

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 020.526/2009-5

Natureza: Embargos de Declaração em Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial

Entidade: Prefeitura Municipal de São José de Ubá - RJ

Responsáveis: Josely Ferreira de Siqueira (172.591.007-10); Klass Comércio e Representação Ltda. (02.332.985/0001-88); Luiz Antônio Trevisan Vedoin (594.563.531-68)

Interessados: Fundo Nacional de Saúde - MS (00.530.493/0001-71); Prefeitura Municipal de São José de Ubá - RJ (01.614.414/0001-73)

Representação legal: Ivo Marcelo Spinola da Rosa (13731/OAB-MT), representando Klass Comércio e Representação Ltda. e Luiz Antônio Trevisan Vedoin; Maíra Daniela Gonçalves Castaldi (11.291-E/OAB-DF) e outros, representando Paulo Fernando Feijó Torres; Leonardo Seder Machado Fontenele (OAB/RJ 128.683), com procuração a p. 8, peça 13, representando Josely Ferreira de Siqueira.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. CITAÇÃO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Josely Ferreira de Siqueira, contra o Acórdão nº 3.763/2015 – 2ª Câmara (peça 91).

2. Em atenção ao disposto no art. 69, inciso I, do RI/TCU, transcrevo a seguir a parte deliberativa do Acórdão nº 3.763/2015 – 2ª Câmara, ora embargado:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer do presente Recurso de Reconsideração, interposto pelo Sr. Josely Ferreira de Siqueira (CPF 172.591.007-10), ex-Prefeito do Município de São José de Ubá/RJ, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento para tornar sem efeito o item 9.5 do Acórdão nº 2.701/2012-TCU-2ª Câmara, mantendo todos os seus demais termos inalterados; e

9.2. dar conhecimento deste Acórdão, encaminhando cópia do respectivo Relatório e Voto, ao Recorrente, ao Fundo Nacional de Saúde - MS (00.530.493/0001-71) e ao Município de São José de Ubá/RJ.

3. Como se vê, por meio do Acórdão recorrido o Tribunal deu provimento parcial a Recurso de Reconsideração (peça 69) interposto contra o Acórdão nº 2.701/2012 – 2ª Câmara (peça 34).

4. Transcrevo a seguir, excerto da instrução lavrada no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 116), cujas conclusões contaram com a anuência do corpo diretivo daquela unidade técnica (peças 117 e 118).

“(…)

HISTÓRICO

1. *Cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE), resultado da conversão de processo de Representação autuado no TCU a partir de Relatório de Auditoria CGU/Denasus 5.107 (p. 3-33, peça 1), realizada em conjunto pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus e pela Controladoria Geral da União – CGU na Prefeitura Municipal de São José de Ubá/RJ.*

2.1. *A TCE tem como responsável o ex-prefeito Josely Ferreira de Siqueira, e versa sobre os recursos recebidos mediante o Convênio 1.008/2002 (Siafi 455978), celebrado com o Ministério da Saúde, cujo objeto foi a aquisição de uma (01) Unidade Móvel de Saúde - UMS (p. 1-8, peça 2).*

2.2. *O objeto do convênio foi alvo do grupo da chamada “Operação Sanguessuga”, procedimento deflagrado pela Polícia Federal para investigar fraudes em licitações e superfaturamentos nas aquisições de ambulâncias. Analisados os documentos integrantes da prestação de contas, e após vistoria no local, constatou-se a existência de superfaturamento na aquisição do veículo, no valor histórico de R\$ 28.747,02 (p. 36-37, peça 10).*

2.3. *O ex-prefeito foi citado – solidariamente com Klass Comércio e Representação Ltda., Leonildo de Andrade, Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Paulo Fernando Feijó – em razão de **superfaturamento na aquisição do veículo** objeto do Convite 3/2003. (p. 46-48, peça 10)*

2.4. *Ante a improcedência dos argumentos apresentados pelo ex-prefeito (peça 14, p. 18-21), pela empresa e pelo seu administrador de fato, e as irregularidades verificadas nos autos, as contas foram julgadas irregulares, e os responsáveis foram condenados solidariamente ao recolhimento do débito apurado. Foram-lhes ainda aplicadas multas, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992.*

2.5. *O Sr. Josely Ferreira de Siqueira interpôs recurso de reconsideração (peça 69), ao qual foi dado provimento parcial, acolhendo-se o argumento pela prescrição da multa aplicada. Ainda inconformado, o ex-prefeito opõe os presentes embargos de declaração (peça 111).*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. *Reitera-se o exame de admissibilidade (peça 113), que concluiu pelo conhecimento dos embargos de declaração, suspendendo-se o subitem 9.1 do Acórdão 3763/2015 – 2ª Câmara, cf. art. 34, §2º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 278, § 3º, do RI/TCU, no que tange aos efeitos sucumbentes ao embargante.*

EXAME TÉCNICO

3. Delimitação do Recurso

3.1 *Constituem objeto do recurso do embargante as seguintes questões:*

- a) *da omissão e contradição quanto à condição de agente político e à efetiva participação na fraude à licitação;*
- b) *da omissão quanto à não responsabilização dos outros agentes públicos que participaram da contratação e da omissão quanto à observância do enunciado da Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal;*

c) da omissão quanto à correspondência entre a tipologia penal dos fatos e as ações praticadas pelo embargante.

4. Questão – da omissão e contradição quanto à condição de agente político e à efetiva participação na fraude à licitação.

Argumento

5.1. Após lembrar que o inquérito policial teria sido arquivado por ausência de provas, o embargante assevera que o Acórdão ter-se-ia omitido em enfrentar o fato de que a conduta colusiva teria sido praticada pelos fabricantes de ambulâncias, não pelos gestores públicos, os quais também teriam sido vítimas de fraude.

Análise

5.2. O tema foi enfrentado no Relatório que fundamenta o Voto condutor do Acórdão recorrido, não tendo sido o caso de omissão nem sido constatada obscuridade:

37. Mesmo que a atuação do prefeito tenha ocorrido apenas de maneira negligente e não dolosa, a conduta de ambos se mostra determinante para a lesão: sem a conjunção das duas condutas, o dano ao erário federal não teria sido causado. A cobrança do ressarcimento deve ser realizada frente àqueles que causaram o prejuízo em comento – não somente a empresa fornecedora do bem, mas o gestor de recursos públicos federais utilizados de forma diversa da pactuada. Como ambas as ações são causa do dano, os agentes respondem pelo débito de forma solidária

5.3. Independente de conhecer ou não o funcionamento do conluio, o responsável agiu de maneira pelo menos culposa ao violar o dever jurídico de cuidado dele exigido. Desse modo, ainda que tenha agido de forma não dolosa, praticou ato irregular do qual resultou dano ao Erário.

5.4. Ainda que a proposta vencedora tenha sido aquela de menor valor entre as concorrentes, isso não é suficiente para garantir a legitimidade do certame. Seria necessário, ainda, assegurar que tal proposta estivesse compatível com os valores praticados pelo mercado, de modo a não prejudicar o Erário. Tal controle deve ser realizado pelo próprio executor da licitação, que necessitará de informações a serem obtidas mediante pesquisa prévia de preços, nos termos do art. 15, inciso V, e art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993.

5.5. A responsabilidade daquele que homologa o resultado é verificar se esse controle foi realizado pela Comissão de Licitação. A não realização desse controle eleva significativamente a probabilidade de que mesmo o lance aparentemente mais vantajoso à administração seja superior ao normalmente praticado pelos agentes econômicos, causando dano ao Erário. Reitere-se que não se exige que um Prefeito municipal realize a pesquisa de preços, mas apenas que, caso seja ele a autoridade competente para homologar uma licitação, certifique que tais controles foram praticados, sob pena de responder pelo prejuízo eventualmente causado ao patrimônio público.

5.6. Quanto à possibilidade da atuação de Prefeito de município conveniente como agente político ou como agente administrativo, a jurisprudência da Corte de Contas se consolidou a partir da Decisão TCU 180/1998 - Plenário, segundo a qual:

“Efetivamente, nem sempre quem firma determinado convênio é o responsável por sua execução. Casos existem, como no presente, em que a responsabilidade se apresenta sob duas faces: política e de gestão ou execução. Esta última não requer maiores reflexões, porquanto aparece na grande maioria dos feitos em que se examinam as prestações ou tomadas de contas, inclusive especiais, dos gestores de recursos públicos. O sujeito que assina é o mesmo que executa a avença, estando aí presente a responsabilidade subjetiva, pessoal do agente público stricto sensu. De outra parte, diferentemente daquela, merece especial atenção, para a justa definição das responsabilidades, as tratativas em que o signatário representante da

Administração detém Poder Público, ou seja, é investido de função ou cargo público eletivo ou político, sendo portanto mandatário da sociedade, como, por exemplo, o Presidente da República, um Governador de Estado e, em alguns casos, um Prefeito Municipal (quando assina convênios mas não é seu executor direto) (...)”

5.7. Foi salientado que tal entendimento é decorrência do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual 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. Ademais, o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 preceitua que quem quer que utilize dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.

5.8. Ao contrário do que alega o embargante, a questão foi enfrentada pelo Relatório que fundamentou o voto condutor do Acórdão recorrido. Nos termos ainda do Acórdão 2701/2012 – 2ª Câmara:

“o Sr. Josely Siqueira, **além de ter celebrado o convênio em questão** e de ter se comprometido a aplicar corretamente os valores do ajuste, foi também o responsável pela autorização da abertura dos procedimentos licitatórios para a aquisição da UMS conveniada (Convites 3 e 6/2003), pelas adjudicações e homologações dos certames, pelas autorizações dos pagamentos e pela prestação de contas do ajuste firmado, de modo que não há como esquivar-se da responsabilidade pelos atos apurados na presente TCE. (Peça 33)” [grifos acrescidos].

5.9. Já conforme consta do Relatório que fundamentou o voto condutor do Acórdão recorrido (peça 92, p. 5):

31. Saliente-se, no entanto, que o recorrente **não está sendo responsabilizado pela mera assinatura do convênio**, o que configura ato político, mas sim pela realização de **atos de gestão** dos recursos públicos federais repassados. Na oportunidade da citação do ex-prefeito, foi ressaltado que o superfaturamento foi facilitado pelo seu ato administrativo de **adjudicação e homologação** do processo licitatório sem a necessária realização de pesquisa de preços do bem adquirido, ferindo o art. 15, inciso V, § 1º, e art. 43, inciso IV, ambos da Lei 8.666/1993.

32. O Sr. Josely Siqueira, além de ter celebrado o convênio (peça 2, p.1-8) e de ter se comprometido a aplicar corretamente os valores do ajuste, foi também o responsável pela autorização da abertura dos procedimentos licitatórios para a aquisição da UMS conveniada, Convites 3 e 6/2003 (peça 6, p. 32; peça 7, p. 29), pelas adjudicações e homologações dos certames (peça 7, p. 22; peça 8, p. 9), pelas autorizações dos pagamentos (peça 4, p. 38, 42 e 46-47; peça 5, p. 8-10) e pela prestação de contas do ajuste firmado (peça 5, p.12).

5.10. Desse modo, não há como se reconhecer a existência de dúvida ou omissão quanto às questões aventadas.

5. Questão – da ausência de chamamento aos autos do procurador jurídico e dos demais responsáveis pela gestão dos recursos.

6.1. Entende necessário se esclarecerem os motivos que teriam levado à ausência de responsabilização dos agentes públicos que participaram da contratação, e imputação de responsabilidade a gestor agente político, o qual teria apenas assinado documento previamente analisado por parecerista jurídico, pelo controle interno e pelo presidente da Comissão de Licitação.

6.2. Considera também necessário esclarecer os motivos que teriam levado à ausência de chamamento aos autos do procurador jurídico à época, uma vez que a jurisprudência do Tribunal de

Contas da União seria no sentido de isentar o gestor que age apoiado em tese sustentável. Acrescenta que o embargante seria produtor rural, sem conhecimento técnico ou jurídico.

6.3. *Manifesta que o então prefeito municipal não teria decidido a modalidade licitatória, nem o projeto básico de processo de licitação, somente assinando os documentos precedidos de pareceres técnicos da procuradoria e da controladoria municipal. Após citar posicionamento doutrinário sobre o assunto, postula que teria agido conforme o Princípio da Razoabilidade ao consultar a orientação de órgãos como a Procuradoria Jurídica do Município e sua Assessoria Jurídica.*

6.4. *Entende que não seria possível se determinar, objetivamente, o motivo pelo qual teria sido ignorada a Súmula 510 do STF, segundo a qual “praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”. Segundo o embargante, uma vez que a comissão de licitação e os demais organismos municipais eram dotados de autonomia, não seria possível a responsabilização do agente público simplesmente pelo fato de ter assinado um convênio.*

Análise

6.5. *A hierarquia, conceito insito à organização da administração pública, envolve poder de comando, dever de obediência e, principalmente, poder-dever de fiscalização da conduta de seus subordinados e possibilidade de revisão dos atos praticados. O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, a menos que com eles tenha sido conivente, deixando de agir para impedir sua prática tendo deles ciência ou se negligenciar em descobri-los.*

6.6. *Ademais, a delegação de competência não delega responsabilidade, nos termos do Decreto-Lei 200/1967 (art. 10, caput, § 5º) e do Decreto 93.872/1986 (arts. 49, 54 e 142), conforme ressaltado nos Acórdãos TCU 56/1992 – Plenário, 17/1993 – 2ª Câmara, 26/1993 – Plenário, 54/1999 – Plenário, 153/2001 – 2ª Câmara e 606/2009 – Plenário. Cabe, por conseguinte, à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados (Acórdão 1619/2004 – Plenário).*

6.7. *É inadmissível, assim, o entendimento que o embargante constrói em sua argumentação, atribuindo a responsabilidade a seus subordinados. Tal posição transformaria o ato homologatório do gestor público em formalidade inócua, desprovida de qualquer eficácia quanto à fiscalização da conduta de seus subordinados, constituindo negligência com o trato da coisa pública e implicando assunção de responsabilidade pelas irregularidades eventualmente cometidas.*

6.8. *A competência da Comissão de Licitação se encerra justamente quando da homologação do procedimento licitatório. Tal competência envolve a habilitação dos licitantes e a classificação das propostas. Julgadas e classificadas as propostas, a Comissão de Licitação encaminha os autos da licitação à autoridade que a nomeou a fim de que esta, nos termos do dispositivo acima citado (art. 43, inciso VI, da Lei 8.666/1993) decida acerca da homologação e adjudicação do objeto ao licitante [FURTADO, Lucas R. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009].*

6.9. *Segue-se que a homologação não é ato de caráter meramente formal, de encaminhamento. É ato de decisão, que deve ser fundamentado. É ratificar os atos licitatórios, confirmá-los, conferindo-lhes aprovação para que produzam os efeitos necessários. Quem homologa, antes deve se certificar da legalidade dos atos praticados, conforme o Acórdão 509/2005 – Plenário. Sem o concurso do recorrente, a licitação com preços superfaturados não teria se consumado. Daí decorre sua responsabilidade subjetiva, ainda que na modalidade culposa. Vê-se que o artigo 43, inciso VI, da Lei 8.666/1993 estabelece que a homologação é deliberação da autoridade competente.*

6.10. *O gestor teria a alternativa de determinar o retorno dos autos para a correção das irregularidades, caso estas fossem supríveis, ou invalidar o procedimento, no todo ou em parte, caso inquinado de vício insanável. Observe-se que a homologação se situa no âmbito do poder de controle*

hierárquico da autoridade superior, tendo a natureza jurídica de ato administrativo de confirmação [CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. Pág. 265].

6.11. *Acrescente-se que a prestação de contas dos recursos constitui tarefa distinta da realização da licitação, não podendo ser imputada à Comissão de Licitação. Assim, a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais não era ônus da Comissão Permanente de Licitação nem do Parecerista jurídico, mas sim do próprio prefeito municipal, uma vez que ele agiu como gestor dos recursos ao homologar e adjudicar os processos licitatórios.*

6.12. *Conforme salientado no Relatório que fundamentou o Voto condutor do Acórdão embargado (p. 7, peça 92), o fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à censura do Tribunal. Em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo destes documentos. Assim, a existência de parecer não exime o gestor de responsabilidade, a qual é aferida levando em consideração a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, ex vi do art. 70, caput, e 71, inciso II, da Constituição Federal.*

6.13. *Observe-se que o parecer jurídico com o qual o recorrente busca afastar sua responsabilidade simplesmente afirma, sem aprofundamento, que o Convite “obedeceu às formalidades legais, tanto quanto aos preceitos que regem as Leis de Licitações quanto à obediência formal aos princípios [...] entende-se que foram, no aspecto formal, atendidas todas as exigências da Lei 8.666/93, não configurando, s.m.j., qualquer irregularidade que torne o processo nulo ou inexecutável” [grifos acrescidos] (p. 21, peça 7). O recorrente entendeu, dessa forma, por acatar parecer genérico e de fundamentação insuficiente para subsidiar adequadamente sua decisão.*

6.14. *Tal circunstância não passou despercebida ao Relatório que fundamentou o Voto condutor do Acórdão recorrido, conforme o qual “não há ‘tese jurídica aceitável’ nos pareceres (p. 21, peça 7 e p. 8, peça 8), que versam de forma genérica sobre ‘obediência às formalidades legais’”.*

6.15. *Verifica-se, portanto, que a Súmula 510 do STF não foi ignorada. Ela não foi citada apenas por não se aplicar ao caso em concreto, uma vez que o embargante foi responsabilizado pelos atos por ele cometidos, não por atos praticados por outras autoridades exercendo competência delegada.*

6.16. *Frise-se que o instituto da solidariedade passiva é benefício conferido pelo legislador ordinário ao credor, que pode exigir de um ou de algum dos devedores, parcial ou totalmente, o pagamento da integralidade da dívida, bem como renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores. A citação daqueles agentes que o gestor público vem a considerar terem contribuído para a falha que ele próprio veio a cometer não é, de modo nenhum, direito subjetivo do devedor, não havendo litisconsórcio passivo necessário em sede de TCE. Caso entenda que a Comissão de Licitação e o Parecerista Jurídico tenham sido decisivos para que tenha adotado a conduta que se revelou lesiva ao Erário, subsistirá ao devedor a faculdade de exigir de cada um dos codevedores a sua quota (arts. 275, 282 e 283 do Código Civil), em sede de Justiça Comum. De tal sorte, não é possível se falar que tenha sido cometida omissão pelo Acórdão embargado.*

6.17. *De toda forma, ainda que os membros da Comissão de Licitação e o Parecerista Jurídico tenham cometido atos irregulares, tal fato não afetaria a Responsabilidade Contábil-Financeira do então prefeito pelos atos que ele próprio tenha cometido, a qual foi apurada na presente TCE.*

6. Questão - da omissão quanto à correspondência entre a tipologia penal dos fatos e as ações praticadas pelo embargante

Argumento

7.1 *Julga preciso esclarecer também o confronto entre a tipologia penal dos fatos e as ações praticadas pelo embargante, uma vez que os tipos penais apontados como eficazes na investigação seriam aqueles previstos nos artigos 90 e 96 da Lei 8.666/1993, mas, no caso em exame, não teria havido intercessão de agente público ou gestor.*

Análise

7.2 *Ao contrário do que o embargante interpreta, em sede de Controle Externo das Contas Públicas, não é necessária a existência de correspondência entre as ações praticadas pelo responsável e as condutas típicas previstas na legislação penal. A Responsabilidade Contábil-Financeira, aplicada com fundamento no artigo 70 da Constituição Federal, não possui natureza penal.*

7.3 *Reitere-se que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa. Embora os agentes públicos estejam tradicionalmente submetidos a essas três esferas de responsabilidade, a Constituição Federal trouxe a previsão de **diversas outras instâncias de responsabilização** para a defesa de bens jurídicos fundamentais para a estruturação do Estado: a Responsabilidade político-constitucional (Art. 52, inc. I; art. 52, inc. II, art. 102, inc. I, alínea “c”; art. 105, inc. I, alínea “a”; art. 108, inc. I, alínea “a”; art. 96, inc. III, art. 29-A, §§ 2º e 3º), a Responsabilidade político-legislativa (Art. 55 e 56, inc. II; c/c art. 27, § 1º e art. 32, § 3º), a Responsabilidade eleitoral (Art. 14, § 9º), a Responsabilidade por improbidade administrativa (art. 37, § 4º) e a Responsabilidade Contábil-Financeira (art. 70 e 71, todos da CF/1988) [OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 88].*

7.4 *Uma vez que não se estão aplicando as penas do artigo 90 e 96 da Lei 8.666/1993, não foi nem será necessário caracterizar a conduta do responsável como um dos tipos delituais descritos nos referidos enunciados normativos.*

7.5 *Por outro lado, para os fins desta Tomada de Contas Especial, foi realizada a caracterização da conduta do embargante como ato ilegítimo e antieconômico causador de dano ao Erário, o que configura a irregularidade pela qual o embargante foi citado e justifica tanto o julgamento pela “irregularidade das contas” quanto a conseqüente imputação de débito no valor desse dano.*

(...)

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. *Diante do exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos embargos de declaração opostos pelo Sr. Josely Ferreira de Siqueira, propondo, com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992:*

a) *conhecer dos presentes embargos de declaração, para, no mérito, rejeitá-los; dar ciência da deliberação que vier a ser adotada ao embargante, à Procuradoria da República no Rio de Janeiro, ao Fundo Nacional de Saúde, ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS – DENASUS, à Controladoria Geral da União – CGU e aos demais interessados.*