

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

Processo nº 17.724/2017– TC

Interessado: Sigiloso

Assunto: Denúncia

Responsáveis: Hélio Willamy Miranda da Fonseca, Keke Rosberg Camelo Dantas, Paulo Luís da Silva Filho, Aquapura Ltda., Clênio Cley Cunha Maciel, Dayvid Allan Medeiros Duarte, Eliane Marjorie Gomes Guedes e Maria Eduarda de Souza e Silva.

Advogados: Rafael Pires Miranda (OAB/RN nº 13.298); Cleciane de Mendonça Vasconcelos (OAB/RN nº 13.927); Luís Filipe Batista Fontenele (OAB/RN nº 8.013); Clênio Clay Cunha Maciel (OAB/RN nº 2.973), Eliane Marjorie Gomes Guedes (OAB/RN nº 7.228-B); Gustavo André de Oliveira Tavares (OAB/RN nº 9.612); Antonino Pio Cavalcanti de Albuquerque Sobrinho (OAB/RN nº 5285), E Anak Targino de Almeida (OAB/RN nº 10.823)

VOTO-VISTA/DIVERGENTE

- RELATÓRIO:

Versam os autos sobre denúncia encaminhada à Ouvidoria desta Corte de Contas onde se afirmou a possível ocorrência de irregularidades na contratação pela Prefeitura Municipal de Guamaré da empresa Acquapura Ltda., visando a aquisição e instalação de unidade dessalinizadora de água do mar no valor de R\$ 9.719.100,00 (nove milhões setecentos e dezenove mil e cem reais).

Após instrução processual, a eminente Conselheira Maria Adélia Sales proferiu seu competente voto, que restou assim ementado:

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO DE CARÁTER SELETIVO E PRIORITÁRIO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES DURANTE A INSTRUÇÃO QUE LEGITIMARAM A FORMULAÇÃO DE PLEITO DE NATUREZA CAUTELAR. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA CARACTERIZADOS. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE URGÊNCIA PARA SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DE CRÉDITOS, BEM COMO DE CONSTRIÇÃO DE BENS E PATRIMÔNIO DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS QUE INJUSTIFICADAMENTE PODEM TER SIDO BENEFICIADAS.

1) O Tribunal de Contas é competente para expedir provimento acautelatório no intuito de evitar a consecução de dano ao erário.

2) Fumus boni iuris caracterizado na constatação de fatos que, em tese, caracterizam ofensa legal de natureza grave.

3) O Relatório do Corpo Técnico demonstra a existência de pagamentos antecipados e constatação de não execução dos serviços contratados.

4) Caracterização de potencial dano ao patrimônio público e ao erário, hábil a identificar a presença de periculum in mora.

5) Deferimento da medida cautelar requerida, com determinação de indisponibilidade de bens e arbitramento de multa astreinte, acaso não cumprida as obrigações de fazer impostas nesta decisão (suspensão de pagamentos à empresa contratada).”.

Por discordar parcialmente da conclusão a que se chegou no referido voto, requeri vista.

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

- FUNDAMENTAÇÃO:

Não obstante as substanciosas considerações tecidas pela eminente Conselheira Relatora, peço vênia, com arrimo nos fatos e argumentos a seguir explicitados, para dissentir parcialmente do seu Voto no tocante à concessão de medida cautelar decretando a indisponibilidade dos bens dos integrantes da Comissão de Licitação à época do processo licitatório.

Conforme se depreende da análise dos autos, o pedido de concessão de cautelar determinando a indisponibilidade dos bens dos responsáveis pela despesa questionada foi realizado pelo *Parquet* de Contas, dado o Corpo Técnico ter proposto apenas a suspensão dos pagamentos ainda por serem realizados no contrato questionado, como pode ser conferido na Informação nº 055/2018 – ICE (Evento 94).

Para embasar sua postulação, feita através do Parecer encartado ao Evento 191, a representante do MPJTC pontuou que apesar da lei não prever a competência para que a Comissão Permanente de Licitação – CPL elabore os editais dos certames públicos, também não há vedação para que os faça, o que teria se tornado praxe na Administração Pública. Também seria praxe, conforme seus argumentos, que editais para contratações de maiores complexidades sejam elaborados por equipe técnica especializada, por exigirem conhecimentos específicos, mas não haveria nos autos a comprovação de quem teria elaborado o edital questionado.

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

Ainda conforme os argumentos ministeriais, por ter assinado a minuta do edital publicada seria possível apontar o então Presidente da CPL como seu autor, mas, mesmo que não o fosse, sua assinatura no instrumento firmaria sua concordância com os seus termos, e que seria obrigação da CPL impedir o prosseguimento da licitação ao deparar-se com vícios de regularidade.

Conclui-se afirmando que a responsabilidade dos membros da CPL seria solidária, diante da inexistência de ressalvas dos demais membros aos atos do seu então presidente, o que configuraria omissão no dever de rejeitar “*o prosseguimento da licitação manifestamente irregular, a qual tratou de serviço de alta complexidade sem a exigência de requisitos mínimos para sua execução*”, sendo estes argumentos acatados pela eminente Relatora.

Em suas defesas, os integrantes da CPL aduziram que a composição da comissão foi por diversas vezes modificada durante a licitação, apresentando a cronologia dos fatos intercalada com a demonstração das exonerações e nomeações de membros. Salientaram ainda que não caberia à CPL a elaboração ou retificação do projeto básico, no qual estaria a origem da irregularidade de pagamento antecipado, apontada por este TCE como fundamento à concessão da cautelar de indisponibilidade de bens.

Uma das integrantes da CPL responsabilizadas apontou ainda que não lhes caberiam discutir a competência do município para execução de serviço de captação, tratamento e fornecimento de água ou a demonstração da viabilidade do

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

serviço resultante da aquisição e instalação do dessalinizador, patente pela ausência de estudos de viabilidade técnica, econômica e social e das devidas licenças ambientais, conforme acusou o MPJTC.

Ao fim da defesa, aduziu ainda que a forma de pagamento, onde prevista a ocorrência do pagamento da primeira parcela do contrato quando da sua assinatura, sem a existência de contraprestação, não fora definida pela CPL, mas sim através do prévio projeto básico e que eventual desembolso que derivou do contrato não contara com a sua contribuição.

O voto que ora se revisa apresenta duas vertentes: a primeira destinada a salvaguardar as verbas públicas ainda não despendidas, consistindo em provimento acautelatório de suspensão dos pagamentos destinadas à empresa contratada para instalação do dessalinizador; e a segunda, com intuito de preservar a possibilidade de recuperação do valor já gasto através da decretação de indisponibilidade dos bens dos gestores e agentes públicos e privados envolvidos.

Quanto a primeira vertente, tem-se que se encontra demonstrado de maneira patente pelo Corpo Técnico e pelo MPJTC que diversos procedimentos **prévios** à realização da licitação não foram devidamente cumpridos, inexistindo projeto básico consistente, onde deveria restar demonstrada a viabilidade da pretensão de utilização do equipamento.

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

Conforme se vê, não há nem mesmo definição do local da instalação do equipamento e de qual volume de água seria necessário para suprir a demanda, restando ausente ainda demonstração de onde e como se faria a captação da água, o que se faria com os rejeitos da operação, como se faria a distribuição da água tratada, como seria feita a alimentação elétrica do sistema e quem o operaria e seria responsável pela sua manutenção, entre outras falhas.

Não resta assim demonstrado o custo total da empreitada, nem para instalação e nem para sua posterior operação, não sendo demonstrada sua viabilidade. Conforme os autos e os argumentos dos órgãos desse TCE houve gritante e insuperável falha de planejamento, sendo a contratação do equipamento feita de forma açodada.

As falhas foram tantas e de tal ordem que não existe como se considerar a possibilidade de convalidação dos atos pela apresentação dos dados e estudos faltantes, dado que estes obrigatoriamente teriam que ser prévios à contratação, de forma a demonstrar sua viabilidade técnica e financeira. Ora, os custos de construção de rede de distribuição da água, do sistema elétrico para alimentar o equipamento, do tratamento dos resíduos, da energia elétrica a ser utilizada e da operação e manutenção do dessalinizador podem ser muito mais altos de que sua a mera compra e instalação.

Não se está aqui a advogar a impossibilidade de ação do município para solucionar o problema da falta de água e nem mesmo a possibilidade de utilização de dessalinizador para essa finalidade. O município pode e deve atuar para esse fim, mas para isso precisa planejar antecipadamente suas ações, de forma a restar

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

antecipadamente demonstrado que não realizará despesa em vão. Não é só a vontade de agir que importa, sendo o planejamento condição *sine qua nom* para o bom atendimento do interesse público.

Desta forma, temos como irretratável o pedido do Corpo Técnico, referendado pelo MPJTC e concedido pela eminente Relatora, de determinar-se a imediata suspensão dos pagamentos, como forma de evitar-se um maior prejuízo ao erário.

Já quanto ao outro aspecto do voto revisado, o de decretação da indisponibilidade dos bens dos agentes públicos e privado para salvaguarda da possibilidade de ressarcimento ao erário pelo valor já pago antecipadamente quando da assinatura do contrato, entendemos que outros pontos merecem ser ponderados.

A aplicação de medidas cautelares deve se concedida de maneira excepcional quando houver fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou risco de ineficácia da decisão de mérito. Dentre as cautelares possíveis, a decretação da indisponibilidade de bens deve ser vista de maneira ainda mais ponderada, somente sendo devida quando da existência de fundados indício de materialidade, autoria e culpabilidade dos agentes afetados, tomando-se emprestada a teoria do Direito Penal, ramo que mais se aproxima da atuação das cortes de contas em casos como o presente.

Resta patente a existência de fortes indícios a ocorrência de prejuízo ao erário, em função de pagamento ter se realizado pagamento antecipado e sem

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

contraprestação a um projeto cuja conclusão mostra-se aparentemente inviável diante da falta de planejamento para utilização do equipamento a ser adquirido, perfazendo-se a materialidade.

Em relação à autoria e à culpabilidade, *data maxima venia*, não percebemos a existência de razoável grau de certeza a apontá-las como existentes em relação aos membros da CPL nesse juízo perfunctório de avaliação.

Isso por que resta demonstrado nos autos que a origem da cláusula que fixou o questionado pagamento antecipado, como bem demonstrado nos autos, não foi o edital, mas sim o projeto básico enviado à CPL para instruir o procedimento licitatório, assinado pelo então Secretário Municipal de Obras e Serviços, Sr. Keke Rosberg Camelo Dantas, e pelo Eng. Civil Sérgio Bezerra Pinheiro (fls. 32 a 40 do Evento 01, cláusula 12ª).

Conforme argumentado pela defesa dos integrantes da CPL, não caberia à Comissão definir forma e condições do pagamento, sendo esta uma competência de quem propôs a contratação. É verdade que poderia e deveria a CPL ter alertado sobre a ocorrência de irregularidade sobre este ponto, restando possível a ocorrência de omissão passível de penalização, mas não, ao que nos parece nesse juízo inicial, a ponto de atrair responsabilidade solidária por dano ao erário.

Professamos esse entendimento não somente por restar materialmente comprovado que não foram os membros da CPL os autores da cláusula reputada como

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

irregular, mas realmente não competir à CPL definir as condições de pagamento e por não terem sido seus membros os ordenadores da despesa, a quem caberia o juízo de realizar ou não o pagamento da forma prevista, sem contraprestação.

Além disso, restou ainda comprovado que a composição da CPL foi alterada por algumas oportunidades durante a realização do certame, sendo que a composição da comissão no início do procedimento era totalmente diferente daquela do seu final. A matéria, objeto da defesa, não foi abordada pelo órgão ministerial, pelo que, com a devida vênia, sua pretensão de concessão de cautelar em relação a estes agentes restou genérica e fragilizada. Afinal, que integrantes da CPL seriam responsáveis, os que iniciaram o procedimento ou os que o concluíram? E qual a medida de culpabilidade de cada um desses agentes? Teriam agido com dolo ou com culpa e em que grau?

Conforme posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a indisponibilidade de bens somente poderá ser decretada quando da ocorrência de fortes indícios de improbidade administrativa pelo agente afetado. Esse o teor do *decisum* aqui transcrito:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA. JULGADO DA PRIMEIRA SEÇÃO/STJ. RESP 1.319.515/ES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 168/STJ. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, de acordo com



Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

o disposto no art. 7º da Lei 8.429/1992, a indisponibilização dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição. Precedente: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012. 2. Incide, na hipótese, a Súmula 168 do STJ, segundo a qual "não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado". 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg nos EREsp: 1315092 RJ2012/0147498-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 22/05/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/06/2013)"

Como bem se sabe, a mesma corte superior tem entendimento firmado que para a caracterização de ato de improbidade administrativa faz-se necessária a ocorrência e demonstração de dolo ou de culpa grave do agente público. Nesse sentido:

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
IMPROBIDADE. ATO CONFIGURADO.
REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO
STJ. INCIDÊNCIA.**

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).



Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

2. Inexiste violação do art. 535 do CPC/1973, porquanto o Tribunal de Justiça, com fundamentação clara e coerente, externou fundamentação adequada e suficiente à correta e completa solução da lide, sendo, por isso, desnecessária a integração pedida nos aclaratórios.

3. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo "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, eivada de culpa grave nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel.Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011).

4. Hipótese em que, em face das premissas fáticas assentadas no acórdão objurgado, que reconheceu o enquadramento do recorrente nos atos de improbidade administrativa (art. 11 da Lei n. 8.429/1992), com a indicação expressa do elemento subjetivo (dolo), a modificação do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias demandaria indubitavelmente o reexame de todo o material cognitivo produzido nos autos, desiderato incompatível com a via especial, a teor da Súmula 7 do STJ.

(...)

7. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 550.344/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 21/02/2019).

Não percebemos, à princípio, a ocorrência de dolo ou de culpa grave dos agentes que compuseram a CPL, o que somado à fundada dúvida de quais destes seriam os responsáveis pela ocorrência de omissão, se os que a compunham no seu início, no meio do procedimento, no seu fim ou se todos, já que a matéria não foi objeto de análise pelo MPJTC ao propugnar pela medida de indisponibilidade dos seus bens, tenho por incabível e não justificada a concessão de cautelar neste particular aspecto.

Gabinete do Conselheiro Paulo Roberto Chaves Alves

- CONCLUSÃO:

Divirjo assim parcialmente do voto proferido, indeferindo o pedido feito pelo MPJTC no tocante à concessão de cautelar da indisponibilidade dos bens dos então membros da Comissão Permanente de Licitação de Guamaré, senhores Clênio Cley Cunha Maciel, Dayvid Allan Medeiros Duarte, Eliane Marjorie Gomes Guedes e Maria Eduarda de Souza e Silva, acompanhando a Relatoria em todos os seus demais aspectos e conclusões.

É COMO VOTO.

Sala das Sessões, em

Conselheiro **PAULO ROBERTO CHAVES ALVES**