

GRUPO I – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 007.682/2014-0

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial).

Órgão: Município de Alegrete do Piauí (PI).

Responsáveis: Francisco Edilton Alencar (077.155.013-87); e Kildary Araujo de Carvalho – ME (00.216.155/0001-60).

Recorrentes: Francisco Edilton Alencar (077.155.013-87); e Kildary Araujo de Carvalho – ME (00.216.155/0001-60).

Representação legal: Márvio Marconi de Siqueira Nunes Filho (4703/OAB-PI) e outros, representando Francisco Edilton Alencar; Francisco Kleber Alves de Sousa (6914/OAB-PI), representando Kildary Araujo de Carvalho – ME.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. SUPERFATURAMENTO NA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS EM OBRA. CITAÇÃO SOLIDÁRIA. REVELIA DO EX-PREFEITO. ALEGAÇÕES DE DEFESA PELA EMPRESA CONTRATADA. REJEIÇÃO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. CIÊNCIA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. RAZÕES INSUFICIENTES PARA ALTERAR O JUÍZO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de mérito elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur (peça 64), acolhida pelo corpo dirigente da unidade técnica (peça 65), contando, ainda, com a anuência do Ministério Público junto a este Tribunal (peça 66):

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de recursos de reconsideração (peças 43-52) interpostos por Francisco Edilton Alencar, ex-Prefeito do Município de Alegrete do Piauí/PI, e Kildary Araujo de Carvalho-ME (Kildary Construções), contra o Acórdão 3.005/2015-TCU-Segunda Câmara (peça 24), que apresenta o seguinte teor, destacados os itens impugnados:*

‘9.1. considerar revel o Sr. Francisco Edilton Alencar, ex-prefeito do Município de Alegrete do Piauí/PI, nos termos do § 3º, do art. 12, da Lei 8.443/1992 e do art. 202, § 8º, do RITCU;

9.2. julgar irregulares as contas do Sr. Francisco Edilton Alencar para condená-lo, em solidariedade com a empresa Kildary Araujo de Carvalho – ME (Kildary Construções), com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea ‘c’, § 2º da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do RITCU, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, em consonância com o art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma da legislação em vigor, abatendo-se na oportunidade os valores ressarcidos, se for o caso.

<i>Data da Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>
<i>25/1/2008</i>	<i>688,80</i>

1º/2/2008	148.238,69
Total	148.927,49

9.3. aplicar ao Sr. Francisco Edilton Alencar e à empresa Kildary Araujo de Carvalho – ME (Kildary Construções), individualmente, multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992 e no art. 267 do RITCU, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, em sintonia com o art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno do Tribunal, o parcelamento das dívidas constante deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas, atualizadas monetariamente até a data do pagamento, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais; e

9.6. encaminhar cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Piauí, nos termos do § 3º, do art. 16, da Lei 8.443/1992 e do § 7º, do art. 209, do RITCU, para a adoção das medidas judiciais cabíveis’.

HISTÓRICO

2. Tratam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em decorrência de superfaturamento constatado na execução do Convênio 264/2007 (Siafi 598559, peça 1, p. 110-130), celebrado com o Município de Alegrete do Piauí/PI, tendo por objeto a construção de cisternas de placas para armazenamento de água de chuva, conforme plano de trabalho à peça 1, p. 60-72. No âmbito deste convênio, a empresa Kildare foi contratada para o fornecimento das cisternas, mediante dispensa de licitação, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 (emergência ou calamidade pública).

2.1. Regularmente citados pelo superfaturamento na aquisição de material para consecução do objeto conveniado (peças 11 e 12), somente a empresa Kildare Construções apresentou defesa (peça 17), analisada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Piauí – Secex-PI.

2.2. O Relator, acompanhando pareceres convergentes da unidade técnica e do MP/TCU (peças 19-23), entendeu que os argumentos apresentados pela empresa não afastaram o superfaturamento, no montante de R\$ 148.927,49, apurado a partir do cotejo entre os preços contratados, em dezembro de 2007, e os valores obtidos em pesquisa de preços realizada junto à própria Kildare Construções, em maio de 2008 (peça 1, p. 152-158).

2.3. Rejeitados os argumentos de defesa, o Tribunal condenou o ex-Prefeito, solidariamente com a empresa Kildare Construções, ao ressarcimento do débito apurado, aplicando-lhes multa individual no valor de R\$ 30.000,00.

2.4. Irresignados, os recorrentes interuseram recursos de reconsideração, objetos da presente instrução.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 53 e 54), acolhido pelo Relator, Ministro Augusto Nardes (despacho de peça 57), que conheceu dos recursos, suspendendo os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do acórdão recorrido.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Os presentes recursos têm por objeto examinar:

a) se houve o superfaturamento (questão apresentada por Francisco Edilton Alencar e Kildary Construções);

b) se a empresa contratada pode ser responsabilizada pelo superfaturamento (questão apresentada pela Kildary Construções);

c) se o ex-prefeito pode ser responsabilizado pelo superfaturamento (questão apresentada por Francisco Edilton Alencar).

5. Do superfaturamento

5.1. A empresa Kildary informa ter apresentado, nas suas alegações de defesa, documentos que corroborariam a inexistência de superfaturamento (peça 52, p. 7). Questiona ainda a veracidade do dano apontado pelo Controle Interno, diante da ausência de laudo relativo aos preços de mercado (peça 52, p. 7).

5.2. O ex-prefeito, por sua vez, informa que o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República no Município de Picos, após procedimento administrativo instaurado a partir de representação do Prefeito de Alegrete na gestão de 2009-2012, requereu arquivamento acerca das irregularidades ora analisadas (peça 43, p. 5).

5.3. Afirma, ainda, que o objeto conveniado foi cumprido, não se podendo exigir a devolução de recursos de uma obra executada na sua totalidade (peça 43, p. 6).

5.4. No tocante aos supostos custos de transporte, argumento que havia sido apresentado anteriormente pela empresa, na ocasião das alegações de defesa, para justificar a diferença de preço dos valores recebidos e daqueles cotados para o Controle Interno, o ex-prefeito ressalta as dificuldades para levar o material até o local da construção, bem como o transporte dos operários durante a construção das cisternas (peça 43, p. 8).

Análise:

5.5. A irresignação dos recorrentes quanto ao superfaturamento apurado não merece prosperar.

5.6. Ao contrário do alegado pela empresa Kildary, não foram apresentados, na ocasião das alegações de defesa, tampouco nesta etapa processual, documentos ou outros meios de prova com vistas a afastar o superfaturamento apurado.

5.7. Também não deve ser acatado o argumento sobre a necessidade de elaboração de laudo técnico para comprovação de superfaturamento. Por ser de menor complexidade técnica, a apuração do preço paradigma de mercado dos bens fornecidos pela empresa Kildary não requer conhecimentos especializados, além daqueles abrangidos na capacidade técnica dos auditores de controle interno. Ademais, no caso em análise, o questionamento quanto à veracidade ou à adequação dos preços levantados pela CGU resta mitigado, haja vista ter sido o superfaturamento obtido a partir do cotejo dos valores fornecidos pela própria recorrente.

5.8. Ressalta-se, ainda, que, nas palavras de Humberto Theodoro, milita em favor dos laudos oficiais expedidos pela Administração Pública uma presunção relativa de veracidade, a qual, segundo a jurisprudência dominante, não pode ser infirmada por simples suscitação de dúvidas. Suas conclusões, por isso, devem prevalecer até prova em contrário.

5.9. Quanto aos argumentos apresentados pelo ex-prefeito, cumpre destacar que a demonstração, na prestação de contas, da correta e regular utilização dos recursos públicos envolve, basicamente, dois aspectos: (a) comprovação física, mediante a qual deve-se demonstrar o cumprimento do objeto em consonância com o previsto no plano de trabalho; e (b) comprovação financeira, em que se verifica a regularidade dos pagamentos, bem como o nexo entre as despesas efetuadas e os recursos repassados para o ente.

5.10. No caso em exame, o fundamento para o dano foi o superfaturamento, matéria afeta à comprovação financeira, e não à execução física do objeto pactuado. Desse modo, argumentos relativos ao cumprimento do objeto, ou à qualidade dos serviços não elidem a irregularidade. O fornecimento de materiais, mesmo que de acordo com as especificações, por um preço superior ao valor praticado no mercado lesa o erário e, por conseguinte, não é admitido pelo ordenamento jurídico.

5.11. Com relação às conclusões do Ministério Público Federal, observa-se que o Tribunal de Contas da União a elas não se vincula, pois possui jurisdição e competência próprias, estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/92). Somente teria influência no processo em exame a ação penal em que fossem absolvidos os responsáveis pela negativa de autoria ou inocorrência do fato, caso em que as demais esferas devem acatar a decisão adotada no âmbito do juízo penal. Tal entendimento, contudo, é inaplicável ao juízo emitido pelo Ministério Público Federal.

5.12. Ademais, as causas ensejadoras para o arquivamento foram o cumprimento do objeto do convênio e a suposta devolução, à União, dos recursos aplicados indevidamente (peça 43, p. 22). Ou seja, não houve manifestação do Ministério Público quanto à irregularidade ora analisada (superfaturamento), restringindo-se este órgão a analisar a conduta do recorrente sob a incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

5.13. Com relação aos supostos custos de transportes, esta questão foi adequadamente apreciada pelo juízo **a quo**, razão pela qual se reapresentam os argumentos que fundamentaram a decisão recorrida.

5.14. Em primeiro lugar, diante da inexistência de item específico na planilha de custos, no plano de trabalho e na proposta da empresa, verifica-se que os custos de transporte estariam absorvidos ou contidos no preço proposto na licitação. O mesmo raciocínio aplica-se à cotação efetuada junto ao Controle Interno. Ademais, conforme mencionado no relatório da CGU, 'a empresa Kildary Construções informou que, para grandes compras, como a que ocorreu no caso específico, é praxe efetuar a entrega dos materiais sem nenhum custo adicional, inclusive para cidades que estão situações a um raio aproximado de 75 km de distância, como a que está o referido Município' (peça 1, p. 164).

5.15. Em segundo lugar, o elevado percentual de superfaturamento (35,77%) indica, por si só, que os argumentos do recorrente não são factíveis. Do montante de R\$ 416.355,00, não é razoável supor que R\$ 148.927,49 seriam referentes ao transporte da carga. Cumpre ressaltar, ainda, que a mera menção, de forma vaga e imprecisa, a dificuldades com o transporte de material e operário, desacompanhada de meios robustos de prova, não é suficiente para demonstrar o alegado custo e afastar o superfaturamento.

5.16. Por fim, verifica-se que o recorrente direciona sua irresignação a questões relativas a falhas ou irregularidades na execução do convênio, as quais não foram objeto do julgamento e, por conseguinte, da condenação proferida por esta Corte. Assim, como o efeito devolutivo dos recursos adstringe-se, quanto à extensão, à matéria julgada e impugnada, questões que não foram objeto de pronunciamento do juízo **a quo** não se inserem no âmbito de cognição do juízo **ad quem**, não devendo, portanto, serem objeto de análise.

5.17. Desse modo, não há como acolher os argumentos apresentados.

6. Da responsabilidade da empresa contratada

6.1. A empresa Kildary alega que não pode ser responsabilizada pelo débito, tendo em vista que agiu licitamente na contratação, se valendo do direito de concorrência e de participação assegurados pela Constituição Federal (peça 52, p. 4).

6.2. Conclui, assim, que a responsabilidade é exclusiva do gestor, visto que 'não participou da elaboração do projeto e da Abertura Licitação, como também não incorreu em nenhum vício e/ou procedimento ilícito ao ponto de ser responsabilizado' (peça 52, p. 6).

Análise:

6.3. Não assiste razão à recorrente.

6.4. Nos termos do art. 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume, devendo resultar da lei ou da vontade das partes. No caso em análise, a responsabilidade da empresa recorrente está prevista na Lei Orgânica, no Regimento Interno do TCU e na Lei 8.666/1993.

6.5. O § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992 permite ao Tribunal, quando julgar a irregularidade das contas de determinado responsável, fixar a responsabilidade solidária de terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo, haja concorrido para o cometimento do dano apurado. Nesse sentido, o inciso II, § 6º do art. 209 do RI/TCU, preceitua a responsabilização do terceiro que, como contratante, haja concorrido para o cometimento do dano apurado, especificamente em irregularidade no recebimento de benefício indevido ou no **pagamento superfaturado**.

6.6. No caso em exame, a recorrente foi responsabilizada pelo superfaturamento decorrente dos pagamentos efetuados com sobrepreço, apurados a partir do cotejo das informações constantes das notas fiscais com os valores informados pela própria recorrente em resposta a pesquisa de preços. Resta claro, por conseguinte, ser ela o terceiro mencionado no artigo 16 da Lei 8.443/1992.

6.7. Ressalta-se, por fim, que, em caso de superfaturamento decorrente de dispensa, a própria Lei 8.666/1993 prevê a responsabilidade solidária do fornecedor, no § 2º do art. 25:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

*§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de **dispensa**, se comprovado **superfaturamento**, **respondem solidariamente** pelo dano causado à Fazenda Pública o **fornecedor ou o prestador de serviços** e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (destacou-se)*

7. O pleito do recorrente nesse sentido não merece prosperar.

8. Da responsabilidade do ex-prefeito

8.1. O recorrente sustenta, de forma genérica, a inexistência de dolo, má-fé ou improbidade em sua conduta. Ademais, afirma ter observado todos os preceitos legais que estavam ao seu conhecimento, 'tendo manifestado a ética, probidade e boa-fé em todas as suas ações' (peça 43, p. 12).

Análise:

8.2. A noção de responsabilidade assenta-se em torno da expectativa de observância de comportamentos impostos pelas normas jurídicas ou determinados por preceitos éticos vigentes no corpo social.

8.3. Daí decorrem noções como as de 'dolo', 'culpa' e de 'boa-fé', que são importantes, mas não são indispensáveis para a responsabilização pelo ressarcimento (embora a noção de dolo e culpa seja relevante para fins de punição).

8.4. Com efeito, a presença da boa-fé (padrões de lealdade, de confiança, de respeito a legítimas expectativas) não acarreta a desnecessidade de reparar o dano causado. Nesse sentido, é evidente o art. 12 da Lei 8.443/1992, ao estabelecer que, se reconhecida a boa-fé, a reparação do dano – que ainda assim é necessária – apenas eliminará certos gravames: os juros de mora e um possível julgamento pela irregularidade das contas.

8.5. O dever de indenizar também prescinde do elemento culpa em sentido amplo, que abrange suas modalidades, dolo e culpa em sentido estrito, notadamente quando fundado na proibição de enriquecimento sem causa. Nessa hipótese, aliás, é nítida a distinção entre ilicitude e danosidade.

Assim, por exemplo, quem recebe vantagem indevida (e por isso causa dano a quem a concedeu) é obrigado a restituir o equivalente, mesmo que não tenha concorrido para o recebimento (logo, não tenha atuado com culpa ou dolo), salvo hipóteses excepcionais, em que a devolução é dispensada por outras razões, como previsto na Súmula 106 da jurisprudência do TCU.

8.6. *É importante observar que o direito moderno objetiva as noções de culpa e de boa-fé, de modo a não ser necessário perquirir aspectos subjetivos do agente. Assim, age com culpa quem se desvia de um padrão de conduta diligente, do mesmo modo que age sem boa-fé quem se distancia de um padrão de lealdade e confiança socialmente esperados, contrariando expectativas legítimas que decorrem dos referidos padrões.*

8.7. *Culpa e boa-fé não deixam de ser, assim, instrumentos para valoração de condutas, já que exigem a comparação do comportamento concreto com aqueles cânones socialmente estabelecidos, de diligência e de lealdade e confiança.*

8.8. *Na hipótese dos autos, o recorrente alega ter agido sem dolo, como observância das normas (o que se aproxima da alegação de ausência de culpa) e com boa fé.*

8.9. *Quanto ao dolo, não se trata de requisito para a responsabilização, visto que esta pode decorrer de conduta culposa em sentido estrito.*

8.10. *Quanto à culpa, constatou-se que gestor promoveu contratação com preços superfaturados, deixando de observar o dever que o ordenamento jurídico lhe impunha, acerca da correta verificação dos valores praticados no mercado. Logo, a inobservância de um dever de cuidado caracteriza a culpa.*

8.11. *Verifica-se, inclusive, que o recorrente atuou com maior grau de reprovabilidade (culpabilidade), no exercício de prerrogativa discricionária, ao decidir promover contratação direta de empresa com valores acima dos de mercado, ao invés de possibilitar competição com vista a selecionar proposta mais vantajosa, conduta denominada pela doutrina como **abuso na contratação direta**.*

8.12. *Sobre o tema, ensina Marçal Justen Filho que a autorização para a contratação direta não importa liberação para a Administração realizar contratações não vantajosas. Nesse sentido, o gestor tem o dever de buscar, sempre, a maior vantagem para a realização dos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).*

8.13. *Ao promover a contratação direta, diante da ausência de competição, deveria o recorrente ter adotado maior cautela quanto à verificação da adequação do preço pactuado. Não é por outra razão que o § 2º do art. 25 da Lei 8.666/1993, transcrito no item 6.7 do presente exame, se preocupou em sancionar a negligência de gestores em contratações diretas, quando constatado superfaturamento, responsabilizando-os em solidariedade com o contratado.*

8.14. *Quanto à alegação de boa-fé, é importante enfatizar que o seu reconhecimento não afastaria, por si só, o dever de indenizar o prejuízo causado ao erário. Apenas faria incidir o benefício legal do art. 12 da Lei 8.443/1992, conferindo-se ao responsável prazo adicional para quitar a dívida atualizada monetariamente (sem incidência de juros de mora), evitando-se a condenação com esse encargo e, ainda, o julgamento pela irregularidade das contas (se inexistentes outras irregularidades).*

8.15. *A concessão desse benefício, porém, exige a valoração da conduta, sendo deferido apenas ao agente que, não obstante o dever de indenizar, tenha atuado com lealdade, sem ferir expectativas legítimas ou sem abusar dos direitos de que dispunha. Trata-se, aqui, da boa-fé na sua acepção objetiva, também denominada de normativa, relacionada a um modelo objetivo de conduta social, fundado na honestidade, na lealdade e na probidade.*

8.16. *No caso concreto, o dever de indenizar o erário decorre de superfaturamento constatado em contrato oriundo de dispensa de licitação. Essa constatação contradiz, por si só, o argumento do*

recorrente de suas ações estariam em consonância com a ética e a boa-fé. O agente público que permite a celebração de contrato, mediante dispensa de licitação, com preços acima dos valores paradigma de mercado, não atua segundo os cânones de lealdade socialmente estabelecidos. Ao contrário, deixa de adotar a conduta imposta pelo dever de cuidado, fundado na previsibilidade objetiva (critério do homem-médio).

8.17. Por fim, quanto ao argumento de que atuou de forma proba, não se analisa, no presente caso, a improbidade administrativa, sancionada pela Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), cuja competência para apreciação é do Poder Judiciário. Trata-se, sim, de tomada de contas especial, ação de cunho administrativo, que visa ao ressarcimento de danos causados ao erário e à responsabilização daqueles que lhe deram causa.

8.18. A par desses argumentos, não merecem prosperar as alegações do recorrente quanto à sua responsabilização. Também não há como reconhecer-lhe a boa-fé. Por outro lado, é necessário enfatizar que, ainda que se reconhecesse a boa-fé, o dever de indenizar não poderia ser afastado, sob pena de enriquecimento sem causa do agente, em desfavor do erário.

CONCLUSÃO

9. Das análises anteriores conclui-se que:

- a) os argumentos apresentados pelos recorrentes, desacompanhados de elementos probatórios, não são suficientes para afastar o superfaturamento apurado pelo Controle Interno, dotado de presunção relativa de veracidade, tendo em vista, inclusive, que o parâmetro para a aferição do preço foi obtido junto à própria contratada;
- b) por força do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992 e do § 2º do art. 25 da Lei 8.666/1993, em caso de superfaturamento oriundo da dispensa de licitação, a empresa contratada responde solidariamente com o agente da administração pública;
- c) os elementos dos autos demonstram a conduta culposa do ex-prefeito e os demais elementos para sua responsabilização pelo dano apurado.

9.1. Com base nessas conclusões, opina-se pela negativa de provimento dos presentes recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 3.005/2015-TCU-Segunda Câmara.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 33 da Lei 8.443/1992, conhecer dos recursos de reconsideração e, no mérito, negar-lhes provimento” (grifos no original).

É o relatório.