de analisar o aspecto subjetivo (exame de culpabilidade dos ex-diretores da Bio-Manguinhos), cabe tecer alguns comentários em face da ausência de termos aditivos ao contrato com a Cimab S.A., apesar de expiração do prazo de vigência do contrato e de alterações relevantes no objeto, tanto no tocante ao repasse de tecnologia, quanto no tocante à forma e à quantidade de fornecimento de Eritropoietina Humana Recombinante (aspecto objetivo).

56. Como se sabe, o Contrato de Aquisição de Eritropoietina Humana Recombinante (Epo) e da Transferência de Tecnologia, firmado entre a Fiocruz e a empresa Cubana Cimab S.A, previu somente as quantidades mínimas de produtos a serem fornecidas pela Cimab, no período de 2004 a 2007 (peça 46, p. 162). Ademais, estipulou-se que o contrato entraria em vigor na sua data efetiva e permaneceria vigente por 10 (dez) anos após o encerramento da Etapa III, que ocorreria em 2007 com a transferência da informação técnica de produção para a obtenção do IFA do produto e o fornecimento do IFA I para a obtenção da EP02, isto é a produção da Eritropoietina Humana Recombinante produzida pela Bio-Manguinhos a partir do Ingrediente Farmacêutico Ativo (IFA) (vide Cláusulas 28.1 e 3.1.3 -p. 146, 150 e 168).

57. Faz-se mister destacar que a expiração do prazo da transferência da informação técnica (Etapa III) do Contrato de Licença de Patente e de Transferência de Informação Técnica e Fornecimento da Eritropoietina Humana Recombinante acarretou desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em favor da Cimab S.A., resultando em aumentos dos quantitativos de eritropoietina adquiridos, bem como da extensão do prazo contratual.

58. A fim de elucidar a forma e a magnitude do desequilíbrio econômico e financeiro da avença, permito-me transcrever excerto do voto (peça 290, p. 14-15) condutor do Acórdão 2.977/2018-Plenário (peça 289), *verbis*:

‘57. Ora, a contratação inicial se deu com base num equilíbrio contratual pactuado entre as partes,

alicerçada nos seguintes parâmetros:

(i) cronograma geral do processo de transferência da informação técnica para a produção, controle e garantia da qualidade da Eritropoietina Humana Recombinante (EPO), que estipulava como término dessa transferência o final de 2007, com a emissão do ‘Certificado de Aceptación de Culminación Etapa III’, nos termos do cronograma constante do Anexo 6 do contrato (peça 46, p. 188-191);

(ii) quantitativos de produtos e condições comerciais contratualmente previstos (cláusulas 15.3 a 15.5 do Contrato, peça 46, p. 162, e anexo 9, peça 46, p.197);

(iii) pagamento da taxa de compensação (royalties) pela transferência da informação técnica do licenciante ao licenciado, no valor correspondente a 4% (quatro por cento) sobre o preço líquido de venda dos produtos contratuais fabricados nas instalações produtivas da Cessionária, a partir de 2008, no prazo de 30 dias do encerramento de cada trimestre, pelo prazo de 10 (dez) anos, nos termos do subitem 17.3.1 do Contrato de Transferência de Informação Técnica e Fornecimento da Eritropoietina Humana Recombinante, averbado no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (cláusula 17.3 do Contrato, peças 46, p. 164, e 66, p. 7-8).

58. Mas a realidade da relação comercial entre as empresas foi substancialmente alterada no decorrer da evolução contratual, tanto em relação aos quantitativos de produtos efetivamente fornecidos e condições comerciais praticadas como no cronograma de transferência de tecnologia e de fornecimento. Tais alterações deveriam ter sido devidamente analisadas e seus impactos avaliados no sentido de manter o equilíbrio contratual inicialmente estabelecido. Ademais, as projeções dos quantitativos, das condições comerciais e do cronograma até o término da relação técnico comercial estabelecida entre as partes também devem ser devidamente analisadas e seus impactos avaliados no sentido de manter o equilíbrio contratual inicialmente pactuado.

59. Se o contrato previa inicialmente o final do ano de 2007 para término da transferência de tecnologia e essa transferência deverá ser concluída provavelmente no final de 2020, estamos tratando de um atraso de 13 anos e o desequilíbrio contratual decorrente desse atraso deve ser buscado pelas partes.’

59. Nesse sentido, o Ministro João Augusto Ribeiro Nardes deixou assente no voto (peça 1170, p. 5) condutor do *decisum* guerreado que:

‘30. Os valores estimados pela unidade técnica especializada dos lucros que a empresa Cimab obteve com a venda de EPO, cerca de US\$ 230 milhões, equivalem a quase 6,5 vezes o lucro estimado nas condições originais do contrato (US\$ 36 milhões). Tamanha discrepância de valores poderia ter sido evitada caso as alterações havidas na execução contratual, no tocante aos prazos para conclusão da transferência de tecnologia, descontos no preço do produto a ser adquirido e quantidades de EPO a ser adquirida por Bio-Manguinhos, tivessem sido, no momento próprio, objeto de formalização de termos aditivos.’

60. A Lei de Licitações prevê que, ‘em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial’, nos termos do art. 65, §7º, da Lei 8.666, de 1993.

61. Em regra, o dispositivo resguarda o particular, como ferramenta para proteger os interesses deste e frear a atuação do poder público. No entanto, o instituto, que encontra guarida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e na Lei 8.666/1993, pode e deve ser utilizado pela Administração Pública para resguardar o interesse público.

62. Nesse sentido, Marçal Justen Filho assevera que, ‘havendo deflação ou redução de custos, aplicar-se-ão os mesmos princípios e postulados em favor da administração. Deverá promover-se a redução dos preços para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação’ (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10. ed. São Paulo : Dialética, 2004, p. 536).

63. Este Tribunal de Contas já decidiu também que a administração tem o poder-dever de restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial, nos termos do relatório que

antecede o Acórdão 1.165/2005-Plenário, Rel. Valmir Campelo, abaixo transcrito:

‘43. Conforme DI PIETRO (Direito Administrativo, 16ª ed. Ed. Atlas), a prerrogativa de modificação unilateral dos contratos com a intenção de melhor adequá-lo às finalidades do interesse público obriga a administração a restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. ‘Essa prerrogativa da Administração faz com que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico, ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, em que o equilíbrio é estático. (...) no contrato entre particulares, a alteração não consentida por ambas as partes caracteriza inadimplemento contratual pelo qual responde o particular; no contrato administrativo, esse inadimplemento só ocorre se a alteração decorrer de ato do particular, hipótese em que ele arcará com todas as consequências legais.’

44. Assim como ocorre a repactuação do contrato quando há um desequilíbrio a favor do particular, por analogia, há a necessidade de modificação do instrumento contratual no caso de favorecer a Administração. Ainda segundo JUSTEN FILHO (op.cit.), quando ocorrer o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, ‘deverá examinar-se a situação originária (à época da apresentação das propostas) e a posterior. Verificar-se-á se a relação original entre encargos e remuneração foi afetada. Em caso positivo, deverá alterar-se a remuneração do contratado proporcionalmente à modificação dos encargos.’ Continua o autor explanando o tema, esclarecendo que, ‘havendo deflação ou redução de custos, aplicar-se-ão os mesmos princípios e postulados em favor da Administração. Deverá promover-se a redução dos preços para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação’.

(...)

47. Essa alteração nos custos dos insumos realmente deve ser computada como diminuição no preço e ser realizada a repactuação para refletir essa alteração. Há uma obrigação por parte da administração em verificar os custos dos serviços fornecidos e, caso seja significativamente menor o valor de algum serviço, em desacordo com o estabelecido no contrato, deverá demandar a repactuação do contrato conforme o decréscimo correspondente. Como já visto, foi responsabilizado o gestor do contrato por não ter exigido a devida repactuação.

48. Portanto, depois de assinado o contrato, qualquer modificação que altere o equilíbrio econômico-financeiro da avença deve ser prontamente analisado e uma imediata repactuação deve ocorrer. Isso deve ser seguido por ambos os lados atinentes ao celebrado. Por isso, a alegação de que itens de produtos derivados do petróleo e de cimento tiveram aumentos muito maiores que os índices de reajuste acordados pode gerar a necessidade de repactuação do contrato, desde que haja a apresentação de documentação ao órgão para que fique demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.’

64. Ou seja, as alterações contratuais **devem** ocorrer para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, seja para majorar os valores a favor do particular, **seja para menos**, a favor do Estado, conforme determinação contida no item 9.1.1 do Acórdão 297/2005-Plenário, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues.

65. Ademais, o Plenário deste Tribunal já alertou ao Departamento Nacional de InfraEstrutura de Transportes - DNIT, por meio do Acórdão 1.233/2008, Rel. Ubiratan Aguiar, que **‘o pagamento de salários em nível inferior ao da proposta oferecida na licitação constitui causa para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da Administração, devendo as medidas cabíveis serem adotadas imediatamente à constatação de que os salários efetivamente pagos pelas contratadas aos trabalhadores alocados ao Dnit são inferiores aos consignados nas propostas apresentadas na licitação, sob pena de responsabilidade solidária dos responsáveis pelos pagamentos indevidos’** (grifos acrescidos).

66. Pois bem. Após esclarecer que, no *case*, Bio-Manguinhos tinha o poder-dever de efetuar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, compete-nos examinar a ‘quem’ pode ser atribuída a omissão.

67. Em síntese, Akira Homma e Artur Roberto Couto tentam transferir a responsabilidade pela ausência de celebração de termos aditivos que retratassem as modificações havidas na execução e

no prazo do contrato firmado com a empresa Cimab S.A para os Comitês, tirando-a dos então diretores de Bio-Manguinhos.

68. Desde já, esclarece-se que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que ele seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário (v.g Acórdãos 635/2017-Plenário, Rel. Ministro Aroldo Cedraz; 827/2019-2ª Câmara, Rel. Ministra Ana Arraes e Acórdão 4.485/2020-1ª Câmara, Rel. Ministro Benjamin Zymler).

69. O cerne da questão é saber, então, quem (diretor e/ou Comitês) detinham o poder-dever de celebrar os termos aditivos para ajustar o contrato à nova realidade. Antes de adentrar ao mérito da questão, faz-se um breve histórico dos fatos em ordem cronológica:

a) em **13/8/2004**, Akira Homma, na qualidade de diretor Bio-Manguinhos, e Paulo Marchiori Buss, na qualidade de presidente da Fiocruz, licenciados, celebraram o Contrato de Licença de Patente, Transferência de Tecnologia Técnica e fornecimento de Eritropoietina Humana Recombinante (Epo) com a licenciante Cimab S.A;

b) em **1/8/2016**, Artur Roberto Couto, na qualidade de diretor de Bio-Manguinhos, expôs as razões e encaminhou os autos do Processo 25380.004193/2004-11 à Coordenação de Gestão Tecnológica (GESTEC) para apreciação e aprovação da minuta do 1º Aditivo ao contrato denominado ‘Contrato de Licença de Patente, Contrato de Transferência de Informação Técnica e Fornecimento de Eritropoietina Humana Recombinante’ (peça 46, p. 263-268);

c) em **1/8/2016**, Artur Roberto Couto, na qualidade de diretor de Bio-Manguinhos, apresentou Justificativa Técnica com ‘objetivo de apresentar as motivações técnicas para o aditivo do contrato ‘LICENÇA DE PATENTE, CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÃO TÉCNICA E FORNECIMENTO DA ERITROPOETINA HUMANA RECOMBINANTE’ (peça 46, p. 269-276) à Procuradoria Federal junto a Bio-Manguinhos.

d) em **10/10/2016**, Artur Roberto Couto celebrou o 1º termo aditivo ao contrato (peça 46, p. 330-337);

e) em **21/9/2017**, Mauricio Zuma, na qualidade de diretor de Bio-Manguinhos, expôs as razões e encaminhou os autos do Processo 25380.004193/2004-11 à Coordenação de Gestão Tecnológica (GESTEC) para apreciação e aprovação da minuta do 2º Aditivo ao contrato denominado ‘Contrato de Licença de Patente, Contrato de Transferência de Informação Técnica e Fornecimento de Eritropoietina Humana Recombinante’ (peça 46, p. 360-361);

f) em **21/9/2017**, Mauricio Zuma, na qualidade de diretor de Bio-Manguinhos, informou que o preço da apresentação de 2.000UI passaria de US\$ 1.275,00 para US\$ 1.147,50/MMUI (milhão de unidades internacionais) e que o preço da apresentação de 4.000UI passaria de US\$ 1.275,00 para US\$ 1.064,63/MMUI, em face da renegociação feita com a Cimab em virtude da suspensão das compras da Alfaepoetina de Bio-Manguinhos/Fiocruz pelo Ministério da Saúde, em decorrência do preço estar acima do mercado (peça 46, p. 362);

g) em **28/12/2017**, Artur Roberto Couto celebrou o 2º termo aditivo ao contrato (peça 46, p. 461-463).

70. Como se vê, o Contrato de Licença de Patente, Transferência de Tecnologia Técnica e fornecimento de Eritropoietina Humana Recombinante foi celebrado por Akira Homma, então diretor Bio-Manguinhos. Ademais, observa-se que Artur Roberto Couto, sucessor daquele na direção de Bio-Manguinhos, estartou, em 1/8/2016, o processo para celebração do 1º termo aditivo ao contrato celebrado por Bio-Manguinhos com a Cimab e o celebrou em 10/10/2016 (peça 46, p. 330-337), momento em que deixou de ser omissor. Ou seja, Artur, que assumiu a direção de Bio-Manguinhos em 23/10/2009, permaneceu omissor por quase 7 (sete) anos, na medida que somente em outubro de 2016 é que ajustou o 1º termo aditivo. Por tal razão, não há como afastar a sua responsabilidade.

71. Ou seja, resta evidente que competia aos diretores da Bio-Manguinhos a celebração de termos

aditivos, visto que eram as autoridades competentes para representar o Instituto.

72. O Comitê Técnico era uma 'equipe integrada por 4 membros, dois deles designados por cada parte, incluídos os Responsáveis Técnicos do Projeto, conforme estabelecido na cláusula 5 do presente contrato' (peça 146, p. 145) e tinha como função primordial 'Coordenar e dar seguimento às Etapas da transferência da INFORMAÇÃO TÉCNICA previstas neste Contrato', nos termos da Cláusula 5.3, 'a' do ajuste (p. 46, p. 155).

73. Sabe-se também que as decisões do Comitê Técnico eram tomadas por unanimidade e, no caso de divergências, elas seriam submetidas à análise dos máximos diretivos de ambas as partes assinantes do contrato e que, se as divergências não fossem resolvidas, seriam então submetidas ao procedimento da cláusula 27, conforme item 5.5 do contrato.

74. Por sua vez, a cláusula 27.2 do contrato estabelecia que o Contrato deveria reger-se pela legislação da República Federativa do Brasil e que seus tribunais teriam jurisdição sobre qualquer disputa emanada do Contrato ou relativo ao mesmo, razão pela qual os agentes competentes (diretores) deveriam agir para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com respaldo no art. 65, §7º, da Lei 8.666, de 1993.

Da análise da ocorrência de erro grosseiro, em face da ausência da celebração dos termos aditivos, no devido tempo (p. 14-15)

75. Os recorrentes alegam que 'o erro grosseiro é um ato patente, indiscutível, óbvio, gritante e indesculpável' e que 'para a configuração da responsabilidade deve restar comprovado que o ofensor agiu com culpa ou dolo e que, em razão da sua conduta, outrem sofreu prejuízo' (p. 14, item 63).

76. Aduzem que 'a decisão presumiu a culpabilidade das autoridades máximas de Bio-Manguinhos' (p. 15, item 65), tendo sido aplicada a teoria da responsabilidade objetiva.

77. Acrescentou, ainda, achar descabida a proposta de sanção alvitrada, uma vez que o art. 28 da Lei 13.655/18 (LINDB) e o §1º do art. 12 do Decreto 9.830, de 2919, estabelecem que o administrador somente será responsabilizado em caso de dolo ou erro grosseiro, o qual deve ser comprovado.

78. Sustentam que 'o erro grosseiro advém de um defeito que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, aquém do ordinário ou de grave inobservância do dever de cuidado' (p. 16, item 68), nos termos do Acórdão 4.447/2020-2ª Câmara, Rel. Ministro Aroldo Cedraz.

79. Argumentam que, por questão da competência contratual dos Comitês, portanto com força legal entre os pactuantes, as circunstâncias não eram dos seus domínios, não tendo praticado, decidido ou ordenado nada.

80. Por fim, asserem que os Comitês não eram subordinados a eles.

Análise

81. O Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, no voto condutor do decisum, apresentou os seguintes fundamentos (peça 1170, p. 6) acerca da questão, *verbis*:

'39. Ainda no tocante à aplicação da multa aos responsáveis, na linha esposada por esta Corte de Contas, há que se verificar a ocorrência de dolo ou erro grosseiro por parte do administrador público.

40. O entendimento jurisprudencial do TCU vem se inclinando no sentido de considerar que, para o exercício do poder sancionatório, considera-se erro grosseiro o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave (Acórdãos 2.391/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, 2.924/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro José Mucio Monteiro, 11.762/2018-TCU-2ª Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer, e 957/2019, 1.264/2019 e 1.689/2019, todos do Plenário desta Corte e de minha relatoria).

41. De fato, a multa que ora proponho aos responsáveis Akira Homma e Artur Roberto Couto

decorre precisamente da conduta omissiva desses diretores de Bio-Manguinhos/Fiocruz que não formalizaram termos aditivos que registrassem as significativas alterações havidas na execução do Contrato de Licença de Patente, Transferência de Informação Técnica e Fornecimento de Eritropoietina Humana.

42. Assim sendo, compreendo que os elementos constantes dos autos permitem concluir que a conduta omissiva de tais gestores configura erro grosseiro, ao considerarmos o entendimento adotado pelo § 1º do art. 12 do Decreto 9.830/2019, que regulamentou os novos artigos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), in verbis: ‘considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia’.

43. Nesse mesmo sentido os Acórdãos 2.619/2019 e 2.928/2019, ambos do Plenário e da relatoria do Ministro Benjamin Zymler; 7.063/2019 e 11.460/2019, ambos da 1ª Câmara e da relatoria do Ministro Vital do Rêgo; e 6.787/2019 e 13.053/2019, ambos da 2ª Câmara e de minha relatoria.

44. No caso em tela, o erro grosseiro, manifesto, evidente e inescusável está consubstanciado na omissão desses gestores em formalizar termos aditivos ao contrato firmado com a empresa Cimab.

45. Cabível, portanto, a apenação dos referidos agentes públicos com a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, nos termos da jurisprudência desta Corte de Contas e do art. 28 do Decreto 4.657/1942, incluído pela Lei 13.655/2018.’

82. No exame da culpabilidade, deve-se considerar (e o Tribunal considerou) as inovações trazidas ao ordenamento jurídico por meio da Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que deu novos contornos ao Decreto-Lei 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

83. Sabe-se que, na aplicação de sanções, o TCU deve levar em conta a natureza e a gravidade da infração, os danos que delas provieram para a Administração Pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente, nos termos do art. 22, § 2º, do Decreto-lei 4.657, de 1942. Desta feita, transcreve-se excerto do voto condutor do Acórdão 2.463/2019-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Bruno Dantas, *verbis*:

‘29. Entendo que a punição no caso em relevo foi desproporcional à natureza e à gravidade das infrações, às suas consequências econômicas para a administração, bem como às circunstâncias que envolviam os agentes.

30. O art. 22, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) assim dispõe:

‘Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

(...)

§ 2º na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.’

84. Não se pode desconsiderar ‘(...) que a empresa Cimab obteve com a venda de EPO, cerca de US\$ 230 milhões, equivalem a quase 6,5 vezes o lucro estimado nas condições originais do contrato (US\$ 36 milhões). Tamanha discrepância de valores poderia ter sido evitada caso as alterações havidas na execução contratual, no tocante aos prazos para conclusão da transferência de tecnologia, descontos no preço do produto a ser adquirido e quantidades de EPO a ser adquirida por Bio-Manguinhos, tivessem sido, no momento próprio, objeto de formalização de termos aditivos’ (*vide* item 30 do voto condutor do decisum - peça 1170, p. 5).

85. Ademais, faz-se mister elucidar o conceito de ‘erro grosseiro’, para fins de responsabilização do agente público. Para tal, apresenta-se abaixo o conteúdo do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei 4.657, de 1942), com a redação dada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, *verbis*:

Art. 28. O agente público **responderá** pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou **erro grosseiro** (grifos acrescidos).

86. Como se vê, a LINDB é cristalina e estatui que o agente público responderá (e não poderá responder) pessoalmente por erro grosseiro. Todavia, não o conceituou.

87. O Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, por meio do §1º do art. 12, é que trouxe o conceito de erro grosseiro. Eis o teor do dispositivo que regulamentou o disposto nos arts. 20 ao 30 da LINDB:

Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º no exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

88. Por fim, transcreve-se excerto do voto, proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, condutor do Acórdão 4.771/2019-TCU-1ª Câmara, *verbis*:

‘67. Diante da gravidade da conduta e da culpabilidade dos responsáveis, conforme análise a seguir, julgo necessário, ainda, aplicar-lhes individualmente a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

68. Inicialmente, cabe destacar que as novas disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) introduzidas pela Lei 13.655/2018 trouxeram novas balizas à atividade de aplicação de sanções administrativas e de correção de atos irregulares, inclusive na esfera controladora.

69. Segundo os arts. 22 e 28 da LINB, recém introduzidos pela referida norma:

‘Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

(...)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

(...)

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.’ (grifos acrescidos).

70. Conforme expus no voto condutor do Acórdão 2.391/2018-Plenário, o erro grosseiro, para fins de responsabilização no âmbito desta Corte de Contas, é o que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

71. A propósito do tema, esse entendimento foi adotado no Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou os novos artigos da LINDB, cujo art. 12, § 1º dispôs o seguinte: ‘considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia’.

72. Sem avançar em eventual discussão a respeito da aplicabilidade da norma infralegal à esfera controladora, o fato é que parece haver uma convergência na doutrina e na aplicação prática da nova lei, no sentido de que o parâmetro de responsabilização na esfera sancionadora é a culpa grave.’

89. Como se vê, o Tribunal tem entendido que **erro grosseiro é aquele praticado com culpa grave**.

90. No caso concreto, observa-se que a conduta dos ex-diretores de Bio-Manguinhos de não realizar esforços para celebrar termos aditivos que retratassem as modificações havidas na execução e no prazo do contrato firmado com a empresa Cimab S.A se amolda perfeitamente ao conceito de culpa grave, tendo eles atuado com diligência abaixo do normal, na medida em que ‘a celebração de termos aditivos aumentando os valores de descontos sobre o preço original do contrato só ocorreu após o Ministério da Saúde ter recusado a continuar pagando preços acima dos de mercado, em meados de 2016’ (peça 1170, p. 5, item 32).

CONCLUSÃO

91. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da **data da ocorrência do fato** e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

92. Se adotado esse entendimento, conclui-se pela inoccorrência do fenômeno da prescrição, pois **o fim do mandato** de cada responsável é que é o marco inicial da contagem do prazo prescricional, tendo em vista que o fundamento da sanção foi um não agir (uma conduta omissiva). No caso, decorreu menos de 10 (dez) anos entre os fins dos mandatos dos responsáveis e suas respectivas audiências. Considerando que, recentemente, o Plenário deste Tribunal reiterou, por meio do Acórdão 2.620/2020, o entendimento da imprescritibilidade do débito e da inaplicabilidade da Lei 9.873/1999, conclui-se pela não ocorrência do fenômeno da prescrição.

93. Porém, se adotado as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, observa-se que teria ocorrido a prescrição da multa em relação a Akira Homma e a inoccorrência dela em relação a Artur Roberto Couto.

94. A expiração do prazo da transferência da informação técnica (Etapa III) do Contrato de Licença de Patente e de Transferência de Informação Técnica e Fornecimento da Eritropoietina Humana Recombinante acarretou desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em favor da Cimab S.A.,

resultando em aumentos dos quantitativos de eritropoietina adquiridos, bem como da extensão do prazo contratual.

95. Bio-Manguinhos tinha o poder-dever de restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial da avença.

96. O Comitê Técnico era uma ‘equipe integrada por 4 membros, dois deles designados por cada parte, incluídos os Responsáveis Técnicos do Projeto, conforme estabelecido na cláusula 5 do presente contrato’ (peça 146, p. 145) e tinha como função primordial ‘Coordenar e dar seguimento às Etapas da transferência da INFORMAÇÃO TÉCNICA previstas neste Contrato’.

97. Akira Homma e Artur Roberto Couto, diretores de Bio-Manguinhos, no período de 2001 a 2009 e 2009 a 2018, respectivamente, é que eram os agentes competentes e deveriam agir para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com respaldo no art. 65, §7º, da Lei 8.666, de 1993.

98. Akira Homma foi completamente omissos. Artur Roberto Couto, sucessor de Akira Homma na direção de Bio-Manguinhos, estartou, em 1/8/2016, o processo para celebração do 1º termo aditivo ao contrato celebrado por Bio-Manguinhos com a Cimab e o celebrou em 10/10/2016 (peça 46, p. 330-337), momento em que deixou de ser omissos. No entanto, Artur, que assumiu a direção de Bio-Manguinhos em 23/10/2009, permaneceu omissos por quase 7 (sete) anos, na medida que somente em outubro de 2016 é que ajustou o 1º termo aditivo. Por tal razão, não há como afastar a sua responsabilidade.

99. Observa-se que a conduta dos ex-diretores de Bio-Manguinhos de não realizar esforços para celebrar termos aditivos para retratar as modificações havidas na execução e no prazo do contrato firmado com a empresa Cimab S.A se amolda perfeitamente ao conceito de culpa grave, tendo eles atuado com diligência abaixo do normal, na medida em que a celebração de termos aditivos aumentando os valores de descontos sobre o preço original do contrato só ocorreu após o Ministério da Saúde ter recusado a continuar pagando preços acima dos de mercado, em meados de 2016.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

100. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao Gabinete do Relator, propondo:

a) **conhecer dos pedidos de reexame** interpostos por Akira Homma e Artur Roberto Couto, com fulcro no art. 48 da Lei 8.443, de 1992 e no art. 286 do RI/TCU, e, no mérito, **negar-lhes provimento**;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida por esta Corte aos responsáveis, à Fundação Oswaldo Cruz e ao Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos;

c) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida à Comissão Permanente de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC/CD), ao Exmo. Sr. Deputado Federal Léo Motta, atual presidente da CFFC/CD, ao Exmo. Sr. Deputado Federal José Wilson Santiago Filho, presidente da CFFC/CD no período de 23/3/2017 a 4/4/2018 e autor da Proposta de Fiscalização e Controle PFC 138/2017, ao Exmo. Sr. Deputado Hugo Motta, relator da PFC 138/2017, ao Exmo. Sr. Deputado Federal João Maia, atual Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados (CDC/CD), e ao Exmo. Sr. Deputado Federal Rodrigo Martins, presidente da CDC/CD no ano de 2017, tendo em vista o Of. Pres. 006/2018/CDC, de 14 de março de 2018; e

d) juntar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentam, aos autos dos processos TC 032.625/2017-0, Solicitação do Congresso Nacional, TC 011.242/2018-3, Solicitação do Congresso Nacional, e TC 014.687/2017-8, representação da relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.”

6. O diretor da subunidade (peça 1214) manifesta divergência em relação ao encaminhamento proposto pelo auditor, nos seguintes termos:

“(…)

4. Apesar de concordar, em essência, com a análise empreendida na instrução anterior, peço escusas para apresentar duas ponderações em relação à proposta de encaminhamento.

5. Quanto à prescrição, em função dos significativos impactos da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral), defendo o acompanhamento da orientação que vem sendo adotada nesta Secretaria, conforme instrução lançada nos autos do TC 027.624-2018-8, no sentido do sobrestamento dos autos até o trânsito em julgado dessa deliberação do STF, eis que esta leva à conclusão de que nos processos em trâmite no TCU aplica-se a Lei 9.873/1999 tanto em relação à pretensão punitiva quanto no que se refere à pretensão reparatória.

6. No presente caso, como se observa na transcrição acima, pode-se dizer que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva referente ao Sr. Akira Homma e não ocorreu a relativa ao Sr. Artur Roberto Couto, sob ótica da Lei 9.873/1999. Portanto, mostra-se de bom alvedrio, antes do julgamento de mérito deste recurso, aguardar a posição final do STF sobre essa questão.

7. A outra ponderação diz respeito ao montante da multa aplicada aos responsáveis. Considero que as sanções deveriam guardar proporcionalidade em relação à conduta e ao tempo de omissão. Ou seja, deve-se levar em conta o fato de que o Sr. Akira Homma foi omissor durante toda sua gestão quanto à aditivização contratual, mas o Sr. Artur Roberto Couto deixou de ser omissor quando da celebração do 1º termo aditivo ao contrato firmado em 10/10/2016 (peça 46, p. 330-337), portanto antes do fim de sua gestão.

8. É certo que a celebração de termos aditivos aumentando os valores de descontos sobre o preço original do contrato só ocorreu após o Ministério da Saúde ter-se recusado a continuar o pagamento de preços acima dos de mercado, em 2016. Todavia, uma vez repactuados os termos da contratação, cessou antes do final do respectivo mandato a conduta omissiva do Sr. Artur Roberto Couto, o que deveria ser sopesado quando da fixação das multas aplicadas aos responsáveis.

9. Feitas essas ponderações, manifesto-me de acordo, em parte, com o auditor instrutor, sem prejuízo de sugerir:

a) sobrestar os presentes autos, até o julgamento definitivo do Recurso Extraordinário 636.886/AL no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que se discute o alcance e abrangência da tese firmada no Tema 899 de repercussão geral, relativa à incidência da prescrição quinquenal da pretensão ressarcitória e da pretensão punitiva nos processos de contas neste TCU, ou, alternativamente,

b) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, de modo a reduzir a multa aplicada ao Sr. Artur Roberto Couto, proporcionalmente ao período em que se observou a sua omissão quanto à aditivização do contrato firmado com a empresa Cimab S.A.”

7. Por sua vez, o dirigente da Serur (peça 1215) apresentou considerações adicionais sobre os regimes de prescrição e propôs encaminhamento diverso, conforme transcrito a seguir:

“(…)

Dada a relevância do tema e a necessidade de uniformizar os entendimentos no âmbito interno, esta unidade técnica desenvolveu estudo sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição no processo de controle externo (‘Texto para Discussão 1/2021’, anexado ao final deste pronunciamento).

6. Foram analisadas decisões proferidas pelo STF após o julgamento do Mandado de Segurança 32.201, relativo à pretensão punitiva, e, em especial, as decisões adotadas após o julgamento do Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral), referente à pretensão de ressarcimento.

7. Quanto à pretensão punitiva, observa-se que já há orientação jurisprudencial sedimentada no STF. A partir do julgamento do MS 32.201, em 4/8/2017, várias decisões se seguiram, reafirmando a conclusão de que a prescrição da pretensão punitiva, no processo de controle externo, é regida pela Lei 9.873/1999.

8. Nessa linha há várias decisões recentes (MS 37424, DJe 14/10/2020; MS 36111, DJe 19/5/2020;

MS 36799, DJe 05/10/2020; MS 36800, DJe 12/05/2020, entre outros), expressando o seguinte entendimento:

Na esteira de precedentes deste Supremo Tribunal, a regência da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União decorre da interpretação sistemática dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.873/1999. Norma específica definidora da atuação sancionatória da Administração Pública federal, afasta-se, nestes casos, a disposição genérica da prescrição decenal prevista no Código Civil (fundamentação da decisão do MS 36274. Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19/11/2020).

A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999 (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (ementa do acórdão do MS 35.940, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 14/07/2020)

9. Relativamente à pretensão de ressarcimento, no julgamento do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral), em 20/04/2020, o STF fixou a tese de que ‘é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’.

10. A primeira manifestação da Secretaria sobre as implicações desse julgamento ocorreu em 17/06/2020, em exame de recurso interposto no TC 027.624/2018-8. Na oportunidade, ainda não havia sido publicado o inteiro teor do acórdão paradigma, muito embora já fosse conhecido o voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, e já estivesse divulgada a tese fixada na repercussão geral.

11. Considerando o tempo decorrido desde então, esta unidade técnica desenvolveu o estudo em anexo, para discussão interna, em que foram analisadas as decisões do STF proferidas após o julgamento do RE 636.886. O objetivo foi o de verificar se as conclusões defendidas pela secretaria desde a manifestação originária, no TC 027.624/2018-8, estão em conformidade com o que o STF passou a decidir após a fixação da tese do Tema 899. Com isso, se fosse o caso, a secretaria poderia reajustar suas manifestações, até que sobrevenha orientação específica do TCU.

12. No estudo em questão foi analisado o inteiro teor de um número representativo de precedentes, com uma variabilidade relevante de relatores. As conclusões que se seguem reafirmam, no geral, os entendimentos contidos nas manifestações anteriores desta unidade, muito embora evidenciem a necessidade de modificações pontuais nas propostas, no que se refere à unificação do regime prescricional para ambas as pretensões (punitiva e de ressarcimento) e à desnecessidade do sobrestamento dos processos em que se verificar a prescrição.

13. Com efeito, a partir da revisão da recente jurisprudência do STF observa-se que não tem ocorrido o sobrestamento de processos, mesmo estando pendente o trânsito em julgado do RE 636.886. O STF vem realizando normalmente o julgamento dos casos concretos, até mesmo em função do entendimento de que a tese fixada em sede de repercussão geral tem aplicabilidade imediata, não requerendo o trânsito em julgado do processo paradigma.

14. Observa-se, também, que os processos já estão sendo julgados monocraticamente, o que evidencia a força da orientação fixada no julgamento do Tema 899. Como se sabe, pelo regimento interno do STF (art. 205), o mandado de segurança pode ser julgado monocraticamente ‘quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal’. De igual, modo, no recurso extraordinário poderá haver julgamento monocrático se a decisão recorrida, de instância inferior, for contrária à orientação firmada pelo STF em sede de repercussão geral (RISTF, art. 21, § 1º). O fato de as decisões de mérito estarem sendo proferidas por esta sistemática, de julgamento monocrático, é indicativo da inexistência de hesitação quanto à orientação firmada no RE 636.886. Outra evidência nesse sentido é a constatação de que, nos agravos internos interpostos até o momento, em todos os casos houve a confirmação da decisão monocrática (vide os casos indicados no estudo).

15. No exame das decisões do STF observou-se, ainda, que a tese fixada no Tema 899 aplica-se não só à execução, mas também à fase de constituição do título executivo pelo TCU. Uma defesa comum nas informações prestadas ao STF, nos mandados de segurança, é a de que a prescrição do

ressarcimento se operaria apenas na fase de execução do acórdão do TCU, tal como na situação que embasou o julgamento do RE 636.886. Essa defesa, contudo, não tem sido acolhida, como evidenciam, por exemplo, as decisões proferidas na Reclamação 39497 e nas medidas cautelares no MS 37089 e no MS 37292.

16. Outra conclusão relevante é a de que a ressalva aos atos dolosos de improbidade não tem sido estendida ao processo de controle externo. É igualmente usual, nas informações prestadas ao STF nos mandados de segurança, a defesa de que a atuação do TCU estaria preservada na hipótese dos atos dolosos de improbidade, objeto do Tema 897 da repercussão geral (RE 852.475). No entanto, em nenhum dos precedentes pesquisados essa ressalva foi aplicada a processos do tribunal de contas. Tem sido pacífico o entendimento de que a tese relativa ao Tema 897 restringe-se ao ‘ressarcimento de valores perseguidos na esfera judicial decorrentes da ilegalidade ou da irregularidade de contas’ (MS 37089, Rcl 39497 e MS 37292 MC, entre outros), na linha do que também constou no voto do relator, no RE 636.886, de que ‘as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa’.

17. Por fim, o STF tem aplicado um mesmo regime para a prescrição, tratando as pretensões punitiva e de ressarcimento de modo uniforme. Mesmo nos processos que tratam do ressarcimento propriamente dito, é usual o STF referir-se unicamente a ‘pretensão punitiva’, a indicar que, inobstante algumas variações terminológicas, o prazo de prescrição tem sido tratado de modo uniforme, constituindo um lapso temporal para o órgão de controle externo agir e impor as consequências cabíveis no caso concreto, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória. Em nenhum dos precedentes pesquisados houve a aplicação, pelo STF, de regimes distintos, uma para o débito, outro para a multa ou demais sanções.

18. Ademais, no exame da prescrição o STF não tem aplicado o prazo decenal previsto no Código Civil, embora essa seja outra defesa comum nas informações prestadas nos mandados de segurança, como pedido subsidiário. É certo que, em sede de medida cautelar, foram encontrados dois casos em que se aplicou o prazo decenal (MS 37310 e MS 37427), diferenciando-se ‘pretensão de ressarcimento’ e ‘pretensão de exigir contas’. Nesses dois casos, contudo, a própria relatora ressaltou que a questão seria mais bem examinada quando do julgamento de mérito dos mandados de segurança. Ademais, esse entendimento não foi acompanhado nas demais decisões cautelares objeto do estudo e, mais relevante, não foi aplicado nas decisões de mérito. No julgamento de mérito, em todos os casos pesquisados foi afastada a incidência do prazo decenal previsto no Código Civil, adotando-se o prazo quinquenal e as causas interruptivas da Lei 9.873/1999.

19. Apresentado esse contexto, e até ulterior orientação específica do Tribunal, esta secretaria continuará examinando a prescrição pelos regimes do Código Civil e da Lei 9.873/1999, sem prejuízo, no entanto, de formular propostas de encaminhamento orientadas pelas seguintes diretrizes:

- a) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;
- b) à luz da recente jurisprudência do STF a respeito, será adotado, como critério para as propostas, o regime prescricional previsto na Lei 9.873/1999;
- c) caso tenha ocorrido a prescrição, pelo regime adotado como critério, não mais será proposto o sobrestamento do processo, no aguardo do trânsito em julgado do RE 636.886 (proposta essa que, de resto, não tem sido acolhida pelos colegiados do TCU).

20. Realizados esses esclarecimentos, observo que, sob a ótica da Lei 9.873/1999, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva no caso de Akira Homma, porquanto, entre o termo inicial (29/5/2009) e o primeiro ato de apuração dos fatos, em 21/11/2017, transcorreram mais de cinco anos (itens 35-39 da instrução – peça 1.213). Tal constatação me leva a propôr o provimento do

recurso no tocante a esse responsável, ante a extinção de sua punibilidade.

21. O mesmo não ocorreu quanto ao seu sucessor na direção da Bio-Manguinhos, Artur Roberto Couto, uma vez que entre o termo inicial para contagem da prescrição (11/10/2016) e o acórdão sancionatório recorrido (11/3/2020) não se passaram cinco anos.

22. A título de registro, na hipótese de adoção do prazo decenal (Código Civil), segundo as diretrizes do Acórdão 1.441/2016-Plenário, não se operou a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, conforme o exame empreendimento pelo auditor desta secretaria.

23. Sobre as demais questões de mérito, anuo aos fundamentos lavrados nas manifestações precedentes para sugerir a rejeição das razões recursais.

24. Divirjo da proposta do diretor no sentido de ‘reduzir a multa aplicada a Artur Roberto Couto, proporcionalmente ao período em que se observou a sua omissão quanto à aditivção do contrato firmado com a empresa Cimab S.A.’.

25. A referida sanção teve por fundamento o inciso II do 58 da Lei 8.443/1992 (ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial), de modo que, a meu sentir, o fato de o responsável ter firmado termo aditivo ao contrato em data próxima ao fim do período da sua gestão não reduz a gravidade de sua conduta, caracterizada por omissão em firmar o necessário aditamento por aproximadamente sete anos como diretor da Bio-Manguinhos.

23. Ante o exposto, submeto o feito à consideração superior, propondo:

23.1. o provimento parcial do recurso interposto por Akira Homma, de modo a tornar sem efeito a multa que foi aplicada por intermédio do subitem 9.2 Acórdão 538/2020-TCU-Plenário, e o desprovimento do recurso interposto por Artur Roberto Couto;

23.2. subsidiariamente, caso não acolhidas as diretrizes relativas à prejudicial de prescrição, o desprovimento de ambos os apelos, ante a rejeição das demais questões de mérito.”

8. O representante do Ministério Público junto ao TCU se pronunciou nos autos nos termos abaixo (peça 1224):

“7. Submetidos ao relator dos recursos, Ministro Bruno Dantas, os autos foram encaminhados a este representante do *Parquet* de Contas para pronunciamento (peça 1217).

8. Assim, em atenção ao pedido de Sua Excelência, este representante do Ministério Público de Contas da União considera pertinente tecer considerações acerca do instituto da prescrição, nos termos a seguir.

9. Ao julgar, em 17/4/2020, o RE 636.886, no qual se discutia o alcance da regra estabelecida no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas, o STF fixou, com repercussão geral, a tese de que ‘*É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*’, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes.

10. A partir da leitura do voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, este membro do Ministério Público compreende que a decisão do STF não trata diretamente do andamento de TCEs no âmbito da Corte de Contas. Há que se diferenciar o âmbito de atuação do TCU do âmbito de atuação dos órgãos estatais que, após a formação do título executivo extrajudicial, exercerão a pretensão executória em juízo, como a Advocacia-Geral da União (AGU) (responsável pela cobrança de multas e débitos a serem recolhidos aos cofres da União, bem como de autarquias e fundações públicas federais) e os órgãos jurídicos próprios de entidades da Administração indireta que deles dispõem (a exemplo das sociedades de economia mista, empresas públicas e conselhos de classe).

11. De todo modo, é possível constatar, à vista dos votos consignados no referido julgamento, que a interpretação conferida pela Corte Suprema à matéria constitucional, quanto à inteligência do

art. 37, § 5º, da Constituição Federal¹, é a da **prescritibilidade, como regra, da pretensão de ressarcimento ao erário**. Segundo constou do item 2 da ementa do acórdão, somente seriam imprescritíveis ‘*as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992*’ (grifo nosso), conforme tese anteriormente definida na apreciação do Tema 897².

12. O prazo prescricional quinquenal adotado pelo Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do RE 636.886, por sua vez, guarda relação mais específica com a execução judicial de dívida ativa e decorre da aplicação da legislação federal infraconstitucional ao caso concreto sob análise pelo STF, extrapolando, assim, a matéria constitucional ali apreciada sob a sistemática da repercussão geral, não se revestindo do mesmo alcance *ultra partes*. Ademais, à vista dos demais votos lançados, observa-se que não há sequer uma opinião jurídica uníssona entre os ministros daquela Corte a respeito do cômputo do prazo de prescrição no âmbito do controle externo.

13. O processo de contas, de caráter não judicial, não se confunde com a execução judicial que pode ser deflagrada a partir do título executivo extrajudicial caracterizado pela decisão proferida pelo Tribunal de Contas, não podendo lhe ser transpostas, sem qualquer ponderação, as regras de prescrição que se aplicam à segunda.

14. Nesse sentido, ainda que nos pareça necessária a adequação da jurisprudência do TCU à tese fixada pelo STF no Tema 899, no sentido de incorporar o entendimento da prescritibilidade da pretensão ressarcitória, em revisão do entendimento consagrado na Súmula TCU 282³, não se mostra adequada a pronta transposição do prazo prescricional aplicado pelo Ministro Alexandre de Moraes, naquele caso concreto, à execução judicial, para a pretensão condenatória exercida por meio do processo de contas.

15. Assim, em coerência com o entendimento consolidado da Corte de Contas quanto à incidência do prazo geral de prescrição do art. 205 do Código Civil⁴, de dez anos, às sanções de sua competência, à falta de norma específica, entendemos que o mesmo pode ser estendido, por iguais razões, para a pretensão condenatória de fins ressarcitórios exercida no âmbito do processo de contas.

16. Em vista dos parâmetros acima apontados, **verifica-se a não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva no caso concreto**. Como bem argumentado pelo auditor da Serur, o relator da decisão atacada, Ministro Augusto Nardes, já havia efetuado análise da prescrição punitiva no caso concreto, concluindo pela aplicação do entendimento fixado pelo Acórdão 1.441/2016-Plenário.

17. Naquela oportunidade, o eminente relator concordou com a análise da Unidade Técnica, posteriormente endossada pelo Pleno da Corte, de que, por se tratar de conduta omissiva cometida pelos responsáveis, e não a prática de um ato, a contagem do prazo prescricional deveria se iniciar a partir do fim do mandato dos responsáveis.

18. Ou seja, o termo inicial da contagem de prazo deve corresponder ao primeiro dia após a data final em que os gestores tinham o poder-dever de celebrar o termo aditivo para retratar as modificações havidas na execução e no prazo do contrato firmado com a empresa Cimab S.A., visando ao reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

¹ Constituição Federal:

“Art. 37 *omissis*

(...)”

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.” (grifo nosso)

² “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

³ “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são [*em quaisquer casos*] imprescritíveis.”

⁴ Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler; redator Ministro Walton Alencar Rodrigues).

19. Assim, no caso de Akira Homma, diretor de Bio-Manguinhos no período de 2001 a 28/5/2009, o termo *a quo* da contagem do prazo prescricional foi o dia **29/5/2009**, dia de sua exoneração, conforme Portaria Ministerial MS 1.097 (vide peça 322, p.1). Como a determinação para a realização das audiências ocorreu em **12/12/2018**, com a prolação do Acórdão 2.977/2018-Plenário, observa-se que **não houve o transcurso do lapso decenal**.
20. Em relação a Artur Roberto Couto, diretor de Bio-Manguinhos no período de 23/10/2009 a 24/1/2018 (vide peça 329, p. 1-2), o termo *a quo* da contagem do prazo prescricional seria em **9/10/2016**, dia anterior ao da celebração do 1º termo aditivo ao contrato assinado pelo responsável (peça 46, p. 330-337), momento em que deixou de ser omisso.
21. A determinação para a realização da sua audiência também ocorreu em **12/12/2018**, data do Acórdão 2.977/2018-Plenário. Portanto, verifica-se que não houve o transcurso do lapso decenal também em relação Artur Roberto Couto, e, dessa forma, **a prescrição da pretensão sancionatória**, nos termos do Acórdão 1.441/2016-Plenário.
22. Sem prejuízo, consideramos válido registrar pontual discordância no que tange ao exame da prescrição realizado pela unidade técnica à luz da Lei 9.873/1999, caso venha a ser esse o parâmetro normativo adotado pelo Tribunal. A divergência se restringe à consideração de mais de uma causa interruptiva de mesma natureza, o que não vislumbramos possível, sob pena de permitir, no limite, infundáveis extensões do prazo prescricional, em dissonância com o princípio da razoabilidade.
23. Inobstante esse ponto de dissonância, deixamos de empreender a reanálise da incidência da prescrição sob o regime da aludida lei, uma vez que, considerando o prazo geral de prescrição do art. 205 da Lei 10.406/2002 - que se entende aplicável ao presente caso, diante da falta de norma específica que regule o instituto da prescrição da pretensão ressarcitória no âmbito do controle externo -, **não ocorreu a prescrição**.
24. Quanto ao mérito, este representante do *Parquet* endossa a análise oferecida pelo auditor da Serur, em especial quanto às consequências da conduta omissiva dos responsáveis, que acarretou o desequilíbrio econômico-financeiro contratual (peça 1213, p.13-14); e à tentativa frustrada dos responsáveis de transferirem a responsabilidade pela ausência de celebração de termos aditivos para o Comitê Técnico formado por previsão contratual (peça 1213, p. 16, item 67; e p. 18, item 74).
25. O referido comitê detinha prerrogativa contratual de natureza técnica e de assessoramento, cabendo a ele coordenar e dar continuidade às etapas de transferência de tecnologia, nos termos da Cláusula 5.3, 'a' do ajuste (p. 46, p. 155). Portanto, a responsabilidade pela omissão na assinatura de termos aditivos não pode ser a ele atribuída.
26. Esse aspecto foi novamente abordado pelos responsáveis, mediante juntada de memoriais após a tramitação dos autos ao relator (peças 1218-1223). Nesses documentos, os responsáveis argumentam, em síntese, que a omissão pelas quais foram apenados decorreu da ausência de sinalização do comitê sobre a necessidade de revisão do contrato.
27. Tais argumentações, todavia, juntamente com as demais lá apresentadas, já haviam sido exaustivamente analisadas pelas Serur e devidamente refutadas diante da ausência de elementos capazes de reverter os termos da decisão recorrida.
28. Por fim, os responsáveis aduzem nos memoriais que o Tribunal não identificou explicitamente a ocorrência de dano, o que tornaria a sanção aplicada aos recorrentes desarrazoada e desproporcional (peça 1218, p. 7).
29. Tal alegação não pode ser aceita, pois a multa aplicada aos responsáveis (peça 1169, item 9.2) foi aquela prevista no art. 58, inciso II, da Lei Orgânica do TCU (ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial), a qual independe da ocorrência de dano ao Erário.
30. Nesse sentido, deve-se rememorar que a não formalização de termos aditivos provocou a ausência de definição: i) da parte responsável pelo pagamento do seguro e do frete; ii) do início e

fim da responsabilidade de cada parte contratante pela integridade dos medicamentos adquiridos; iii) dos novos prazos para conclusão da transferência de tecnologia; iv) das modificações na forma de fornecimento da EPO, nas atividades das fases de transferência de tecnologia; v) dos quantitativos de EPO e de IFA comprados do Cimab S.A., a partir de 2008; e dos preços para fornecimento da EPO e do IFA necessários para a fabricação do medicamento a partir de 2008, conforme voto condutor e item 9.1 do Acórdão 2.977/2018-Plenário (peças 289-290).

31. Dito de outra forma, ficou patente na decisão recorrida que a omissão dos recorrentes gerou aumentos dos quantitativos de medicamentos adquiridos, bem como da extensão do prazo contratual, sem negociação dos preços previamente acordados, diante da nova realidade dos preços de mercado. Alterou-se, portanto, o equilíbrio econômico-financeiro contratual sem que os recorrentes adotassem medidas para recompô-lo.

32. Dessa forma, não há novos elementos capazes de alterar a decisão de mérito recorrida.

33. Quanto à divergência ocorrida nos pareceres da Serur a respeito da dosimetria da multa impingida a Artur Roberto Couto, este representante do *Parquet* se alinha com as propostas do auditor e do secretário da Serur, no sentido de rejeitar a proposta de redução da multa, uma vez que a celebração de termo aditivo aumentando os valores de descontos sobre o preço original do contrato somente ocorreu após o Ministério da Saúde ter recusado a continuidade de pagamentos acima dos preços de mercado, consoante apontou o auditor instrutor (peça 1213, p. 22-23).

34. Diante do exposto, este representante do Ministério Público de Contas da União, em discordância parcial com a proposta formulada pelo escalão superior da Serur (peças 1214-1215), manifesta-se pelo **conhecimento do pedido de reexame** interposto pelos responsáveis, para, no mérito, **negar-lhe provimento**, conforme sugerido pelo auditor da Serur (peça 1213, p. 23)."

É o relatório.

VOTO

Em julgamento, pedido de reexame interposto em conjunto por Akira Homma e Artur Roberto Couto, diretores de Bio-Manguinhos no período de 2001 a 2009 e 2009 a 2018, respectivamente, contra o Acórdão 538/2020-TCU-Plenário.

2. Em processo de auditoria de conformidade, o Tribunal multou, individualmente, os responsáveis em R\$ 64.920,00, em razão de irregularidade na “não formalização de termos aditivos ao contrato de aquisição da Eritropoietina Humana Recombinante por meio do Contrato de Licença de Patente, Transferência de Informação Técnica e Fornecimento de Eritropoietina Humana, firmado entre o Instituto de Tecnologia e Imunobiológicos da Fundação Oswaldo Cruz e a empresa cubana Cimab S.A.”.

3. Nesta oportunidade, os recorrentes alegam que:

3.1 ocorreu o fenômeno da prescrição;

3.2 não deveria ser atribuída a eles a responsabilidade pela ausência de termos aditivos, pois caberia ao Comitê Técnico Regulatório, composto por representantes das partes (Cimab e Fiocruz), Ministério da Saúde, Anvisa e Autoridade Regulatória de Cuba (CECMED), o acompanhamento da execução contratual, de forma que não seria razoável exigir aos apelantes, nos cargos de diretor, se ocuparem pessoalmente da gerência, fiscalização e consequente formalidade dos aditivos;

3.3 não poderia ser considerado erro grosseiro a ausência da celebração dos termos aditivos, no devido tempo, considerando a competência do, devendo ser aplicado o art. 28 da Lei 13.655/18 (Lindb) e o §1º do art. 12 do Decreto 9.830, de 2019.

4. Após examinar as razões recursais, o auditor responsável pela análise da Secretaria de Recursos concluiu que não foram trazidos elementos suficientes para alterar a deliberação recorrida, razão pela qual propõe o conhecimento e o não provimento do apelo recursal.

5. Adicionalmente, o diretor da Serur entende que a multa aplicada aos responsáveis deveria guardar proporcionalidade em relação à conduta e ao tempo de omissão. Ou seja, deveria ser levado em conta o fato de que Akira Homma foi omissor durante toda sua gestão quanto à aditivização contratual, enquanto Artur Roberto Couto deixou de ser omissor quando da celebração do 1º termo aditivo ao contrato, firmado em 10/10/2016, um pouco antes do fim de sua gestão, após o Ministério da Saúde ter recusado continuar o pagamento de preços acima dos de mercado.

6. O dirigente daquela secretaria, por sua vez, entende que o fato de o responsável ter firmado aditivo próximo do fim da sua gestão não reduz a gravidade de sua conduta, caracterizada por omissão em firmar o necessário aditamento por aproximadamente sete anos como diretor da Bio-Manguinhos.

7. Em razão da relevância da matéria, solicitei o pronunciamento do representante do MPTCU, que se manifestou pela não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva no caso concreto e endossou a análise oferecida pelo auditor da Serur, em especial quanto às consequências da conduta omissiva dos responsáveis, que acarretou desequilíbrio econômico-financeiro contratual (peça 1213, p.13-14), e também quanto à tentativa frustrada de ambos transferirem a responsabilidade pela ausência de celebração de termos aditivos para o comitê técnico formado por previsão contratual (peça 1213, p. 16, item 67; e p. 18, item 74).

8. Adicionalmente, o procurador Rodrigo Medeiros de Lima se declara contrário à proposta do diretor da Serur de redução da multa, uma vez que a celebração de termo aditivo aumentando os valores de descontos sobre o preço original do contrato somente ocorreu após o Ministério da Saúde ter recusado a continuidade de pagamentos acima dos preços de mercado.

II

9. Preliminarmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que o presente recurso merece ser conhecido, porquanto preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 33 e 48 da Lei 8.443/1992.

10. Quanto ao mérito, concordo em essência com a análise empreendida pelo auditor da secretaria especializada e pelo representante do MPTCU, transcritos no relatório precedente, incorporando os seus fundamentos às minhas razões de decidir no que não conflitar com este voto.

11. Primeiramente, verifico que a alegação de prescrição da pretensão punitiva invocada pelos recorrentes não merece prosperar.

12. No recente julgamento do TC 008.702/2022-5, que resultou no Acórdão 2.285/2022-TCU-Plenário e na edição da Resolução-TCU 344/2022, ficou estabelecido que a prescrição nos processos de controle externo em curso no TCU observará o disposto na Lei 9.873/1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509 (art. 1º), e que as pretensões punitiva e de ressarcimento prescrevem em cinco anos (art. 2º).

13. Além disso, nos arts. 4º e 5º da resolução, está fixado o modo como será contado o prazo de prescrição e estão definidas as suas causas interruptivas, respectivamente; já o art. 8º trata da prescrição intercorrente.

14. No caso em exame, deve ser aplicado o inciso III do mencionado art. 4º. O ofício do Congresso Nacional dando conta das irregularidades foi autuado no dia **21/11/2017** (TC 032.625/2017-0), portanto, **termo inicial da contagem do prazo prescricional**.

15. Naquele processo, houve a **interrupção da contagem desse prazo em 10/04/2018**, por força do Acórdão 721/2018-TCU-Plenário, que determinou a presente fiscalização (ato inequívoco e apuração do fato), autuada em 13/4/2018.

16. O acórdão condenatório, objeto do presente pedido de reexame, data de **11/3/2020**, **quando ocorreu nova interrupção** (inciso IV do art. 5º).

17. Assim, em consonância com o decidido no recente acórdão e com o estabelecido na nova norma, observa-se que, no caso em exame, não ocorreu a prescrição quinquenal em relação às pretensões punitiva e a ressarcitória; igualmente, não se verifica a ocorrência da prescrição intercorrente, visto que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.

III

18. Quanto à responsabilidade dos recorrentes, convém relembrar as conclusões da auditoria, que culminaram em sua condenação.

19. O Contrato de Licença de Patente, Transferência de Informação Técnica e Fornecimento da Eritropoietina Humana Recombinante foi assinado em 13/8/2004 e entraria em vigor após a averbação no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), que ocorreu em 21/10/2004.

20. O contrato previu somente as quantidades mínimas de produtos a serem fornecidas pela Cimab S.A., no período de 2004 a 2007, e estimou a duração da etapa de transferência de tecnologia em quarenta meses, definindo-se que o contrato permaneceria vigente por dez anos após a conclusão da transferência, ou seja, aproximadamente até janeiro de 2018.

21. Entretanto, a transferência de tecnologia não foi concluída no prazo estimado no contrato, e, somente em 2016, doze anos após a sua entrada em vigor e cerca de oito anos após a expiração do prazo estimado para conclusão da transferência, foi formalizado o primeiro termo aditivo à avença, no

qual o prazo estimado para transferência de tecnologia foi alterado para dezenove anos (peça 46, p. 330-358).

22. A expiração do prazo da transferência tecnológica acarretou desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da Cimab S.A., uma vez que houve aumento dos quantitativos de eritropoietina adquiridos, bem como extensão do prazo contratual.

23. O valor pago pelo Ministério da Saúde entre 2004 e 2017 à Fiocruz/Bio-Manguinhos com a compra do medicamento *alfaepoetina* (Eritropoietina Humana Recombinante) para o Sistema Único de Saúde (SUS) foi de R\$ 2.115.752.555,11.

24. Nesse sentido, o relator *a quo*, Ministro Augusto Nardes, registrou que:

“30. Os valores estimados pela unidade técnica especializada dos lucros que a empresa Cimab obteve com a venda de EPO, cerca de US\$ 230 milhões, equivalem a quase 6,5 vezes o lucro estimado nas condições originais do contrato (US\$ 36 milhões). Tamanha discrepância de valores poderia ter sido evitada caso as alterações havidas na execução contratual, no tocante aos prazos para conclusão da transferência de tecnologia, descontos no preço do produto a ser adquirido e quantidades de EPO a ser adquirida por Bio-Manguinhos, tivessem sido, no momento próprio, objeto de formalização de termos aditivos.”

25. Os recorrentes tentam transferir a responsabilidade pela ausência de celebração de termos aditivos que retratassem as modificações na execução e no prazo do contrato firmado com a empresa Cimab S.A para o Comitê Técnico; entretanto, tal tentativa não merece prosperar.

26. O referido comitê era formado por 4 membros, dois deles designados por cada parte, e detinha prerrogativa contratual de natureza técnica e de assessoramento, com a função primordial de “coordenar e dar seguimento às etapas da transferência da informação técnica”.

27. Conforme consta da instrução da SecexSaúde (peça 1168), os responsáveis alegaram que o entendimento do Comitê Técnico era de que não havia necessidade de formalização de termos aditivos, pois as atas que registravam as alterações dos prazos da transferência de tecnologia, o desenvolvimento das etapas e os descontos concedidos integravam o contrato.

28. Nos termos do art. 65, §7º, da Lei 8.666, de 1993, o contratante tinha o poder-dever de efetuar o reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

29. As alterações decorrentes do atraso na transferência de tecnologia deveriam ter sido analisadas e seus impactos avaliados, no sentido de manter o equilíbrio contratual inicialmente estabelecido.

30. A ausência de formalização de termos aditivos, os quais não podem ser supridos pelas atas do Comitê Técnico, desrespeita os princípios da transparência e da publicidade, que regem a Administração Pública.

31. Resta evidente nos autos que competia aos diretores de Bio-Manguinhos a celebração de termos aditivos enquanto autoridades competentes para representar aquele instituto.

32. A existência de um comitê para acompanhamento da execução contratual não elide a responsabilidade dos diretores, na condição de responsáveis diante de vultosos valores, pela aderência do contrato às exigências legais.

33. Somente após o Ministério da Saúde recusar-se a continuar pagando preços acima dos de mercado pelo medicamento envasado por Bio-Manguinhos, em meados de 2016, foram celebrados quatro termos aditivos aumentando os valores de desconto sobre o preço originalmente contratado.

34. Os aditivos celebrados após a intervenção daquele ministério levaram à redução do preço da bolsa de Eritropoietina Humana Recombinante (EPO) de US\$ 1.275,00, como fixado no contrato de transferência de tecnologia, para US\$ 290,78, conforme o quarto termo aditivo ao contrato. O preço da

bolsa do Ingrediente Farmacêutico Ativo (IFA), por sua vez, também fixado inicialmente em US\$ 1.275,00, no quarto termo aditivo teve seu preço estabelecido em US\$ 242,32. Tais reduções mostram que o Ministério da Saúde estava incorrendo em prejuízo ao adquirir medicamentos em 2016 a preços fixados em 2004.

35. A readequação econômico-financeira do contrato deveria ter sido objeto de termos aditivos desde o momento em que ficou configurada a necessidade de alterações no projeto original das instalações produtivas em Bio-Manguinhos, ainda na gestão de Akira Homma.

36. Apenas em 1º/8/2016, sete anos após o início de sua gestão, Artur Roberto Couto, sucessor de Akira Homma na direção do instituto, começou o processo para celebração do 1º termo aditivo.

37. Sendo assim, acompanho o posicionamento do dirigente da Serur quanto à adequação da multa imputada, pois o fato de o responsável ter firmado termo aditivo ao contrato em data próxima ao fim do período da sua gestão não reduz a gravidade de sua conduta, caracterizada por omissão em firmar o necessário aditamento por aproximadamente sete anos.

38. Quanto à ocorrência de erro grosseiro, lembro que o exercício do poder sancionatório do TCU, nos termos da legislação aplicável, incluindo-se a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações decorrentes da Lei 13.655/2018, admite responsabilização por culpa grave, em razão de profunda inobservância do dever de cuidado, ou seja, erro grosseiro (Acórdão 2.924/2018-Plenário, Relator José Múcio Monteiro); logo, não se constata afronta ao ordenamento na deliberação atacada.

39. No caso concreto, observa-se que a conduta dos ex-diretores de Bio-Manguinhos de não realizar esforços para celebrar termos aditivos que retratassem as modificações na execução e no prazo do contrato firmado com a empresa Cimab S.A. amolda-se perfeitamente ao conceito de culpa grave.

40. Os gestores atuaram com diligência abaixo do normal, na medida em que a celebração de termos aditivos aumentando os valores de desconto sobre o preço original do contrato só ocorreu após o Ministério da Saúde ter se recusado a continuar pagando preços acima dos de mercado, em meados de 2016.

41. Ao não se desincumbir de forma esperada das atribuições que lhes eram exigidas, nos termos da Lei de Licitações, incorreram, a meu ver, na hipótese prevista no art. 28 da Lindb: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

42. Neste caso, reputo que a não adoção de medidas tendentes a restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por longo período, denota culpa grave, o que a jurisprudência deste Tribunal equipara ao erro grosseiro a que alude o art. 28 da Lindb. Desse modo, a responsabilização e o sancionamento ora questionados encontram respaldo legal no artigo acima transcrito.

43. Embora eventual dano ao erário não possa ser quantificado no presente caso, a multa aplicada aos responsáveis está prevista no art. 58, inciso II, da Lei Orgânica do TCU (ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial), a qual independe de ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

44. Por fim, entendo que a punição no caso em relevo foi proporcional à natureza e à gravidade das infrações, às suas consequências econômicas para a Administração, bem como às circunstâncias que envolviam os agentes.

45. Sendo assim, ante a ausência de elementos capazes de alterar o juízo anteriormente formulado, não é possível reformar o julgado, como pretendem os recorrentes.

46. Feitas essas considerações, julgo que se deve conhecer do presente recurso, para negar-lhe provimento, mantendo-se inalterada a deliberação ora combatida.



Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 26 de outubro de 2022.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO Nº 2370/2022 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 011.645/2018-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto I – Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria).
3. Recorrentes: Akira Homma (047.818.997-49); Artur Roberto Couto (329.664.747-34).
4. Unidades Jurisdicionadas: Agência Nacional de Vigilância Sanitária; Fundação Oswaldo Cruz; Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos; Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde; Secretaria-Geral das Relações Exteriores.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde).
8. Representação legal: Fábio Caldas Feliciano (OAB/RJ 152.299) e outros, representando Akira Homma e Artur Roberto Couto.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, em que se aprecia pedido de reexame interposto por Akira Homma e Artur Roberto Couto contra o Acórdão 538/2020-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal aplicou multa aos recorrentes em razão de irregularidades constatadas em contrato firmado entre a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), por meio do Instituto Bio-Manguinhos, e a empresa Cubana Cimab S.A., para fornecimento do medicamento Eritropoietina Humana Recombinante (EPO).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

 - 9.1. com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei 8.443/1992, conhecer do pedido de reexame, para negar-lhe provimento;
 - 9.2. dar ciência deste acórdão aos recorrentes, à Fundação Oswaldo Cruz e ao Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos;
 - 9.3. encaminhar cópia deste acórdão à Comissão Permanente de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC/CD);
 - 9.4. juntar cópia deste acórdão aos autos dos processos TC 032.625/2017-0, TC 011.242/2018-3 e TC 014.687/2017-8.
10. Ata nº 41/2022 – Plenário.
11. Data da Sessão: 26/10/2022 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2370-41/22-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (na Presidência), Benjamin Zymler, Bruno Dantas (Relator), Vital do Rêgo, Jorge Oliveira e Antonio Anastasia.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

WALTON ALENCAR RODRIGUES
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)

BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

TERMO DE CIÊNCIA DE COMUNICAÇÃO

(Documento gerado automaticamente pela Plataforma Conecta-TCU)

Comunicação: Aviso 001.380/2022-GABPRES

Assunto: DIVERSAS

Processo: 011.645/2018-0

Órgão/entidade: CD - Comissão de Fiscalização Financeira e Controle - CFFC

Destinatário: COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E CONTROLE - CD

Informo ter tomado ciência, nesta data, da comunicação acima indicada dirigida à/ao COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E CONTROLE - CD pelo Tribunal de Contas da União, por meio da plataforma Conecta-TCU.

Data da ciência: 08/11/2022

(Assinado eletronicamente)

JULIANA PERES DE ASSIS RIBEIRO DE CASTRO

Usuário habilitado a receber e a acessar comunicações pela plataforma Conecta-TCU.