

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 023.423/2012-9

Natureza(s): Embargos de Declaração (Tomada de Contas Especial)

Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Aracoiaba - CE

Responsáveis: Cotec Construção Transporte e Tecnologia (08.423.548/0001-56); Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite (363.115.023-72); Marilene Campelo Nogueira (318.730.223-87); R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. (10.709.200/0001-71); S.C. Serviços e Locações de Veículos Ltda. (07.752.641/0001-41)

Interessado: Secretaria de Controle Externo do TCU No Estado do Ceará (00.414.607/0006-22)

Advogado constituído nos autos: Augusto César Rodrigues Viana Ponte (OAB/CE 8.195), Catarina Fernandes Freitas (OAB/CE 28.844) e Ítalo Viana Aragão (OAB/CE 27.392)

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. POSSÍVEL SOBREPÊÇO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR. PROGRAMA NACIONAL DE TRANSPORTE ESCOLAR - PNATE. SUBCONTRATAÇÃO INTEGRAL DO OBJETO LICITADO. EMPREGO DE VEÍCULOS EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE USO E COM MOTORISTAS NÃO DEVIDAMENTE HABILITADOS. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. ALEGAÇÕES E DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTES PARA AFASTAR AS IRREGULARIDADES. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NA DECISÃO EMBARGADA. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (peças 129 e 134) opostos por Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite e Marilene Campelo Nogueira em face do Acórdão 2462/2015 – 1ª Câmara que conheceu dos recursos de reconsideração interpostos pelas embargantes contra o Acórdão 6.978/2014 – 1ª Câmara para, no mérito, negar-lhes provimento.

2. A Sra. Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite alega que a decisão embargada apresentaria contradição. Para sustentar tal afirmação apresenta os seguintes argumentos (peça 129):

“O acórdão apresenta CONTRADIÇÃO em seu ponto 03 do Exame de Mérito, quando admite que os argumentos da interessada têm fundamento, indicando que compreensível, sim, as limitações destacadas em Recurso de Reconsideração pela mesma, que ensejaram as impropriedades objeto da Tomada de Contas Especial, mas, mesmo assim entendendo, sequer diminuiu a multa aplicada.

Ainda no mencionado texto admite, pela análise do contexto da argumentação tecida, que não há elementos para comprovar dolo pela interessada, o que deveria ser ponderado por ocasião da dosimetria da multa aplicada, o que não foi, valendo ressaltar que não deve

ser a responsabilidade aplicada objetivamente, uma vez que responsabilidade objetiva, em razão de ser sobremaneira gravosa, só deve ser entendida e aplicada aos casos previstos em lei.

Da mesma forma ocorre em relação às arguições referentes ao afastamento da má-fé, uma vez que construiu-se o relatório de forma a evidenciar o reconhecimento da ausência de má-fé, tecendo então, toda uma análise acerca da configuração da boa-fé a partir da ausência da má-fé.

Diante dessas colocações, vê-se que, na prática, as argumentações colocadas em sede de Recurso de Reconsideração foram acatadas, devendo o recurso ser, em verdade, parcialmente provido.

A mesma CONTRADIÇÃO se repete quando dos pontos 04, posto que se admite a regularização em relação ao motorista José Siqueira Cavalcanti, bem como a aquisição dos veículos novos adquiridos, sem que isso fosse sopesado no momento da decisão.

Dessa forma, mesmo que não suficientes para extinção por completo da multa imposta, o reconhecimento de argumentos lançados pela interessada em sede de Recurso de Reconsideração deveriam ser tomados para procedência parcial do recurso, com adequação do quantum da multa aplicada.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, pugna esta Embargante pelo recebimento dos embargos, inclusive em seu efeito suspensivo, reconhecimento da contradição, sendo a mesma saneada com o reconhecimento do parcial provimento do recurso de reconsideração, sendo, assim, reduzida a multa aplicada.”

3. Por sua vez, a Sra. Marilene Campelo Nogueira alega que o mencionado acórdão apresenta omissões e contradições lançando mão das seguintes razões (peça 134):

“Ocorre, Excelência, que do referido acórdão evidenciamos omissões e contradições passíveis de alteração do julgado pela via dos declaratórios e que são as seguintes, com a indicação dos respectivos itens e subitens:

A decisão censurou as contas em cima do fato apontado pela equipe de auditoria de que os veículos utilizados no transporte escolar não pertencerem a empresas contratadas, que sequer mencionam.

Na verdade, a omissão das razões de decidir na reconsideração são patentes.

Olvidou-se o que dispõe a Constituição Federal (art. 5º, inciso II, XIII, XXII) e a própria alegação de que para a prestação de serviço de transporte não há que se ter da parte do contratado a propriedade dos veículos para a obrigação de fazer (quando se garante a propriedade, garante-se também o direito de não tê-la), bem como o fato do contratado encontrar-se autorizado a prestar tal serviço porque é livre o exercício de qualquer trabalho não poderiam ter sido rejeitadas pela 1ª Câmara. Com efeito, a execução do serviço de transporte, em per se, não exige qualquer qualificação. Assim a execução do serviço em tela não resultaria em subcontratação pelo fato do contratado não possuir veículos. Não existe lei que o obste de fazer (execução do serviço) pelo fato de não ter a propriedade desses veículos utilizados na prestação aventada.

Ademais, em cima da rejeição de que as carteiras de habilitação apresentadas dos motoristas não merecem guarida é igualmente contraditória, pois juntou-se a habilitação

de motoristas que efetivamente foram apontados na própria informação e nominados em relação.

Sobre o fato apontado pela equipe de auditoria de que a atividade econômica principal consiste na locação de automóveis sem condutor, o renomado doutrinador Marçal Justen Filho ensina que o problema do objeto social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato se relaciona com a qualificação técnica. Ora, se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, ausência de previsão desta mesma atividade em seu objeto social não poderia ser empecilho para sua habilitação.' (Meirelles, Hely Lopes, in Direito Administrativo Brasileiro, pp. 298 e 299, 22a edição, Malheiros, 1997). Assim, mesmo que a atividade 'serviço de transporte escolar' não estivesse grafado no CNPJ ou contrato social, a contratada autorizada estaria em celebrar avença como celebrada fora, não havendo nenhuma irregularidade hábil a ensejar a glosa das despesas efetivadas na contraprestação dos serviços pactuados.

Ademais, é fato, em momento algum a contratante permitiu a cessão de parcela do contrato para a execução da prestação do serviço. A responsabilidade de execução do contrato dera-se integral e exclusivamente pelo contratado, determinando, fiscalizando in locu a presença e pontualidade de seus colaboradores (motoristas, proprietários dos veículos), bem como a urbanidade no trato para com as demais pessoas (comunidade escolar e demais cidadãos) e grau de eficiência nos resultados apresentados, sem nenhuma ingerência do Poder Público local. Registra-se, também, que o trato de questões afetas ao objeto contratual, sempre ocorrera entre a contratante e contratado, bem assim como o pagamento total mensal efetuava-se através de conta bancária do contratado, mediante prestação dos serviços a contento, que ao contrário do que imputado à irresignada, eram sim fiscalizados e a população deles usufruía.

A contratação dos motoristas por parte da contratada não induz à subcontratação como asseverara a comissão de inspeção, data venia. A subcontratação exige muito mais que isto para se concretizar. Assim, 'deve-se distinguir, primeiramente, se o contrato envolve obrigação de meio ou de fim. Se a Administração se satisfizer com determinada prestação, sendo irrelevante sua autoria, a questão torna-se simples. Não se caracterizará subcontratação quando a prestação for executada diretamente pelo contratado, ainda que necessite recorrer a terceiros para obter elementos necessários'. Pessoa jurídica não pode conduzir veículos, tal ato se consubstancia através de pessoas naturais.

A obrigação de transporte escolar é obrigação 'fim' da contratada, e não obrigação 'meio'. E subcontratação haveria na hipótese em que no serviço de transporte escolar houvesse uma obrigação 'meio' (parcela) para se aperfeiçoar através de terceiros, o que não é o caso. A obrigação (transporte) se exaure no momento em que é executada, sem a necessidade de parcela a ser executada por outro contratado.

Na verdade a suposta irregularidade apontada pelos técnicos repousou no fato de que o negócio jurídico celebrado entre a Prefeitura Municipal de Aracoiaba e empresas, não prevê a realização de subcontratação de parte do objeto do contrato, situação prevista no artigo 72 da Lei 8.666/93 e que a sub-rogação total ou parcial do contrato, sem que esteja prevista no edital e no contrato, constituiria, inclusive, motivo para a rescisão do contrato, conforme dispõe o artigo 78, inciso VI da Lei 8.666/93. No caso em tela, assentou a auditoria, não havia previsão de subcontratação no contrato e essa se deu de forma integral, já que os veículos utilizados no transporte escolar não eram propriedade da empresa contratada e as pessoas que prestavam o serviço de motorista não tinham vínculo empregatício com a contratada.

Dessa forma, segundo a auditoria, restou configurada a violação à Lei 8.666/93, em virtude da subcontratação total do objeto contratado realizada com proprietários de veículos do próprio município, levada a efeito pelas empresas das quais o próprio TCU afastou a responsabilidade, mesmo alegando subcontratação em desacordo com os arts. 72, caput, e 78, inciso VI, da Lei das Licitações.

As apontadas acusações não são hábeis a ensejar a pecha de irregularidade das contas, até porque malferem entendimento jurisprudencial contrário já esposado por esse próprio TCU e pela própria 1ª Câmara, como veremos adiante.

Atento às dificuldades encontradas pela Administração, assim pondera Justen Filho:

"A questão da subcontratação adquire outros contornos quando a execução da prestação envolver objeto complexo, não produzido integralmente por uma única empresa. (...) Nenhuma empresa, salvo exceções raríssimas, domina o processo produtivo integralmente. (...) Como regra, a economia atual conduz a que a prestação resulte da conjugação de bens e condutas de uma pluralidade de empresas. Em abordagem rigorosa, dificilmente existiria uma situação que não comportasse subcontratação. Porém, não é nesse sentido que se alude à subcontratação.

Deve-se distinguir, primeiramente, se o contrato envolve obrigação de meio ou de fim. Se a Administração se satisfizer com uma determinada prestação, sendo irrelevante sua autoria, a questão torna-se simples. Não se caracterizará subcontratação quando a prestação for executada diretamente pelo contratado, ainda que necessite recorrer a terceiros para obter os elementos necessários.

(...)

Diversa é a situação quando a obrigação é de meio. Quando o contratado tiver o dever de elaborar a prestação, a transferência de encargos ou aquisição de bens de terceiros caracteriza a subcontratação relevante para a Administração. (...)

Enfim, tem-se de verificar a necessidade e o intuito da Administração quando efetiva a contratação para determinar a extensão das obrigações do particular que com ela contrata e definir, caso a caso, como se caracterizará a subcontratação."

Mas como já mencionamos, a irregularidade apontada pela 1ª Câmara repousa no fato de que o contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal e a empresa não prevê a realização de subcontratação de parte do objeto do contrato, situação prevista no artigo 72 da Lei 8.666/93 e que a sub-rogação total ou parcial do contrato, sem que esteja prevista no edital e no contrato, constitui, inclusive, motivo para a rescisão do contrato, conforme dispõe o artigo 78, inciso VI da Lei 8.666/93.

Ocorre que a própria 1ª Câmara, no ano de 2010, ano muito próximo ao da contratação glosada, por coincidência, já decidira em sentido diverso, no julgamento do Acórdão nº 5.532/2010 – 1ª Câmara - TCU, restando decidido que "A subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que se deriva do art. 72 da Lei 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração". (Negrejamos e sublinhamos)

Ora, como é que agora a mesma 1ª Câmara vem mudar seu posicionamento? Além da contradição chapada porque a decisão censurou subcontratação e afastou a responsabilidade da empresa, estamos diante de uma flagrante insegurança jurídica e completa incoerência com o posicionamento do TCU. Em 2010, o TCU alegou que não era

necessária expressa previsão no edital ou no contrato para a subcontratação, agora, nos autos em referência, respeitante a fatos idênticos ao de 2010, decide justamente o contrário, desaprovando contas por tal situação. Francamente!

No que concerne ao que foi mencionado quanto à subcontratação, portanto, esta não foi vedada, ou mesmo permitida no edital da licitação, de tal sorte que a omissão do instrumento convocatório, pela sua subordinação integral aos termos da Lei 8.666/93, remete-nos à aplicação dos termos dispostos em seu art. 72, que prevê tal possibilidade. Além do mais, a administração não se propôs ao impedimento de eventual subcontratação, posto que o objeto adjudicado há de ser executado pelo contratado com vistas à obtenção de seu produto final que é a satisfação do objeto, sendo irrelevante, no caso específico, os meios pelos quais a empresa o fará, seja por meios próprios ou por via de terceirização, considerando-se, ainda, que para tais situações, a lei (8.666/93) reservou tratamento específico que impede ao agente público, exigir dos interessados que comprovem propriedade sobre os bens com os quais pretendam executar o objeto. Licitações dessa natureza são comuns em todos os cantos do País. Tendo se contratado o serviço, buscou-se um resultado, exigindo-se apenas a qualidade e eficiência de sua execução. Mas em momento algum poder-se-ia exigir da empresa contratada, melhor, da empresa interessada em prestar esses serviços, que toda a sua frota fosse própria. Exigiu-se, como dito, a execução do serviço, que foi realizado a contento e pago em condições de preço compatível com o que praticado aquém do mercado, fato que sequer os analistas se preocuparam em ressaltar e nem mesmo comprovaram a leviana acusação de sobrepreço ou superfaturamento, pois não trouxeram aos autos quaisquer elementos hábeis a caracterizar a dita irregularidade.

Se aludida empresa realiza esses serviços de transportes usando de seus próprios veículos, ou, se para a consecução dos mesmos, necessita alugar veículos de terceiros ou subcontratar tais serviços é uma questão indiferente para o Município Contratante porque o que importa, para aquele, é a manutenção do preço contratado e das boas condições da prestação dos serviços, além, é claro, da responsabilidade da empresa contratada por todas as conseqüências decorrentes de sua prestação de serviços. Exigir de uma empresa desse naipe que sua frota fosse particular, própria, ou impedir que a mesma subcontratasse seria diminuir ao máximo o âmbito de competição para eventuais interessados, vindo a ferir, portanto, o princípio da igualdade. Daí porque, como dito, deixou-se o edital omisso nesse aspecto e em sintonia com o que a própria 1ª Câmara desse Tribunal já havia decidido no próprio ano de 2010, como já apontado no seu Acórdão nº 5.532/2010, verbis:

REPRESENTAÇÃO. RECURSOS DO FUNDEF. TRANSPORTE ESCOLAR. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA QUE NÃO ERA DO RAMO COMPATÍVEL COM O OBJETO LICITADO. SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS ADJUDICADOS. REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO SEM ORÇAMENTO BÁSICO. PAGAMENTO ANTECIPADO. CONTRATAÇÃO DIRETA DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS. NÃO ATENDIMENTO A DILIGÊNCIA DO TRIBUNAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ACOLHIMENTO DE PARTE DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. COMUNICAÇÃO.

1. A subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que se deriva do art. 72 da Lei 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração (...)

(Negrejamos)

A 2ª CONTRADIÇÃO DA DECISÃO ATACADA DIZ RESPEITO AO APONTAMENTO DE QUE HOUVE SUBSTANCIAL AUMENTO DO VALOR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR VERIFICADO ENTRE OS CONTRATOS DECORRENTES, SEM QUE A CÂMARA E OS ANALISTAS TENHAM SE DIGNADO SEQUER A MENSURAR PREJUÍZOS OU MESMO EVIDENCIÁ-LOS. A REFORMA DA DECISÃO É LATENTE NO QUE RESPEITA À PRÓPRIA ALEGAÇÃO DA RELATORIA DE QUE HOUVE “POSSÍVEL SOBREPREGO”. ESTE TCU NÃO PODE APLICAR PENALIDADES SOBRE QUEM QUER QUE SEJA MEDIANTE “ACHISMOS”, ATÉ PORQUE DANO NÃO SE PRESUME, DANO SE COMPROVA, DAÍ MAIS UMA ABSURDA CONTRADIÇÃO APENAR-SE UMA GESTORA SEM A INEQUÍVOCA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO QUE É RELEVADA NA PRÓPRIA DECISÃO ATACADA.

Ao se falar em responsabilidade dos agentes políticos, deve-se proceder a uma avaliação da medida exata da responsabilização, máxime no que concerne à conduta do administrador e o imprescindível nexo de causalidade. Não é outro o entendimento da doutrina pacífica e dominante, que ensina que:

Ao se falar da responsabilização do administrador e de terceiros nos processos que tramitam nas cortes de contas, é necessário segregar suas duas dimensões: a responsabilidade administrativa e a responsabilidade civil. A responsabilidade administrativa está vinculada ao julgamento das contas, à avaliação dos atos praticados pelo agente em contraste com a lei. Dela poderão resultar sanções, quando cabíveis. A responsabilização civil fundamenta a exigência de ressarcimento do dano causado aos cofres públicos. Em ambas as dimensões, deve haver o liame subjetivo entre a ação do responsável e a irregularidade ou o dano. Portanto, ao fim e ao cabo, a responsabilização é sempre subjetiva.

Aliás, nessa esteira, nunca é demais advertir, utilizando-se dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que "em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público" (Tribunal Pleno, MS 20.335, Rei. Ministro Moreira Alves, j. 13.10.1982, RTJ106/952).

Ora, imputou-se a responsabilidade objetiva à recorrente, aplicando-se-lhe multa em que fundamentos ou fatos? Absolutamente nenhum. O TCU sequer descreveu uma única conduta ímproba da ex-gestora, restringindo-se a reproduzir uma informação calcada em análise fria e técnica de processo de prestação de contas e que não se presta a apurar responsabilidade patrimonial de ninguém, haja vista que atenta unicamente para fatos contábeis e declara formalmente que não há como demonstrar prejuízo, não obstante mencionar a "possibilidade" de sobrepreço.

O Art. 80, § 1º do Decreto-lei nº 200 de 1967 estabelece que:

Art. 80. Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo o ordenador da despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas.

§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

(Negrejamos)

E o que fez a decisão? Simplesmente responsabilizou a ex-prefeita por fatos alheios à sua conduta, já que não determinou nem assinou contratos e nem se locupletou de verbas públicas, resultando numa decisão violadora dos princípios constitucionais da personalidade ou incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena, bem como o princípio da individualização da pena.

A Constituição Federal consagrou a incontagiabilidade da pena, proclamando que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Dessa forma, garante-se tanto a proibição de transmissão da pena para familiares, parentes, amigos ou terceiros em geral, quanto se exige que a lei infraconstitucional preveja a extinção da punibilidade em caso de morte do agente.

O princípio da incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena também se aplica em relação à obrigação de reparação do dano, bem como quanto à decretação de perdimento de bens.

Por sua vez, Excelência, o princípio da individualização da pena exige uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e o dever de ressarcimento, de maneira que a condenação por suposto ato ilícito atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a aplicação da multa, bem como a acusação de "possível sobrepreço" aventadas na malsinada decisão sucumbem por absoluta falta de amparo legal e fático, máxime porque ineptas e inábeis ao não esclarecerem e demonstrarem a censurabilidade da conduta da insurgente, mesmo porque se não há nos autos sequer prova da conduta culposa e do nexo de causalidade, pressupostos da responsabilidade subjetiva, não há se falar em ressarcimento e nem de multa, muito menos pretensão a ele, não existindo também, por consequência, o dolo.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS À FAZENDA PÚBLICA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37. § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. 1- No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, prevalece o entendimento de que a pretensão de ressarcimento por danos ao erário é imprescritível, segundo o comando inserto no § 5º do art. 37 da Constituição Federal 2- Afastada a prescrição reconhecida na sentença, toma-se possível o avanço no julgamento do mérito pelo Tribunal, nos termos do § 3º do art. 515 do CPC, tendo em vista que a causa encontra-se madura, devidamente instruída. Precedentes desta E. Corte e do Superior Tribunal de Justiça. 3- Embora evidente o dano ao erário, não há como atribuir ao agente o respectivo dever de ressarcir se não há nos autos prova da conduta culposa e do nexo de causalidade, pressupostos da responsabilidade subjetiva. 4- Apelação a que se deu parcial provimento apenas para afastar a prescrição quinquenal, indeferindo-se os demais pedidos. (TJDF; Rec 2008.01.1.167634-5; Ac. 545.740; Primeira Turma Cível; Relª Desª Leila Arlanch; DJDFTE11/11/2011; Pág. 82)

(Negrejamos)

A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal (...) segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta [a objetiva], vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares.

A responsabilidade subjetiva, vale dizer, possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa ou dolo.

É elementar, para a aplicação de sanção de natureza ressarcitória e multa pecuniária, esta pretendida na decisão, não basta que se comprove a existência do fato e sua subsunção à descrição legal. Faz-se necessário, ainda, que a conduta do agente responsável pela impropriedade apontada seja também culpável, tomada em seu sentido amplo.

Há que se ressaltar, insista-se, que a responsabilidade dos agentes é subjetiva, sendo impossível de ser invocada a responsabilidade objetiva do agente público pela prática de atos administrativos.

A conduta culposa deve ser aferida pelo que ordinariamente acontece, não pelo que extraordinariamente possa ocorrer. Jamais poderá ser exigido do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum, a que os romanos davam a designação prosaica de 'bonus pater familiae', e que é, no fundo, o tipo de homem médio ou normal que as leis têm em vista ao fixarem os direitos e deveres das pessoas em sociedade, (conf. Sérgio Cavalieri Filho, in Programa de responsabilidade civil, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 39).

Desse modo, há que se irresponsabilizar a recorrente, máxime porque jamais se apropriou indevidamente de verbas e muito menos foi a responsável pela contratação censurada, daí porque não se pode aplicar multa pecuniária baseada em "achismos" ou "possibilidades".

Destarte, da análise dos autos, não há a existência do cometimento de ato ilícito pela ex-prefeita. A multa pecuniária supõe, como é curial, correlata lesão aos cofres públicos. Nesta via, o dano não pode ser presumido, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado, repita-se.

Logo, não se pode verificar dos autos qualquer ato doloso ou com culpa grave por parte da recorrente, nem mesmo dano a ser ressarcido. Desta feita, a responsabilização pessoal atribuída por irregularidades contábeis deve ser afastada.

Jamais se disse ou ficou demonstrado, ainda que indiciariamente, por parte dos analistas e da relataria, dolo, ou culpa grave, não tendo ela obrado com má-fé, ou desonestidade.

Neste sentido, já decidiu a jurisprudência mineira:

AÇÃO ORDINÁRIA. DANO AO ERÁRIO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE. IMPROVIMENTO DO RECURSO.- Se não foi comprovado que o ex-prefeito causou prejuízo ao erário público e nem mesmo se locupletou com qualquer vantagem pecuniária, não vinga a ação de ressarcimento por improbidade administrativa contra ele proposta, haja vista que para o êxito daquela referida ação há necessidade da concorrência da ilegalidade e lesividade do ato acoimado de ímprobo. (Ap. Cível/Reex. Necessário 1.0674.06.000043-9/001, Rei. Des. (a) Belizário de Lacerda, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/12/2008, publicação da súmula em 16/01/2009)

(Negrejamos)

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA -RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - CONVÊNIO -PRESTAÇÃO DE CONTAS - IRREGULARIDADES -ART.9º, DA LEI 8.429/92 - ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO NÃO CONFIGURADO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO -IMPROCEDÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA. O elemento subjetivo é essencial à caracterização do ato de improbidade, à luz da natureza sancionatória da Lei 8.429/92, e, para a configuração do tipo previsto no art. 9º, é necessária a constatação do dolo genérico do agente. A conduta do agente

público, embora irregular, nem sempre pode ser tipificada como ímproba. Para a condenação de ex-prefeito ao ressarcimento de dano causado ao erário faz-se necessária a comprovação inequívoca de prejuízo, sendo certo que eventual irregularidade quanto à prestação de contas de convênio não presume a ocorrência do dano, que deve ser comprovada de forma inequívoca, ônus do qual não se incumbiu o autor. (Apelação Cível 1.0686.04.112391-6/001, Rei. Des. (a) Geraldo Augusto, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/03/2012, publicação da súmula em 23/03/2012).

(Destacamos)

A 3ª CONTRADIÇÃO DIZ RESPEITO À ALEGAÇÃO DA DECISÃO DE QUE "NÃO HÁ QUALQUER DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS MOTORISTAS, CUJA DOCUMENTAÇÃO FOI NESTA OPORTUNIDADE JUNTADA AOS AUTOS, TENHAM DE FATO PRESTADO OS SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR. ASSIM A ALEGAÇÃO NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR A IRREGULARIDADE."

A contradição é patente e comprova o equívoco, a absurdidade e a irrazoabilidade da condenação imposta, máxime quando obvida que os documentos apresentados pela administração gozam de presunção juris tantum de veracidade.

Ensina-nos a melhor doutrina que os atos administrativos são presumidos verdadeiros e legais até que se prove o contrário. Assim, a Administração não tem o ônus de provar que seus atos são legais e a situação que gerou a necessidade de sua prática realmente existiu, cabendo ao destinatário do ato o encargo de provar que o agente administrativo agiu de forma ilegítima. Este atributo está presente em todos os atos administrativos.

E o que fizeram os auditores para infirmarem os atos praticados pela administração municipal? Nada! Restando apenas o mero inconformismo e a inércia de fazer prova em contrário acerca da presunção de veracidade de tais atos.

Portanto, os argumentos tendentes a desacreditar os atos administrativos promovidos pela administração municipal não passam de aleivosias e se prestam apenas a justificarem a inércia e a incompetência dos inconformados em produzirem prova em contrário à veracidade dos atos da Secretaria Municipal de Educação.

Ora, se questionaram os atos administrativos legítimos e legais e se sentiram prejudicados, deveriam os auditores, na instrução probatória, terem se desincumbido de apresentar prova em contrário, uma vez que deles era o dever de provar que a Administração Pública contrariara a lei ou os fatos mencionados por ela como não verdadeiros. Mas nada fizeram ou produziram prova em contrário, como também não comprovaram o superfaturamento apontado através de comparativos de preços praticados em outros municípios.

A doutrina brasileira de Direito Administrativo reconhece entre os atributos dos atos da Administração Pública sua presunção relativa de legalidade. Paralelamente a essa característica do ato administrativo e em consequência dela, reconhece-se a sua presunção de veracidade. A presunção de legalidade implica que o ato exarado pela Administração presume-se legal (conforme o Direito), valendo até o reconhecimento jurídico da sua nulidade. Em decorrência de sua presumida correção, tem-se a presunção de veracidade do ato: seus pressupostos fáticos são admitidos como verdadeiros até prova em contrário.

O reconhecimento dessas presunções em favor do ato administrativo pode ser observado nas obras de Amílcar de Araújo Falcão, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella

Jr. , Odete Medauar , Diogo de Figueiredo Moreira Neto , Maria Sylvia Di Pietro , José dos Santos Carvalho Filho , Fábio Medina Osório , Celso Bastos , Lúcia Valle Figueiredo e Alexandre de Moraes , entre outras.

Quanto às suas consequências práticas, o posicionamento doutrinário tradicional defende que a presunção de veracidade do ato administrativo transfere ao particular não apenas o ônus de impugná-lo, mas de fazer prova de sua invalidade ou inveracidade. Assim entende, v.g., Hely Lopes Meirelles, que aponta entre as consequências da presunção de legitimidade a "transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca".

Referido entendimento - ainda majoritário - é endossado por diversos publicistas brasileiros.

A jurisprudência, por sua vez, também encampa a orientação majoritária, atribuindo aos atos da Administração Pública uma presunção apta a transferir ao interessado (particular) o ônus da prova da sua inveracidade. Uma das referências jurisprudenciais mais antigas nesse sentido pode ser encontrada no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 2.846, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em 1955. Nessa oportunidade, a Corte apontou o princípio geral de que a prova cabe à parte que alega o fato (princípio do interesse), com exceção da Administração Pública, que tem a seu favor a presunção de veracidade. Esse entendimento é acompanhado pela orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça.

O referido acórdão do Supremo Tribunal Federal foi assim ementado:

"PROVA. O ÔNUS DA PROVA CABE A QUEM ALEGOU. ATÉ PROVA EM CONTRÁRIO, A AFIRMAÇÃO DA AUTORIDADE PÚBLICA TEM A SEU PROL, A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE".(STF, 2ª T., rei. Min. Lafayette de Andrada, RMS nº2468, julgado em 27.05.1955).

Quanto ao entendimento prevalente do Superior Tribunal de Justiça:

"No caso, a recorrida ajuizou ação que denominou anulatória de débito, alegando na petição inicial a invalidade do processo administrativo que culminou na imposição de multa. Haveria, portanto de provar o rato que redundaria no seu alegado direito de não ser multado, afastando, assim, a presunção de legalidade do ato administrativo. Não tendo provado o vício que entendia inquinar o processo administrativo, este é válido e produz efeitos, não sendo exigível da administração recorrente fazer prova que contrarie os fatos alegados pela outra parte". (STJ, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, Recurso Especial nº 813.799/MG, DJU de 19.06.2006).

"Ato administrativo que goza da presunção jûris tantum de veracidade, cabendo aos titulares das contas vinculadas, a teor do art. 333, I do CPC, o ônus de provar que, no seu caso específico, o referido índice não foi aplicado, mediante apresentação de extrato emitido pelo banco depositário ou, pela CEF, após a centralização das contas. Havendo resistência, a prova pode ser exibida em juízo. 4. O fato de o STJ ter se posicionado no sentido de dispensar os titulares das contas da apresentação dos extratos quando do ajuizamento das demandas em nada interfere na situação dos autos, porque naquela hipótese era suficiente provar a titularidade no período cuja correção se reclama. Aqui, diferentemente, questiona-se a aplicação de percentual definido em ato administrativo, que goza da presunção jûris tantum de veracidade" (STJ, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon. Recurso Especial nº445.727/MG, DJU de 16.08.2004).

Ora, não se mostram minimamente razoáveis as pífias alegações dos auditores ao pretenderem impor superfaturamento ou sobrepreço para justificarem a imputação de uma absurda e irrazoável multa pecuniária, posto que não comprovaram tais irregularidades, nem trouxeram aos autos preços além dos praticados na contratação glosada, sendo despicienda as alegações dos auditores, que não demonstraram, estreme de dúvidas, nenhum vício que entendiam inquinar os atos administrativos, não sendo possível a inversão do ônus da prova para a própria administração, uma vez que inexistente prova que contrarie os fatos alegados pela ora insurgente.

DA 4ª CONTRADIÇÃO DO ACÓRDÃO QUANTO À IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE À PREFEITA MUNICIPAL, AQUI EMBARGADA:

A Embargada alegou que a administração municipal de Aracoiaba é absolutamente desconcentrada/descentralizada, conforme dispõe lei municipal.

Nesta esteira, afirmou inexistir liame subjetivo entre suas ações e as irregularidades a ela atribuídas, vez que não há provas de que o firmamento de contratos ou a autorização de despesas e pagamentos foram assinados pessoalmente por ela.

Também asseverou que o Tribunal a responsabilizou objetivamente por atos de seus subordinados, que detinham competência (por delegação) para licitar, contratar, empenhar, liquidar despesas e efetuar pagamentos.

Citamos o voto condutor do Acórdão 46/2006-Plenário, que versa sobre a impossibilidade de se responsabilizar o agente político nos casos em que reste comprovado que não praticou atos de gestão dos recursos impugnados

O acórdão é contraditório.

Ao proceder à análise deste tópico, o acórdão reconheceu existir decreto de desconcentração e que efetivamente inexistente a assinatura da embargante nas licitações, contratos e pagamentos, ficando a cargo da ex-secretária de educação as atribuições referidas.

Ora, verifica-se, estreme de dúvidas, que a imputação à prefeita se dá expressamente pela suposta responsabilidade objetiva. No entanto, de modo contraditório, não obstante ter imputado a responsabilidade objetiva, alude antagonicamente que há responsabilidade subjetiva da prefeita/embargante.

A própria documentação e o acórdão se contradizem. Está reconhecido que inexistente assinatura da embargante nas licitações, contratos e pagamentos, ficando a cargo da ex-secretária municipal de educação as atribuições referidas, como imputar-lhe a responsabilidade subjetiva? A contradição é chapada, devendo serem revistas as penalidades e sanções aplicadas à embargante, aclarando-se o acórdão no sentido de dizer se imputou à ex-prefeita a responsabilidade objetiva ou a subjetiva.

Com efeito, a responsabilização civil nos processos ambientados nos 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.

Aliás, o próprio Tribunal de Justiça do Ceará já decidiu que para a aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva é imprescindível a presença da conduta culposa ou dolosa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. Ação de ressarcimento ao erário ajuizada contra ex-prefeito. Aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva.

Imprescindível a presença de conduta culposa ou dolosa. Precedentes. Ausência de comprovação. Apelação conhecida e desprovida. (TJCE; APL 000638081.2000.8.06.0071; Sexta Câmara Cível; Rei. Des. Paulo Airton Albuquerque Filho; DJCE 30/07/2014; Pag. 24).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça enfatiza que "a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva, em face do atual sistema jurídico brasileiro, considerando a gravidade das sanções da Lei de Improbidade Administrativa", tendo, mais adiante, em análise pontual asseverado que "o Tribunal de Origem qualificou equivocadamente a conduta do agente público, pois a desídia e a negligência expressamente reconhecida no julgado impugnado não configuram dolo, tampouco dolo eventual... tal consideração afasta a configuração do ato de improbidade administrativa por não violação dos princípios da Administração Pública, pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa de conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento do ato de improbidade ..." (Cf. REsp n. 875163/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ. 1.07.2.009).

Sem respaldo indiciário não há como responsabilizar o agente público ao constrangimento ilegal de ter suas contas julgadas irregulares. Não basta a singela descrição de um ilícito, em tese, para dar suporte a sanções administrativas graves, eis que a prestação de contas deverá, obrigatoriamente, estar lastreada em elementos sólidos, capazes de permitirem a constatação de viabilidade da acusação.

"Não é suficiente a singela descrição de um crime em tese para ensejar o recebimento da denúncia, que deve, necessariamente, apresentar-se lastreada em elementos que evidenciem a viabilidade da acusação" (TACRIM-SP, Rei. Juiz Devienne Ferraz, HC n° 320840/1- Campinas, 4a Câmara, Boletim AASP 2.120/1.094-j).

Ora, Excelência, nos autos não há sequer a narrativa de fatos, apenas transcrição de supostas ilegalidades pelo TCU.

O STJ deixou claro que:

ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. CONFIGURAÇÃO E TEPICIDADE: LEI N° 8.429/92. SUCUMBÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. I. Na tipificação do ato de improbidade administrativa, exige-se do julgador perfeita sintonia com a realidade sócio-econômica da realidade brasileira. 2. Em sociedade fortemente marcada pela exclusão social, a qual favorece o clientelismo político, não é imoral, a ponto de configurar-se ato de improbidade, a distribuição de passagens de ônibus a pessoas carentes. 3. Repercussão econômica sem desvios e devidamente aprovada pela Corte de Contas. 4. O Ministério Público não está sujeito a pagar as verbas sucumbenciais, senão quando age com má-fé. 5. Recurso Especial de mérito improvido e provido o recurso em favor do MINISTÉRIO PÚBLICO. (STJ; RESP403599; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Eliana Calmon Alves; Julg. 03/04/2003; DJU 12/05/2003; pag. 00274)

Como visto, a inexistência de ilícitos retira a possibilidade jurídica de um veredito pela culpabilidade dos gestores, por faltar conduta punível. Nem todos os atos tidos como irregulares poderão ser tipificados como ímprobos ou hábeis a ensejar julgamento irregular de contas.

Trazendo à lume as sábias palavras do Ministro Garcia Vieira, "a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil", verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A LIDE PÚBLICA. PRELIMINAR AFASTADA POR QUE APESAR DE SUCINTO O DECISÓRIO INDICOU OS MOTIVOS DO RECEBIMENTO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO MATERIAL AO MUNICÍPIO. CERTAME LICITATÓRIO REALIZADO PELO MENOR PREÇO. SERVIÇOS DEVIDAMENTE PRESTADOS A MUNICIPALIDADE. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ OU DESONESTIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A decisão que recebe a ação civil pública deve ser minimamente fundamentada, não podendo ser considerada como ausente de fundamentação o decisório sucintamente fundamentado. O objetivo da Lei de improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil, sendo absolutamente necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público, pois, de fato esta Lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado (RESP213.994-0/MG, 1ª turma, Rei. Min. Garcia Vieira, DOU de 27-09-1999) A Lei Federal nº 8.429/92, que disciplina a ação de improbidade administrativa, que teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: A) importem em enriquecimento ilícito (art. 9); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública (RESP nu 480.387/SP, Rei. Min. Luiz Fux, 1ª t, DJU de 24-05-2004, p. 162). Se não há nenhuma demonstração das situações jurídicas indicadas na Lei de improbidade administrativa, no caso da ação civil pública ajuizada pelo ministério público do estado de Mato Grosso para ressarcimento, força reconhecer que a demanda não deve ser recebida nos termos do art. 17, § 8º, da Lei Federal nº 8.429/1992, haja vista a inexistência do ato de improbidade nos fatos narrados na petição inicial. (TJMT; AI 51691/2009; Lucas do Rio Verde; Terceira Câmara Cível; Rei. Des. Antônio Horácio da Silva Neto; Julg. 19/01/2010; DJMT 03/02/2010; Pág. 11)

Daí porque a contradição deve ser reconhecida, no sentido de se demonstrar qual responsabilidade é apontada à prefeita, a objetiva ou a subjetiva, bem como declinando-se de modo fundamentado as razões e os elementos supostamente presentes nos autos.

DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO:

Ante todo o exposto, requer a irresignada que seja reformado o Acórdão nº 2462/2015, no sentido de eximir de responsabilidade a Senhora Marilene Campeio Nogueira, ex-prefeita municipal de Aracoiaba/CE, bem como para que seja desconsiderada a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), suprimindo as contradições aqui demonstradas e reformando a decisão para julgar regulares as contas em comento.

Termos em que; j. esta aos autos,

Aguarda deferimento.”

É o relatório.