

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 026.351/2007-8

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

Entidade: Prefeitura Municipal de Belém – PB.

Responsáveis: Km Empreendimentos Ltda (00.449.696/0001-38); Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima (144.184.794-49).

Interessados: Fundo Nacional de Saúde - MS (00.530.493/0001-71); Prefeitura Municipal de Belém - PB (08.928.517/0001-57).

Embargante: Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima.

Representação legal: Abelardo Jurema Neto (10046/PB-OAB) e outros, representando Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima. Melanie Costa Peixoto (OAB/DF 14.585) e Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796).

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

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Sr. Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima (peças 39 e 42) contra o Acórdão nº 6.775/2014 – TCU – 2ª Câmara (peça 38), que deu provimento parcial ao Recurso de Reconsideração (p. 3-6, peça 24) interposto contra o Acórdão nº 2.580/2011 – TCU – 2ª Câmara (peça 18, p. 41-42).

2. Em atenção ao art. 69, inciso I, do RI/TCU, transcrevo a seguir a deliberação recorrida:

9.1. conhecer do recurso de reconsideração interposto pela KM Empreendimentos Ltda. para, no mérito, negar-lhe provimento;

9.2. conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, tornando insubsistente o item 9.3 do Acórdão nº 2580/2011-TCU-2ª Câmara e dando a seguinte redação ao seu item 9.4:

“9.4. aplicar multas de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima e de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a KM Empreendimentos Ltda., a serem recolhidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente do dia seguinte ao do término do prazo abaixo estipulado até a data do pagamento;”

Histórico

3. Originalmente, cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde – FNS, em razão da não aprovação da prestação de contas do Convênio 1194/2000 (p. 22-27, peça 1), por intermédio do qual foram transferidos R\$ 133.650,00 para a aquisição de Unidade Móvel de Saúde – UMS, modelo Consultório Médico-odontológico.
4. Restou caracterizado o superfaturamento na aquisição do veículo, no valor histórico (07/02/2001) de R\$ 32.716,97 (dos quais R\$ 29.445,27 correspondem à parcela transferida pela União), 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.
5. O superfaturamento verificado na aquisição do veículo conduziu à citação do ex-prefeito Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima por meio de ofícios (p. 39-41, peça 16; p. 4-7, peça 17 e p. 13-15; peça 17) e edital (p. 20 e 22, peça 17), solidariamente à empresa KM Empreendimentos Ltda. (p. 42-44, peça 16), fornecedora do veículo adquirido.
6. Além disso, também não teria sido comprovada a regular aplicação da importância de R\$ 19.400,00, saldo não restituído à conta do convênio de uma transferência realizada indevidamente em 15/02/2001, no valor de R\$ 25.000,00, da conta específica do convênio para outra conta da prefeitura (p. 34, peça 16). Em virtude dessa irregularidade, o ex-prefeito foi citado por meio de ofícios (fls. 45-46, peça 16; p. 7-8, peça 17, p. 16-17, peça 17) e edital (p. 21-22, peça 17).
7. O ex-prefeito, citado por edital, apresentou expediente (peça 21), no qual contestava a necessidade de citação por edital, pelo fato de ter endereço certo e sabido, e solicitava cópia do processo e prorrogação em 30 dias do prazo para apresentação de defesa.
8. Embora tenha tomado conhecimento dos editais e tenham-lhe sido disponibilizadas a cópia integral do processo e a prorrogação por 15 dias do prazo para atendimento dos Editais de Citação, o ex-prefeito não recolheu o débito nem apresentou alegações de defesa, passando a ser considerado revel. Assim, foi dado prosseguimento ao processo, nos termos do art. 12, inciso IV, § 3º, da Lei 8.443/1992. A empresa KM empreendimentos também permaneceu silente quanto às irregularidades imputadas, fazendo-se operar contra ela os efeitos da revelia.
9. Não havendo elementos que permitissem reconhecer a boa-fé dos responsáveis, o gestor teve suas contas julgadas irregulares, tendo sido condenado ao pagamento do débito referente à não comprovação da regular aplicação do saldo não restituído à conta do convênio da transferência realizada indevidamente, e ao pagamento, solidariamente à empresa KM Empreendimentos Ltda., do débito referente ao superfaturamento. Foram ainda aplicadas multas aos responsáveis, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992 (peça 18, p. 41-42).
10. Inconformado, o Sr. Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima interpôs recurso de reconsideração (p. 3-6, peça 24), sem conseguir demonstrar que o valor pago pelo veículo era o efetivamente praticado pelo mercado, nem que havia motivo hábil para realizar a contratação direta, sem licitação, da empresa KM Empreendimentos Ltda.
11. Entretanto, com relação ao débito referente à transferência realizada indevidamente e não restituída à conta do convênio, o Voto condutor do Acórdão nº 6.775/2014 – TCU – 2ª Câmara acolheu manifestação do Ministério Público, segundo a qual mesmo que os recursos tivessem transitado pela conta do município, o dinheiro havia sido utilizado para o pagamento do objeto mediante cheque identificado nos autos.
12. Dessa forma, considerando que os argumentos recursais não elidiam as irregularidades constatadas, mas acolhendo posicionamento do Ministério Público, o Tribunal proferiu o Acórdão

nº 6.775/2014 – 2ª Câmara, que conheceu do recurso de reconsideração e deu provimento parcial ao pedido, elidindo parcela do débito e reduzindo a multa aplicada.

13. Alegando omissão no Acórdão nº 6.775/2014 – TCU – 2ª Câmara, o Sr. Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima opõe os presentes embargos de declaração (peça 39 e 42).

14. Transcrevo a seguir, excerto da instrução lavrada no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 43), cujas conclusões contaram com a anuência do corpo diretivo daquela unidade técnica (peças 44 e 45).

“(…)

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

9. *Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 41), 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

10. Delimitação do Recurso

a. *Constituem objeto do recurso as seguintes questões:*

- a) *A alegação de omissão sobre a questão de ordem pública da prescrição;*
- b) *A alegação de omissão sobre a natureza dolosa ou culposa da infração cometida pelo agente público.*

11. Questão: da omissão quanto à alegação de prescrição

Argumento

5.1. *Argumenta que a TCE foi instaurada em 10 de outubro de 2007, após cinco anos da data dos fatos tidos como danosos, em maio de 2001, o que atrairia a prescrição do ressarcimento e da multa, a ser julgada de ofício pela Corte.*

5.2. *Cita a existência de posicionamentos doutrinários defendendo a prescritibilidade do ressarcimento ao erário, com base no princípio da segurança jurídica.*

5.3. *Reconhece que a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário está sumulada perante essa Corte, mas alude a recente posicionamento do STF, em Repercussão Geral, que teria revisto esse entendimento. Requer o acolhimento da prescrição, ou, pelo menos, a suspensão do processo até pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal no tocante à matéria.*

5.4. *Requer a aplicação de prazo quinquenal para a prescrição da multa, por esta deter caráter sancionador. Cita, nesse sentido, decisão do STJ segundo a qual em relação à imposição de penalidade, incidiria, em regra, o prazo quinquenal.*

Análise

5.5. *Quanto à aplicação do prazo prescricional, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a lei estabelecerá o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado para os ilícitos praticados pelos agentes públicos, servidores ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as ações de ressarcimento.*

5.6. *Inicialmente, não se deve confundir prescrição da pretensão punitiva do Estado com a pretensão de ressarcimento “lato sensu” tratada na presente tomada de contas especial. Esclarece-se, assim, que a TCE não persegue a pretensão punitiva sujeita à prescrição prevista no art. 37, § 5º, da Constituição, já que, pelo contrário, sua natureza é de recomposição do patrimônio público, conforme se extrai do art. 8º da Lei 8.443/1992. Ressalte-se que a condenação em débito, que acarreta a*

obrigação de restituí-lo, não é sanção punitiva, tratando-se apenas da recomposição de danos materiais causados ao patrimônio da entidade pública.

5.7. *No âmbito do TCU, cita-se o julgamento do paradigmático Acórdão 2709/2008 – Plenário, quando, ao apreciar incidente de uniformização de jurisprudência, esta Corte decidiu que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao Erário são imprescritíveis.*

5.8. *O referido Acórdão 2709/2008 – Plenário superou os posicionamentos até então sustentados perante a Corte de Contas. O Voto condutor do citado Acórdão destaca que o STF, ao apreciar o Mandado de Segurança 26.210-9/DF, deu à parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal a interpretação de que as ações de ressarcimento por atos ilícitos são imprescritíveis. O eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, destacou:*

“No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º da Constituição de 1988, segundo o qual:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva:

(...) ‘A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte”.

5.9. *Considerando que o STF manifestou-se no sentido de que a parte final do § 5º do art. 37 da Carta Política determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário, este Tribunal tem acolhido a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento dos danos ilícitamente causados aos cofres públicos. Essa é, até o momento, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, de tal sorte que não se justifica o sobrestamento do feito.*

5.10. *Observe-se que a Constituição traz a prescritibilidade como regra: a segurança jurídica é princípio que ordena e informa todo o ordenamento jurídico. Não há, no entanto, direitos e princípios absolutos, e a Constituição inicia o artigo 5º ressaltando que são garantidos os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, “nos termos seguintes”.*

5.11. *Dessa forma, a própria Constituição traz limitações aos princípios fundamentais. Quando há disposições aparentemente antagônicas na Constituição, elas devem ser harmonizadas, de forma que o texto da Carta Magna seja interpretado evitando-se contradições entre suas normas e princípios. Salienta-se, ademais, que não há normas constitucionais originárias inconstitucionais.*

5.12. *Uma vez que os bens jurídicos protegidos pela Constituição possuem igual valor, impede-se a aniquilação de uns pela aplicação de outros ao se estabelecerem limites e condicionamentos recíprocos, harmonizando-se os dispositivos.*

5.13. *Acrescente-se que não é todo e qualquer interesse público que se torna imprescritível: as pretensões punitivas penais e administrativas, os créditos tributários e as dívidas ativas da fazenda pública constituem interesses públicos prescritíveis. Apenas é imprescritível, por ressalva expressa do legislador constituinte, a pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados por ato ilícito ao Erário.*

Dessa forma, não há o sacrifício integral de nenhum princípio, nem da segurança jurídica, que continua valendo como regra geral, nem da indisponibilidade do interesse público, que em outras situações continua sujeito à prescrição e à decadência.

5.14. Logo, é plenamente lícita a interpretação segundo a qual a Constituição, nessa situação específica, estabelece ressalva ao princípio da segurança jurídica, frente ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

5.15. Acrescente-se que se o artigo 37, § 5º, da CF/1988 não fixasse a imprescritibilidade, o prazo para a prescrição da pretensão de ressarcimento não seria o trienal, e sim o decenal (artigo 205 do Código Civil), dada a ausência de lei específica. Afinal, não há nenhuma outra lei fixando prazo para o ressarcimento de débito em sede de Tomada de Contas Especial. Se não há lei específica para determinada situação concreta, mas há uma norma jurídica geral, não há sentido em aplicar norma jurídica diversa, aplicável somente a situações distintas. Afastar a norma geral para aplicar dispositivo legal referente a situações significativamente diversas configuraria analogia imprópria. Logo, no caso concreto, caso não incidisse a ressalva constitucional, haveria uma norma geral, plenamente aplicável na falta de lei específica.

5.16. Nesse sentido, caso a pretensão de ressarcimento ao Erário fosse prescritível, não seria aplicável o prazo do artigo 54 da Lei 9.784/1999, pois, quando do julgamento do processo de TCE, não se está anulando ato administrativo nenhum, nem mesmo o ato de aprovação de contas por parte do concedente. Estaria assim vedado o emprego à analogia e seriam inaplicáveis, mesmo a título de argumentação, os prazos quinquenais da Lei de Improbidade Administrativa, da Lei de Processo Administrativo e do Código Tributário Nacional.

5.17. De modo similar, não se aplicam aos processos de controle externo os prazos prescricionais previstos em normas que regulam hipóteses diversas, a exemplo das Leis 9.873/1999 (ação punitiva no exercício do poder de polícia), 8.112/1990 (punições disciplinares), 8.429/1992 (sanções por prática de atos de improbidade) e do Decreto 20.910/1932 (prescrição das dívidas passivas da Fazenda Pública), cf. Acórdãos 2580/2008 – Plenário, 1749/2010 – Plenário e 670/2013 – 2ª Câmara.

5.18. Conclui-se, assim, que ante a inexistência de normativo específico acerca da prescrição da pretensão punitiva, o TCU fixou o entendimento de que aplicam-se as regras do Código Civil, e não as leis que trazem prazos quinquenais. A aplicação de tais dispositivos configuraria analogia imprópria, visto que os processos de controle externo não se afiguram como exercício de poder de polícia, nem versam sobre improbidade administrativa, nem mesmo tratam da cobrança de dívidas da Fazenda Pública ou de créditos tributários.

5.19. No tocante à aplicação de multa, por sua vez, a prescrição da pretensão punitiva nos processos do TCU ocorre em dez anos, uma vez que a ressalva constitucional se aplica apenas às ações de ressarcimento, não punitivas. Observe-se ainda que, como se considera o dano ocorrido na data de repasse dos recursos (02/02/2001), o prazo teria sido interrompido em 12/05/2010, pela decisão que determinou a citação (p. 38, peça 15), uma vez que esta foi concretizada (art. 202, inciso I, do Código Civil).

5.20. Nota-se, assim, que o prazo prescricional de dez anos não teria transcorrido. Essa circunstância impede que o argumento do recorrente seja aceito, mesmo quanto à aplicação da multa, considerando-se que a pretensão punitiva não estaria albergada na ressalva do art. 37, § 5º, da CF/1988.

12. Questão – omissão na apreciação da culpa e do dolo do responsável

Argumento

6.1 O embargante afirma que a decisão deixou de analisar a tese da ausência da culpa e do dolo, bem como de má-fé e de locupletamento ilícito por parte do responsável.

6.2 Destaca que a responsabilidade em sede de Corte de Contas é subjetiva, e que a eventual caracterização de sobrepreço não teria o efeito, por si só, de presumir culpa ou dolo na prática do ato. Assim, uma eventual antieconomicidade da aquisição da UMS pelo setor técnico não implicaria a existência de má-fé desses agentes.

6.3 Alega que a contratação exigiu a participação de outros agentes públicos, não se restringindo à atuação exclusiva do prefeito e que a inexigibilidade de licitação teria ocorrido por falha administrativa, induzida: 1) pelo plano de trabalho aprovado pelo Ministério da Saúde; e 2) pela indivisibilidade do objeto, o que ensejava a exclusividade do fornecedor à época da contratação.

6.4 Cita excerto doutrinário segundo o qual, em termos de eficiência tanto no controle como na gestão pública, a responsabilidade subjetiva é a que mais se amolda ao senso de prudência e justiça. Afirma, dessa forma, que a responsabilidade administrativa dos gestores deve ser apurada mediante culpa ou dolo, não por presunção.

Análise

6.5 Ao contrário do que afirma o recorrente, o Voto condutor do Acórdão recorrido deixa claro que a inexigibilidade da licitação não foi justificada. O próprio gestor público reconhece ter verificado a existência de mais de uma empresa que estaria apta a fornecer determinada utilidade em um mercado relevante.

6.6 Espera-se que um gestor público saiba que a regra é o procedimento licitatório, não a contratação direta, e que esta só pode ocorrer nas hipóteses previstas pela legislação específica. Saliente-se que há várias hipóteses de contratação direta previstas na legislação, mas a situação concreta não se encaixa em nenhuma delas.

6.7 Ressalte-se que, ao contrário do mencionado pelo embargante, não era possível demonstrar a suposta exclusividade de fornecedor. É inverossímil a hipótese de que o gestor municipal tenha, efetivamente, considerado que apenas a KM Empreendimentos Ltda. poderia realizar o fornecimento, em todo território nacional, com base em certidão simplificada emitida pela Junta Comercial do Estado de Pernambuco. Justificar a não exigência de processo licitatório com base nessa alegação é, no mínimo, descuido com a coisa pública, e forte indício de direcionamento da contratação direta.

6.8 Tanto as citações realizadas quanto o Acórdão 2580/2011 – 2ª Câmara já deixavam claro que a conduta do então prefeito, que autorizou a não exigência de processo licitatório, contribuiu para o superfaturamento na aquisição da UMS. Quando desprovida da fundamentação adequada, a contratação direta constitui conduta claramente contrária à Constituição e aos dispositivos legais que regulam as aquisições de bens e serviços pelo poder público.

6.9 Observe-se que esses dispositivos legais e regulamentares, por sua vez, contêm medidas de cuidado a serem seguidas pelo gestor público as quais, uma vez adotadas, diminuem a possibilidade de que a coletividade pague a um indivíduo mais recursos do que seria preciso para satisfazer determinada necessidade pública. O descumprimento de tais normativos, por outro lado, eleva a probabilidade do pagamento de sobrepreço e torna mais fácil o direcionamento do certame a um determinado fornecedor. Em suma, constituem parâmetros exigíveis de cuidado, que, se descumpridos, aumentam o risco de lesão ao Erário.

6.10 Saliente-se, assim, que o relatório incorporado às razões de decidir do voto condutor do Acórdão embargado deixa claro que a dispensa indevida de licitação constituiu-se em conduta voluntária contrária a um dever de cuidado imposto pelo Direito, com a eventual produção de evento danoso ao Erário, evento este que, ainda que tenha sido involuntário, era, no mínimo, previsível. Não é possível afirmar, dessa forma, que o Acórdão tenha sido omissivo na caracterização da culpa, em sentido amplo, do gestor: a violação de um dever de cuidado, que o agente podia e devia conhecer.

6.11 *Assiste razão ao embargante quando sustenta que a responsabilidade em sede de Tribunal de Contas é subjetiva e que a caracterização de sobrepreço não é suficiente para a caracterização da culpa ou do dolo. A conduta culposa pressupõe uma conduta voluntária, com resultado involuntário, porém previsto ou previsível, causado por uma falta de cuidado ou diligência.*

6.12 *É pacífico na jurisprudência de Controle Externo que a responsabilidade do agente que gerencia recursos públicos não requer o dolo em causar dano ao Erário. A responsabilidade nos processos dos tribunais de contas se origina de conduta comissiva ou omissiva do agente, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos do Estado ou ainda aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos. Basta a demonstração da culpa em sentido estrito para que seja possível a imputação de responsabilidade ao gestor.*

6.13 *Nesse sentido, o Acórdão 1952/2011 – 2ª Câmara, de acordo com o qual “(...) a má-fé e o dolo podem configurar agravantes em relação à apuração da responsabilidade por eventual dano causado aos cofres públicos, motivo por que esses elementos subjetivos devem ser sopesados na dosimetria de eventual multa a ser aplicada por esta Corte de Contas. Não se impõe, todavia, a necessidade de conduta dolosa de agente, público ou privado, envolvido na malversação da aplicação de recursos públicos federais para emergir sua obrigação de reparar o dano causado”.*

6.14 *Uma vez que a responsabilidade em sede de Controle Externo não necessita da caracterização do dolo em prejudicar o Erário, ou mesmo de locupletamento próprio ou de terceiro, a instrução de uma TCE normalmente não investiga a existência do elemento subjetivo específico do dolo. Por outro lado, a identificação de dolo em prejudicar o Erário a partir do conjunto de indícios constantes dos autos reflete-se na fixação da multa em proporção mais elevada do débito, e na aplicação de outras sanções tais como a inabilitação para exercer cargo em comissão e função de confiança.*

6.15 *Logo, não houve imputação de responsabilidade sem culpa, pelo menos em sentido estrito, considerada esta como uma violação de dever de cuidado imposto pela ordem jurídica, a qual traz determinados deveres de cuidado a serem obedecidos pelo gestor quando da condução de aquisições em nome da coletividade. No caso concreto, avaliou-se que o agente público, ao realizar a contratação direta sem justificativa hábil, violou dever de cuidado previsto em texto expresso de lei, o que no mínimo elevou a exposição da Administração Pública à prática de sobrepreço.*

6.16 *Qualquer plano de convênio aprovado pelo Ministério da Saúde, acrescente-se, não versa nem poderia versar sobre a obrigatoriedade ou a dispensa de realização de processo licitatório, assunto tratado diretamente pela Lei 8.666/1993 e pelos outros dispositivos legais sobre contratação administrativa.*

6.17 *O Relatório incorporado às razões de decidir do Acórdão embargado também deixa expresso que os argumentos apresentados pelo gestor em sede recursal, na verdade, corroboravam a ausência de exclusividade de fornecedor para o objeto conveniado, salientando, quanto à dispensa sem justificativa hábil de processo licitatório, que “o gestor dos recursos públicos [...] não agiu como se espera de um gestor médio”. O Voto condutor, por sua vez, ressaltou que “Existindo outras empresas no mercado hábeis a fornecerem o veículo que se pretendia adquirir, como salientado pelo próprio ex-prefeito, há que se conceder a elas a oportunidade de participarem do processo licitatório [...]”. Dessa forma, afasta-se a alegação de omissão no Acórdão embargado.*

Argumento

6.18 *Assevera que a indicação de outras empresas hábeis a fornecer a UMS somente teria ocorrido por ocasião da defesa no processo de TCE, e que o embargante desconhecia o fato quando da contratação por inexigibilidade.*

Análise

6.19 *A informação adequada sobre a diversidade ou exclusividade de empresas aptas a executarem o objeto conveniado teria que ter sido obtida pelo gestor antes de afastar a necessidade de processo licitatório. Nenhuma compra deve ser feita sem a adequada caracterização de seu objeto (art. 14, da Lei 8.666/1993), e a licitação só é dispensável ou inexigível quando a situação concreta se encaixar em alguma das hipóteses legalmente previstas. É inócua, assim, a alegação de que o agente público “não sabia” que havia outros fornecedores aptos a participar de processo licitatório.*

Argumento

6.20 *Acrescenta que o ônus da prova quanto à culpa ou dolo não poderia ser de quem se defende, mas de quem suscita a irregularidade, e defende que o entendimento contrário fulminaria toda a sistemática constitucional e infraconstitucional quanto ao processo e verificação de culpabilidade.*

6.21 *Defende que o princípio da presunção da inocência aplica-se ao gestor público, e que cabe à Administração, não ao gestor, a tarefa de instrução processual. Cita decisão judicial sobre o tema.*

Análise

6.22 *A culpa do gestor não está sendo presumida: ela foi demonstrada, quando se constatou que o mesmo autorizou, de forma injustificada, a não exigência de procedimento licitatório e a contratação direta. Restou ao gestor, evidentemente, a possibilidade de demonstrar que a contratação direta teria sido justificável, limitando-se ele todavia a atribuir sua falha ao plano de trabalho aprovado pelo Ministério da Saúde, a uma suposta indivisibilidade do objeto e à uma inexistente exclusividade da fornecedora.*

6.23 *Veja-se que se o descumprimento do normativo tivesse ocorrido por um motivo que pudesse ser considerado justo, o próprio gestor estaria em melhor condição de demonstrar a existência de tais razões, na motivação do ato administrativo, ou, em última análise, frente ao órgão de Controle Externo, nas diversas oportunidades que tem de exercer o contraditório e a ampla defesa. Por tal motivo, justifica-se a atribuição ao gestor do ônus de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos públicos ao próprio gestor, sem “fulminar toda a sistemática constitucional e infraconstitucional quanto ao processo e verificação de culpabilidade”.*

6.24 *Esclareça-se que a decisão judicial citada pelo embargante foi proferida em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, a qual configura de esfera de responsabilidade distinta, cujo aspecto punitivo e repressivo é mais importante que o indenizatório. A ação de improbidade administrativa tem natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade.*

6.25 *Trata-se de ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/1965), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/1985), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.*

6.26 *O STJ, ademais, deixa claro que a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente e considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10. [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 827.445/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2014].*

6.27 *É de se ressaltar também que a Lei de Improbidade Administrativa não é utilizada na atividade de Controle Externo, mas sim em sede de Ação civil pública movida perante o Poder Judiciário. Desse*

modo, no âmbito do TCU, a ilicitude da contratação a preços superiores aos de mercado é fundamentada apenas no artigo 16, inc. III, da Lei 8.492/1992, que estabelece as hipóteses nas quais as contas do agente público são julgadas irregulares, dentre as quais se encontra a ocorrência de dano ao erário decorrente de “ato de gestão ilegítimo ou antieconômico”.

6.28 Cite-se, por fim, que o precedente citado tratou-se de simples remanejamento de verbas, utilizadas em prol do próprio município, não tendo resultado danoso. O caso concreto, ao contrário, não se limita à ocorrência de alterações orçamentárias, mas sim de comprovado superfaturamento. Portanto, o precedente citado não é adequado ao caso concreto, que não versa sobre Improbidade Administrativa nem exige a demonstração do elemento subjetivo do dolo para caracterizar a responsabilização do agente.

Argumento

6.29 Considera indefensável a conclusão segundo a qual o exercício do cargo de prefeito municipal ensejaria o cumprimento de todas as obrigações do convênio, tais como licitar e contratar terceiros. Segundo o recorrente, essa conclusão implicaria desprezar a existência de todos os demais cargos e suas correspondentes funções na administração municipal.

6.30 Sustenta que o embargante se limitou a praticar os atos necessários ao convênio firmado com o Ministério da Saúde, e que a escolha da empresa KM Empreendimentos Ltda. em processo de contratação direta não teria contado com a participação do Embargante em nenhum dos atos administrativos.

Análise

6.31 A responsabilização do agente público, nesse caso específico, não parte da premissa segundo a qual o prefeito municipal seria o responsável pelo cumprimento de todas as obrigações do convênio. O fundamento da responsabilização é a prática de atos efetivos de gestão de recursos públicos, como a assinatura do contrato de fornecimento (p. 32-33, peça 5) e a autorização para a inexigibilidade indevida de licitação (p. 30, peça 5), baseado apenas em parecer simplificado e nitidamente desprovido de fundamentação jurídica e documental adequada (p. 28-29, peça 5). Caso o Sr. Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima, então prefeito municipal, tivesse atuado apenas como agente político, ou seja, como mero signatário do convênio, sem praticar atos de gestão sobre os recursos públicos federais recebidos, ele não estaria sendo responsabilizado no caso concreto.

Argumento

6.32 Postula que a mera “irregularidade” do mecanismo de movimentação bancária do saldo do convênio não constituiria “ilícito”, uma vez que inexistiria comprovação de dano.

Análise

6.33 A irregularidade relativa à movimentação dos recursos financeiros, apontada pelo Acórdão 2580/2011 – 2ª Câmara, foi afastada pelo Acórdão 6775/2014 – 2ª Câmara ora embargado. O dano ao Erário o qual o agente público foi condenado a reparar é limitado ao superfaturamento verificado na aquisição da Unidade Móvel de Saúde, situação prevista expressamente no artigo 25, § 1º, da Lei 8.666/1993, para os casos de inexigibilidade de licitação.

(...)

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Diante do exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos embargos de declaração opostos pelo Sr. Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima, 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 embargante, à Procuradoria da República na Paraíba, ao Fundo Nacional de Saúde, ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS – DENASUS, à Controladoria Geral da União – CGU e aos demais interessados.”*