

Processo: 1054239

Natureza: REPRESENTAÇÃO

Representantes: Câmara Municipal de Araguari, Luiz Antônio de Oliveira, Wesley Marcos Lucas de Mendonça

Representados: José Flávio de Lima Neto e Edson Dias Vieira Júnior

Entidade: Superintendência de Água e Esgoto de Araguari – SAE

Procuradores: Daniel Ricardo Davi Sousa, OAB/MG 94.229; Haiala Alberto Oliveira, OAB/MG 98.420; Anderson de Castro e Cordeiro, OAB/MG 145.820; Ângela Cristina Pupim Lima, OAB/MG 208.912; Angelina Silva de Oliveira, OAB/MG 160.956; Bruna Tamiris Freire da Silva Campos, OAB/MG 199.517; Daniely Souza Abreu, OAB/MG 191.368; Dione Aparecida Alves dos Santos Vieira, 214.290; Gabriela Resende Santos Souza, OAB/MG 169.526; Guilherme Stylianoudakis de Carvalho, OAB/MG 165.569; Gustavo Brito Rabelo, OAB/MG 204.336; Gustavo Fernandes Mota Borba, OAB/MG 190.137; Igor Geraldo Magalhães Moreira, OAB/MG 186.420; Iris Cristina Fernandes Vieira, OAB/MG 140.037; Isabela Zanitti Teixeira Silva, OAB/MG 208.763; José Custódio de Moura Neto, OAB/MG 160.084; Maria Eugênia Prudente Gonçalves, OAB/MG 145.626; Matheus Ribeiro Lopes, OAB/MG 202.504; Paula Fernandes Moreira, OAB/MG 154.392; Renata Soares Silva, OAB/MG 141.886; Roberta Catarina Giácomo, OAB/MG 120.513; Victor Gomes Ribeiro, OAB/MG 164.557

MPTC: Procuradora Cristina Andrade Melo

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

SEGUNDA CÂMARA – 1º/8/2023

REPRESENTAÇÃO. COMISSÃO LEGISLATIVA DE INQUÉRITO. DESVIO DE FINALIDADE EM CONTRATOS PARA FORNECIMENTO DE CAFÉ DA MANHÃ AOS SERVIDORES E LANCHES EM EVENTOS DE AUTARQUIA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA O AUMENTO SIGNIFICATIVO NOS ITENS DO CONTRATO. FALHAS NO CONTROLE INTERNO. CONFIGURAÇÃO DE ERRO GROSSEIRO. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. MULTA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO DANO AO ERÁRIO. RECOMENDAÇÃO.

1. Constatado o desvio de finalidade durante a execução contratual, é cabível a aplicação de multa aos responsáveis.
2. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, que, a teor do art. 12, § 1º, do Decreto n.º 9.830/2019, é “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.
3. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, não basta a mera presunção de dano para haver condenação dos agentes públicos à devolução de quantias, sendo necessária a demonstração da ocorrência da efetiva lesividade aos cofres públicos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por maioria, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, nos termos do voto do Conselheiro Mauri Torres, que acolheu em parte a proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar procedente a presente representação e, com fundamento nas disposições do art. 85, II, da Lei Complementar n.º 102/2008, aplicar multas, no valor R\$ 1.000,00 (mil reais), individualmente, aos responsáveis, Srs. José Flávio de Lima Neto e Edson Dias Viera Júnior, ordenadores de despesas, com desvio de finalidade, oriundas dos Contratos n.ºs 032/2015 e 045/2016;
- II) recomendar ao atual gestor que envide esforços visando ao aprimoramento do sistema de controle interno da autarquia municipal, de modo a assegurar a correta destinação dos recursos públicos e evitar possíveis desvios de finalidade nos contratos firmados pela entidade;
- III) determinar a intimação do representante e, inclusive por via postal, dos representados acerca do inteiro teor desta decisão e, findos os procedimentos pertinentes, o arquivamento do processo, nos termos do inciso I do art. 176, regimental.

Votaram o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila. Vencido o Conselheiro Wanderley Ávila em relação ao valor da multa aplicada. Acolhida, em parte, a proposta de voto do Relator.

Presente à sessão a Procuradora Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 1º de agosto de 2023.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

MAURI TORRES
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 1º/8/2023

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

I – RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de documentos apresentados pelos Srs. Luiz Antônio de Oliveira e Wesley Marcos Lucas de Mendonça, respectivamente, então Presidente e 1º Secretário da Câmara Municipal de Araguari, coligidos no âmbito da Comissão Legislativa de Inquérito – CLI constituída no âmbito daquele órgão, por meio do Decreto Legislativo n.º 001, de 31/10/2017, visando à apuração de possível desvio de finalidade em contratos celebrados pela Superintendência de Água e Esgoto de Araguari – SAE, para fornecimento de pães de sal, leite de vaca pasteurizado tipo “c”, quitandas e bolo confeitado, destinados ao café dos servidores e aos eventos institucionais promovidos pela entidade.

O Conselheiro-Presidente desta Corte de Contas, por meio do Exp. n.º 842/2018, enviou a documentação à Diretoria de Controle Externo dos Municípios para manifestação (peça n.º 07, p. 04).

Em cumprimento à diligência requerida para saneamento da instrução processual (peça n.º 07, p. 12/14), foram remetidos ao Tribunal o parecer e o relatório final emitidos pela CLI, contendo as conclusões e as propostas de encaminhamento quanto às falhas e irregularidades apuradas, tendo a unidade técnica sugerido a autuação dos documentos como representação.

Recebida a representação e distribuída a minha relatoria, em 21/11/2018, determinei o encaminhamento dos autos ao órgão técnico para análise e, posteriormente, ao Ministério Público junto a este Tribunal para manifestação preliminar (peça n.º 07, p. 70).

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 1ª CFM, no exercício da competência delegada, solicitou a complementação da instrução processual mediante a apresentação de informações, documentos e esclarecimentos (peça n.º 07, p. 72/73). Em seguida, constatado equívoco quanto à digitalização do Processo Licitatório n.º 58/2016 – Pregão n.º 10/2016, cujo objeto não se relacionava com os fatos narrados, foi realizada nova diligência (peça n.º 07, p. 80/84).

Cumprida a diligência, a unidade técnica, em seu relatório inicial, manifestou-se pela procedência do apontamento e sugeriu, diante dos indícios de irregularidade, a citação dos responsáveis (peça n.º 184), no que foi acompanhada pelo *Parquet* (peça n.º 190).

Devidamente citados, conforme determinação contida no despacho de peça n.º 191, os responsáveis apresentaram defesa conjunta (peça n.º 203).

A unidade técnica, após examinar os argumentos da defesa, manifestou-se pela improcedência da representação, sugerindo, todavia, a expedição de recomendação aos gestores da SAE (peça n.º 205).

O *Parquet*, a seu turno, opinou pela procedência da representação, com a consequente determinação de ressarcimento ao erário e aplicação de multa aos responsáveis, sem prejuízo da emissão de recomendação (peça n.º 208).

Em síntese, é o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo a apreciar a irregularidade apontada na representação, cotejando-a com as razões de defesa, os documentos acostados aos autos, os estudos técnicos e o parecer do Órgão Ministerial.

Mérito

Os representantes alegaram, em suma, que os contratos n.ºs 032/2015 e 045/2016, decorrentes dos Pregões Presenciais n.ºs 008/2015 e 012/2016, na modalidade de Sistema de Registro de Preços – SRP, celebrados pela Superintendência de Água e Esgoto – SAE, do município de Araguari, com a empresa Weberton Luiz Rocha – ME, estariam eivados de vício, por desvio de finalidade, conforme relatório final emitido pela Comissão Legislativa de Inquérito – CLI instaurada no âmbito do Poder Legislativo Municipal.

Aduziram que, entre os meses de junho a dezembro de 2016, os quantitativos de pães e litros de leite requeridos pela entidade e fornecidos pela empresa contratada, quando comparados às solicitações anteriores e posteriores, sofreram acréscimos consideráveis, os quais, conforme depoimentos colhidos pela CLI, seriam decorrentes de “festas” realizadas pela SAE.

A unidade técnica, na análise preliminar, manifestou-se pela “procedência do apontamento de desvio de finalidade na contratação e na execução dos serviços contratados pelo SAE, no período de maio a dezembro de 2016, [...] junto à empresa Weberton Luiz Rocha – ME” (peça n.º 184), no que foi corroborada pelo *Parquet* (peça n.º 190).

Em sede de defesa, os responsáveis alegaram que as aquisições ora questionadas se deram de maneira regular, tendo sido precedidas de licitação e devidamente observados os requisitos para realização da despesa. Ponderaram, ainda, que “não cabe a responsabilização de dirigente de órgão ou entidade por irregularidade que só poderia ser detectada mediante completa e minuciosa revisão dos atos praticados pelos subordinados, vez que a conduta dos manifestantes não tem relação direta e imediata com o dano alegado”.

Outrossim, afirmaram que, enquanto ordenadores de despesa, somente participaram da última fase, com a assinatura das notas de empenho e a respectiva liquidação, atos que foram executados pressupondo a devida checagem por parte dos servidores atuantes nas etapas anteriores.

No que tange ao aumento significativo de produtos adquiridos entre os meses de maio e julho de 2016, os responsáveis argumentaram que as instalações da SAE são constantemente utilizadas por outros órgãos e entidades da Administração, bem como por associações de moradores, conselhos comunitários e pela Comissão de Licitação do Município de Araguari, de modo que a entidade “estava sempre cheia”, não havendo como controlar, dada a proximidade entre o auditório e o refeitório, quem consumia os alimentos postos à disposição dos funcionários.

Além disso, ressaltaram que, em meados de 2016, diversas reuniões foram realizadas para discussão do Plano Municipal de Saneamento Básico e do Projeto de Construção da Estação Municipal de Tratamento de Esgoto, as quais recebiam um sem número de pessoas, “sendo impossível assim, o controle de quantos pães, leite, bolos e quitandas cada pessoa consumia, pois eram solicitados conforme a necessidade”.

Sobrelevaram que o objeto dos registros de preços ora contestados visava à oferta de café da manhã aos funcionários e a disponibilização de lanches em eventos institucionais e, nessa linha, alegaram que o aumento da quantidade requerida em algum período seria decorrente da própria necessidade da entidade, não se sustentando, portanto, a alegação de desvio de finalidade, visto

que o contrato foi integralmente executado e as fases da despesa devidamente realizadas, nos moldes previstos na Lei n.º 4.320/1964.

Por fim, apontaram que não ficou configurada má-fé ou locupletamento por parte dos representados, sendo incabível, destarte, aplicação de sanção.

A unidade técnica, ao examinar os argumentos apresentados pelos defendentes, reafirmou a irregularidade constatada em seu estudo inicial, tendo afirmado que as alegações dos defendentes não foram suficientes para esclarecer o aumento significativo dos itens adquiridos. Na conclusão, todavia, manifestou-se pela improcedência do apontamento de desvio de finalidade na contratação e na execução dos serviços contratados, “considerando que ficou comprovado nos autos que os recursos foram aplicados, que não houve má-fé, nem dano ao erário”.

O Órgão Ministerial, em contrapartida, asseverou que as razões de defesa apresentadas foram insuficientes para afastar a irregularidade, não tendo sido demonstrada a ocorrência de situação atípica capaz de justificar o aumento expressivo do quantitativo de produtos alimentícios adquiridos nos meses de maio a dezembro de 2016 e, diferentemente do apontado pelo órgão técnico, considerou configurado o dano ao erário, em face da inexistência nos autos de comprovação de que os produtos adquiridos em excesso tenham tido a finalidade prevista no instrumento contratual.

Complementou que a alegação apresentada pelos defendentes, de que o aumento do quantitativo de gêneros alimentícios adquiridos fora motivado pela realização de eventos por outros órgãos e entidades da Administração, robustece, ao invés de afastar, a tese de desvio de finalidade da despesa realizada, sublinhando que os fatos trazidos pela defesa, em verdade, demonstram a ausência de controle sobre a correta destinação desses produtos.

O *Parquet* rechaçou, também, a alegação de que não houve má-fé ou locupletamento indevido, afirmando que o Tribunal de Contas da União – TCU já assentou que a boa-fé, no âmbito dos processos de contas, não decorre de presunção legal geral, devendo ser corroborada pelo contexto fático, nos termos do acórdão n.º 10.237/2020, proferido pela Segunda Câmara do TCU.

Sustentou, ao final, que os elementos que integram os autos demonstram que as despesas ora reputadas danosas ao erário foram executadas em evidente desvio de finalidade e que os ordenadores de despesa não agiram com a cautela que lhes era exigida diante da expressiva variação no quantitativo de produtos adquiridos no período questionado, considerando a média dos meses anteriores.

Nessa esteira, opinou pela procedência da representação, com determinação de ressarcimento ao erário e aplicação de multa aos responsáveis.

Pois bem. Ao perscrutar os autos, verifiquei que a SAE do Município de Araguari realizou procedimentos licitatórios regulares, por meio do Edital n.º 8.738/2015 – Pregão n.º 008/2015 e do Edital n.º 068/2016 – Pregão n.º 012/2016, ambos na modalidade Registro de Preços, que, respectivamente, culminaram nos contratos n.ºs 032/2015, com vigência de 22/7/2015 a 22/7/2016, no valor de R\$109.000,00 (peça n.º 11, pasta 003, p. 212-220); e 045/2016, com vigência de 12 meses, contados a partir de 27/7/2016, no valor de R\$108.000,00 (peça n.º 10, pasta 007, p. 219/229), respectivamente.

Aferi, também, a assinatura do Aditivo n.º 009/2016, em 29/6/2016, por meio do qual houve o “acréscimo no quantitativo e preço de 25% [...] do contrato inicial”, na monta de R\$27.250,00. Sublinhe-se que tal aditivo, com duração inferior a um mês, autorizou a aquisição de 25% do total inicialmente estimado no Contrato n.º 032/2015, previsto para 12 meses.

Vislumbrei, ainda, que nos aludidos Contratos n.ºs 032/2015 (peça n.º 11, pasta 003, p. 102) e 045/2016 (peça n.º 10, pasta 007, p. 114) foram estabelecidas estimativas para aquisição de 10.000 kg de pão de sal, 25.000 litros de leite, 1.200 kg de quitandas e 200 kg de bolo confeitado.

Os totais requisitados mês a mês, sob a vigência do Contrato n.º 032/2015, com os respectivos quantitativos e valores empenhados estão expressos no quadro a seguir:

Mês	Leite (litros)	Pão (kg)	Bolo (kg)	Quitanda (kg)	Valor empenhado	Peça n.º 11
07/2015	515	435,70	11,50	76,06	R\$4.234,41	Pasta 002, p. 100
08/2015	824	643,20	-	-	R\$4.630,29	Pasta 002, p. 89
09/2015	842	712,90	-	5,21	R\$5.234,46	Pasta 002, p. 79
10/2015	852	700	-	82,78	R\$6.022,13	Pasta 002, p. 69
11/2015	895	785	35	35	R\$6.570,50	Pasta 002, p. 60
12/2015	856	760	35	25	R\$6.253,34	Pasta 002, p. 43
01/2016	880	694,70	-	63,97	R\$5.795,02	Pasta 002, p. 51
02/2016	798	627,30	-	-	R\$4.507,44	Pasta 001, p. 53
03/2016	877	716,60	-	200,20	R\$7.636,08	Pasta 001, p. 61
04/2016	813	715,95	-	158,46	R\$7.008,02	Pasta 001, p. 69
Subtotal	8.152	6.791,35	81,50	646,68	R\$57.891,69	
05/2016	995	1.250	118,5	554,50	R\$17.294,66	Pasta 001, p. 77
06/2016	10.000	837	-	-	R\$19.327,73	Pasta 001, p. 82
06/2016 - 2	5.740	1.121,61	-	-	R\$14.485,92	Pasta 001, p. 90
Subtotal	16.735	3.208,61	118,50	554,50	R\$51.108,31	
07/2016 (aditivo)	6.250	2.499	50	300	R\$27.250,01	Pasta 001, p. 98
Total	31.137	12.499	250	1501,18	R\$ 136.250,01	

A partir da análise dos dados acima, denota-se que, no período de julho de 2015 a abril de 2016, correspondente aos 10 primeiros meses de contrato, foram requisitados 8.152 litros de leite (**32,61%** da estimativa inicial), 6.791,35 quilos de pão de sal (**67,91%** da estimativa inicial), 81,50 quilos de bolo confeitado (**40,75%** da estimativa inicial) e 646,68 quilos de quitandas (**53,89%** da estimativa inicial). Já no período de maio a junho de 2016, foram requisitados 16.735 litros de leite (**66,94%** da estimativa inicial), 3.208,61 quilos de pão de sal (**32,09%** da estimativa inicial), 118,50 quilos de bolo (**59,25%** da estimativa inicial) e 554,50 quilos de quitandas (**46,21%** da estimativa inicial).

Ora, tais valores e percentuais permitem ao intérprete deduzir que o crescimento exponencial dos pedidos se encontra diretamente relacionado ao atingimento das quantidades estimadas inicialmente no contrato, tendo lastreado, inclusive, a solicitação e assinatura de termo aditivo de 25%, no valor de R\$27.250,00, montante esse que, aliás, também foi integralmente executado no mês de julho de 2016.

É consabido que, embora a estimativa inicial de contratação tenha previsto um quantitativo para cada um dos itens licitados, em se tratando de registro de preços, a Administração não está obrigada a contratar o valor provisionado, tanto sob a égide da Lei n.º 8.666/1993, quanto do novel regramento licitatório:

“**Art. 16.** A existência de preços registrados não obriga a administração a contratar, facultando-se a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, assegurada preferência ao fornecedor registrado em igualdade de condições.” (Decreto Federal n.º 7.892/2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços preceituado no art. 15 da

Lei n.º 8.666/1993)

“**Art. 83.** A existência de preços registrados implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não obrigará a Administração a contratar, facultada a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada.” (Lei Nacional n.º 14.133/2021)

É essa, inclusive, a linha adotada pelo órgão licitante, conforme se depreende da leitura do item 6.1 do edital, *in verbis*:

“6 – DAS CONDIÇÕES DE ENTREGA

6.1- Os produtos/serviços deverão ser entregues na Sede Administrativa da SAE, à Av. Hugo Alessi nº 50, Bairro industrial às 6:00 horas de 2ª (segunda feira) a sábado a às 13:30 horas de 2ª (segunda feira) a 6ª (sexta feira), nas quantidades a serem determinadas pela SAE, ou outro local/dia/horário por ela designado, conforme necessidade. A entrega dos produtos/serviços dar-se-á de forma fracionada e heterogênea, mediante requisições de entrega, **de acordo com as reais necessidades da Contratante. Os quantitativos lançados no objeto deste contrato são meramente estimativos, não ficando a Administração Pública obrigada a utilizá-los em parte ou na sua totalidade durante o seu prazo de vigência.**” (peça n.º 09, pasta 003, p. 110 do PDF) (destaquei)

Nessa contextura, causa espécie e estranheza o fato de que, em junho de 2016, a demanda por leite tenha sido 3.050% (15.740) superior à quantidade requisitada em julho do ano anterior (515). Além disso, considerados tais marcos temporais, observa-se que houve aumento de 1.030% em relação ao pedido de bolos; de 729% de quitandas; e de 449% de pães de sal.

Em que pese os defendentes terem afirmado que, em meados de 2016, aconteceram diversas reuniões no âmbito da SAE para discussão do Plano Municipal de Saneamento Básico e do Projeto de Construção da Estação Municipal de Tratamento de Esgoto, com o fito de justificarem os referidos aumentos, não há nos autos documentação que comprove a realização de tais reuniões, de modo que inexistente no processo qualquer documento ou informação que justifique, por exemplo, a requisição de 21.990 litros de leite nos meses de junho e julho de 2016. Registre-se, de passagem, que também não encontrei provas de que o referido produto tenha sido realmente entregue.

Não se pode olvidar, ademais, que o armazenamento de uma quantidade tão significativa dos itens licitados, de natureza perecível, principalmente se considerarmos que a média de litros de leite solicitadas nos meses anteriores não ultrapassava os 900 litros, conforme se extrai das notas de empenho acostadas ao processo, demanda estudo logístico, sendo incontestado, portanto, a precariedade do sistema de controle interno no âmbito da SAE.

Outrossim, salta aos olhos que, logo após a solicitação de uma quantidade tão expressiva, a entidade, já na vigência do Contrato n.º 045/2016, continuou requisitando, entre os meses de agosto e dezembro de 2016, itens em quantitativos superiores à média anterior. À título de exemplo, verifica-se que, a despeito da requisição absolutamente nímia nos meses de junho e julho de 2016, notadamente quanto aos 21.990 litros de leite, logo no mês subsequente foram requisitados outros 1.466 litros de leite.

No que tange ao Contrato n.º 045/2016, os totais requisitados mês a mês, com os respectivos quantitativos e valores empenhados, estão evidenciados no quadro a seguir:

Mês	Leite (litros)	Pão (kg)	Bolo (kg)	Quitanda (kg)	Valor empenhado	Peça n.º 11
08/2016	1.466	1.535	-	153	R\$9.844,05	Pasta 002, p. 06
09/2016	1.224	1.287,46	22	170	R\$9.090,02	Pasta 002, p. 13
10/2016	1.600	2.169	50	600	R\$18.704,47	Pasta 002, p. 20
11/2016	1.500	1.500	60	152	R\$10.543,00	Pasta 002, p. 28
12/2016	1.900	1.900	40	-	R\$10.227,00	Pasta 002, p. 36
Subtotal	7.690	8.391,46	172	1.075	R\$58.408,54	
01/2017	880	694,70	-	63,79	R\$5.795,02	Pasta 002, p. 43
02/2017	859	286,14	-	-	R\$2.900,05	Pasta 001, p. 09
03/2017	902	334	12	50	R\$3.977,42	Pasta 001, p. 18
04/2017	732	250,88	-	-	R\$2.489,81	Pasta 001, p. 27
05/2017	970	377,58	-	54	R\$4.174,04	Pasta 001, p. 36
06/2017	865	367,06	-	9	R\$3.253,87	Pasta 001, p. 45
Subtotal	5.208	2.310,36	12	176,79	R\$22.590,21	
Total	12.898	10.701,82	184	1.251,79	R\$ 80.998,75	

Denota-se, de forma clarividente, que 72,11% do montante executado do contrato, qual seja R\$80.998,75, refere-se ao período de agosto a dezembro de 2016, consoante bem delineado no relatório de conclusão da CLI. Assim, muito embora o Contrato n.º 045/2016 não tenha atingido, em todos os itens, o valor global estimado, constata-se que o consumo nos meses iniciais de sua execução também apresenta significativa distorção, sobretudo quando comparado à média dos demais meses da vigência contratual.

Calha gizar, nesse contexto, que o aumento expressivo nos valores apresentados nas notas de empenho assinadas pelos defendentes, *per se*, constitui motivo razoável para que os ordenadores buscassem compreender o que estaria ocorrendo no âmbito da entidade. Sendo assim, reputo que a simples alegação de que os servidores responsáveis pelo recebimento dos itens, com atribuições para tanto, teriam atestado a correção contratual, não tem o condão de isentá-los da responsabilidade de também fazê-lo.

A propósito, essa é a linha de intelecção adotada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no acórdão n.º 661/2002 – Plenário, *litteris*:

“[...] O ordenador de despesas é pessoalmente responsável por todos os atos dos quais resultem despesas para a União. Deve, por isso, cercar-se de todas as cautelas possíveis ao autorizar despesas. Não basta aferir a regularidade formal do processo. É preciso que os elementos formadores do processo tenham sido constituídos de acordo com as normas que regem a matéria e o princípio da economicidade seja observado. **A afirmação de que apenas deram sequência a ato já previamente constituído não pode ser acolhida. O poder/dever de diligência do ordenador de despesas impõe a ele a verificação da regularidade dos atos de gestão sob todos os aspectos, sobretudo da adequação do valor do contrato ao seu objeto.**

O exame da regularidade da despesa não se exaure na verificação da adequada formalização do processo. A demonstração da despesa realizada deve induzir à compreensão de que a observância das normas que regem a matéria proporcionou o máximo de benefício com o mínimo de dispêndio (Constituição Federal, art. 70, parágrafo único e DL 200/67, arts. 90 e 93). [...]” (Destaquei)

Tal exegese foi corroborada no acórdão n.º 12.277/2019, proferido pela Segunda Câmara do TCU, sob a relatoria do Ministro Marcos Bemquerer Costa, conforme excerto abaixo colacionado:

“A construção trazida em sede de defesa tenta passar a ideia de que o Ordenador de Despesas, mediante a apresentação de documentação formal, não tem mais nenhuma conduta a adotar, a não ser a de autorizar o pagamento. Tal argumentação contraria frontalmente o entendimento assentado nesta Corte de Contas de que o Ordenador de Despesas deve agir como mais uma instância de controle, ou seja, deve averiguar a correção das informações e documentos que lhe são repassados de modo a assegurar que o pagamento que autorizou encontra-se, de fato, lastreado em documentos e informações idôneos. Precedentes colhidos da ferramenta de pesquisa Jurisprudência Seleccionada:

Acórdão 635/2017 – Plenário (Relator Ministro Aroldo Cedraz)

“O ordenador de despesas tem o dever de verificar a legalidade e a legitimidade dos documentos geradores de despesa, **não sendo sua assinatura mera formalidade, assim como de acompanhar e fiscalizar a atuação de seus subordinados.**” (grifo acrescido)

Acórdão 3.004/2016 – Plenário (Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman)

“A autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. **É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento.**” (grifo acrescido)

Acórdão 1.568/2015 – Segunda Câmara (Relatora Ministra Ana Arraes)

“A função de ordenador de despesa não está adstrita ao mero acatamento ou acolhimento das solicitações de outras instâncias administrativas, **porquanto deve representar um verdadeiro controle da regularidade e da legalidade da despesa pública.**” (grifo acrescido)

Acórdão 1.618/2011 – Plenário (de minha Relatoria)

“**É de responsabilidade da autoridade ordenadora da despesa em um processo licitatório checar se os atos produzidos por aqueles que se encontram sob sua hierarquia estão em conformidade com a ordem jurídica.**” (grifo acrescido)

Acórdão 300/2011 – Plenário (Relator Ministro José Múcio Monteiro)

“A assinatura do ordenador de despesa em documento gerador de dispêndio **sem a verificação de sua legitimidade caracteriza falta de zelo e diligência profissionais necessários para evitar erros e fraudes causadores de prejuízos ao erário** e motiva a sua responsabilização perante o TCU.” (grifo acrescido)

Acórdão 1.651/2010 – Plenário (Relator Ministro Aroldo Cedraz)

“**A atuação do ordenador de despesas no processo de pagamento não é meramente formal**, a exigência de sua assinatura tem por intuito obstar eventuais pagamentos irregulares.” (grifo acrescido)

Acórdão 985/2007 – Plenário (Relator Ministro Guilherme Palmeira)

“A função de ordenador de despesa não está adstrita ao mero acatamento ou acolhimento das solicitações de outras instâncias administrativas, devendo exercer um verdadeiro controle quanto à regularidade e à legalidade da despesa pública.”

Acórdão 918/2005 – Segunda Câmara (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

“O poder/dever de diligência do ordenador de despesas impõe a ele a verificação da regularidade dos atos de gestão sob todos os aspectos, sobretudo da adequação do

valor do contrato ao seu objeto.”

Com efeito, os gestores não podem se valer de seu alheamento às questões mais cotidianas, dada a natureza da sua função. Na verdade, tal postura configura, em última análise, erro grosseiro do ordenador de despesa, passível, pois, de aplicação de sanção, consoante exegese inserta no art. 28 da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro – Lindb.

De fato, a teor do art. 12, § 1º, do Decreto n.º 9.830/2019, que regulamentou os dispositivos introduzidos na Lindb por meio da Lei n.º 13.655/2018, considera-se erro grosseiro “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”, conceito plenamente aplicável ao caso *sub examine*, com espeque nas razões alhures esposadas.

Isso posto, acorde com a manifestação do *Parquet*, aplico multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais), individualmente, aos responsáveis, Srs. José Flávio de Lima Neto e Edson Dias Viera Júnior, com fundamento nas disposições do art. 85, II, da Lei Complementar n.º 102/2008, em face do desvio de finalidade verificado na execução dos Contratos n.ºs 032/2015 e 045/2016.

Lado outro, reputo que o ressarcimento ao erário proposto pelo Órgão Ministerial faz-se inviável na presente demanda, visto que não há elementos suficientes nos autos para lastrear a tese de que houve efetivo dano ao erário e, sobretudo, o *quantum* do prejuízo causado aos cofres públicos, sendo este, portanto, meramente presumido. Nessa vertente intelectual, impende ressaltar que esta Corte de Contas manifestou-se, recentemente, no bojo da Representação n.º 1.072.555, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, no sentido de que:

“[...] 9. A jurisprudência majoritária tem decidido que não basta a mera presunção de dano para haver condenação dos agentes públicos à devolução de quantias, mister se faz demonstrar a ocorrência da efetiva lesividade aos cofres públicos e o consequente dano ao erário. Nessa senda, insta concluir que a restituição só é devida quando for verificada a ocorrência de dano efetivo, decorrente da conduta ilegítima lesiva ao erário, sob pena de se promover o enriquecimento sem causa do ente público.”

Dessa forma, à mingua de elementos hábeis nos autos que indiquem, de forma cabal e incontestada, a ocorrência de dano efetivo, com espeque em precedentes deste Tribunal, deixo de determinar o ressarcimento ao erário.

Por derradeiro, é de salutar importância destacar que o controle interno efetivo e eficaz, independentemente da dimensão do órgão, é de suma importância para que o gestor reveja seus próprios atos, corrija desvios, garanta a boa gestão dos recursos públicos, auxilie o controle externo e observe os princípios que norteiam a ação do administrador, nos termos do art. 74 da Constituição da República.

Recomendo, pois, ao atual gestor da SAE, que envide esforços visando ao aprimoramento de seu sistema de controle interno, de modo a assegurar a correta destinação dos recursos públicos e evitar possíveis desvios de finalidade em futuros contratos firmados pela entidade.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, julgo procedente a representação e, com fundamento nas disposições do art. 85, II, da Lei Complementar n.º 102/2008, aplico multas de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), individualmente, aos Srs. José Flávio de Lima Neto e Edson Dias Viera Júnior, ordenadores de despesas, com desvio de finalidade, oriundas dos Contratos n.ºs 032/2015 e 045/2016, sem prejuízo da recomendação constante da fundamentação.

Intimem-se representante e, inclusive por via postal, representados acerca do inteiro teor desta decisão.

Findos os procedimentos pertinentes, arquivem-se os autos, nos termos do inciso I do art. 176, regimental.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Senhor Presidente, eu acolho a proposta do eminente Relator, mas, quanto ao valor da multa, eu aplico a multa de R\$ 1.000,00 (mil reais).

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Também vou acompanhar a manifestação do Conselheiro Mauri Torres.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Acolho a proposta de voto.

FICA, ENTÃO, APROVADO O VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO MAURI TORRES, VENCIDO O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA, EM PARTE, EM RELAÇÃO À MULTA APLICADA.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

sb/fg

