

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 021.498/2009-3

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

Entidade: Prefeitura Municipal de Montanha – ES.

Responsáveis: Hercules Favarato (014.520.297-68); Klass Comércio e Representação Ltda. (02.332.985/0001-88); Luiz Antônio Trevisan Vedoin (594.563.531-68).

Interessados: Fundo Nacional de Saúde - MS (00.530.493/0001-71); Prefeitura Municipal de Montanha - ES (27.174.051/0001-96); Procuradoria da República - ES (26.989.715/0013-46).

**Embargante: Hércules Favarato** (014.520.297-68).

Representação legal: Luciano Kelly do Nascimento (5205/ES-OAB) e outros, representando Hercules Favarato; Ivo Marcelo Spinola da Rosa (13731/MT-OAB) e outros, representando Klass Comércio e Representação Ltda.; Ivo Marcelo Spinola da Rosa (13731/MT-OAB) e outros, representando Luiz Antônio Trevisan Vedoin.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. RECURSOS AFETOS À ÁREA DE SAÚDE. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. CITAÇÃO. AUDIÊNCIA. REVELIA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de embargos de declaração opostos pelo Sr. Hércules Favarato (peça 97) contra o Acórdão nº 5.568/2014 – 2ª Câmara (peça 91), que negou provimento ao recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão nº 382/2012 – 2ª Câmara (peça 6, p. 58/59), mantido em seus exatos termos pelo Acórdão TCU nº 1.083/2013 – 2ª Câmara (peça 74).

2. Em atenção ao art. 69, inciso I, do RI/TCU, transcrevo a parte deliberativa da decisão recorrida:

*9.1 conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Hércules Favarato, com fundamento no art. 285 do Regimento Interno, para, no mérito, negar-lhe provimento;*

### Histórico

3. Originalmente, cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE), resultante da conversão de processo de Representação autuado no TCU a partir de Relatório de Auditoria 4.696 (p. 5-29, peça 1), realizada em conjunto pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus e pela Controladoria Geral da União – CGU na Prefeitura Municipal de Montanha/ES.

4. A TCE tem como responsável o ex-prefeito Hércules Favarato, e versa sobre os recursos recebidos mediante o Convênio 1.529/2002 (peça 1, p. 48-50; peça 2, p. 1-5), celebrado entre o

Ministério da Saúde e o Município de Montanha/ES, objetivando a aquisição de uma Unidade Móvel de Saúde – UMS.

5. O objeto do convênio foi alvo do grupo da chamada “Operação Sanguessuga”, procedimento deflagrado pela Polícia Federal para investigar fraudes em licitações e superfaturamentos nas aquisições de ambulâncias. Analisados os documentos integrantes da prestação de contas, e após vistoria no local, constatou-se a existência de superfaturamento na aquisição do veículo, no valor histórico (17/4/2003) de R\$ 16.869,90, facilitado pelo ato administrativo de adjudicação e homologação do processo licitatório sem a necessária realização de pesquisa de preços do bem adquirido, ferindo o art. 15, inciso V, § 1º, e art. 43, inciso IV, ambos da Lei 8.666/1993.

6. O superfaturamento verificado na aquisição do veículo conduziu à citação do ex-prefeito Hercules Favarato (p. 53-55, peça 5), solidariamente a Klass Comércio e Representações Ltda. (p. 59-61, peça 5), fornecedora do veículo adquirido; ao Sr. Luiz Antônio Trevisan Vedoin, administrador de fato da mesma firma (p. 56-58, peça 5), e ao Sr. Leonildo de Andrade, sócio administrador da empresa (p.10-11, peça 6) pelo débito de R\$ 16.869,90, decorrente do superfaturamento verificado na aquisição da UMS. Verificou-se que o Sr. Leonildo de Andrade, apesar de constar como sócio administrador, era caseiro do Sr. Luiz Antonio Vedoin, não tendo participado das irregularidades.

7. Os argumentos apresentados pelo gestor não lograram elidir o superfaturamento apurado nos presentes autos, embora tenha demonstrado zelo no recebimento do objeto do convênio, ao exigir do fornecedor a entrega de veículo em perfeitas condições de conservação. Foram juntados documentos comprobatórios da realização de revisão (p. 26-28 e 35-38, peça 8), exigida pela prefeitura e custeada pelo fornecedor (R\$ 14.725,77), no momento da entrega do veículo. Desse modo, o valor do débito foi reduzido para R\$ 4.182,92.

8. Ante a improcedência parcial dos argumentos apresentados pelo ex-prefeito e as irregularidades verificadas nos autos, as contas foram julgadas irregulares, e os responsáveis foram condenados solidariamente ao recolhimento do débito apurado. Foram-lhes ainda aplicadas multas, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992.

9. Inconformado, o Sr. Hércules Favarato interpôs recurso de reconsideração (peça 77). Entretanto, o recorrente não conseguiu demonstrar que o valor pago pelo veículo era o efetivamente praticado pelo mercado, nem desconstituir o resultado obtido pela pesquisa elaborada pela FIPE para a Sefaz/RO, utilizada, de forma conservadora, como preço de referência, trazendo apenas avaliação isolada sobre o veículo conduzida pela própria empresa que fez os reparos por ele solicitados.

10. Ademais, embora tenha apontado a ausência de dolo em prejudicar o Erário, ressaltando que os atos teriam sido praticados pela Comissão de Licitação, tendo ele apenas firmado o convênio e homologado o processo licitatório, o Sr. Hércules Favarato homologou e atestou a legalidade do processo licitatório, o que não poderia ter realizado com as irregularidades encontradas.

11. Dessa forma, considerando que os argumentos recursais não afastaram as irregularidades constatadas, o Tribunal proferiu o Acórdão nº 5.568/2014 – 2ª Câmara, que conheceu do recurso de reconsideração interposto e negou-lhe provimento.

12. Nesse momento, alegando omissão no Acórdão 5.568/2014 – 2ª Câmara, o Sr. Hércules Favarato opõe os presentes embargos de declaração (peça 97).

13. Transcrevo a seguir, excerto da instrução lavrada no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 101), cujas conclusões contaram com a anuência do corpo diretivo daquela unidade técnica (peças 102 e 103).

“(…)

### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

1. *Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 100), que concluiu pelo conhecimento dos embargos de declaração, suspendendo-se os efeitos do inteiro teor do item 9.1 do Acórdão recorrido, cf. art. 34, §2º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 287, § 3º, do RI/TCU.*

### **EXAME TÉCNICO**

#### **2. Delimitação do Recurso**

4.1 *Constitui objeto do recurso a seguinte questão: A alegação de omissão sobre a natureza dolosa ou culposa da infração cometida pelo agente público.*

3. ***Questão: da omissão sobre a natureza dolosa ou culposa da infração cometida pelo agente público.***

3.1. *Alega que houve omissão, uma vez que foi imputado débito ao recorrente, no valor histórico de R\$ 4.182,92, além de ter-lhe sido aplicada multa de R\$ 3.000,00, devido “ao fato de o responsável ter adjudicado e homologado a licitação sem que tivesse sido realizada a necessária pesquisa de preços do bem adquirido, ferindo-se o art. 15, V, e o art. 43, IV, ambos da Lei 8.666/1993”.*

3.2. *O recorrente destaca trechos da decisão embargada, segundo a qual “para imputação em débito, não é necessária a comprovação da má-fé ou desonestidade do agente” e “para o julgamento pela irregularidade das contas ou para a aplicação de multa em processo de fiscalização, a caracterização de ato doloso”, bastando que “o gestor tenha cometido, de forma não justificada, ato ilegítimo ou antieconômico lesivo ao Erário ou deixado de adimplir sua obrigação de prestar contas dos recursos recebidos, e que lhe fosse exigível conduta diversa, para ficar caracterizada sua responsabilidade subjetiva.”*

3.3. *Requer complementação da decisão para que dela conste expressamente que a irregularidade apontada no julgamento não decorreria de ato doloso de improbidade administrativa, ou de má-fé do embargante.*

#### Análise

3.4. *Não é possível tecer considerações conclusivas sobre o elemento subjetivo que moveu a conduta do agente público. Lembre-se que as provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal de Contas da União devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros. É difícil, dessa forma, extrair-se informações sobre a intenção dos agentes em sede de processo de contas, exceto quando se constatam indícios de fraude ao processo licitatório suficientes para autorizar a conclusão pela existência de conluio entre o agente público e o terceiro.*

3.5. *Efetivamente, pelos documentos e alegações contidas nos autos, não é possível se afirmar que o ora embargante tenha agido com dolo em lesar o Erário. Por outro lado, também não é possível atestar que o agente tenha agido simplesmente com culpa em sentido estrito: no que vai além da constatação de culpa em sentido amplo, o elemento subjetivo de sua conduta consiste matéria estranha aos autos, que só poderia ser examinada exaustivamente em ação penal, ou de improbidade administrativa.*

3.6. *Dessa forma, o Voto Condutor do Acórdão embargado salienta, de forma suficiente, que:*

*“Além disso, não ficou comprovado, por argumentos ou por documentação válida como prova, que o preço do bem adquirido seria compatível com o valor de mercado, nem justificou-se a diferença verificada. Mesmo se o superfaturamento tivesse resultado de simples erro por parte da comissão de licitação ou do responsável, este seria obrigado a devolver o valor pago em*

*excesso. Por fim, o fato de o responsável não ter procedido a pesquisa de preços consistente demonstra falta de cuidado com a coisa pública.”*

3.7. *Saliente-se que, diversamente do que ocorre no âmbito dos contratos de direito privado, nos processos que correm perante o Tribunal de Contas da União, a boa-fé dos responsáveis não pode ser simplesmente presumida, mas deve ser efetivamente comprovada, conforme sintetizado no paradigmático Acórdão 88/2003 – Plenário. Isto porque a demonstração de boa-fé constitui ônus do gestor, devido ao princípio de supremacia do interesse público que permeia a fiscalização da aplicação dos recursos públicos.*

3.8. *Nos casos em que o gestor conseguir demonstrar sua boa-fé, mesmo que as alegações de defesa venham a ser rejeitadas, ser-lhe-á concedido novo prazo para liquidação do débito, cuja realização sanará o processo (cf. art. 12, § 2º, da Lei 8.443/1992). Esta é uma das hipóteses de julgamento pela “regularidade com ressalvas”, que difere do julgamento pela “irregularidade” pelo fato de que o responsável pode ter cometido algum equívoco em sua gestão, mas não só agiu reconhecidamente sem má-fé, como também emvidou esforços para reparar a lesão ao erário em oportunidade que lhe foi concedida.*

3.9. *Ressalta o Exmº Sr. Ministro-Substituto Augusto Sherman que: “não se está aqui no âmbito do Direito Civil, em que a regra é a de presunção da boa-fé. Está-se na seara do Direito Público. Trata-se de regra relativa ao exercício do controle financeiro da Administração Pública. Insere-se essa regra no processo administrativo peculiar ao Tribunal de Contas da União, em que se privilegia como princípio básico a inversão do ônus da prova, pois cabe ao gestor público comprovar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade” [CAVALCANTI, A. S. A cláusula geral da boa-fé como condição de saneamento de contas no âmbito do Tribunal de Contas da União. Revista do TCU. Brasília: Tribunal de Contas da União. n. 88. abr/jun 2001. pág. 30].*

3.10. *Saliente-se que tal entendimento coaduna-se com a pacífica jurisprudência dessa Corte de Contas, a qual entende que o artigo 93 do Decreto-Lei 200/67 atribui ao gestor de recursos públicos o ônus de “justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades competentes”.*

3.11. *Desse modo, ao contrário do alegado pelo embargante, o Acórdão 5.568/2014 – 2ª Câmara não foi omissivo ao não afirmar expressamente que o agente atuou de forma não dolosa, apenas com culpa em sentido estrito. É possível se afirmar com segurança apenas que o agente violou seu dever de cuidado com a coisa pública, tendo agido com culpa em sentido amplo, e é por esta razão que está sendo sancionado pela aplicação da multa e condenado a restituir o erário à situação em que este se encontraria caso a violação não tivesse ocorrido.*

(...)

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

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

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