

TC 001.652/2012-5

Tipo: Tomada de contas especial (embargos de declaração em sede de Recurso de Reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Guaramiranga/CE

Recorrente: Luis Eduardo Viana Vieira (CPF 665.424.053-72) e Lúcia Andrade da Rocha Sampaio (CPF 118.367.253-53).

Advogado: Augusto César Viana Ponte (OAB/CE 8.195). Procurações: peças 34 e 38.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de contas especial. Irregularidades na aplicação de recursos do Pnate. Subcontratação integral sem autorização. Sobrepreço. Má prestação dos serviços. Contas irregulares. Débito. Multa. Recursos de reconsideração parcialmente providos. Embargos de declaração. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Intuito de rediscutir o mérito da causa. Rejeição dos embargos.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de embargos de declaração (peças 57) opostos pelo Prefeito de Guaramiranga Luis Eduardo Viana Vieira e pela ex-Secretária Municipal de Educação Lúcia Andrade da Rocha Sampaio contra o Acórdão 3.929/2014-TCU-1ª Câmara (peça 48), que negou deu provimento parcial aos recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 4.864/2013-TCU-1ª Câmara (peça 21, p.49-50).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, e na Súmula 145 da Jurisprudência do TCU:

9.1. conhecer dos recursos de reconsideração, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, alterando os subitens 9.1 e 9.2 do Acórdão 4.864/2013 - 1ª Câmara, para que passem a constar com o seguinte teor:

‘9.1. julgar irregulares as contas dos responsáveis Luís Eduardo Viana Vieira, Prefeito Municipal de Guaramiranga/CE, Lúcia Andrade da Rocha Sampaio, ex-Secretária Municipal de Educação, e Performance Rent a Car Ltda. - ME, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, e § 2º, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, e condená-los, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 18.638,40 (dezoito mil, seiscentos e trinta e oito reais e quarenta centavos), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das respectivas notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno/TCU), 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 de 31/12/2010 até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.2. aplicar aos responsáveis Luís Eduardo Viana Vieira, Prefeito Municipal de Guaramiranga/CE, Lúcia Andrade da Rocha Sampaio, ex-Secretária Municipal de Educação, e Performance Rent a Car Ltda. - ME, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor

individual de R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea 'a', do RI/TCU, o recolhimento das quantias ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;'

9.2. notificar os recorrentes, dando a eles e à empresa Performance Rent a Car Ltda. - ME ciência do inteiro teor desta decisão.

HISTÓRICO

2. O presente processo versa sobre tomada de contas especial resultante da conversão de relatório de auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Guaramiranga/CE, tendo por escopo os recursos transferidos nos exercícios de 2009 e 2010 para ações de diversos programas federais, dentre os quais o **Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar – Pnate**, instituído pela Lei 10.880/2004 (TC 003.188/2011-6, Acórdão 3.224/2011-TCU-Plenário).

2.1. A questão central em deslinde diz respeito a contrato de transporte escolar no qual houve a subcontratação integral de pessoas físicas que já prestavam serviço à prefeitura, todavia com sobrepreço resultante dessa intermediação, sem que houvesse qualquer melhoria no transporte (peça 1, p. 1-3).

2.2. A referida subcontratação ocorreu no âmbito da avença firmada entre a referida municipalidade e a empresa Performance **Rent Car** Ltda., com vistas à prestação de serviços de transporte escolar.

2.3. Os ora embargantes interpuseram recursos de reconsideração que foram providos, em parte, mas somente em função de erro na apuração do débito e, conseqüentemente, na fixação da multa proporcional.

2.4. Os recorrentes irredimidos opuseram os presentes embargos, com pedido de aplicação de efeitos infringentes.

2.4. EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade feito pelo SAR/SERUR (peça 69), que opinou pelo conhecimento dos presentes embargos, com fulcro no artigo 34, § 2º, da Lei 8.443, de 1992 e no artigo 287, § 3º, do RI/TCU, bem como pela suspensão dos efeitos do item 9.1 do Acórdão 3.929/2014-Primeira Câmara.

EXAME DE MÉRITO

4. No recurso, os embargantes suscitam a existência de omissões, obscuridades e contradições na deliberação recorrida, assim como apresentam novos elementos de defesa (peça 57), com os quais buscam elidir o débito e a multa que lhes foram atribuídos.

4.1. O presente exame tem por finalidade examinar se, de fato, houve omissões, obscuridades e contradições que demandem integrações.

Da contradição

4.2. Inicialmente, alegam haver contradição nos itens 22 e 29 do relatório que antecedeu o acórdão embargado quanto à imputação de responsabilidade ao prefeito municipal. Indicam incoerência entre responsabilização objetiva e subjetiva.

4.3. Apontam como contradição o fato de o relatório do TCU ter atribuído *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando* ao ex-prefeito pela indicação da secretária de educação e falta de supervisão à subordinada, respectivamente, apesar de ter-se reconhecido a existência do decreto de desconcentração/descentralização e a ausência de documentos que indicassem sua participação direta na contratação em tela.

4.4. Argumentam que, a despeito de a conduta do ex-prefeito ter sido relacionada a termos inerentes à responsabilidade objetiva (*culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*), contraditoriamente foi apontada a responsabilidade subjetiva desse responsável nos itens 29 e 30 do relatório guia da deliberação guerreada.

4.5. Questionam como seria possível atribuir responsabilidade subjetiva ao ex-prefeito ao mesmo tempo em que se reconheceu que ele não assinou nenhum ato relacionado à licitação, ao contrato, tampouco aos pagamentos.

4.6. Acrescentam que a responsabilização civil nos processos no âmbito dos tribunais de contas “surge quando o gestor provoca ou contribui para a ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, ao violar normativos legais, regulamentares ou convencionais aplicáveis ao caso concreto e isto jamais foi demonstrado nos autos em relação aos embargantes”.

4.7. Invocam jurisprudência do Poder Judiciário no sentido da necessidade de se comprovar a presença da conduta culposa ou dolosa para que reste configurada a responsabilidade civil subjetiva (TJCE; APL 000638081.2000.8.06.0071; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Paulo Aírton Albuquerque Filho; DJCE 30/07/2014; p.24).

4.8. Citam precedente do STJ, em que se afirma que para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa também se exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público (Cf. REsp n. 8751 G3/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ. 1.07.2009). Colaciona outras ementas de julgados relacionados à improbidade administrativa.

Análise

4.9. Preliminarmente, cumpre perscrutar se houve de fato a contradição indicada pelos recorrentes qual seja, responsabilização subjetiva do ex-prefeito, ao par da aplicação dos institutos da *culpa in vigilando* e da *culpa in eligendo*, o que transmutaria a responsabilização para modalidade objetiva, na opinião dos apelantes.

4.10. Extraí-se dos fundamentos da deliberação recorrida que **a responsabilização do ex-prefeito** fundou-se em ação comissiva, consubstanciada pela nomeação da ex-secretária municipal de educação (*culpa in eligendo*), e ação omissiva, caracterizada pela ausência de supervisão da atuação dessa delegatária (*culpa in vigilando*). O dano foi quantificado nesta TCE, correspondendo ao débito imputado aos recorrentes. Considerou-se haver nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ex-prefeito em relação à ex-secretária. Ou seja, identificou-se culpa na atuação do ex-prefeito, classificada nas espécies *culpa in eligendo* e a *culpa in vigilando*.

4.11. Esse encaminhamento seguiu jurisprudência do TCU que conta com numerosos precedentes, a exemplo dos seguintes:

Acórdão 1.247/2006-TCU-1ª Câmara

Tomada de contas especial. Recurso de reconsideração. Irregularidades na execução de convênio.

1. A delegação de competência não transfere a responsabilidade para fiscalizar e revisar os atos praticados.

2. O Prefeito é responsável pela escolha de seus subordinados e pela fiscalização dos atos por estes praticados. *Culpa in eligendo* e *in vigilando*.

Acórdão 1.843/2005-TCU-Plenário

Licitação. Pedido de reexame. Ausência de fiscalização de atos delegados. (...)

A delegação de competência não exime o responsável de exercer o controle adequado sobre seus subordinados incumbidos da fiscalização do contrato.

Suas argumentações não obtiveram êxito na pretensão de afastar sua responsabilidade. A delegação de competência não exime o responsável de exercer o controle adequado sobre seus subordinados incumbidos da fiscalização do contrato. É obrigação do ordenador de despesas supervisionar todos os atos praticados pelos membros de sua equipe, a fim de assegurar a legalidade e a regularidade das despesas, pelas quais é sempre (naquilo que estiver a seu alcance) o responsável inafastável.

Acórdão 1.619/2004-TCU-Plenário

É entendimento pacífico no Tribunal que o instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, visto que remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado (v.g. Acórdão 56/1992 - Plenário, in Ata 40/1992; Acórdão 54/1999 - Plenário, in Ata 19/1999; Acórdão 153/2001 - Segunda Câmara, in Ata 10/2001). Cabe, por conseguinte, à autoridade delegante a fiscalização dos subordinados, diante da *culpa in eligendo* e da *culpa in vigilando*.

Acórdão 1.432/2006-TCU-Plenário

(...) Responsabilização do gestor pelas atribuições delegadas. Fiscalização devida. (...)

(...) 2. Atribui-se a *culpa in vigilando* do Ordenador de Despesas quando o mesmo delega funções que lhe são exclusivas sem exercer a devida fiscalização sobre a atuação do seu delegado.

Portanto, os insígnios julgadores em nosso país têm sistematicamente se posicionado pela responsabilização, sim, dos prefeitos municipais, pelos atos praticados por seus secretários.

4.12. Contudo, cumpre examinar se procede a alegação de que a *culpa in eligendo* e a *culpa in vigilando* são institutos ligados à responsabilidade objetiva que não se compatibilizam com os casos em que há responsabilização subjetiva.

4.13. De certo modo, é compreensível essa dúvida expressada pelos recorrentes, pois de fato observa-se na seara da responsabilidade civil inegável tendência à incorporação de elementos da responsabilidade objetiva. As hipóteses de cabimento desta são cada vez mais aceitas pela doutrina, bem assim pela legislação, como é exemplo o Código Civil Brasileiro que positivou novos casos de responsabilização objetiva.

4.14. Cabe inclusive mencionar que existem autores que defendem que com o advento do CCB/2002 as *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando* estariam praticamente extintas. Nessa esteira, a responsabilidade subjetiva vem há muito sendo questionada em função das situações em que a prova da culpa é impossível e dos inúmeros casos em que se verifica a ocorrência de danos sem a presença de nenhuma das modalidades de culpa. Conseqüentemente, percebe-se uma tendência de abrandamento da responsabilidade civil subjetiva tradicional, que propicia o fortalecimento da corrente objetiva da responsabilidade civil. Esse abrandamento deu-se inicialmente com a construção do conceito doutrinário da inversão do ônus da prova, hoje já plenamente incorporado por várias normas.

4.15. Sem embargos desses comentários, deve-se destacar que a responsabilidade civil subjetiva subsiste, a despeito das críticas que lhe são dirigidas e da contínua evolução da corrente objetiva. Não há

dúvidas de que a responsabilidade subjetiva ainda é a regra geral em nosso ordenamento, o que não é diferente no Tribunal de Contas da União.

4.16. Deve-se mencionar que o aparecimento do conceito de “responsabilidade subjetiva com culpa presumida” significou relevante evolução da teoria clássica e trouxe alívio a quem necessitasse provar a atuação culposa do causador do dano.

4.17. De acordo com a “responsabilidade subjetiva com culpa presumida”, em decorrência da inversão do ônus da prova, existem presunções que viabilizam a responsabilização indireta, ou seja, a responsabilidade de uma pessoa por fato de outra. Sua adoção justifica-se pela consideração da ocorrência da culpa *in vigilando* e da culpa *in eligendo*.

4.18. Vale frisar que a culpa *in vigilando* funda-se em presunção *juris tantum*, comportando exoneração da responsabilidade quando comprovada a inevitabilidade do fato lesivo. A culpa *in eligendo* pressupõe relação jurídica de subordinação entre o causador direto do dano e quem o indicou para a respectiva atividade.

4.19. Sobre o tema, é oportuno fazer referência à manifestação do Subprocurador Geral do MP/TCU Lucas Rocha Furtado que constou do relatório que antecedeu o Acórdão 6307/2013 – 2ª Câmara, bem assim a trecho do respectivo voto:

Parecer do Ministério Público que junto ao TCU

‘Anuímos à conclusão a que chegou a Serur, no sentido de conhecer do presente recurso de reconsideração, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento.

Cabe-nos tão somente fazer ligeira ressalva à instrução de fls. 210/232, especificamente no ponto em que se diz que, conforme assentado por esta Corte, ‘a responsabilidade pela prestação é objetiva’ (item 61, fl. 217).

A discordância ora suscitada tem a ver com a nossa compreensão de que a culpa ‘lato sensu’, no âmbito dos processos de contas, impõe-se como elemento essencial à responsabilização do administrador público. A inversão do ônus da prova prevista na legislação de regência (art. 93 do Decreto-Lei n.º 200/67) não pode ser entendida como hipótese de responsabilidade objetiva. O que existe, nos casos em que verbas públicas são confiadas a pessoas físicas ou jurídicas, é a presunção de culpa quanto à gestão desses recursos perante o poder público.

Na culpa presumida, é perfeitamente possível ao gestor público comprovar que aplicou os valores a ele confiados com diligência, zelo e conforme as exigências legais, enfim, que seguiu o padrão de comportamento de um gestor probo, cuidadoso e leal, o que seria suficiente para isentá-lo de responsabilização, com a aprovação e julgamento regular de sua prestação de contas. Vale dizer, portanto, que na culpa presumida há espaço para o responsável apresentar elementos que afastem tal presunção, o que não é possível na responsabilidade objetiva, pois, neste caso, a culpa daquele que causa dano é indiferente para efeito de responsabilização.

Nesse sentido, convém reproduzir elucidativo excerto do voto que conduziu ao Acórdão 1247/2006 - Primeira Câmara, in verbis:

‘De início, registre-se que assiste inteira razão ao Ministério Público quanto à aferição da responsabilidade no âmbito deste Tribunal. Deveras, o dolo e ao menos a culpa afiguram-se como pressupostos indispensáveis à responsabilização do gestor por qualquer ilícito praticado. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público (art. 93 do Decreto-lei n.º 200/1967) não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva’.

Trecho do Voto do Exmº Ministro Raimundo Carreiro

11. Com efeito, na mesma linha de raciocínio explanada pelo MP/TCU, esclareço que de fato não há que se falar em responsabilidade objetiva no caso destes autos. Na responsabilidade objetiva, como bem explicou o Parquet, a existência ou não da culpa é indiferente para a responsabilização, ao passo que na situação em tela, o que há é tão somente uma presunção relativa de culpa, sendo certo que esta pode ser elidida caso o responsável demonstre ter gerido corretamente os recursos públicos.

12. Não obstante, como, no caso em comento, não logrou o responsável êxito em demonstrar a regularidade da aplicação integral dos recursos, impõe-se a manutenção do julgamento pela irregularidade das contas, bem como a imputação de débito do montante não comprovado e, via de consequência, da respectiva multa.

4.20. Na doutrina, o autor Sérgio Cavalieri assevera que a culpa presumida não se afasta da responsabilidade subjetiva, na medida em que admite ampla discussão sobre a culpa do causador do dano, facultando a este elidir a presunção de culpa contra si e afastar o dever de indenizar. Ampara esse entendimento nas seguintes lições de Alvíno Lima, a saber:

As presunções de culpa consagradas na lei, invertendo o ônus da prova, vieram melhorar a situação da vítima, criando a seu favor uma posição privilegiada. Tratando-se, contudo de presunção *juris tantum*, não nos afastamos do conceito de culpa da teoria clássica, mas apenas derogamos um princípio dominante em matéria de prova. Tais presunções são, em geral, criados nos casos de responsabilidades complexas, isto é, das que decorrem de fatos de outrem, ou fatos das coisas inanimadas. Fixadas por lei as presunções *juris tantum*, o fato lesivo é considerado, em si mesmo, um fato culposo e como tal determinará a responsabilidade do autor, se este não provar a ausência de causa estranha causadora do dano, como a força maior, o caso fortuito, a culpa da própria vítima ou o fato de terceiro (Culpa e risco, 2ª ed. revista e atualizada pelo professor Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 72).

4.21. Ainda de acordo com o professor Sérgio Cavalieri, a *culpa in vigilando* é espécie do gênero "culpa presumida", decorrente da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que estivesse sob sua responsabilidade (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., 2007, pg. 38).

4.22. Nesse contexto, depreende-se que a *culpa in elegendo* e a *culpa in vigilando* não são institutos exclusivos da responsabilidade objetiva, pois encontram aplicação em casos de responsabilização subjetiva por culpa presumida (v. Acórdão 4791/2014 - Primeira Câmara; Acórdão 2971/2013 - Plenário; Acórdão 245/2012 - Plenário; Acórdão 2795/2011 - Plenário; Acórdão 5805/2011 - Segunda Câmara).

4.23. É certo que o Código Civil de 2002 substituiu, em algumas hipóteses do Código anterior, a culpa presumida pela responsabilidade objetiva. Porém, no âmbito do TCU, ainda vigora a responsabilização subjetiva, ainda que em muitos casos por culpa presumida (*in re ipsa* ou "culpa contra a legalidade"). A responsabilidade subjetiva por culpa presumida tem como características marcantes que a diferencia da modalidade objetiva o exame da culpa e a possibilidade de afastamento desta, por meio da apresentação de provas pertinentes.

4.24. Não obstante a inegável influência dos referidos institutos do direito civil nas deliberações do TCU, é preciso esclarecer que estas são fundadas também em construções jurisprudenciais próprias, adaptadas ao seu campo de atuação (controle externo), mais próximo dos direitos administrativo e financeiro.

4.25. Por oportuno, cumpre mencionar que nos seguintes julgados, relativos ao Pnate, houve a responsabilização do ex-prefeito e da secretária de educação: Acórdãos 2093/2012 e 2917/2012 -TCU-

Plenário; Acórdão 3618/2013 - Primeira Câmara. Outrossim, deve-se ter presente que não é competente para o julgamento da ação de improbidade administrativa de cuida a Lei 8.429/1992.

4.26. Dessa forma, conclui-se que a contradição aventada pelos recorrentes não existe.

Da omissão

4.27. Os embargantes apontam como omissão à ausência de enfrentamento da alegação de violação ao princípio constitucional da individualização da pena (peça 35, p. 9 e 10). Afirmam que ao longo de toda análise de mérito nenhuma alusão foi feita a esse respeito. Mencionam contornos doutrinários e legais relacionados à particularização das sanções, na seara penal. Asseveram que:

- o TCU, “de forma horizontal, apenou os agentes públicos e a empresa privada com as mesmas penalidades e sanções, sem sequer se dar ao trabalho de individualizar suas condutas e as respectivas sanções” (peça 59, p. 40);
- Destarte, não se pode afirmar que a atividade jurisdicional de estabelecimento da aplicação e dosimetria das sanções, multas e imputações de débito, não obstante a considerável margem de discricionariedade dos ministros do TCU, seja autônoma e desvinculada da proposta legal, posto que, durante a tarefa de particularização da reprimenda, o ministro do TCU, que faz as vezes de magistrado, fica adstrito a parâmetros fixados na legislação. É a materialização do famoso princípio da discricionariedade regrada.

4.28. Outrossim, apontam como omissões da deliberação atacada a falta de provas de que os embargantes obtiveram vantagens com a contratação ou de que os serviços não foram prestados à comunidade, bem assim a ausência de comprovação de que os preços praticados estavam acima dos praticados nos municípios vizinhos.

Análise

4.29. A leitura do relatório e do voto que antecederam a deliberação recorrida revela que os recorrentes foram responsabilizados pelas irregularidades constatadas no contrato feito com a empresa Performance **Rent a Car**, o qual, além de ter sido integralmente objeto de subcontratação não autorizada pela Administração, resultou na prestação de serviços fora dos padrões esperados para o transporte escolar.

4.30. É possível perceber que a ex-secretária de educação Lúcia Andrade da Rocha Sampaio foi condenada por ter praticado atos de gestão que levaram à contratação e por não ter fiscalizado o contrato adequadamente. O ex-prefeito foi responsabilizado em consequência de ter indicado a secretária de educação (*culpa in elegendo*) e por não ter supervisionado eficientemente seu trabalho (*culpa in vigilando*). A empresa foi condenada por ter contratado com a Administração sem possuir a capacidade para prestação do serviço (não possuía automóveis em seu patrimônio, tampouco motoristas em seu quadro de pessoal) e por ter subcontratado, sem observância das normas legais.

4.31. **O fato de os consectários da condenação terem sido idênticos para os três responsáveis (débito solidário de R\$ 18.638,40 e multa individual de R\$ 4.000,00) não significa ausência de individualização de penas, mas sim que o TCU considerou que suas condutas irregulares tinham o mesmo grau de reprovabilidade.**

4.32. A particularização das condutas pode ser vista nos seguintes excertos:

Relatório

19. Observa-se que a lei municipal citada pelo recorrente delegou competências aos titulares das secretarias municipais e de órgãos equivalentes, na condição de ordenadores de despesas, bem como disciplinou procedimentos de ordenamento e realização da despesa.

20. Compulsando-se os documentos relativos às licitações, contratos e pagamentos, realmente nota-se que inexistente a assinatura do Sr. Luis Eduardo Viana Vieira, ficando a cargo da secretária municipal de educação as atribuições referentes às licitações (peça 15, p. 27, 30, 134, 195, 242), contratos (peça 15, p. 20-24, 135-142 e 244-274) e ordens de despesa (peça 15, p. 28 e 168 e 170).

21. Ocorre que a responsabilidade do prefeito não está excluída, tendo em vista que aquela que cometeu as irregularidades detectadas pela auditoria deste Tribunal foi por ele designado para cumprir as funções de secretário municipal de educação.

22. Nesse sentido, além da culpa **in eligendo**, pela escolha da subordinada que cometeu as irregularidades apontadas, o gestor, na administração dos recursos públicos, deve atentar para os atos praticados por seus subordinados, pelo que lhe pesa, ainda, a culpa **in vigilando**.

23. Além disso, é sabido que a delegação de competência não implica a delegação de responsabilidade, cabendo à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados diante da culpa **in eligendo**, consoante dispõe o art. 932, inciso III, do novo Código Civil. Ressalta-se que este Tribunal possui farta jurisprudência no sentido de que a autoridade delegante, **a priori**, não se exime da responsabilidade em razão da delegação (Acórdãos 2603/2011-Plenário, 1746/2010-Plenário e 5842/2010-1ª Câmara).

...

29. Quanto à alegada responsabilização subjetiva do gestor público perante este Tribunal, assiste razão ao recorrente, conforme entendimento consolidado nesta Corte (Acórdãos 4959/2012-1ª Câmara, 11441/2011-2ª Câmara e 4393/2009-1ª Câmara). Em decorrência disso, devem estar presentes os seguintes elementos na penalização dos agentes públicos: ação comissiva ou omissiva e antijurídica; existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual (irregularidade); nexos de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; e dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.

30. Registra-se que as penalidades conferidas ao prefeito e à secretária de educação no Acórdão 4864/2013-TCU-1ª Câmara respeitaram os pressupostos citados no item anterior.

Voto

Já está bem pacífico nesta Corte o entendimento de que o prefeito deve ser responsabilizado, junto com outros gestores municipais, por irregularidades em convênios e avenças afins. No mínimo, ele deve responder por culpa **in eligendo** ou por culpa **in vigilando**. Neste ponto, é pertinente transcrever o seguinte esclarecedor trecho da instrução da Serur:

No caso concreto, é razoável exigir do prefeito, notadamente de um pequeno município como Guaramiranga, (com pouco mais de quatro mil habitantes, em 2010), a supervisão do contrato de transporte escolar municipal. Isto porque, além da nítida elevação dos custos no segundo semestre de 2010, sem, contudo, apresentar uma significativa melhoria, o serviço foi executado por veículos de carga, inapropriados para o transporte de alunos (em sua maioria, crianças e adolescentes em idade escolar) e em desacordo com os critérios legais de segurança e conforto, colocando em risco a sua integridade física. Se o recorrente afirma que o município de Guaramiranga/CE é o mais pobre do país em termos de arrecadação e de repasse dos entes federados, mais zelo e cautela deveria ter no uso dos limitados recursos disponíveis, considerando o modelo de conduta de um gestor mediano.

4.33. Como se vê, considerou-se expressamente presentes os requisitos necessários à responsabilização subjetiva, quais sejam, “ação comissiva ou **omissiva** e antijurídica; existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual (irregularidade); nexos de causalidade entre a ação

e a ilicitude verificada; e dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente” (peça 50, p.4).

4.34 A responsabilização do ex-prefeito decorreu diretamente da conduta de sua secretária municipal de educação. Esta foi responsabilizada por ação comissiva, configurada pelos atos de gestão que levaram à contratação, e por ação omissiva, consubstanciada no fato de não ter detectado e impedido a subcontratação. O dano foi quantificado nesta TCE, correspondendo ao débito imputado aos recorrentes. Concluiu-se que houve nexo de causalidade entre a subcontratação e o dano, ou seja, a ação e a omissão mencionadas ocasionaram prejuízo ao erário. A conduta da secretária foi tida como culposa (negligência).

4.35. Por seu turno, **a responsabilização do ex-prefeito** fundou-se em ação comissiva, consubstanciada pela nomeação da ex-secretária municipal de educação (*culpa in eligendo*), e ação omissiva, caracterizada pela ausência de supervisão da atuação dessa delegatária (*culpa in vigilando*). Do mesmo modo, o dano foi quantificado nesta TCE, correspondendo ao débito imputado aos recorrentes. Considerou-se haver nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ex-prefeito em relação à ex-secretária. Ou seja, identificou-se culpa na atuação do ex-prefeito, classificadas nas espécies *culpa in eligendo* e a *culpa in vigilando*.

4.36. A conduta da empresa também encontra-se devidamente identificada e exposta no relatório (§§ 39 a 47) e no voto (§§ 9 a 10).

4.37. Por fim, vale esclarecer que a responsabilização no âmbito do TCU prescinde da comprovação de locupletamento por parte dos gestores, basta que se verifique que suas condutas culposas ou dolosas propiciaram dano ao erário.

4.38. Portanto, não há a omissão alegada.

Da omissão e contradição

4.39. Indicam que o item 68 apresentou, simultaneamente, omissão e contradição. A primeira consubstanciada na falta de referência ao argumento de que não haveria sobrepreço. A segunda configurada pelo fato de que o cálculo do débito apurado refugia à competência do TCU, uma vez que foram utilizados recursos municipais para o pagamento da empresa **Performance Rent a Car**. Afirmam que, contraditoriamente, o próprio TCU teria admitido isso na análise contida nos itens 69 a 70 do relatório que precedeu a deliberação recorrida.

4.40. Aduzem que, no recurso de reconsideração, manifestaram-se no sentido de que a fórmula aritmética que alcançara o valor da condenação em R\$ 33.924,00, o que representaria 44,38% de aumento, não mereceria acolhida por dois aspectos:

a) Primeiro, estaria calcada numa suposta sobreposição de preços, inexistente, vez que os técnicos deste TCU não demonstraram tal situação através de comparativos e dados colhidos em contratações semelhantes, ...

b) Segundo, o acórdão foi contraditório em não aceitar o demonstrativo contábil da aplicação dos recursos municipais e federais, alegando partirem da própria administração e ressentindo-se dos extratos bancários da conta específica, pela primeira vez apontado nos autos, o que vai de encontro à presunção *juris tantum* da prova apresentada.

Com efeito, os valores pagos com a aludida contratação da Empresa Performance Rent a Car Ltda. não se deram com recursos inteiramente do PNATE, mas também recursos próprios do Município, como se infere do demonstrativo contábil que foi anexado às razões de reconsideração, não sendo sequer da competência desse TCU a imposição da então condenação inicial no valor de R\$

33.924,00, uma vez que tais recursos não foram oriundos de verbas federais vinculadas ao aludido programa federal.

Para a prova do que o insurgente alegou, fez colacionar demonstrativo contábil referente ao controle de pagamentos da Empresa Performance Rent a Car, onde se verificou que ela recebera R\$ 110.352,00, conforme valor licitado. Porém, observa-se, também, extreme de dúvidas, que desse valor pago, apenas a quantia de R\$ 68.372,00 foi com recursos do PNATE, (conforme o demonstrativo enviado na coluna CÓDIGO FINANCEIRO- PNATE).

Ademais, a conta do PNATE nº 12.480-X também recebeu recursos de outras contas, no mês de abril (conforme anexos colacionados com a reconsideração), sendo: R\$ 7.224,00 da conta 12.321-8 – QSE e R\$ 7.224,00 da conta 24.195-4 - FME/RECURSOS PRÓPRIOS.

Ou seja, além dos pagamentos com recursos do PNATE à empresa em questão terem sido só de R\$ 68.372,00, assim ainda foram transferidos para esse mesmo PNATE recursos na monta de R\$ 14.448,00, ensejando, portanto, que na realidade o valor utilizado de verbas do PNATE foi de apenas R\$ 53.924,00, o que desautorizaria que o Tribunal de Contas da União imputasse a condenação de R\$ 33.924,00, bem como o valor alterado para menor de R\$ 18.638,40 (dezoito mil, seiscentos e trinta e oito reais e quarenta centavos), como se as despesas realizadas com a contratação glosada houvessem sido pagas e efetuadas tão somente com recursos do PNATE, invalidando e eivando de nulidade a condenação solidária do absurdo valor por absoluta incompetência legal e ilegitimidade, máxime quando não houve desvio de recursos e muito menos ato antieconômico da ordenadora de despesas aqui também embargante. Portanto, a aplicação da condenação solidária de R\$ 18.638,40 (dezoito mil, seiscentos e trinta e oito reais e quarenta centavos), mesmo reduzida, não pode subsistir, vez que o TCU não respeitou os limites de sua competência quanto ao montante de verbas federais empregadas na realização das despesas legais e legítimas com a empresa contratada a partir da Tomada de Preços.

4.41. Com essas informações, os embargantes querem demonstrar que do valor total pago à empresa contratada há grande parte de recursos de origem municipal e não apenas recursos federais. Nessa perspectiva, apresentam os seguintes documentos relativos aos repasses para o PNATE:

1 - Ofício da época autorizando a transferência; partida do Banco do Brasil e extrato bancário da c/c 12.480-X - PNATE comprovando as entradas dos recursos (2 de R\$ 7.224,00) no dia 13/04/2010;

2 - Extrato da c/c 12.321-8 - PMG/QSE comprovando a saída do recurso (R\$ 7.224,00) em 13/04/10; e

3 - Extrato da c/c 24195-4 - PMG/FME 10% (RECURSOS PRÓPRIOS) comprovando a saída do recurso (R\$ 7.224,00) em 13/04/10.

4.42. Sustentam que estar demonstrado que a administração pagou parte do suposto sobrepreço com recursos próprios, no caso os R\$ 7.224,00, que fogem à competência deste TCU.

Análise

4.43. Em primeiro lugar, não se vislumbra a omissão que estaria consubstanciada na ausência de menção ao sobrepreço, pois observa-se nos fundamentos da deliberação recorrida (relatório e voto) as seguintes referências ao sobrepreço:

Relatório

63. Nota-se que a despesa mensal foi de R\$ 15.285,60 e R\$ 18.392,00 respectivamente. Essa diferença, multiplicada pelos seis meses da vigência do Contrato nº 100060101, resulta no valor do débito a ser imputado aos responsáveis pela subcontratação integral (R\$ 3.106,40 x 6 = R\$ 18.638,40). **Logo, resta de demonstrado o sobrepreço obtido em relação ao contrato imediatamente**

anterior, uma vez que não houve qualquer melhoria no serviço de transporte escolar que pudesse justificar o aumento desses custos em espaço tão pequeno de tempo. Conforme salientado no acórdão recorrido, pode-se afirmar com razoável certeza que tal aumento de custo é decorrente da simples intermediação do negócio entre a prefeitura e os efetivos prestadores do serviço, já que no primeiro semestre, os prestadores de serviços, pessoas físicas, eram contratados diretamente pelo ente municipal, de acordo com o disposto no item 7 de instrução transcrita no relatório integrante do acórdão recorrido: ‘7. No presente caso, a prefeitura apenas trocou os contratos que mantinha com as pessoas físicas por um contrato com uma pessoa jurídica. Esta, por sua vez, subcontratou os mesmos prestadores de serviço e seus veículos sem agregar qualquer melhoria ao serviço, o qual continuou a não observar as regras do NNDE, em especial, as de segurança’.

Voto

7. Inicialmente, verifico que assiste razão à Serur no tocante ao erro de cálculo do débito apurado. De fato, ficou corretamente evidenciado que o valor mensal despendido pela municipalidade com o Contrato 100060101 foi de apenas R\$ 18.392,00, pelo prazo de seis meses. O **sobrepreço** havia sido calculado pela diferença entre o valor mensal desse contrato e a quantia de R\$ 15.285,60, que o município gastou na avença imediatamente anterior. A diferença mensal, portanto, foi de R\$ 3.106,40, que, multiplicados pelo prazo de seis meses, resulta em R\$ 18.638,40.

8. Com efeito, para tentar justificar o **sobrepreço**, o argumento recursal capital é o de que o valor das despesas no contrato anterior, que serviu de comparação, deveria ser incrementado com o recolhimento da contribuição patronal junto ao INSS.

9. (...).

10. Ora, como a subcontratação foi integral, a intermediação da empresa não teria sido onerada por supostos compromissos tributários, porquanto não eram de responsabilidade dela, mas sim dos motoristas. Ademais, como bem destacou a Serur: houve a caracterização da subcontratação integral, uma vez que nenhum dos veículos utilizados no transporte escolar era de propriedade da empresa contratada; os motoristas não tinham vínculo empregatício com a contratada; o serviço de transporte escolar foi efetivamente executado por terceiros, que não guardavam qualquer relação de subordinação ou vínculo com a empresa contratada. Portanto, o **sobrepreço restou devidamente apurado pela simples comparação entre os valores praticados entre contratos sucessivos, não precisando fazer cotejos com outros municípios do Estado, como aventado pelos recorrentes. Ou seja, ficou bem caracterizado que ocorreu uma expressiva majoração de preço, decorrente, essencialmente, da intermediação na prestação do serviço, com a subcontratação integral de pessoas físicas que já prestavam o serviço junto à prefeitura, porém, sem que houvesse qualquer melhoria no transporte. Portanto, a mudança na forma de contratação só onerou os cofres públicos e não se mostrou eficiente.**

(destaques inseridos)

4.42. Do mesmo modo, não existe a alegada contradição, ou seja, a de que o TCU, ao mesmo tempo em que calculou o suposto débito, teria admitido que refugiria a sua competência o cálculo do débito por envolverem também recursos municipais.

4.43. Nota-se que consta expressamente do relatório vinculado à decisão guerreada comentários acerca da natureza dos recursos e da respectiva competência do Tribunal de Contas da União para analisar a sua aplicação. Senão observe-se:

66. A alegada incompetência do Tribunal para imputar débito aos responsáveis não merece prosperar, visto que foram repassados pela União ao município no exercício de 2010 e a título de complementação de que trata o art. 2º, §§ 1º e 4º, da Lei 10.880/2004 (Pnate), os valores de R\$

125.496,96 (consulta realizada, em 18/10/2013, no endereço eletrônico do Portal da Transparência do Governo Federal - <http://www.portaltransparencia.gov.br/>).

67. Assim, de acordo com o entendimento deste Tribunal, está caracterizada a competência desta Corte para fiscalizar os recursos do Pnate repassados ao município de Guaramiranga (v.g. Acórdãos 1467/2009-Plenário e 3028/2009-2ª Câmara).

4.44. Quanto à alegação de que não foram considerados valores oriundos de outras fontes depositados na conta corrente do Pnate, verifica-se que essa informação não influenciou a metodologia adotada para identificação do débito, como pode se notar na memória de cálculo contida nos itens 60-64 do relatório (peça 50, p.7-8).

4.45. Conforme os próprios recorrentes informaram os depósitos na conta do Pnate ocorreram em abril de 2010 (peça 35, p. 39, 42 e 44). Portanto, considerando que o contrato questionado (100060101, peça 13) teve vigência entre 28/6/2010 a 31/12/2010, os referidos depósitos não influenciaram o cálculo feito pela unidade técnica.

4.46. Portanto, não há que se cogitar das omissões e contradições apontadas.

5. Avaliação da pertinência ou não de correção de ofício

5.1. Verifica-se na fundamentação contida no item 9.1 da deliberação guerreada o julgamento das contas da empresa Performance Rent a Car Ltda. – ME. Ao que tudo indica, esse encaminhamento funda-se em posição jurisprudencial adotada pelo respectivo Colegiado. Com as devidas escusas, cumpre mencionar a existência de forte corrente no TCU que propugna pela impossibilidade de julgamento de contas de empresas contratadas pelo Poder Público, ainda que por meio de um contrato administrativo. Essa corrente, diante desses casos, propõe que se julgue as contas dos agentes públicos responsáveis pelas irregularidades, com a condenação, solidária do particular, com base no art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, a saber: “o terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”. Dessa forma, sugere-se que seja avaliada a conveniência e oportunidade de se proceder à retificação, *ex officio*, do Acórdão 3.929/2014-TCU-1ª Câmara.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

6. A empresa Performance Rent a Car Ltda. – ME. juntou petição em que argui nulidade, com fulcro no art. 171 (e seguintes), bem assim no art. 298, ambos do RI/TCU, que estaria consubstanciada no fato de não ter sido citada (peça 68).

6.1. Constata-se que na referida petição a signatária faz referência a outro processo (TC 003.188/2011-6) e outro Acórdão nº 3.224/2011-TCU-Plenário.

6.2. Deve-se esclarecer que o TC 003.188/2011-6 cuidou da auditoria que deu origem a estes autos. Naquele processo, determinou-se a conversão em TCE e a realização de citações e audiências.

6.3. Vale esclarecer que se examinou as respostas às audiências no próprio TC 003.188/2011-6, não tendo havido nenhuma punição para quaisquer responsáveis. Por sua vez, as alegações de defesa referentes às citações foram feitas no bojo do presente processo.

6.4. A Performance Rent a Car Ltda. – ME. não foi sequer ouvida em audiência no TC 003.188/2011-6, mas somente por meio de citação, realizada nestes autos.

6.5. No âmbito deste processo, a citação dessa empresa foi regularmente efetuada conforme verifica-se nas peças 3 e 8 (p.3), tendo apresentado, inclusive, alegações de defesa perante este TCU

(peça 13, p. 1 31).

6.6. Portanto, conclui-se que não ocorreu a nulidade suscitada na peça 68.

CONCLUSÃO

7. Das análises anteriores decorrem as seguintes conclusões:

a) rejeitam-se embargos de declaração que, a pretexto de sanar omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada, apresentam evidente intuito de promover indevido reexame da causa;

b) não se confirmaram as omissões e contradições suscitadas pelos embargantes;

c) os princípios do formalismo moderado e da busca da verdade real não têm o condão de perenizar a discussão do processo, adiando injustificadamente a efetividade da decisão adotada.

7.1. Com base nessas conclusões, propõe-se a **rejeição** dos presentes embargos declaratórios.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

8. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, II, e 34 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer dos embargos de declaração e, no mérito, rejeitá-los;

b) corrigir de ofício o item 9.1 do Acórdão 3.929/2014-TCU-1ª Câmara, de modo a excluir o julgamento das contas da empresa Performance Rent a Car Ltda. – ME., mas mantendo a sua condenação solidária com os gestores;

c) dar ciência da deliberação à embargante e à Procuradoria da República no Estado do Ceará.

TCU/Secretaria de Recursos/4ª Diretoria,
em 12/12/2014.

Alexandre Cardoso Veloso
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 2798-7