

TC-013.797/2013-1

Tipo: Recurso de reconsideração em processo de tomada de contas especial

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de União dos Palmares/AL

Recorrente: Areski Damara de Omena Freitas Júnior (CPF 384.374.144-15)

Advogados: Álvaro José Silva Torres (OAB/AL 3.062), Bruno Mendes (OAB/AL 2.840), Diogo Prata Lima (OAB/AL 7.909) e Antenor Mateus Correia Neto (OAB/AL 8.222). Procuração: peças 5, 26 e 97.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Recurso de reconsideração. Tomada de contas especial. Ausência de pesquisa prévia de preços. Superfaturamento/sobrepço. Possibilidade de fornecimento fracionado para aumento de concorrência. Desnecessidade de conhecimentos jurídicos especiais. Homologação da licitação. Desnecessidade de comprovação de dolo específico. Incidência da LINDB. Suspensão do contrato e boa-fé. Culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Ausência de equivalência das condições de exoneração da Secretária de Educação. **Negar provimento.**

INTRODUÇÃO

Cuida-se de recurso de reconsideração em processo de tomada de contas especial interposto por Areski Damara de Omena Freitas Júnior (peças 101-102), ex-prefeito do Município de União dos Palmares/AL, buscando impugnar o Acórdão 4.464/2017-TCU-2ª Câmara (peça 34), mantido em sede de embargos declaratórios (Acórdão 8.501/2021-TCU-2ª Câmara – peça 86), ocasião em que o responsável teve suas contas julgadas irregulares, com imputação de débito e multa, em função de irregularidades observadas na compra de gêneros alimentícios no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae).

2. Eis o extrato das decisões recorridas:

Acórdão 4.464/2017-TCU-2ª Câmara (peça 34)

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial instaurada em função do Acórdão 2.691/2013-TCU- Segunda Câmara, motivada pela ocorrência de supostas irregularidades praticadas pelos gestores no Pregão Presencial (PP) 7/2010 e na contratação daí resultante, para compra de gêneros alimentícios pelo Município de União dos Palmares-AL, envolvendo recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e § 2º da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23,

inciso III, 28, inciso II da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, e §§ 5º, 6º, inciso II, e 7º, 209, § 7º, 210, 214, inciso III e 217 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. acolher as alegações de defesa de Gabriela Yasmine Lins de Albuquerque Pontes Freitas e excluí-la da relação processual;

9.2. julgar irregulares as contas de Areski Damara de Omena Freitas Júnior (CPF 384.374.144-15) e de Lúcio José Oliveira Bezerra (CPF 122.189.794-20), condenando-os, em solidariedade com a empresa Laguna Distribuidora Ltda. (CNPJ 07.888.067/0001-53), ao pagamento da quantia a seguir especificada, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores porventura ressarcidos:

Valor Original (R\$)	Data da ocorrência
48.408,52	22/6/2010

9.3. aplicar, individualmente, a Areski Damara de Omena Freitas Júnior (CPF 384.374.144-15), a Lúcio José Oliveira Bezerra (CPF 122.189.794-20) e à empresa Laguna Distribuidora Ltda. (CNPJ 07.888.067/0001-53), a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), fixando-lhes do prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. autorizar, caso solicitado, o pagamento das dívidas dos responsáveis em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovar perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de 30 (trinta) dias, a contar da parcela anterior, para comprovar o recolhimento das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma da legislação em vigor;

9.6. alertar os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor;

9.7. encaminhar cópia desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República em Alagoas e ao Promotor de Justiça Jorge Luiz Bezerra da Silva, para adoção das medidas que entender cabíveis.



Acórdão 8.501/2021-TCU-2ª Câmara (peça 86)

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração interpostos por Areski Damara de Omena Júnior contra o Acórdão 4.464/2017-TCU-2ª Câmara, retificado pelo Acórdão 6.804/2017-TCU- 2ª Câmara;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo relator, com fulcro nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 277, inciso III, e 287 do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer dos Embargos de Declaração opostos por Areski Damara de Omena Freitas Júnior para, no mérito, rejeitá-los e manter inalterada a deliberação recorrida;

9.2. dar ciência da presente deliberação ao embargante.

HISTÓRICO

3. O TCU realizou auditoria de conformidade no Programa Nacional de Alimentação Escolar (Processo TC-008.866/2012-0), analisando a execução do programa na Prefeitura de União dos Palmares/AL, tendo identificado irregularidades relacionadas à ausência de pesquisa de preços na Concorrência realizada, bem como o sobrepreço/superfaturamento na aquisição de gêneros alimentícios para o ano de 2010, ensejando a instauração do presente processo de tomada de contas especial (Acórdão 2.691/2013-TCU-2ª Câmara).

4. Após o devido processo legal, o responsável teve suas contas julgadas irregulares, com imputação de débito e multa (Acórdão 4.464/2017-TCU-2ª Câmara - peça 34), decisão contra a qual se insurge o recorrente.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

5. Nenhuma divergência a ser apontada quanto à proposta positiva de admissibilidade contida nas peças 103-104 e acolhida pelo e. Relator Min. Raimundo Carreiro (peça 110).

EXAME DE MÉRITO

6. Delimitação

7. É objeto do recurso analisar a efetiva participação do prefeito nas irregularidades identificadas na licitação, bem como o grau de culpabilidade e a contribuição para os desvios ocorridos.

8. Questão preliminar: da análise da ocorrência de prescrição com a incidência do julgamento do RE 669.069/STF

9. Considerando a orientação contida no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário para análise *ex officio* da questão de prescrição (item 9.1.6), passemos à análise da eventual ocorrência da prescrição no presente caso, segundo os entendimentos mais recentes do STF e do TCU.

Análise

10. No caso em exame, as irregularidades atribuídas ao recorrente se referem a condutas e omissões no curso da Concorrência 7/2010, levadas ao conhecimento da Corte pelo trâmite do

processo de auditoria **TC-008.866/2012-0**, com a citação do responsável em **28/5/2013** (peça 9) e julgamento em **23/5/2017** (peça 34), evidenciando, portanto, a inoccorrência de prescrição pela incidência da Lei 9.873/1999 e o prazo de cinco anos previsto no art. 1º daquela Lei.

11. Note-se que, em se tratando de irregularidades constatadas em fiscalizações, denúncias e representações, segundo pontuado no julgamento da ADI 5509/STF, “deve-se contar o **prazo prescricional a partir da data do conhecimento da irregularidade nos casos em que, por iniciativa própria, o Tribunal realiza auditorias ou inspeções**, assim como nos casos em que a ele são diretamente levadas as informações necessárias para a instauração de tomada de contas especial”, qual seja, o Relatório de Fiscalização 357/2012, de **18/6/2012** (peça 69, do TC-008.866/2012-0), com a causa interruptiva decorrente da citação do responsável (art. 2º, I da Lei 9.873/99).

12. Da participação do ex-prefeito na ocorrência das irregularidades e da constatação de erro administrativo escusável

13. Alega o recorrente a ausência de contribuição pessoal nas ocorrências que resultaram as irregularidades identificadas no Pregão 7/2010, uma vez que seria exagero a exigência de conhecimentos jurídicos específicos para a homologação do certame. Aponta a adoção de providência posterior de suspensão de execução do contrato (Portaria 179/2010) e rescisão da avença, caracterizando a boa-fé e ausência de negligência e omissão por parte do ex-prefeito.

14. Assevera a ocorrência de erro administrativo escusável, não sendo possível a responsabilização do prefeito segundo a doutrina apontada pelo responsável, pleiteando a incidência do art. 22 da Lei 12.376/2010, com necessidade de análise das circunstâncias práticas e das dificuldades administrativas enfrentadas pelo gestor.

Análise

15. As irregularidades que ensejaram a responsabilização do ex-prefeito foram a: a) ausência de pesquisa prévia de preços; b) ocorrência de sobrepreço e superfaturamento nas aquisições; c) realização de pregão do tipo menor preço global por lote sem justificativa, não sendo exigível o domínio de conhecimentos jurídicos específicos para o cumprimento da norma de licitação.

16. É inegável que, mesmo no âmbito das relações privadas, qualquer espécie de aquisição deve ser precedida de uma criteriosa análise prévia de preços, buscando conhecer o preço médio de mercado dos bens adquiridos. Em se tratando de aquisição à conta de recursos públicos federais, é obrigatória a verificação da conformidade das propostas com “os preços correntes no mercado” (art. 43 da Lei 8.666/93), não sendo possível afirmar, portanto, que a homologação da licitação que não foi procedida de levantamento de preços seja uma ocorrência de erro administrativo escusável.

17. A ocorrência de superfaturamento é decorrência natural da ausência de pesquisa prévia de preços: tendo celebrado o contrato e determinado o pagamento das faturas em discordância com os valores médios de mercado, o recorrente não pode alegar a ignorância da lei, uma vez que as irregularidades anteriores maculam os atos de liquidação da despesa posteriormente ocorridos.

18. No mesmo sentido, não se pode ignorar a possibilidade de divisão do objeto indicada nos art. 3º, § 1º, inc. I, art. 15, inc. IV, art. 23, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93, bem como a Súmula 247 do TCU, no sentido de admitir a adjudicação por item, permitindo a ampla participação de licitantes que tenham capacidade de fornecimento parcial do objeto, sendo intuitivo para qualquer gestor que a concentração da compra em um lote único importaria a redução da competição e a possibilidade de violação do princípio da competitividade, também não sendo exigível conhecimentos especializados.

19. No que tange à suspensão posterior do contrato, resta evidenciado que os atos de apuração no âmbito da administração local foram deflagrados após a provocação do Ministério Público (peça 24, p. 10-17), como resposta posterior à ação de improbidade que narrava a “falta de fornecimento da alimentação” e “ausência de condições de consumo dos gêneros alimentícios” (peça 24, p. 24), o que mitiga a ocorrência de boa-fé e a ausência de negligência por parte do gestor público, dada a ausência de medidas anteriores à provocação do *Parquet* Federal.

20. Quanto à incidência da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), deve ser apontada a vasta Jurisprudência da Corte no sentido de que a vigência daquela norma não provocou uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito, uma vez que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana.

21. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, não sendo o caso em debate.

22. Por fim, ao se levar em consideração as condições concretas da gestão do responsável, deve se notar que o Município tem uma população baixa (inferior à 100.000 habitantes, critério utilizado no julgamento do Acórdão 8.028/2016-TCU-2ª Câmara. Rel. Min. Ana Arraes), motivo pelo qual se mostra razoável a maior exigência de controle dos atos das instâncias subordinadas, com a incidência plena da responsabilidade por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, especialmente pela relevância da contratação para suprir as demandas sociais do Município.

23. Da aplicação analógica do entendimento adotado na exoneração da Secretária de Educação do Município

24. Afirma a incoerência na isenção da responsabilidade da ex-Secretária de Educação Municipal pela ausência de participação na elaboração do edital e, ao mesmo tempo, a condenação do responsável que não teve participação na elaboração do edital, propondo a incidência do entendimento contido no Acórdão 15.107/2018-TCU-1ª Câmara (Rel. Min. Vital do Rego), havendo relação analógica com o caso em debate.

Análise

25. A exoneração de responsabilidade da então Secretária de Educação Gabriela Yasmini Lins de Albuquerque Pontes Freitas decorre da ausência de prática de atos efetivos no curso da licitação, tendo apenas requerido a realização do procedimento de licitação (peça 30, p. 12, item 97 c/c peça 35, p. 3, item 24), não havendo relação de analogia com a situação do ex-Prefeito que

assinou e homologou a licitação para a qual não havia uma efetiva pesquisa de preços, resultando o superfaturamento observado.

26. Da culpabilidade do ex-Prefeito em relação às ocorrências no processo de licitação

27. Rejeita o recorrente a presença de culpa grave como definida no art. 12, § 2º, do Decreto 9.830/2019, uma vez que a ocorrência seria imperceptível ou impossível de ser evitada por pessoa de diligência normal. Entende que não estaria caracterizado o elevado grau de negligência, não havendo elemento subjetivo culposo na conduta, uma vez que a culpabilidade leve não poderia conduzir à responsabilidade pela observância da boa-fé-subjetiva, uma vez que a conduta estaria dentro da expectativa do homem médio.

Análise

28. A regra geral da responsabilização no âmbito das Cortes de Contas é a adoção da teoria subjetiva da responsabilidade, com a necessidade de evidenciação do dolo ou culpa na conduta ou na omissão do responsável, conforme se extrai da jurisprudência da Corte:

No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. Portanto, são exigidos, simultaneamente, três pressupostos para a responsabilização do gestor: i) ato ilícito na gestão dos recursos públicos; ii) conduta dolosa ou culposa; iii) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excluyente de culpabilidade, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude. (Acórdão 2781/2016-TCU-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler)

29. A responsabilidade dos gestores perante o TCU, por ser de natureza subjetiva, pode se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos da União. (Acórdão 1.316/2016-TCU-Plenário. Rel. Min. Ana Arraes).

30. Assim, a responsabilidade do jurisdicionado perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de culpa em sentido estrito (*stricto sensu*), sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa (elemento subjetivo específico) ou má-fé do gestor para que ele seja sujeito à responsabilização, também não sendo necessária a comprovação de práticas de acerto ou conluio por parte do gestor (e.g. Acórdão 635/2017-TCU-Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz).

31. Nota-se que a omissão dolosa referenciada no art. 12, § 2º, do Decreto 9.830/2019 foi devidamente caracterizada pelo comportamento do ex-Prefeito na homologação de licitação que não foi procedida de uma pesquisa de preços (importando o superfaturamento na aquisição dos gêneros alimentícios), bem como a inadmissão de fracionamento do objeto, ocorrência que independe de qualquer conhecimento jurídico especializado do gestor, uma vez que a exigência existiria até mesmo em uma contratação na esfera privada, se tratando de providências ao alcance do gestor diligente.

32. Portanto, em face de um processo de licitação e contratação instruído de forma deficiente, desafia a percepção do homem médio a ausência de uma referência concreta dos preços dos bens licitados, bem como a redução da competitividade pela exigência de que uma única



empresa fizesse o fornecimento de todos os gêneros alimentícios, conquanto a situação claramente admitisse a participação de empresas que pudessem fazer o fornecimento parcial, não se podendo admitir a atuação meramente formal do ex-Prefeito na homologação do feito, sem realizar qualquer questionamento da ausência de análise de elemento essencial na contratação (preço).

CONCLUSÕES

33. As irregularidades observadas na licitação relacionadas à ausência de pesquisa de preços, sobrepreço na contratação e realização de pregão sem possibilidade de ingresso de fornecedores parciais do objeto poderiam ser identificadas independentemente da exigência de conhecimentos jurídicos especializados, sendo que a homologação da licitação pelo Prefeito é causa para as irregularidades observadas.

34. Não é necessária a comprovação de um dolo específico nas ações que resultaram dano ao erário, sendo suficiente a caracterização da conduta dolosa e da culpa em sentido estrito, não havendo modificação da obrigação de ressarcimento de danos causados pelas normas advindas da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB). A suspensão da execução do contrato adveio como resposta ao procedimento iniciado pelo Ministério Público Federal, mitigando o reconhecimento da boa-fé na conduta do responsável.

35. As condições reais do gestor apontam para uma licitação ocorrida em Município de baixo quantitativo populacional, existindo uma maior proximidade das instâncias superiores e subordinadas, sendo correta a incidência da responsabilidade *in eligendo* e *in vigilando*, especialmente pela relevância do contrato para aquisição de gêneros alimentícios.

36. As condições de julgamento de regularidade das contas da ex-Secretária da Educação não se equivalem à situação do recorrente que efetivamente praticou atos de ratificação de atos praticados por instâncias subordinadas, razão pela qual os motivos que ensejaram a exoneração daquela responsável não são aplicáveis à situação do gestor municipal.

37. A responsabilidade perante o TCU é de natureza subjetiva, bastando a caracterização da culpa em sentido estrito, não se exigindo a comprovação de um dolo fraudatório específico. As irregularidades eram identificáveis pelo padrão do homem médio, em se tratando de conduta imprudente até mesmo na conduta na esfera civil (contratação não precedida de pesquisa de preços que resulta sobrepreço/superfaturamento).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Deste modo, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Areski Damara de Omena Freitas Júnior, contra o Acórdão 4.464/2017-TCU-2ª Câmara, para propor, com base nos artigos 32 e 33 da Lei 8.443/92, combinados com o art. 285 do RI/TCU, conhecer e negar provimento ao recurso, dando ciência ao recorrente e à Procuradoria da República em Alagoas da decisão que vier a ser adotada.

TCU/Secretaria de Recursos/4ª Diretoria em 7 de março de 2022

(assinado eletronicamente)
Weverton Ribeiro Severo
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 5062-8