

VOTO

Trata-se de tomada de contas especial (TCE), originária de representação formulada pela Controladoria Geral da União (CGU), em decorrência de irregularidades na execução de dois convênios celebrados entre a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e o município de Salgadinho/PB, para construção de sistemas de esgotamento sanitário e de abastecimento de água.

O Acórdão 1441/2014 – TCU – 1ª Câmara considerou procedente a representação (TC 033.952/2010-8) e determinou a conversão dos autos em TCE e a citação dos responsáveis.

De acordo com a Nota Técnica 2136, de 25/9/2013 (doc. 46 do TC 033.952/2010-8, p. 2/18), a inspeção física realizada pela CGU, nos dias 5 e 6/8/2013, atestou a não efetividade do sistema de esgotamento sanitário, constituído por um conjunto de tratamento biológico, caixa de retenção de areia e implantação de 176 ligações domiciliares simples, objeto do Convênio 2277/1999, e confirmou que o sistema de abastecimento de água, objeto do Convênio 686/2000, estava inoperante.

Os recursos federais transferidos para cumprimento do sistema de esgotamento sanitário somaram R\$ 53.429,00, sem a obrigatoriedade de aplicação de contrapartida municipal, e R\$ 133.131,00, para o sistema de abastecimento de água.

A unidade técnica, nos autos do TC 033.952/2010-8, ressaltou que “a Funasa instaurou processo de Tomada de Contas Especial, em 25/8/2003, motivado pela não aprovação da prestação de contas do Convênio 2277/1999 por razões formais, devido à ausência de documentos. Contudo, após notificado, o conveniente entregou a documentação complementar solicitada e a prestação de contas foi reanalisada e aprovada em 18/11/2003, por meio do Parecer 148/2003.”

Destacou também que “a Funasa instaurou processo de Tomada de Contas Especial, em 1/7/2003, aprovando a prestação de contas do Convênio 686/2000 (Siafi 414004), em face do recolhimento do débito de R\$ 16.134,74, equivalente ao valor original de R\$ 4.159,55, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, decorrente da falta de aplicação financeira dos recursos pelo conveniente. Para tanto, a Funasa considerou o conteúdo do Parecer Técnico emitido em 23/6/2004, o qual apontava para o atingimento de 100% do objeto pactuado.”

Ainda nos autos do TC 033.952/2010-8, a unidade técnica considerou comprovada a ocorrência de fraude no procedimento licitatório para contratação da obra objeto do Convênio 686/2000, e fortes indícios de que o mesmo ocorreu com o Convênio 2277/1999.

Ressaltou ainda que o TCU já apreciou vários processos em que restou comprovada a inexistência fática da Construtora Caiçara Ltda., responsável pela execução das obras do Convênio 686/2000, tratando-se de empresa “fantasma” (TC 012.407/2009-0, TC 008.794/2010-3, TC 009.364/2011-0, TC 013.816/2012-8), e que há indícios de que a Construtora Compacta Ltda. (Conpac), executora das obras do Convênio 2277/1999, também é sociedade “de fachada”.

Apesar de a Funasa ter aprovado a prestação de contas final do Convênio 686/2000, o relatório consolidado da CGU, de 2010, (doc. 1 do TC 033.952/2010-8, p. 50/68) aponta indícios de fraude no processo licitatório, não comprovação do exercício pleno da propriedade dos imóveis utilizados na execução de metas do convênio, não comprovação da aplicação dos rendimentos financeiros, não incidência de rendimentos sobre valor pago antecipadamente, documentos de liquidação da despesa emitidos em datas posteriores ao pagamento e emissão de cheque em nome da própria prefeitura.

Em relação ao Convênio 2277/1999, o relatório consolidado da CGU (doc. 1 do TC 033.952/2010-8, p. 20, 21, 64/80) também informa indícios de fraude no processo licitatório, além de

não aplicação financeira dos recursos do convênio, não identificação das residências beneficiadas com ligações domiciliares, não exercício pleno da propriedade do imóvel utilizado na execução de meta de convênio e do licenciamento ambiental, não execução de serviços previstos em planilha orçamentária e cheque de convênio nominal a pessoa não integrante do quadro societário da construtora contratada.

Embora a Funasa tenha reconhecido a execução de 100% dos objetos de ambos os convênios, a CGU, em visita *in loco*, observou a inoperância do sistema de abastecimento de água e a não efetividade do sistema de esgotamento sanitário.

Atendendo a determinação do Acórdão 1441/2014 – TCU – 1ª Câmara, Luciano Morais da Silva, ex-prefeito de Salgadinho/PB, a Construtora Compacta Ltda. (Conpac) e seus sócios, José Humberto Antônio Neto, José de Arimateia Alves Pereira e Fernando Firmino de Souza, foram devidamente citados pela unidade técnica, por “execução parcial do objeto do [Convênio 2277/1999] e a consequente não utilidade da parcela executada, bem como [...] por fraude no processo licitatório que resultou na sua contratação, já que há indícios de que se trata de empresa de fachada, configurando ausência de nexo causal entre os recursos repassados pela União e a obra.”

De forma análoga, o ex-prefeito, a Construtora Caiçara Ltda. e seus sócios, Romero Luiz Batista e José Maria de Oliveira, foram citados pela unidade técnica, também em 2014, por “execução parcial do objeto do [Convênio 686/2000] e a consequente não utilidade da parcela executada, bem como [...] por fraude no processo licitatório que resultou na sua contratação, já que há indícios de que se trata de empresa de fachada, configurando ausência de nexo causal entre os recursos repassados pela União e a obra.”

Regularmente citados, os responsáveis foram alertados de que, caso não afastadas as irregularidades, o Tribunal poderia não só desconsiderar a personalidade jurídica das empresas, a fim de responsabilizar seus sócios pelos débitos apurados na tomada de contas especial, mas também declarar a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, e inabilitar os responsáveis para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, no âmbito da Administração Pública, por um período de cinco a oito anos.

O ex-prefeito foi o único responsável a apresentar alegações de defesa, enquanto as duas construtoras e seus sócios não atenderam à citação.

Por não terem apresentado alegações de defesa, nem comprovado o recolhimento do débito, considero caracterizada a revelia das construtoras Conpac e Caiçara, bem como de seus sócios, José Humberto Antônio Neto, José de Arimateia Alves Pereira, Fernando Firmino de Souza, Romero Luiz Batista e José Maria de Oliveira, para todos os efeitos, o que autoriza o prosseguimento do feito, consoante o disposto no art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443/92.

As alegações de defesa do ex-prefeito (prescrição quinquenal, cerceamento de defesa, cumprimento dos objetos pactuados, aprovação da prestação de contas pela Funasa, contratação de empresas de fachada, entre outras) foram devidamente rejeitadas pela unidade técnica, conforme relatório que acompanha este voto.

Houve divergência entre as propostas de encaminhamento da unidade técnica e o parecer da representante do Ministério Público.

A unidade técnica concluiu que houve dano ao Erário pelo não cumprimento dos objetos conveniados e fraude nos procedimentos licitatórios. Propôs a desconsideração da personalidade jurídica das construtoras para estender a responsabilidade pelos prejuízos causados ao erário federal aos sócios, o julgamento das contas como irregulares, com débito apurado correspondente aos valores originais de R\$ 133.131,00 (Convênio 686/2000) e R\$ 53.429,00 (Convênio 2277/1999), e a aplicação da multa prevista no art. 57, da Lei nº 8.443/92.

A representante do Ministério Público, por sua vez, diante da informação do órgão conveniente de que os sistemas de esgotamento sanitário e de abastecimento de água foram concluídos, com a consequente incorporação das obras ao patrimônio municipal, propôs o arquivamento da TCE em razão da ausência de pressuposto essencial de constituição do processo (não comprovação da ocorrência de dano ao erário federal) e incompetência do TCU para tratar de matéria da alçada do Tribunal de Contas Estadual (dano ou abandono das obras pelo município). Alternativamente, propôs o arquivamento dos autos, ante a impossibilidade de garantia dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, em decorrência do longo transcurso de tempo entre os fatos e a instauração da TCE.

Diante dos elementos reunidos nos autos, não é possível afirmar se o abandono e a depredação dos sistemas de esgotamento sanitário e de abastecimento de água, observados em vistoria da CGU realizada anos após o final da vigência dos convênios, podem decorrer de danos ocorridos antes ou depois de sua incorporação ao patrimônio municipal, considerando que a Funasa atestou as obras de ambos os convênios como 100% concluídas.

Apesar dessa dúvida, discordo da representante do Ministério Público de que não houve dano ao erário federal.

É entendimento pacífico desta Corte de que a existência física de objeto de convênio não constitui, por si só, elemento apto a comprovar a regular aplicação dos recursos federais, uma vez que as obras pactuadas podem ter sido executadas com valores oriundos de outras fontes.

Não há, nos autos, elementos fidedignos que comprovem que as obras foram executadas pelas empresas contratadas e com os recursos federais transferidos, mesmo que as obras objeto dos dois convênios sejam consideradas como concluídas e efetivas. Pelo contrário, há evidências de que as obras do sistema de abastecimento de água e de esgotamento sanitário foram executadas por profissionais contratados pela prefeitura, e não pelas empresas vencedoras dos processos licitatórios.

Há, ainda, fortes indícios de que houve fraude nos procedimentos licitatórios e que as construtoras Compac e Caiçara são empresas de fachada que serviram apenas para dar aparência de legalidade às licitações realizadas para a execução dos objetos pactuados.

De fato, houve dano ao erário, em decorrência da falta de nexo entre os recursos dos convênios e as obras supostamente executadas pelas construtoras contratadas. Nesse caso, cabe condenar os responsáveis à devolução integral dos recursos transferidos.

Mesmo se o débito fosse afastado, o que não é o caso destes autos, ainda assim não caberia o arquivamento da TCE sem julgamento do mérito, como proposto pelo Ministério Público. Transcrevo trechos do meu voto revisor no Acórdão 1831/2016, da 1ª Câmara, em que defendo tese vencedora que bem ilustra esse entendimento:

A elisão do débito, a partir de documentação apresentada no curso do procedimento de tomada de contas especial não é motivo para impor termo final ao processo, sem o julgamento de mérito, pois permanece hígido o interesse de agir da União, interesse em obter do Tribunal manifestação conclusiva sobre o regular emprego dos recursos públicos federais, o que implica não só o alcance dos objetivos previamente colimados pela despesa pública, como a plena observância das normas de direito financeiro que regulam o procedimento da realização do dispêndio.

Se, no curso do processo, o exame das alegações, dos documentos e das provas acostadas aos autos concluir pela inexistência do débito ou pela ausência de responsabilidade, a questão é de mérito, devendo a TCE ser julgada, com as contas do responsável, no que concerne a despesas em discussão, consideradas regulares ou irregulares, e não simplesmente arquivada.

Se o responsável comprova a regular aplicação dos recursos públicos, sua conta é julgada regular. Em nenhuma hipótese, há arquivamento do processo por falta de requisito de constituição válida do processo. Da mesma forma, se não comprova a correção da aplicação dos recursos federais, sua conta é julgada irregular.

Houvesse o Tribunal de extinguir o processo de tomada de contas especial, sem julgamento de mérito, pela simples elisão do débito contraído perante a União, além de contrariar a Lei Orgânica do TCU, certamente iria gerar perplexidades jurídicas que em nada contribuem para o mister constitucional desta Corte, ao fragilizar a fiscalização da despesa pública a serviço da sociedade.

Também discordo da proposta alternativa da representante do Ministério Público de arquivamento do processo em decorrência do longo transcurso de tempo entre os fatos e a instauração da TCE. De acordo com a jurisprudência do TCU, as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra agentes causadores de danos ao Erário são imprescritíveis, com base no artigo 37, §5º, da Carta Magna (Acórdão 2.709/2008 - TCU - Plenário e Súmula nº 282, do TCU).

Concordo com a proposta da unidade técnica de descon sideração das personalidades jurídicas das construtoras para estender a responsabilidade pelos prejuízos causados ao erário federal aos sócios. A responsabilidade pelo débito deve recair solidariamente sobre os agentes públicos que praticaram o ato irregular, bem como sobre os terceiros que, de qualquer modo, hajam concorrido para o cometimento do dano apurado, conforme o art. 16, § 2º, da Lei nº 8.443/92. No caso, respondem solidariamente pelo débito o ex-prefeito, as empresas contratadas e seus sócios.

Corretamente responsabilizados pelo dano ao erário, José Humberto Antônio Neto, José de Arimateia Alves Pereira, Fernando Firmino de Souza, Romero Luiz Batista, José Maria de Oliveira e as construtoras Compac e Caiçara, revéis, bem como o ex-prefeito, não trouxeram elementos capazes de suprimir as irregularidades, nem demonstraram boa-fé ou outros excludentes de culpabilidade.

Julgo irregulares as contas do ex-prefeito, das construtoras Compac e Caiçara, e de seus sócios, José Humberto Antônio Neto, José de Arimateia Alves Pereira, Fernando Firmino de Souza, Romero Luiz Batista e José Maria de Oliveira, com base no art. 16, inciso III, alíneas "c" e "d", da Lei nº 8.443/92, e condeno-os ao pagamento do débito apurado, sem aplicação da multa proposta pela unidade técnica.

No que tange à prescrição da multa individual prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92, como já me manifestei em outras oportunidades sobre a pretensão punitiva nesta Corte, entendo que é matéria de estrita reserva legal. Como o artigo 37, §5º, da Constituição Federal, diz que "a lei estabelecerá" os prazos prescricionais para ilícitos praticados pelos agentes, não o decreto, a vontade do administrador ou do juiz, não cabe a adoção de prazo prescricional por analogia.

Não obstante, até que o Tribunal decida definitivamente sobre a questão, adoto o entendimento majoritário nesta Casa, que aplica a regra geral de prescrição do Código Civil.

No caso concreto, verificou-se a fluência do prazo prescricional reconhecido na jurisprudência dominante do Tribunal.

Os atos irregulares foram praticados em 2000 e 2001 (débitos em 30/8/2000, 15/9/2000, 18/10/2000, 10/9/2001, 25/9/2001, 23/10/2001, 22/11/2001 e 4/12/2001, datas em que foram creditadas as parcelas do repasse de recursos federais – docs. 52 e 53 do TC 033.952/2010-8), ou seja, à luz do Código Civil de 1916, que estabelecia, em seu art. 177, prazo prescricional de vinte anos.

Com a vigência do novo Código Civil a partir de 11/1/2003, passou-se a recorrer à regra intertemporal do art. 2.028: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se,

na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Desse modo, em conformidade com o disposto no art. 205 do Código Civil brasileiro, esse Tribunal vem adotando o prazo prescricional de dez anos. Ressalte-se que, em virtude da regra de transição prevista no art. 2.028 do novo Código, aplica-se o mencionado prazo ainda que os fatos geradores da pretensão punitiva tenham ocorrido antes da sua vigência.

Como houve o transcurso de menos de dez anos entre a prática do ato e a entrada em vigor do novo Código Civil, o caso concreto apurado nos autos está sujeito ao prazo decenal, contado a partir de 11/1/2003.

Considerando o termo inicial em 11/1/2003, a pretensão estaria prescrita em 11/1/2013. Em tese, a citação dos responsáveis interromperia a contagem do prazo prescricional. Entretanto, como as citações ocorreram após essa data, por determinação do Acórdão 1441/2014, na sessão da 1ª Câmara de 29 de abril de 2014, ou seja, após a consumação da prescrição decenal para imposição de multa de que trata a Lei nº 8.443/92, houve a prescrição antes da instauração da TCE.

Ante o exposto, acolho a instrução da unidade técnica, com ajustes em relação à aplicação da multa, e voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 1º de junho de 2016.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator