

Marçal Justen Filho
Cesar Pereira
Fernão Justen de Oliveira
Eduardo Talamini
André Guskow Cardoso
Alexandre Wagner Nester
Marçal Justen Neto
Rafael Wallbach Schwind
Felipe Sripes Wladeck
Paulo Osternack Amaral
Guilherme F. Dias Reisdorfer
Karlin Olbertz Niebuhr
William Romero
Rodrigo Goulart de Freitas Pombo
Juliane Erthal de Carvalho
Mônica Bandeira de Mello Lefèvre
Guilherme Augusto Vezaro Eiras
Isabella Moreira de Andrade Vosgerau



Diego Franzoni
Daniel Siqueira Borda
Mayara Gasparoto Tonin
Marina Kukiela
Vanelis Mucelin
Fernanda Caroline Maia
Bruno Gressler Wontroba
Victor Hugo Pavoni Vanelli
Luísa Quintão
Doshin Watanabe
Isabella Félix da Fonseca
Lucas de Moura Rodrigues
Isabella Karollina Rossito
Raphaela Thêmis Leite Jardim
Marina Kirsten Felix
Stella Farfus Santos
Jefferson Lemes dos Santos
Eduardo Nadvorny Nascimento

Ilustríssimo Senhor Conselheiro **INÁCIO MAGALHÃES FILHO**

Recurso de Reconsideração na Tomada de Contas Especial nº 2.335/2003

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA., por seus advogados, comparece respeitosamente nos autos referidos, para apresentar **alegações finais**, conforme facultado pela Decisão 2.167/2021.

A. O objeto do recurso de reconsideração

1. O recurso de reconsideração se volta contra a decisão que julgou irregulares as contas da Recorrente, integrada pela decisão que rejeitou as suas alegações de defesa, determinando a sua notificação para o ressarcimento de R\$26.077.813,59 ao Distrito Federal, valor a ser atualizado até o pagamento (Decisão 366/2020).

B. Preliminarmente: a ocorrência da prescrição

2. Diferentemente do que entenderam as decisões recorridas, com todo o respeito, a pretensão reparatória do TCDF no presente caso está prescrita.

3. A Recorrente foi intimada da Tomada de Contas Especial de origem em 16/06/2014 (fls. 989). Ou seja, mais de cinco anos após a ocorrência dos fatos que ensejaram a pretensão da sua responsabilização (o Contrato foi celebrado em 22/09/2003).

4. A legislação federal prevê o prazo prescricional quinquenal para “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal” (art. 1º do Decreto 20.910/1932), para pretensão de indenização de perdas e danos gerados ao erário (arts. 11 e 21 da Lei 4.717/1965) e para a Fazenda “obter indenização dos danos

causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos” (art. 1º-C da Lei 9.494/97).

5. O STF reconheceu a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa.¹ A tese aprovada para fins de repercussão geral foi a seguinte: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

6. Mas a situação dos autos é distinta: não se trata de ato doloso, tampouco de improbidade.

7. A intimação da Recorrente em 02/09/2010 (fls. 790-791) não interrompeu a prescrição. A imputação de pretensa dívida em face da Recorrente ocorreu apenas em 16/06/2014 (fl. 989), por determinação da Decisão 1.285/2014.

8. De todo modo, caso não se entenda dessa forma, hipótese que se descarta, há de se reconhecer ao menos a ocorrência parcial da prescrição. Em 02/09/2010 já haviam decorrido mais de cinco anos do primeiro (22/09/2004) e segundo termos aditivos ao Contrato (25/08/2005).

C. A necessidade de provimento do recurso: a inexistência de sobrepreço

9. Não obstante os defeitos processuais demonstrados no recurso, termos a que a Recorrente se remete e que são suficientes para anular ou reformar as decisões recorridas, inexistente sobrepreço no presente caso.

C.1. A contratação precedida de regular licitação

10. A Recorrente participou da licitação que originou a contratação em competição com a Air Liquide Brasil Ltda., IBG Ind. Bras. de Gases Ltda. e Coplagas Comércio Planalto de Gases Ltda. Sagrou-se vencedora com o menor preço e firmou o Contrato em 22/09/2003.

11. As propostas apresentadas por todas as empresas levaram em conta os preços de referência constantes do próprio Edital. A estimativa de preços para a execução do Contrato foi realizada pela Administração a partir de ampla pesquisa de mercado realizada em 2003 – conforme “Estimativa de Preços” (fl. 159) e “Mapa-Resumo da Licitação” (fls. 282 a 284). Esse levantamento jamais foi impugnado, nem mesmo pelos órgãos de controle.

¹ RE 852.475/SP, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, j. 08/08/2018, DJe 22/03/2019. Confira-se também: STF, ED-AgR ARE 1142089/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 16/08/2019.

12. A formação do preço da Recorrente se deu após ampla verificação interna (no âmbito da própria empresa) de todos os custos envolvidos na prestação, levando-se em conta uma série de fatores, tais como tributos, serviços acessórios, distâncias de deslocamento, prazos e exigências do certame disputado.

13. Tanto o preço era adequado que ficou abaixo do estimado pela Administração e foi declarado o melhor dentre todos os ofertados. O preço da Recorrente foi inferior ao de três outras licitantes, que também participaram do Pregão e disputaram o contrato nas mesmas condições.

14. Houve intensa disputa entre os licitantes na fase de lances, demonstrando que os preços estavam compatíveis com o mercado. Afinal, as empresas interessadas, que efetivamente consideraram todas as condições, ofertaram lances acima daqueles da Recorrente.

C.2. A confirmação da adequação dos preços da Recorrente

15. É indiscutível que o valor praticado no Contrato jamais esteve acima do estimado pela Administração. Pelo contrário: era compatível com o praticado em outros contratos celebrados com outros clientes, conforme quadro comparativo referido na defesa da Recorrente e novamente reproduzido abaixo (fls. 1.134-1.135):

Cliente	Produto	Data	Preço unitário (R\$/m³)
HOSPITAL DO CORACAO ANIS RASSI LTDA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2005	4,33
TODOMETAL COMERCIO DE FERROS LTDA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2005	3,83
HOSPITAL EVANGELICO GOIANO SA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2006	3,79
HOSPITAL E MATERNIDADE SAO MARCOS LTDA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2006	3,89
HOSPITAL DO CORACAO ANIS RASSI LTDA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2006	3,67
HOSPITAL EVANGELICO GOIANO SA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2006	3,79
HOSPITAL LAGO SUL S/A	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2007	3,70
HOSPITAL E MATERNIDADE SAO MARCOS LTDA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2007	4,41
HOSPITAL LAGO SUL S/A	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2008	3,98
HOSPITAL EVANGELICO GOIANO SA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2008	3,77
HOSPITAL E MATERNIDADE SAO MARCOS LTDA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2008	4,85

ORGANIZACAO HOSPITALAR GARAVELO LTDA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2009	3,90
HOSPITAL EVANGELICO GOIANO SA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2009	3,97
INSTITUTO GOIANO DE PEDIATRIA LTDA	OXIGÊNIO LÍQUIDO	2009	3,84

16. De todo modo, a adequação dos preços praticados pela Recorrente no Contrato em questão foi confirmada por Nota Técnica elaborada pelo Prof. Gilberto Braga, economista, contador e perito judicial e arbitral (e-DOC 6EFC6253).

17. A Nota Técnica adotou os dados constantes do processo. Organizou em tabelas os preços mínimos e máximos informados por cada fornecedor vencedor dos certames para fornecimento de oxigênio líquido, calculando a média e comparando-a com os preços considerados como sobrepreço.

18. E concluiu que **“os preços praticados no Contrato nº 274/2003-SES/DF e Aditivos são absolutamente compatíveis e não confirmam ou ensejam tecnicamente qualquer dedução de que sejam abusivos ou fora da normalidade econômica”** (item 66, p. 23 – grifou-se).

19. A Nota Técnica calculou a média fornecida por contrato vencedor e o preço médio praticado, e depois comparou a média real da Recorrente com os seus preços considerados superfaturados. Usou como parâmetro de comparação a média dos preços mínimos e máximos informados pelo fornecedor vencedor dos certames para fornecimento de oxigênio líquido.

20. Com isso, confirmou a adequação dos preços da Recorrente:

(...) os preços considerados superfaturados são absolutamente compatíveis e não confirmam ou ensejam tecnicamente qualquer dedução de que sejam abusivos ou fora da normalidade econômica.

A adequação dos preços praticados pela White Martins também foi demonstrada com base nos mesmos dados já referenciados, levantados pelo TCE-DF, nos 25 processos licitatórios vencidos por esta fornecedora. (itens 84-85, p. 28 – grifou-se)

C.3. Os graves defeitos da análise técnica do Tribunal de Contas

21. A Nota Técnica também confirmou a deficiência no exame técnico do TCDF acerca do suposto sobrepreço que teria sido praticado pela Recorrente.

22. Os órgãos técnicos se basearam somente nos dados da tabela do item 34 da Informação 351/2015 (fls. 1.170-1.194) e no Relatório de Inspeção 2.0025.10 (fls. 751-767) para concluir pelo sobrepreço, cujo cálculo levou em conta apenas os contratos referidos no Relatório (item 124 da Informação 351/2015).

23. Nas comparações que realizaram, os órgãos técnicos limitaram-se a fazer cotejos simplórios baseados nos preços e volumes verificados em cada caso para “inferir” a ocorrência de sobrepreço. Foram ignorados nas comparações: os aspectos regionais; o momento de cada contrato; as qualidades próprias dos diversos entes administrativos; as características de cada empresa licitante; as especificidades do objeto de cada licitação.

24. Com respeito, esses são elementos indispensáveis para uma comparação de preços séria e válida. Variações em relação a qualquer de tais aspectos são aptas a repercutir no preço proposto para o serviço de fornecimento de oxigênio líquido.

25. Segundo a própria Informação 351/2015, ao se fazer uma comparação entre preços de diferentes licitações/contratos, é fundamental considerar as diferenças existentes entre eles (itens 38 e 39). No entanto, não seguiu essas diretrizes. Simplesmente concluiu que a elaboração de uma tabela com preços teria sido suficiente porque em todos os casos cotejados o fornecimento teria se dado à unidade de saúde “e pelo fato de os preços manterem uma constante principalmente se analisados os grandes fornecimentos (ganhos de escala)” (item 38).

26. Ou seja, não foram efetivamente levadas em conta as diferenças entre as licitações e contratos comparados, mas apenas as suas pretensas semelhanças. Ressalta-se: os contratos não foram juntados aos autos nem integralmente analisados pelos órgãos técnicos, que consideraram apenas os dados parciais obtidos no Portal de Compras do Governo Federal.

27. Nos termos da Nota Técnica, “A ratificação da acusação de sobrepreço se deu com base em conclusões parciais ou com extratos rasos de combinação de dados” (e-DOC 6EFC6253, item 44, p. 16). Com respeito, caso tivesse sido “adotada uma metodologia científica consistente, deveria ter sido demonstrada a significância estatística da amostra, de modo a dar validade às exclusões de casos que foram feitas” (e-DOC 6EFC6253, item 55, p. 20).

28. Ora, a formação de preço leva em consideração uma série de circunstâncias. Justamente por isso, é insuficiente se considerar apenas o objeto e o quantitativo. As condições de execução, a localização, o ente contratante, os prazos de entrega são todos fatores que afetam o preço.

29. Dessa forma, respeitosamente, a análise técnica do TCDF acerca do suposto sobrepreço é insuficiente. A Nota Técnica elaborada pelo Prof. Gilberto

Braga “demonstra que a apuração de cálculo de sobrepreço levada a efeito pela Divisão de Contas do TCDF foi equivocada sob o ponto de vista técnico” (item 76, p. 27). Não pode, portanto, ser considerada como fundamento para a aferição de eventual sobrepreço e muito menos para a condenação da Recorrente.

D. Ainda a necessidade de provimento do recurso: a insuficiência de provas

30. Não bastassem os defeitos na análise técnica acerca da conclusão sobre a (in)existência de sobrepreço, não há sequer provas suficientes dos valores que foram efetivamente pagos à Recorrente e, conseqüentemente, dos supostos valores que devem ser ressarcidos.

D.1. A insegurança quanto ao (re)cálculo do suposto sobrepreço

31. O Núcleo de Recursos, muito embora tenha reconhecido a plausibilidade das alegações recursais da Recorrente (Informação 34/2021, §61) e a insuficiência dos documentos do processo para aferição do valor devido a título de sobrepreço (Informação 34/2021, §66), opinou pelo parcial provimento do recurso da Recorrente para o fim de ajustar o valor original do débito (Informações 140/2020 e 34/2021, e-DOC 1F292C33 e e-DOC 8993EDBB, respectivamente).

32. Entendeu-se pelo cabimento do recálculo do suposto sobrepreço, porque uma *“amostra de dados mais ampla foi agregada ao feito”* (Informação 140/2020, §188). O resultado foi a *“redução no valor do prejuízo quando comparado às estimativas iniciais (de R\$ 13.199.761,22 para R\$ 7.902.478,72), todos em valores da época”*, que atualizado até 30.06.2020, *“resulta no montante de R\$ 16.368.692,05”* (Informação 140/2020, §§189-190).

33. Contudo, ainda que tenha considerado parcialmente os dados apresentados pela Recorrente, esse entendimento não merece prevalecer.

34. O Núcleo de Recursos, ao reanalisar o trabalho efetuado pela área técnica do TCDF, apurou a existência do suposto sobrepreço em decorrência da constatação de que o preço do Contrato era superior ao praticado no mercado.

35. O valor apurado decorreu do cálculo da diferença entre o valor supostamente pago pelo Distrito Federal (calculado com base no valor unitário do Contrato e aditivos) e o valor de “mercado”, reputado como a média de outros contratos de objeto similar (calculado com base no valor unitário da coluna “Parâmetro”) – Informação 140/2020, §184.

36. Por sua vez, o valor médio dos contratos decorreu do cálculo simplório (*data venia*) dos preços unitários e volumes de fornecimento de oxigênio verificados em determinados contratos.

37. Conforme já demonstrado pela Recorrente (e reiterado no item C.3, acima), a utilização do valor médio para calcular o suposto sobrepreço é equivocada.

38. De todo modo, insistindo na utilização da mesma técnica, o Núcleo de Recursos entendeu “razoável que os valores de referência sejam recalculados de modo a contemplar os dados agregados ao processo ao longo de sua tramitação”.

39. Muito embora seja significativamente menor do que o valor da condenação ora recorrida, trata-se do **sexto valor diferente apurado ao longo do presente processo** – o que, por si só, revela o alto grau de incerteza no tocante ao suposto sobrepreço.

40. O primeiro valor médio calculado decorreu do orçamento realizado pela Secretária de Saúde do Distrito Federal antes do pregão, em 11/07/2003, a partir de pesquisas de preços (fl. 240); o segundo foi o valor apresentado em 09/11/2006 pelo Ministério Público no Parecer 1.641/2006-CF (fls. 503-512); o terceiro foi o cálculo realizado em 12/05/2010 pelo Relatório de Inspeção 2.0025.10, da 2ª Inspeção de Controle Externo do TCDF (fls. 751-767); o quarto foi um novo cálculo corrigido realizado em 1º/12/2015 pela Informação 351/2015, da 3ª Divisão de Contas do TCDF (fls. 1.170-1.194); o quinto foi realizado em apuração promovida pelo Prof. Gilberto Braga em 07/04/2020, conforme a 1ª Nota Técnica (e-DOC 6EFC6253); o sexto foi realizado em 04/07/2020 pela Informação 140/2020, do Núcleo de Recursos do TCDF (e-DOC 1F292C33).

41. Com todo o respeito, não há nenhuma segurança quanto ao (re)cálculo do suposto sobrepreço com base em valor médio. Como fica evidente dos diversos valores encontrados, a seleção dos contratos de objeto similar para serem usados como parâmetro é subjetiva. Basta um recorte diferente nos contratos considerados para alteração significativa da média de preços do mercado.

D.2. A ausência de apuração do valor efetivamente pago pelo Distrito Federal

42. Também não há nenhuma segurança quanto ao valor efetivamente pago pelo Distrito Federal à Recorrente para fins de cálculo do suposto valor a ser ressarcido aos cofres públicos. Trata-se de grave erro de premissa.

D.2.1. O erro quanto ao valor recebido

43. Para o cálculo do suposto prejuízo decorrente do sobrepreço, a área técnica do TCDF considerou que o Distrito Federal pagou à Recorrente o valor de R\$22.106.943,70 pelos serviços prestados no âmbito do Contrato.

44. Esse valor foi extraído a partir das estimativas previstas no Contrato para o fornecimento de oxigênio líquido (calculado com base no valor unitário).

45. Não houve apuração dos quantitativos fornecidos nem dos valores efetivamente pagos à Recorrente. Ou seja, o TCDF nunca apontou qual foi o valor efetivamente recebido pela Recorrente pelo fornecimento objeto do Contrato.

D.2.2. A sistemática do contrato

46. O objeto do Contrato era o fornecimento mensal de gases medicinais (oxigênio líquido e hélio líquido) para onze hospitais da rede pública do Distrito Federal, sendo oxigênio líquido para dez hospitais e hélio líquido para um hospital (Cláusulas 3.1 e 3.2).

47. A utilização de oxigênio líquido é variável. Vale dizer, é impossível calcular exatamente a quantidade necessária em determinado período. É possível apenas, com base na experiência passada, calcular uma estimativa do consumo médio mensal. Esses dados servem como parâmetro para prever o consumo futuro.

48. Assim, não havia a obrigação de fornecimento exato do quantitativo estimado, nem de pagamento integral do valor contratual estimado. Tal como o próprio termo demonstra, trata-se de quantitativos estimados.

49. Conforme a Cláusula 3.2 do Contrato, havia previsão de “consumo mensal **estimado**”. A Cláusula 5.3 do Contrato estabeleceu que “A Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal pagará à Contratada somente **o valor dos produtos efetivamente fornecidos**” (sem destaque no original), e a Cláusula 5.4 que “O valor de que trata esta cláusula poderá ser modificado, desde que haja diminuição ou adição nos quantitativos, objeto deste Contrato”.

50. O fornecimento de oxigênio se dava “conforme as necessidades do órgão”, nos termos da Cláusula 4.1 do Contrato.² Na prática, cada hospital informava à Requerente a quantidade necessária a cada período, que apurava o montante

² Cláusula 4.1: “A entrega dos produtos será parcelada, conforme as necessidades do órgão, devendo ser atendida até 48 (quarenta e oito) horas após a solicitação”.

consumido mensalmente e emitia nota de cobrança a partir da quantidade (m3) consumida pelo somatório de hospitais.

51. Portanto, para o cálculo de eventual sobrepreço e valor a ser ressarcido, importa o quantitativo efetivamente fornecido – e não estimado.

D.2.3. A necessidade de o contrato ter um valor global

52. As previsões contratuais de valor global (Cláusula 5.1) e valor mensal (Cláusula 5.2) foram incluídas porque não é lícito que seja firmado contrato de valor indeterminado. Há razões de cunho orçamentário que impõem a obrigatoriedade de que o contrato administrativo tenha valor determinado. Por isso, e para balizar a disputa do preço unitário na licitação, a Administração formula uma estimativa para contratos de demanda variável, tal como o de fornecimento de oxigênio líquido para hospitais.

53. Esse cálculo foi promovido na etapa prévia ao pregão. A SES-DF apurou qual havia sido o consumo médio de cada unidade hospitalar no período imediatamente anterior e, em razão das circunstâncias técnicas e fáticas, projetou o consumo futuro para cada unidade. A soma da estimativa de cada unidade resultou na estimativa total de fornecimento de oxigênio líquido que foi informada aos licitantes. Com base nisso (e demais condições de execução), os licitantes formularam suas propostas e disputaram o preço. O critério de julgamento foi o menor preço “unitário”: valor em real por metro cúbico de oxigênio líquido. E o valor global do contrato decorreu da multiplicação do valor unitário do lance vencedor na licitação pelo montante total estimado por 10 unidades hospitalares ao longo de 12 meses.

54. Portanto, o valor total do Contrato não corresponde ao valor efetivamente pago à Recorrente ao longo da sua execução. O Distrito Federal não assumiu obrigação de pagar o montante integral do valor do contrato à Recorrente. A obrigação prevista em contrato era de pagamento conforme a demanda/consumo, calculado a partir do valor unitário do metro cúbico, nos termos do Contrato.

D.2.4. A complexidade dos pagamentos

55. Os documentos do processo revelam a grande complexidade da sistemática de pagamentos no caso concreto. Houve vários pagamentos efetuados à Recorrente que consideraram diversos itens de vários outros contratos, também firmados com a Recorrente, mas que não se confundem com o fornecimento de oxigênio líquido – objeto do processo.

56. Isso é demonstrado em detalhes pela 2ª Nota Técnica apresentada pela Recorrente (e-DOC 5E08BCD9, itens 57 e seguintes). Em alguns casos, houve notas que discriminaram o pagamento conjunto pelo fornecimento de oxigênio líquido e também por equipamentos: “Na folha 54, do Anexo 1, a Pesquisa de Empenho indica que foi considerado o item “aquisição de cilindro de dióxido de carbono com tubo pescador e cilindro em alumínio 700I Tipo E”, no valor original de R\$4.604,00” (2ª Nota Técnica, item 58).

57. Desse modo, para apurar o valor efetivamente recebido no âmbito do Contrato, não é possível considerar o valor cheio da nota emitida. A Recorrente forneceu simultaneamente outros serviços ao Distrito Federal. É preciso identificar de forma individualizada todos os pagamentos efetuados exclusivamente por oxigênio líquido ao longo da execução do Contrato antes de se cogitar de sobrepreço.

D.2.5. O levantamento promovido pela Recorrente

58. A Recorrente promoveu levantamento dos pagamentos realizados ao longo do Contrato. Houve grande dificuldade de localização dos dados em razão do decurso do tempo e da mudança de sistema de controle financeiro interno. Os dados não estão mais disponíveis.

59. Mas a Recorrente encontrou a cobrança de valores que nem sequer foram devidamente pagos pelo Distrito Federal. Inclusive, a Recorrente foi obrigada a ingressar no Poder Judiciário para pleitear a condenação do Distrito Federal ao pagamento dos valores em atraso (documentos anexos ao e-DOC 5E08BCD9).

60. Com respeito, não se pode ignorar a existência de valores em aberto, pendentes de pagamento pelo Distrito Federal, sob pena de a Recorrente ser obrigada a devolver valores que nem sequer recebeu.

D.3. Incerteza quanto ao valor efetivamente pago

61. Desse modo, o valor global fixado nominalmente no Contrato não pode ser considerado o valor efetivamente recebido pela Recorrente, porque decorre da multiplicação do valor unitário (equivalente ao lance vencedor do pregão) pela *estimativa* de consumo de 10 unidades hospitalares ao longo de 12 meses.

62. Evidentemente, devido à natureza do serviço e à probabilidade matemática, o montante efetivamente consumido jamais será idêntico à estimativa prevista. Em outras palavras, há incerteza quanto ao montante efetivamente pago à Recorrente pelo fornecimento de oxigênio líquido decorrente do Contrato. E mais: o

Distrito Federal nem sequer pagou integralmente os valores devidos pela prestação do serviço, o que é objeto de ações judiciais.

E. O descabimento de imputação do ônus da prova à Recorrente

63. Não há provas suficientes para a condenação da Recorrente. O próprio Núcleo de Recursos concluiu que, apesar da *“plausibilidade da argumentação”* da Recorrente, *“as alegações recursais, na forma como apresentadas, desacompanhadas de cálculo comprobatório de suas alegações, não propiciam a reforma, in totum, da decisão recorrida”* (Informação 34/2021, § 88).

64. Com respeito, diante disso, a única providência cabível é opinar pelo julgamento de total procedência do recurso. **O que definitivamente não é cabível nem possível é que a Recorrente seja condenada ao recolhimento de vultoso valor por ausência e/ou insuficiência de provas.**

65. O fato de existirem seis valores diferentes (item D.1, acima) relativos ao suposto sobrepreço no processo não *“demonstra a atenção e a lisura que têm sido dispensadas ao ponto específico, à luz dos elementos que compõem este processo”* (Informação 34/2021, § 46).

66. A Recorrente não põe em dúvida a lisura dos servidores nem a sua atenção relativamente ao caso. Respeitosamente, não é disso que se trata. A existência de múltiplos cálculos, com critérios diferentes, revela a incerteza quanto ao mérito da decisão. Não há elementos confiáveis para se determinar a existência de prejuízo.

67. A apuração dos documentos é inconsistente. A *“inexistência de dados confiáveis físicos de controle”* (Informação 34/2021, § 62) do Distrito Federal não pode servir de fundamento para a condenação da Recorrente. Não se pode ignorar (como fez o Núcleo de Recursos, por meio da Informação 34/2021, *data venia*) que a Recorrente apontou objetivamente, na 2ª Nota Técnica apresentada (e-DOC 5E08BCD9), diversas inconsistências na análise técnica realizada pelo TCDF acerca da documentação dos autos. Trata-se de evidências suficientes para se concluir pela inexistência de provas acerca do suposto sobrepreço.

68. Com respeito, não há cabimento em se adotar um cálculo de valor a ser restituído considerando um valor fictício recebido pela Recorrente. A consequência disso é que eventual decisão do TCDF resultará em situação absurda:

determinar que a Recorrente restitua valor que nunca recebeu, seja por ausência de fornecimento do produto, seja por ausência de pagamento pelo Distrito Federal.

69. Tampouco há cabimento na imputação do ônus da prova à Recorrente. Segundo o Núcleo de Recursos, a Recorrente não só deveria ter juntado documentação que possibilitasse o recálculo do valor do suposto sobrepreço, como deveria ter apresentado “planilha, demonstrativo ou documento equivalente” (Informação 34/2021).

70. **O Núcleo de Recursos reconheceu que os documentos do processo são insuficientes para aferição de valor devido a título de sobrepreço** (§ 66). Com o devido respeito, não cabe à Recorrente a produção da prova.

71. Por meio da 2ª Nota Técnica apresentada (e-DOC 5E08BCD9), a Recorrente apontou objetivamente equívocos na análise técnica do TCDF acerca da prova documental dos autos, evidenciando falha grave de premissa na análise técnica.

72. *Data maxima venia*, cabe ao Distrito Federal manter documentação e controle quanto aos valores efetivamente desembolsados; e cabe aos gestores públicos a administração desses recursos. Subsidiariamente, se não for este o entendimento, cabe ao Tribunal reabrir a instrução processual para que a falha seja corrigida e, se for o caso, inclusive requisitar documentação ao Distrito Federal, órgão contratante e que supostamente teria sofrido prejuízos com o Contrato.

73. Com respeito, a Recorrente não é gestora de recursos públicos e não possui dever de prestação de contas.³ Não está, portanto, submetida à inversão do ônus da prova.⁴ Em outras palavras, não tinha (e não tem) o ônus de provar a ausência do sobrepreço inferido pelos órgãos técnicos do TCDF.

74. Conforme jurisprudência pacífica do TCU, em casos como o presente, aplica-se a regra geral,⁵ sendo o ônus da prova do Tribunal “acusador”:

³ CF, art. 70, parágrafo único: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

⁴ Decreto-Lei 200/1967, art. 93: “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”.

Decreto 93.872/1986, art. 66: “Quem quer que receba recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados”.

⁵ CPC, art. 373: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

A unidade instrutora fundamenta a proposta pela condenação em débito com base no dever de prestar contas e, conseqüentemente, na **inversão do ônus da prova**, cabendo ao gestor, no caso, comprovar a regular aplicação dos recursos, notadamente o nexo de causalidade financeiro entre estes e as despesas incorridas no Convênio PAC 202225/11.

De fato, em face do dever de prestar contas, cabe ao conveniente trazer aos autos esses elementos probatórios, demonstrando, além da execução física, que os recursos do convênio foram utilizados nos pagamentos efetuados à contratada. O ônus da prova, contudo, fica adstrito a essa relação.

Situação diferente ocorre quando se verifica, por meio de denúncia, representação ou fiscalização, que a obra objeto do convênio não foi executada pela empresa contratada, mas sim por terceiro, circunstância que ensejaria a aplicação do entendimento anteriormente exposto, acerca do rompimento do nexo de causalidade. Veja que, nesse caso, não se fala em **ônus** de demonstrar a relação de causalidade financeira, mas sim da sua ausência ou do seu rompimento diante da **constatação** de que a obra foi executada por terceiro, não integrante da relação contratual. Por essa razão, na hipótese dos autos, processo cujos fatos imputados aos responsáveis foram verificados originalmente em representação, não há que se falar em inversão do ônus probatório, aplicando-se a regra geral prevista no Código de Processo Civil, art. 373, segundo a qual incumbe à parte que alega a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito. Ou seja, cabe ao TCU, no caso, demonstrar os fatos em face dos quais condena os gestores.

Ademais, há que se diferenciar os atos de gestão propriamente ditos, os quais se relacionam à obrigação de prestar contas, da conduta de uma empresa que contrata com a Administração.⁶

É que, conforme remansosa jurisprudência do Tribunal, cabe ao administrador de recursos públicos comprovar a correta aplicação desses valores. Já em relação aos terceiros contratados pela administração, o ônus da prova não é invertido, de forma que caberia ao TCU, **in casu**, evidenciar minimamente a eventual conduta antijurídica da empresa para fins de lhe imputar o débito, o que não foi feito. Por esse motivo, proponho a exclusão da referida empresa da presente relação processual.⁷

O dever de prestar contas decorre, porém, da gestão de recursos e bens públicos. (...) Aquele que recebe importância da Administração pela contraprestação de serviços ou pelo fornecimento de bens não gere recurso nem bem público. (...)

Isso não quer dizer que a jurisdição da Corte de Contas não alcance terceiros fornecedores de bens e serviços. Significa, tão somente, que a condenação desses terceiros depende de prova a ser produzida pelo TCU. (...)

No caso vertente, ao contrário, tem-se apenas o depósito em conta corrente, sem ao menos um único indício de ilegalidade. (...) O gestor que realizou o pagamento é quem deve responder pela completa ausência de informação acerca da despesa.

18. Entendo que o Sr. Francisco Heitor Leão da Rocha, como beneficiário dos depósitos, não estava incumbido do dever de prestar contas e, nesse caso, cabendo ao TCU o ônus da prova, verifico que não há elementos nos autos que demonstrem cabalmente não ter havido algum tipo de contraprestação por parte do responsável.

19. Ademais, inexistindo para o responsável o dever de prestar contas, o fato de não ter apresentado comprovação da regular aplicação dos valores transferidos para sua conta pessoal no processo administrativo disciplinar (peça 50) ou a impossibilidade de fornecer os documentos ora exigidos de sua viúva não servem como fundamento para

⁶ TCU, Acórdão 2.544/2020, Plenário, Relator Bruno Dantas, j. 23/09/2020.

⁷ TCU, Acórdão 901/2018, 2ª Câmara, Relator José Mucio Monteiro, j. 06/03/2018.

sua responsabilização e presunção de débito, de modo que me alinho às conclusões do MP/TCU.⁸

75. O próprio Núcleo de Recursos reconhece que a apuração do valor do dano é ônus do Tribunal: *“em apurações da espécie, observado o disposto no artigo 191 do RI/TCDF, compete à Corte de Contas identificar os responsáveis e quantificar o valor do dano”* (Informação 34/2021, § 45). E não é possível apurar corretamente o dano efetivo sem que se conheça o valor efetivamente pago pelo Distrito Federal.

76. Respeitosamente, essa é uma informação básica: qual foi o prejuízo concreto à Administração? Não há nos autos qualquer prova acerca do quantitativo de fornecimento e dos valores efetivamente pagos à Recorrente, de modo que não há como aferir qual seria o valor que deveria ser supostamente ressarcido. Toda a discussão se limitou ao preço unitário do oxigênio líquido ofertado pela Recorrente, que seria supostamente maior que o “valor de mercado”, reputado pelo Corpo Técnico do TCDF como a média do valor de outros contratos de objeto similar.

F. O desrespeito ao princípio da proporcionalidade e à LINDB

77. Por fim, a Recorrente destaca que a condenação ao ressarcimento de valor milionário aos cofres do Distrito Federal consiste em medida severa, desproporcional e cujas consequências práticas não foram ponderadas pelo Tribunal.

78. O TCDF deixou de observar as normas de interpretação de direito público, introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro por meio da Lei 13.665/2018, especialmente o art. 20:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único: A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

79. Com respeito, é inafastável a avaliação pelo órgão julgador quanto às consequências práticas da sua decisão. Não é cabível que as decisões produzam efeitos insuportáveis para o sujeito.

80. No caso, a decisão é apta a inviabilizar operação de empresa essencial para o funcionamento das unidades de terapia intensiva nos hospitais do país – fundamentais para o combate da Covid-19.

⁸ TCU, Acórdão 5344/2014, 1ª Câmara, Relator Ministro Benjamin Zymler, j. 23/09/2014.

81. A decisão não contém motivação específica sobre a necessidade e adequação da medida, inclusive em face de possíveis alternativas, tal como a expedição de advertência ou a aplicação de uma multa. É indispensável que a avaliação sobre os efeitos práticos seja acompanhada de ponderação sobre as outras possibilidades para a solução da questão.

82. Além disso, mesmo que não se considere a condenação imposta à Recorrente propriamente uma sanção, os seus efeitos pecuniários possuem inequivocamente caráter sancionatório, sendo imprescindível a aplicação do art. 22, §2º, da Lei 13.655/2018, segundo o qual “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”.

83. A condenação da Recorrente ignora, data máxima vênia, que não houve qualquer dano ou prejuízo no caso concreto. O Contrato foi integralmente executado de forma satisfatória, inclusive todos os cinco aditivos, por um preço justo e adequado. O serviço foi efetivamente prestado, com a qualidade exigida – tanto é que houve várias prorrogações. O suposto sobrepreço não foi nem sequer demonstrado de modo efetivo (até porque inexistente).

84. E mais: o TCDF nem sequer ponderou o histórico da Recorrente, que é empresa tradicional no ramo, detentora de reputação inquestionável e de produtos de qualidade notória. Participa frequentemente de licitações públicas e fornece seus produtos com altíssimo grau de excelência. É uma das poucas empresas nacionais aptas e dedicadas a fornecer oxigênio líquido aos entes públicos – essencial para o tratamento de pacientes em terapia intensiva em razão da Covid-19. A atuação passada da Recorrente evidencia a sua competência e qualificação, incompatíveis com a manutenção da decisão recorrida.

85. No caso, os próprios agentes a quem cabia o controle dos preços receberam pena muito menos grave: a Decisão 2.185/2017 excluiu a responsabilidade solidária dos gestores e aplicou-lhes penalidade de multa, cujos valores variaram entre aproximadamente R\$ 7 mil e R\$ 34 mil, tendo sido posteriormente minorados pela Decisão 1.370/2019.

86. Portanto, não é coerente e consentâneo com o princípio da isonomia manter a severa condenação da Recorrente, que apenas aceitou as prorrogações porque presumia a legitimidade dos atos administrativos. Com respeito,

é cogente que o TCDF avalie de forma descritiva a totalidade das circunstâncias fáticas envolvidas, sob pena de invalidade da decisão.

G. Conclusão

87. Diante do exposto, e sempre respeitosamente, a Recorrente requer o reconhecimento da prescrição da pretensão ressarcitória do TCDF.

88. Caso não seja esse o entendimento, pede o integral provimento do recurso de reconsideração para o fim de se reconhecer que não há elementos consistentes para sustenta a convicção de sobrepreço, reformando-se as decisões recorridas.

89. Em caso de reforma, pede-se o afastamento de toda e qualquer sanção contra a Recorrente, haja vista que não estão presentes os requisitos mínimos necessários para puni-la. No mínimo, espera-se a redução da sanção aplicada, observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Pede Deferimento.

Brasília, 10 de junho de 2021.

pp. Marçal Justen Neto – OAB/PR 35.912

pp. Mayara Gasparoto Tonin – OAB/DF 54.228