

GRUPO II – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 020.364/2009-5

Natureza: Embargos de Declaração

Entidade: Prefeitura Municipal de Sorriso - MT

Recorrente: José Domingos Fraga Filho (110.210.551-15);

Advogado constituído nos autos: Darlã Martins Vargas (OAB/MT 5300-b); Alexandre Melo Soares (OAB/DF 34786)

SUMÁRIO: Tomada de Contas Especial. Convênio. Aquisição de unidade móvel de saúde. Operação Sanguessuga. Superfaturamento. Contas irregulares. Débito solidário. Multa. Acórdão 10.932/2011 – 2ª Câmara. Recurso de Reconsideração. Conhecimento. Negativa de provimento. Ciência às partes e aos interessados. Embargos de declaração. conhecimento. rejeição.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, originalmente, de Tomada de Contas Especial (TCE) decorrente de representação encaminhada a este Tribunal versando sobre irregularidades identificadas no convênio nº 2761/2000, celebrado entre o Fundo Nacional de Saúde (FNS) e a Prefeitura Municipal de Sorriso/MT, no valor total de R\$ 132.000,00, sendo R\$ 12.000,00 correspondente à contrapartida municipal, destinado à aquisição de 1 (uma) unidade móvel de saúde - UMS, do tipo ônibus, com consultório médico-odontológico.

2. Ao apreciar o mérito da referida TCE, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 10.932/2011 – 2ª Câmara, julgou irregulares as contas do senhor José Domingos Fraga Filho, ex-Prefeito do Município de Sorriso/MT, imputou-lhe débito no valor de R\$ 27.776,59 e aplicou-lhe multa no valor de R\$ 3.000,00.

3. Irresignado, o senhor José Domingos Fraga Filho interpôs recurso de reconsideração que, por intermédio do Acórdão 8.754/2012 – 2ª Câmara, foi conhecido e não provido.

4. Desta feita, aprecia-se embargos de declaração, por meio dos quais o senhor José Domingos Fraga Filho apresenta, por intermédio de advogado regulamente constituído, os seguintes argumentos:

“2. DA TEMPESTIVIDADE:

O prazo para a interposição dos Embargos de Declaração encontra-se disposto no artigo 287 do Regimento Interno (Resolução-TCU na. 246, de 30 de novembro de 2011) deste e. Tribunal de Contas que assim determina: (in verbis)

“Art. 287. Cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal.

§1º Os embargos de declaração poderão ser opostos por escrito pela parte ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de dez dias, contados na forma prevista no art. 183, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissos.

§2º Os embargos de declaração serão submetidos à deliberação do colegiado competente pelo relator ou pelo redator, conforme o caso.

§3º Os embargos de declaração suspendem os prazos para cumprimento do acórdão embargado e para interposição dos demais recursos previstos neste Regimento, aplicando-se, entretanto, o disposto no §1º do art. 285;

§4º Interpostos embargos de declaração contra acórdão proferido em processo relatado por ministro substituto convocado, este permanece vinculado ao respectivo processo.

§5º Ao apreciar embargos de declaração opostos contra decisão proferida por câmara que deixou de integrar, o ministro, excepcionalmente, relatará o processo e proferirá o seu voto na câmara de origem.

§6º Os embargos de declaração meramente protelatórios serão recebidos como petição, por meio de despacho do relator, não se lhes aplicando o disposto no §3º deste artigo;

§7º Conferidos efeitos infringentes aos embargos, serão devolvidos os prazos a todos os interessados'

É certo que o v. acórdão embargado foi publicado no Diário Oficial da União que circulou no dia 26 de novembro de 2012, na Seção 1 - 226, página 196, sendo, portanto, o prazo **ad quem** no dia 6 de dezembro de 2012. Assim sendo, encontra-se evidenciada a tempestividade recursal, razão pela qual deverão os mesmos restar conhecidos por Vossa Excelência.

3. PRELIMINARMENTE:

Requer o Embargante que os presentes embargos sejam conhecidos, pois presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, interrompendo-se, com efeito, o prazo para a interposição de eventuais recursos, nos termos do §3º da norma supracitada.

4. DO MÉRITO:

4.1. DA OMISSÃO NA ANÁLISE DAS TESES DE DEFESA ARGUIDAS NO RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO:

Depreende-se do Recurso de Reconsideração que duas foram as principais teses arguidas, quais sejam:

a) Da falta de individualização da conduta praticada pelo recorrente/embargante que levou ao prejuízo do Erário;

b) Da não participação em nenhuma das fases de licitação, além da vedação a aplicação da responsabilidade objetiva;

Ocorre, todavia, que o nobre prolator da R. decisão que julgou o Recurso de Reconsideração se omitiu de analisar tais arguições, como se vê da seguinte descrição do voto que fundamentou o R. aresto embargado (verbis):

'VOTO.

Cuidam os presentes autos, originalmente, de tomada de Contas Especial decorrente de representação encaminhada a este Tribunal relativamente a irregularidades identificadas no convênio nº 2761/2000, celebrado entre o Fundo Nacional de Saúde (FNS) e a Prefeitura Municipal de Sorriso/MT, no valor total de R\$ 132.000,00, sendo R\$ 12.000,00 correspondente à contrapartida municipal, destinado à aquisição de 1 (uma) unidade móvel de saúde- UMS, do tipo ônibus, com consultório médico odontológico.

2. Nesta oportunidade, aprecia-se recurso de reconsideração interposto pelo Sr. José Domingos Fraga Filho, ex-prefeito do Município de Sorriso/MT, contra o Acórdão 10932/2011 - 2ª Câmara, por meio do qual suas contas foram julgadas irregulares, foi-lhe imputado débito no valor de R\$ 27.776,59 e foi-lhe aplicada multa no valor de R\$ 3.000,00.

3. Quanto à admissibilidade, atendidos os requisitos atinentes à espécie recursal, o presente recurso de reconsideração deve ser conhecido.

4. No mérito, registro, desde logo, que anua às conclusões da Secretaria de Recursos (Serur), ratificadas pelo MPITCU, cujos fundamentos de sua análise incorporo às minhas razões de decidir.

5. Com efeito, os argumentos colacionados pelo recorrente, os quais foram adequadamente sintetizados pelo auditor incumbido da análise do feito no âmbito da Serur, não possuem o condão de afastar a responsabilização atribuída ao recorrente e, tampouco, fomentar a revisão da gradação da sanção imposta com fundamento no artigo 57 da Lei Orgânica deste Tribunal.

6. É de se destacar que o gestor teve participação ativa nos problemas verificados ao tempo do Acórdão recorrido, tendo homologado a licitação e contratado, por valores superiores aos praticados pelo mercado, o objeto pactuado com o FNS. Dai advieram o débito e a sanção imposta ao recorrente.

7. Ademais, naquele decisum restou evidenciado que o recorrente não praticou atos meramente burocráticos, destinados apenas ao impulso dos processos de contratação, mas deu azo à aquisição então impugnada por esta Corte de Contas. Nesse sentido, memoro excerto do voto exarado pelo relator **a quo**:

16. Tais alegações do Sr. José Domingos Fraga Filho, não podem ser acolhidas, como evidenciou a unidade técnica, uma vez que:

a) Não procede a afirmação do Sr. José Domingos que o certame teria ocorrido sem qualquer participação ativa no processo de aquisição da UMS ora analisado. O então prefeito foi responsável pela solicitação de recursos para aquisição da unidade (fl. 33), pela assinatura do convênio (fls. 51), pela adjudicação e homologação da Tomada de Preços 8/2001 (fls. 176-177), validando os atos praticados pela CPL, e pela ordem de pagamento".

Com essas considerações, acompanhando os pareceres precedentes, julgo no sentido de negar provimento ao presente recurso, mantendo-se inalterada a deliberação recorrida.

TCU, sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de novembro de 2012.

JOSÉ JORGE

Relator'.

Desnecessárias, portanto, maiores considerações a respeito da omissão havida na R. decisão acerca das teses defensivas acima mencionadas, em especial quanto à indicação da conduta do embargante que levou ao resultado (prejuízo ao erário).

De se notar que se a conduta não está revestida de dolo ou culpa não há que se falar em ato ilícito, razão pela qual, a responsabilidade deve ser subjetiva do gestor, e, jamais objetiva. Não se pode olvidar que a simples assertiva descrita no R. acórdão embargado de que (sic) 'o gestor teve participação ativa nos problemas verificados ao tempo do acórdão recorrido, tendo homologado a

licitação e contratado, por valores superiores aos praticados pelo mercado, o objeto pactuado com o FNS. Dai advieram o débito e a sanção imposta ao recorrente’, não supre a necessária descrição da conduta delituosa do embargante, pois, se a homologação não se deu por dolo ou culpa, não será ela ilícita.

*No presente caso, com a devida vênia, restou demonstrado e comprovado, cabalmente, que nenhum destes elementos volitivos estavam presentes, **a uma** porque, a conduta dolosa é afastada pelos próprios técnicos auditores que analisaram os presentes atos e, **a duas** porque, não se pode falar em culpa na sua conduta uma vez que tomou todas as precauções necessárias antes de assinar a homologação solicitando pareceres técnico-jurídicos que concluíram pela legalidade do procedimento!!*

Neste sentido, como informado na sustentação oral realizada na Sessão do dia 20 de novembro de 2012, esse Colendo Tribunal de Contas da União já consagrou entendimento de que o Gestor não pode ser responsabilizado se o parecer é favorável à homologação, desde que, evidentemente, o parecer não seja desarrazoado, omissivo ou tendencioso.

Note-se, portanto, que o fundamento do voto, com o devido respeito, não indica qual foi a conduta delituosa (dolosa ou culposa) praticada pelo embargante que levou a existência do prejuízo ao erário, elemento imprescindível para embasar uma condenação, como a realizada nos presentes autos.

Por outro lado, eminente Relator, o Recurso de Reconsideração contestou as assertivas lançadas pelo eminente Ministro Aroldo Cedraz, no v. acórdão originário de nº 10.932/2011 – 2ª Câmara, e, reproduzidas por Vossa Excelência, neste v. acórdão embargado de que: (sic) ‘O então prefeito foi responsável pela solicitação de recursos para aquisição da unidade (fl. 33)), pela assinatura do convênio (fls. 51), pela adjudicação e homologação da Tomada de Preços 8/2001 (fls. 176-177), validando os atos praticados pela CPL, e pela ordem de pagamento’, igualmente não indica a conduta delituosa (dolosa ou culposa) praticada pelo embargante, mas apenas e tão somente a prática de uma conduta que como já visto, por primeiro, a solicitação de recursos para aquisição da unidade é um ato vinculado, sem o qual, o bem comum não seria alcançado, qual seja, a aquisição de uma Unidade Móvel de Saúde. Note-se, absolutamente, esse ato em nada tem a ver com o procedimento licitatório de aquisição daquela Unidade. Ato, portanto, totalmente legal!

Segundo a assinatura do Convênio, igualmente é um ato vinculado, onde o administrador decidiu pela sua prática, em razão da conveniência administrativa uma vez que, as circunstâncias conduziam ao verdadeiro e único objetivo do ato, qual seja o interesse público. Tal ato, não demonstra nenhuma participação (conduta) do recorrente na aquisição da Unidade Móvel de Saúde, sendo, também, um ato totalmente legal, sem que haja a indicação de nenhuma irregularidade.

Por fim, e, terceiro, a Adjudicação e Homologação da Tomada de Preços, nº 8/2001, nada obstante tratar-se de atos conclusivos do processo administrativo, devendo ser praticados a partir da análise do atendimento de todas as exigências normativas e a conveniência administrativa, só foi praticado porque precedido e embasado em parecer técnico-jurídico que lhe confirmara a legalidade dos atos até então realizados (parecer - fls. 21 daquele procedimento).

Aliás, e a bem da verdade, sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso também já firmou posição em decisão cuja relatoria coube ao Desembargador Manoel Omellas de Almeida, cuja ementa é a seguinte: (verbis)

*Tribunal de Justiça do Mato Grosso
CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS*

AÇÃO PENAL PÚBLICA ORIGINARIA - CLASSE I - 02 - NO 242/00 - VARZEA GRANDE

Relator: EXMO. SR. DES. MANOEL ORNELLAS DE ALMEIDA

Partes: AUTORA - JUSTIÇA PÚBLICA Réu - JAYME VERISSÍMO DE CAMPOS TJ

Ementa: AÇÃO PENAL ORIGINARIA RECEBIMENTO DE DENÚNCIA NEGATIVA DE EXECUÇÃO DE LEIS CRIME PREVISTO NO DECRETO-LEI 201/67, ART. 10, XIV PERMISSÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE - DISPENSA DE LICITAÇÃO TEMPORARIA OUTORGA MEDIANTE PROCESSO EM OBEDIÊNCIA A ORIENTAÇÃO Jurídica CONDUTA PENAL INEXISTENTE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO COMO REGRA DISPENSA PERMITIDA A EXCEÇÃO AUSÊNCIA DE DOLO REJEIÇÃO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA. O prefeito municipal que, diante de necessidade premente, mediante processo específico, em face de parecer jurídico favorável, permite, em caráter precário, pelo prazo de 180 dias, a prestação de serviço de transporte urbano até que realize licitação pública, não pratica nenhum delito, mormente o de desrespeito às leis federal, estadual ou municipal, impondo-se a rejeição de denúncia contra si oferecida sob fundamento de ser essa conduta delitiva'

No mesmo sentido, inclusive, várias decisões do e. Superior Tribunal de Justiça, se não vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. ASSESSORIA Jurídica. PROCURADOR. PARECER Jurídico. LICITAÇÃO. FALTA DE PROVA DE CONLUIO COM A ADMINISTRAÇÃO OU MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS AFASTADA. 1. A decisão agravada não pode ser mantida, pois não delimitou a cota de responsabilidade do agravante no evento. Não restou demonstrado que, no futuro, possa a União deixar de receber o que lhe é devido. 2. Ademais, o magistrado impôs a criação de cláusula de inalienabilidade de bem, sem previsão legal específica. 3. Agravo provido. (AG 0017127-63.2012.4.01.00001 MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.176 de 28/6/2012)

'PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. Prescrição ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 438/STJ. FRAUDE A LICITAÇÃO. LEI N. 8.666/1993, ART. 90. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PARECER Jurídico. RELACÃO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. 1. Consoante decidiu o STF: "Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.' (MS 24. 6311DF. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 9/8/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

2. Na hipótese, a Paciente foi denunciada pelo Ministério Público Federal, juntamente com diversas outras pessoas, por ter, supostamente, 'frustrado o caráter competitivo' de

procedimento licitatório, emitir Parecer Jurídico, indicando a possibilidade de contratação direta de um hospital, porque o caso estaria enquadrado entre as hipóteses de inexigibilidade de licitação. 3. Para que se conclua pela responsabilização ou não do parecerista, necessário se faz uma análise cuidadosa da relação de causalidade entre o parecer emitido e a decisão de dispensa indevida de licitação, da qual além de ter resultado dano à administração pública, configurou o crime descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, sendo necessária, também, a existência de dolo ou culpa na conduta do parecerista. Aspectos não evidenciados, na hipótese. 4. Ordem de habeas corpus concedida. (HC 0055057-86.2010.4.01.0000 / TO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL GUILHERME MENDONÇA DOEHLER (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.149 de 16/2/2012)"

De forma evidente, portanto, considerando-se que a Lei de Licitações, nº 8.666/93 estabelece a obrigatoriedade de emissão de parecer jurídico, nos moldes do art. 38, inciso VI e único, tal ato é vinculante e, via de consequência, não há se falar em conduta delituosa do Gestor.

Nada obstante, muito embora o Recurso de Reconsideração tenha de forma clara e insofismável arguido tal premissa, o v. acórdão embargado manteve-se omissivo com relação a esta tese, necessitando, por isso, ser reformado em caráter infringente.

7. PEDIDO:

PELO EXPOSTO, requer o embargante.

a) primeiramente, sejam os presentes embargos recebidos e acolhidos, inclusive no seu efeito modificativo (§7º, art. 287 do RITCU), para que, a partir da adequada apreciação do caso em tela, seja afastada a omissão existente e, via de consequência, reformada a decisão que negou provimento ao Recurso de Reconsideração;

b) por via de consequência, reconhecendo a inexistência de conduta delituosa (dolosa ou culposa) por parte do embargante, afastando, por isso, sua culpabilidade, e por esta razão, absolvendo-o da aplicação de multa e do dever de ressarcir o valor de R\$ 27.776,59 (vinte e sete mil, setecentos e setenta e seis reais e cinqüenta e nove centavos) devidamente corrigidos."

É o relatório.