

Processo TC-012.052/2013-2 (c/ 87 peças)
Tomada de Contas Especial
Recurso de Reconsideração

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelo sr. Mário José Chagas Paulain e pela empresa Quality Construção e Serviços Ltda. (peças 69 e 71, respectivamente) contra o Acórdão 3.355/2015 - TCU - 2ª Câmara (peça 57), por meio do qual o Tribunal deliberou nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) em desfavor do Sr. Mário José Chagas Paulain, ex-prefeito de Nhamundá/AM (gestão: 2005-2008), diante de irregularidades na execução do Convênio nº 333/2005, no montante de R\$ 1.400.000,00 a cargo do concedente, cujo objeto consistia na construção do porto flutuante para passageiros e cargas, da rampa de acesso e do retroporto no referido município;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar revel o Sr. Mário José Chagas Paulain, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

9.2. acolher parcialmente as alegações de defesa da empresa Quality Construção e Serviços Ltda.;

9.3. julgar irregulares as contas do Sr. Mário José Chagas Paulain, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, e 19, *caput*, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-lo, em solidariedade com a empresa Quality Construção e Serviços Ltda., ao pagamento da quantia de R\$ 103.426,18 (cento e três mil, quatrocentos e vinte e seis reais e dezoito centavos), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados desde 18/5/2007 até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da quantia devida aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), nos termos do art. 23, inciso III, alínea ‘a’, da citada Lei c/c o art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno do TCU;

9.4. aplicar, individualmente, ao Sr. Mário José Chagas Paulain e à empresa Quality Construção e Serviços Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente, na forma da legislação em vigor;

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;

9.6. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas constantes deste acórdão, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992; e

9.7. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e da proposta de deliberação que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Amazonas, com fulcro no art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992.”

A Secretaria de Recursos, após análise da peça recursal, pronunciou-se, em pareceres uniformes, no sentido de conhecer dos recursos, para, no mérito, negar-lhes provimento, bem como dar ciência da deliberação que sobrevier aos responsáveis e aos demais órgãos/interessados (peças 85 a 87).

II

O Ministério Público de Contas aquiesce à proposição da unidade técnica especializada.

Consoante bem registrou a Serur (peça 85), o sr. Mário José Chagas Paulain aduziu as seguintes alegações:

“5.1. Defende-se no recurso a ausência de citação válida e, portanto, a nulidade de todos os atos processuais posteriores, aí incluído o acórdão recorrido, em virtude da ausência de oportunidade do recorrente de exercer ‘o direito indisponível e sagrado de apresentar justificativas como razões de defesa, em louvor aos princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios consectários do devido processo legal.’

5.2. Para tanto alega, em síntese, que:

a) no momento da comunicação (11/12/2014, peças 47-50), residia na cidade de Nhamundá/AM e não em Manaus, na qual foi entregue a comunicação, recebida por terceiro e não entregue ao recorrente. Seu retorno à Manaus somente ocorreu em julho/2015, não tendo, portanto, acesso à comunicação e a oportunidade de apresentar sua defesa;

b) não sustenta a nulidade da citação, mas a nulidade do acórdão decorrente da ‘falta de prova inequívoca de ciência da instauração da tomada de contas especial pelo responsável ou interessado’. Cita precedente do TRF-1ª e desta Corte de Contas (Acórdão 501/2015 – TCU – Plenário);

c) a citação não pode ser considerada válida, pois se julgou o presente feito antes do esgotamento de todos os meios admitidos em direito para a ciência do responsável, na situação concreta, ante a existência de mais de um endereço dever-se-ia ter enviado a comunicação para os dois endereços.”

Pelas razões expendidas na instrução de peça 85, o Ministério Público de Contas endossa a análise levada a efeito pela Serur.

Quanto ao recurso interposto pelo sr. Mário José Chagas Paulain, a unidade técnica especializada destacou que consta à peça 47 a seguinte declaração de servidor desta Corte de Contas:

“Certifico que o Senhor Mário José Chagas Paulain, CPF: 043.609.312-04, compareceu nesta Secretaria na data de 28/11/2014 e informou o seguinte endereço para contato: Rua Jufari, 76, Cond. Andirá, Bairro Dom Pedro, Manaus/AM – CEP: 69.037-478.”

Ressalte-se que essa declaração é dotada de fé pública, e conta com presunção de veracidade e de legitimidade, conforme, v.g., assente no Acórdão 379/2008 – Plenário, segundo o qual: *“34. É verdade que a declaração emitida pela sr.^a Marlene Sampaio, na qualidade de servidora municipal responsável pelo almoxarifado da Secretaria de Educação, reveste-se da natureza de documento público, com presunção de veracidade até prova em contrário, como prelecionam a doutrina e a legislação”*.

Considerando que ofício citatório do recorrente foi encaminhado para o endereço por ele informado (vide AR à peça 50), restaram atendidos os requisitos para a citação válida.

A propósito, vale citar trecho da instrução da Serur (peça 85):

“5.3. De acordo com o art. 22, inciso I, da Lei 8.443/1992, as comunicações realizadas pelo Tribunal devem observar a forma estabelecida no Regimento Interno do TCU. O artigo 179, inciso II, do RI/TCU estabelece que as comunicações processuais far-se-ão mediante carta registrada, com aviso de recebimento que comprove a entrega no endereço do destinatário. Aludido comando é reiterado nos artigos 3º, inciso III, e 4º, inciso II, da Resolução – TCU 170, de 30/6/2004, que disciplina a expedição das comunicações processuais pelo Tribunal de Contas da União.

5.4. Observa-se que não é necessária a entrega pessoal das comunicações processuais realizadas pelo TCU, razão pela qual o aviso de recebimento não precisa ser assinado pelo próprio destinatário. Assim, apenas quando não estiver presente o aviso de recebimento (AR) específico é que se verificará nos autos a existência de outros elementos que comprovem a ciência da parte.”

Destarte, não merece prosperar o apelo manejado pelo sr. Mário José Chagas Paulain, cabendo negar-lhe provimento.

No que concerne ao recurso interposto pela empresa Quality Construção e Serviços Ltda. (peça 71), cujos argumentos foram refutados, com propriedade, pela Serur (peça 85), da mesma forma, deve ser, no mérito, improvido.

As razões que levaram essa unidade técnica especializada a rejeitar as alegações da recorrente foram, no essencial, as seguintes:

a) a alegação de existência de “serviços extraordinários” não deve ser acatada, pois, em que pese o pedido da realização de perícia técnica, o recorrente não cita, tampouco colaciona aos autos a documentação que previa a execução e, portanto, a prova de que os serviços executados foram devidamente acordados;

b) o objeto contratado, decorrente do convênio sob exame, deveria ter sido realizado em sua integralidade, visto que por estes serviços é que o recorrente foi contratado e remunerado. A suposta execução de outros serviços sem as devidas formalidades legais e conveniais não afasta a responsabilidade pela inexecução parcial do formalmente avençado;

c) o afastamento da responsabilidade da contratada exigiria a demonstração do rearranjo das vontades formalizadas por meio de instrumento adequado, qual seja, o aditivo contratual. A ausência de tal instrumento atrai à contratada a responsabilidade pela inexecução da parte faltante do objeto, parcela esta que a contratada se comprometeu a executar e pela qual foi devidamente remunerada;

d) a existência de qualquer documento formalizando eventual modificação das especificações do objeto do contrato não foi demonstrada;

e) a execução dos serviços nos termos avençados com o município não foi justificada, tampouco foi demonstrada a execução destes serviços, o que, por si, dispensa a realização de perícia, pois, ainda que comprovada a realização dos serviços, não haveria como demonstrar o nexo com o objeto do convênio;

f) a instrução que deu suporte ao acórdão decorrido consignou, entre outros argumentos, que:

f1) o cálculo do Tribunal do valor do débito, no montante de R\$ 103.426,18, que constou na decisão recorrida, excluiu os seguintes itens da planilha de devolução de recursos proposta pelo tomador de contas (peça 19): a) cabos de nylon naval para amarras (item 1.8.1), no valor de R\$ 14.400,00; b) ponto de interruptor simples, inclusive fiação (item 6.1.4), no valor de R\$ 143,42; c) defensas (item 1.4.1 a 1.4.4), no valor total de R\$ 19.413,90;

f2) o débito referente aos itens supramencionados foi afastado dos responsáveis, no valor total de R\$ 33.957,32. No que concerne aos serviços realizados extraordinariamente pela empresa, a alegação não elide as irregularidades apuradas, visto que a Lei 8.666/1993 dispõe, no seu art. 66, que a contratada é responsável pela fiel execução do contrato, de acordo com as cláusulas avençadas e o objeto pactuado, sendo que cada parte do contrato responde pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. Ademais, o art. 65 da mesma lei preceitua que a alteração contratual só pode ocorrer nos casos nele especificado e deve ser devidamente formalizada e justificada. Inexiste, nos autos, elementos que permitam comprovar tal medida;

g) o valor do débito passou de R\$ 37.863,86 para R\$ 137.383,50, em virtude de nova vistoria realizada pelo Dnit, *“por meio dos servidores Eude Alves de Sousa, Contador, e Roger William Nascimento, Engenheiro”* e calculou-se *“a incompatibilidade dos serviços atestados com aquilo que foi pago, no valor de R\$ 137.383,50, ou seja, quase R\$ 100.000,00 a mais do que fora registrado na Nota Técnica 442/2008”*;

h) o deslinde da controvérsia se reduz a uma questão de prova, pois a evidência usada pelo TCU de ser o débito de R\$ 137.383,50 funda-se na última vistoria feita pelo Dnit, registrada na notificação constante na peça 2, pp. 191/203, já o recorrente requer que seja o débito calculado de acordo com a Nota Técnica 442/2008 (peça 2, pp. 87/94);

i) os argumentos do recorrente, para afastar a inspeção que serviu de fundamento para a condenação, não devem ser acatados;

j) a Nota Técnica 442/2008 (peça 2, pp. 87/94) refere-se à visita *in loco* realizada no dia 19.5.2008 e à 2ª prestação de contas do convênio. Verifica-se, ainda, que a última liberação de recursos foi creditada na conta do convênio em 19.3.2008 (peça 15, p. 15), por meio da 2008OB907011 (peça 1, p. 382);

k) a Nota Técnica 442/2008 faz expressa menção à segunda prestação de contas e não à prestação de contas final que englobaria todos os repasses;

l) a notificação do dia 12.5.2010, com o valor R\$ 137.383,50, teve por origem nova inspeção e, embora não informada, é mais recente do que a realizada no dia 19.5.2008. Por isto, utiliza-se a premissa de que a última inspeção realizada envolveu maior volume de recursos repassados, daí a diferença dos valores referentes aos serviços não executados;

m) a questão de fato a ser dirimida se resolve em favor do entendimento adotado pelo Tribunal no acórdão condenatório, logo, não há que se falar, para cálculo do débito, na utilização da inspeção mencionada na Nota Técnica 442/2008 (peça 2, pp. 87/94).

Ao ver do Ministério Público de Contas, consoante bem defendeu a Serur, afigura-se correta a adoção, como fundamento para o acórdão condenatório, da última inspeção realizada pelo Dnit.

A propósito, os achados dessa última fiscalização do Dnit gozam de presunção de veracidade e de legitimidade, conforme doutrina e jurisprudência deste Tribunal, a saber:

a) *"consta nos autos Relatório de Inspeção do Ministério da Integração Nacional acompanhado de fotografias (fls. 177/80), que goza de presunção de veracidade, em que se verifica o reconhecimento da realização de 23,95% do muro de arrimo, já considerado anteriormente"* (Acórdão 510/2005 – 2ª Câmara);

b) *"4.1. Contudo, a tentativa de desqualificação do laudo de vistoria não merece prosperar. A uma, porque se constitui em documento que goza de presunção, ainda que relativa, de legitimidade e veracidade. Consequência disso é a transferência do ônus da prova de sua invalidade para aquele que a invoca. Só assim - diante de argumentos vigorosos, acompanhados de elementos que lhe deem sustentação - seria capaz de perder a credibilidade que lhe é ínsita. Expõe essa ideia em bem dosada lição Fábio Medina Osório ('Direito Administrativo Sancionador', São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 363), para quem,*

'(...), não se pode ignorar, mormente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a importância da presunção de veracidade e legitimidade inerente a determinados documentos ou provas produzidas pela acusação. Não há um rol fechado ou exaustivo dessas provas, mas parece possível dizer que determinados atos administrativos, próprios à fase das investigações, possuem inegável e intenso valor probante, não sendo lícito ao intérprete invocar, genericamente, a presunção de inocência para derrubar a eficácia desses documentos. O que pode o acusado fazer, isso sim, é produzir uma contraprova, uma prova defensiva que desmoralize a validade e a eficácia da prova acusatória. Nesse sentido, é importante enfatizar que as provas acusatórias não podem traduzir presunções de natureza absoluta ou intocável, devendo restar uma margem para o exercício da ampla defesa pelo acusado.'" (Acórdão 1.891/2006 – 1ª Câmara);

c) *"a título de esclarecimento, vale registrar que a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz diferenciação entre a presunção de legitimidade ('diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei') e a presunção de veracidade ('diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração') (in Direito Administrativo, Ed. Atlas, 15ª edição, São Paulo, 2003). De acordo com ela, apenas a segunda presunção gera a inversão do ônus da prova"* (Acórdão 2.813/2006 – 2ª Câmara).

No mesmo sentido o Acórdão 4.454/2014 - 1ª Câmara, segundo o qual *"os relatórios técnicos de auditoria/inspeção/vistoria do tomador de contas contam com presunção de veracidade e legitimidade, descaracterizada apenas mediante apresentação de prova robusta em contrário."*

Por fim, cumpre salientar que o pleito da empresa Quality de que seja realizada perícia na obra objeto do convênio não merece acolhida.

Com efeito, nos termos da jurisprudência assente nesta Corte, não encontra amparo, no ordenamento jurídico em vigor, a solicitação para que o TCU realize procedimentos fiscalizatórios com vistas à produção de provas, que são da exclusiva alçada do responsável.

Segundo entendimento deste Tribunal (v.g., Acórdão 2.514/2013 – 2ª Câmara) *"não é tarefa desta Corte de Contas produzir provas para responsáveis em sede de tomada de contas especial, pois cabe, de forma exclusiva, a eles comprovarem o bom e correto emprego*

das verbas públicas (Acórdãos 243/2009 - Plenário; 304/2009, 2.818/2008, ambos da Primeira Câmara)”.

E, de acordo com o Acórdão 3.393/2014 – 2ª Câmara, “*em uma tomada de contas especial, a comprovação da aplicação dos recursos deve estar acompanhada de todos os elementos necessários e suficientes para conduzir ao convencimento da boa e regular utilização dos recursos públicos*”.

Ademais, de acordo com o art. 162 do Regimento Interno do TCU, “*as provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros*”. Tais elementos probatórios, como a perícia, deveriam ser aduzidos juntamente com as alegações de defesa da responsável ou no âmbito do recurso ora interposto.

III

Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público de Contas de acordo com a proposição da Secretaria de Recursos (peças 85 a 87).

Brasília, em 18 de março de 2016.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador