VOTO

Em apreciação deste Colegiado Embargos de Declaração opostos individualmente pelos Srs. Edson Chigueru Taki e Walter da Silva Jorge João e pela Sra. Lerida Maria dos Santos Vieira ao Acórdão 600/2017 – Plenário, proferido em processo de Tomada de Contas Especial, resultante da conversão, determinada por meio do Acórdão n. 1.275/2012 – Plenário (peça 21), da Denúncia versada no TC 028.564/2011-1, apensada a estes autos, na qual se discutiu a contratação de serviços advocatícios prestados pelo Sr. Juscimar Pinto Ribeiro, às expensas do Conselho Federal de Farmácia – CFF, para defesa do Sr. Jaldo de Souza, consoante Processo 2004.34.00.030591-7 e Procedimento Administrativo 1.16.000.001209/2011-362.

2. A irregularidade atribuída aos recorrentes está associada ao fato de terem atuado como diretores do CFF e, em reunião realizada em 22/03/2011 (peça 12, pp. 109-110, do TC 028.564/2011-1), terem chancelado a contratação ora questionada, inclusive no tocante à celebração de termo aditivo, contribuindo para que a irregularidade se consumasse.

3. Analisada a admissibilidade destes Embargos de Declaração, pode o Tribunal deles conhecer, porquanto opostos de forma tempestiva e em consonância com os requisitos aplicáveis à espécie, previstos no art. 34 da Lei 8.443/1992.

4. Cabe ressaltar, antes de examinar o mérito, que os Embargos de Declaração são, em regra, recurso integrativo, que objetivam extirpar da decisão embargada, além da obscuridade e contradição, a omissão, entendida como "(...) aquela advinda do próprio julgado e prejudicial à compreensão de causa, e não aquela que entenda o embargante, ainda mais como meio transverso a impugnar os fundamentos da decisão recorrida." (STJ, Edcl Resp 351490, DJ 23/9/2002).

5. Tendo por base tais premissas, fica afastada do alcance dos Embargos de Declaração a discussão acerca do mérito da decisão recorrida, o qual deve ser combatido mediante a espécie recursal adequada ao caso.

6. A omissão suscitada pelos recorrentes consiste na alegada falta de apreciação dos elementos de defesa no tocante à boa-fé, à ausência de dolo e de nexo de causalidade entre suas atuações como diretores da entidade e o débito que lhes foi imputado no Acórdão combatido.

7. Toda a argumentação dos embargantes está fundamentada nos seguintes aspectos:

7.1. não há como imputar-lhes qualquer responsabilidade, tendo em vista que atuavam como diretores e estavam adstritos às conclusões do Parecer do Consultor Jurídico da entidade;

7.2 era atribuição apenas do Consultor Jurídico do CFF analisar a regularidade da contratação do Sr. Juscimar Pinto Ribeiro para prestação de serviços advocatícios, às expensas daquele conselho profissional;

7.3. não agiram com dolo ou culpa;

7.4. não foi explicitada na deliberação guerreada qual a conduta irregular atribuível aos embargantes que embasou o julgamento pela irregularidade de suas contas, com condenação em débito e aplicação de multa .

8. Primeiramente, cumpre ressaltar que o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas tem sido no sentido de que os elementos supramencionados não são capazes de afastar a responsabilidade dos gestores, consoante passo as expor.

9. Não é demais lembrar que nos processos de controle externo, a responsabilização do gestor público tem natureza subjetiva, restando configurada a responsabilidade do agente mediante a presença de simples culpa, em sentido estrito. Basta o atendimento simultâneo de três requisitos para a responsabilização: ato ilícito na gestão dos recursos públicos, conduta dolosa ou culposa (**stricto sensu**) do agente, e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Sobre essa matéria, eis o enunciado da jurisprudência selecionada do TCU, referente ao Acórdão 760/2013 – Plenário (Rel. Min. Ana Arraes), que bem retrata a questão:

> "A apuração de responsabilidade nas matérias submetidas à apreciação do TCU não se vincula à indicação de conduta dolosa do agente. Impõe-se ao gestor público o dever de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58806381.

demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos sob sua guarda, sendo que a omissão ou falta de exação no cumprimento dessa obrigação induz à presunção de culpa."

10. Acerca da impossibilidade de se afastar a responsabilização do gestor que delega competência para seus subordinados, trago à baila trecho da Declaração de Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues proferida no âmbito do TC 004.500/2013-0:

"Os elementos apresentados pelo E. Relator demonstram que a delegação de competência em exame, conferida ao Secretário de Assistência Social do Município de Ipojuca/PE, por meio de lei municipal, decorreu do comando expresso da Lei Federal 8.742/1993, de latitude bem definida, no sentido de abranger os recursos do FNAS, repassados diretamente ao Fundo Municipal de Assistência Social, consoante disposto no art. 4º do então vigente Decreto 2.529/1998.

Em todas as demais situações, em que a atribuição não for expressamente conferida, seja diretamente, nos respectivos termos de repasse, seja por meio de lei federal – a exemplo do que ocorre com os recursos do Fundeb, cuja gestão, por força da lei, está a cargo dos secretários municipais de educação – a expedição de lei municipal, delegando competência a secretários ou a outros subordinados hierárquicos do prefeito, é inválida e não tem o condão de isentar a autoridade municipal da responsabilidade por irregularidades identificadas na aplicação de recursos federais.

Na Sessão da 1ª Câmara, do dia 26/5 deste exercício, no voto que deu ensejo ao Acórdão 3121/2015-1ª Câmara, tive a oportunidade de discutir a questão, manifestando-me nos seguintes termos:

'**A delegação interna de atividades administrativas, em prefeituras, para a execução de despesas custeadas com recursos públicos federais, não retira do agente político a responsabilidade sobre a execução do convênio, uma vez que ele sempre atua na dupla condição de gestor e agente político**.

Na prática, a aceitação do argumento implicaria propagar a mais absoluta impunibilidade dos prefeitos, que gerem recursos públicos federais, a partir da delegação de competência a servidores, normalmente comissionados, passíveis de exoneração **ad nutum**, obedientes às expressas determinações que recebem das autoridades superioras, ou políticas.'

[...]

Na linha desses julgados, registro, por fim, trecho da deliberação do Ministro Herman Benjamin, datada de 12/4/2013, no AREsp 210361, nos seguintes termos:

'[...]Sobre a delegação, o acórdão recorrido se vale da sentença para afirmar que 'os prefeitos municipais ostentam a posição de autoridade administrativa máxima, à qual estão subordinados os demais integrantes da administração municipal. **A autoridade pública com poder de decisão não é mera ratificadora de decisões que seus subordinados tenham tomado, mas responsável pelo acautelamento e pela exigência da necessária motivação das decisões, à luz do vetorial princípio da legalidade estrita a que está jungida a Administração. No caso concreto, quando as decisões dos subordinados digam respeito a movimentações financeiras desautorizadas por lei, qualifica-se a negligência do superior hierárquico. Acrescente-se a isto o fato de que a ré é a verdadeira subscritora do convênio, não podendo se furtar das responsabilidades inerentes ao ato'**.'

Para refutar esse entendimento, seria necessário perscrutar a legislação municipal sobre delegações e documentos dos autos (quem assinou, quem sabia etc.), o que esbarra na Súmula 7/STJ e 280/STF.

Tais fundamentos podem ser utilizados também em relação à alegação de ausência de dolo. Isso porque a tipificação de conduta no art. 10 da LIA não exige a identificação de dolo,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58806381.

bastando a culpa para a condenação. Nesse aspecto, o acórdão descreve de forma suficiente o elemento subjetivo ao somar à transcrição feita acima as seguintes ponderações:

No pertinente à ausência de dolo nas condutas atribuídas à ré, não concebo como tais práticas não poderiam ser marcadas por qualquer elemento subjetivo.

O referido argumento mostra-se, no mínimo, contraditório, pois em um momento os atos derivaram da delegação de competência a seus subordinados, em outro momento foram por ela mesma praticados, mas sem qualquer eiva de culpa ou dolo.

No caso de se admitir a responsabilidade dos subordinados, ainda persiste o elemento culpa por parte da ré, conforme sopesado no acórdão **suso** transcrito, considerando-se que o **staf** que a assessora é de sua livre escolha, impondo-lhe a culpa **in vigilando** e a culpa **in eligendo.**"

(grifos acrescidos)

11. Retornando ao caso concreto que ora se analisa, importante ressaltar que os diretores do CFF ao chancelarem a contratação do Sr. Juscimar Pinto Ribeiro, para prestação de serviços advocatícios, às expensas daquele conselho profissional, na reunião ocorrida em 22/03/2011, vincularam suas responsabilidades a essa contratação.

12. No tocante à alegada falta de menção no acórdão guerreado da conduta dos embargantes que teria ocasionado a irregularidade de suas contas, com condenação em débito e aplicação de multa, cumpre destacar que o relatório, o voto e o acórdão constituem conjunto indispensável à compreensão da decisão prolatada e contêm informações, esclarecimentos, discussões, teses ou conclusões que se complementam entre si.

13. Nesse sentido, transcrevo excerto da Proposta de Deliberação que embasou o Acórdão 600/2017 – Plenário e que trata especificamente do débito associado à conduta dos embargantes:

"8. Manifesto minha anuência às propostas formuladas nos autos. Como se vê pelo histórico acima descrito, as ocorrências que levaram à condenação dos responsáveis dizem respeito ao pagamento de despesas, com verbas do CFF, sem que tivesse sido evidenciado interesse público no seu custeio. A subsequente contratação de advogado configura pagamento ilegal, porquanto o dirigente não pode se valer da estrutura da entidade – advogados do quadro próprio, quando existentes –, ou, ainda, dos recursos financeiros dela provenientes para defender-se de imputação a ele dirigida.

9. Nos autos do TC-015.200/2006-7, de minha Relatoria, que cuidou de Prestação de Contas do Serviço Social do Comércio – Administração Regional do Rio Grande do Norte, propus, com endosso da 1ª Câmara, que a entidade se abstivesse de utilizar os serviços de advogados contratados, para defender ex-dirigentes da entidade em processos administrativos, quando comprovado que os atos praticados eram manifestamente ilegais ou contrários ao interesse público. Tal entendimento também já foi veiculado mediante o Acórdão 35/2000 – Plenário.

10. Considero que o caso concreto que ora se analisa é similar aos precedentes mencionados. A tese do responsável, de que o gasto em foco deveria ser arcado pelo CFF, implicaria onerar indevidamente os cofres da entidade, pois, estar-se-ia obrigando o Conselho a suportar uma despesa havida em proveito apenas do Sr. Jaldo de Souza Santos.

11. Acrescente-se, ainda, que a contratação em tela não poderia ter sido feita por inexigibilidade de licitação, porque o serviço pretendido não se revestia de natureza singular. Nesse sentido, pela pertinência ao caso em exame, trago à baila as razões de decidir que apresentei na ocasião em que foi proferido Acórdão 1.886/2007 – 2ª Câmara, prolatado no âmbito do TC 010.952/2005-0, que cuidou de Representação acerca da contratação direta de serviços de advocacia por parte de diversos conselhos de fiscalização profissional sediados no Estado do Paraná:

'(...) o patrocínio de causas judiciais está entre as hipóteses em que, em tese, o art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993 admite a contratação direta, por se tratar de serviço

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58806381.

técnico relacionado no art. 13 do Estatuto das Licitações. Mas, para tanto, seria imperioso demonstrar que o serviço contratado apresentava natureza singular e que seria prestado por empresa ou profissionais de notória especialização, por serem estes os requisitos estabelecidos no dispositivo invocado para a contratação direta. Nesse sentido, vale trazer à colação a interpretação doutrinária acerca da inexigibilidade de licitação motivada pela singularidade do serviço:

'No universo dos serviços, aqueles referidos no art. 13 se diferenciam porque seu desempenho envolve conhecimentos específicos e peculiares, que exigem não apenas a profissionalidade, mas também uma especialização. Isso não significa que contratação direta possa ser realizada simplesmente em face de sua caracterização, eis que o art. 25, inciso II, exige a natureza singular.

(...)

A fórmula 'natureza singular' destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse público é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional 'especializado'. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado).

Não é possível definir natureza singular de modo mais preciso, até porque as atividades contidas no âmbito do art. 13 são muito diversas entre si. Tal como apontado nos comentários ao dispositivo, estão abrangidas tanto atividades teóricas como práticas. (...) Cada espécie de atividade referida no art. 13 pode envolver situações-padrão e casos anômalos. Apenas estes últimos comportam contratação direta, tal como determinado no art. 25, inciso II.' (JUSTEN FILHO, Marçal, **in** 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', 10ª Edição, Ed. Diálética, p. 279).

12 Quanto à necessidade de demonstrar a natureza singular do serviço e a notória especialização do contratado, menciono ainda os Acórdãos Plenários 1.528/2010, 1.736/2010, 2.748/2010, 179/2011 e 669/2012. Este último aresto também se revela pertinente no que diz respeito à não-exclusão da responsabilidade do gestor pelo fato de a contratação ter recebido parecer favorável da consultoria jurídica:

'8. No presente caso esses requisitos não foram observados, uma vez que não foram demonstradas as características especiais das causas judiciais em que deveriam atuar os prestadores de serviços contratados.

9. Ressalto que não socorre o responsável a alegação de que agiu com base em parecer da assessoria jurídica da autarquia, tendo em vista que este Tribunal possui o entendimento consolidado no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastada neste caso, pois a ele coube a decisão sobre a prática do ato administrativo ora impugnado. O fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não tem força para impor ao administrador a prática de um ato irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.'

13. Ademais, cumpre, ainda, registrar que, consoante remansosa jurisprudência deste Tribunal, a contratação de serviços advocatícios não previstos na atividade fim da entidade deve ser precedida de procedimento licitatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58806381.

14. Acerca desse tema, colaciono a seguinte passagem no voto por mim proferido no âmbito do Acórdão 1.080/2015 – 2ª Câmara, prolatado no TC 018.559/2010-7 que tratou de Tomada de Constas Especial originária da Representação acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Ceará – Crea/CE:

> 'A jurisprudência desta Corte no tocante à prestação dos serviços advocatícios no âmbito dos Conselhos de Fiscalização de Profissões Regulamentadas é no sentido de que na contratação de empregados para prestação dos serviços de assessoria jurídica que sejam inerentes às atividades finalísticas da entidade deve ser realizado o devido concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da CF/1988. Para a celebração de contratos de serviços de assistência jurídica que não integram o plexo das atribuições finalísticas da instituição, cabe promover prévio procedimento licitatório, com fundamento no art. 2º da Lei 8.666/1993 (entre outras deliberações, Acórdãos 143/1999 - 2ª Câmara, 341/2004 e 933/2008 - Plenário e 3.347/2006 - 1ª Câmara).'

15. Nesse contexto, no caso concreto que ora se analisa, houve ofensa ao princípio da obrigatoriedade da licitação, insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e no art. 2º, **caput**, da Lei 8.666/1993.

16. Dessarte, cabe o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, com a imputação do débito apurado pela SecexDesenvolvimento, sem prejuízo de, diante da gravidade dos fatos ora narrados, aplicar-lhes a penalidade pecuniária insculpida no art. 57 da Lei n. 8443/1992."

14. Ao contrário do que foi aduzido, as questões trazidas pelos embargantes foram analisadas na decisão recorrida e, portanto, não há qualquer omissão ou contradição no Acórdão 600/2017 – Plenário que justifique o provimento dos embargos.

15. Invariavelmente, portanto, os argumentos aduzidos nos presentes embargos, que se limitam, em essência, a repetir alegações devidamente refutadas por este Tribunal em oportunidade anterior, deixam transparecer que a real intenção dos embargantes é reabrir o debate de questões de mérito já apreciadas, o que é inadmissível na via recursal eleita.

16. Nessa linha tem sido a jurisprudência deste Tribunal (**v**. **g**.: Acórdãos 2.635/2015, rel. min. Bruno Dantas, 291/2015, rel. min. Walton Alencar Rodrigues, ambos do Plenário), bem como do Supremo Tribunal Federal (**v**. **g**.: RE 327376/PR, DJ 12/06/2002, AI 423108 AgR-ED/DF, DJ 18/02/2005; AI 455611 AgR-ED/RS, DJ 18/02/2005; AI 488470 AgR-ED/RS, DJ 18/02/2005). A exemplo, reproduzo trecho de decisão monocrática exarada pelo Ministro Carlos Velloso no RE 327376/DF:

> "Não cabe, por outro lado, em sede de embargos de declaração, rediscutir a matéria decidida, para modificar o julgado em sua essência ou substância (...). Inviável, portanto, o RE, nego-lhe seguimento."

17. Dessa forma, não há guarida no meio processual escolhido pelos defendentes para revolver o mérito de questões já examinadas pelo Tribunal, cabendo aos irresignados com o teor da deliberação emitida se valerem das vias recursais adequadas para provocarem a reapreciação da matéria por esta Casa de Contas.

Nessas condições, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, 21 de maço de 2018.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58806381.