

TC - 010.484/2014-0

Tipo: tomada de contas especial (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Fundação Nacional de Saúde - Funasa.

Recorrente: Guerino Luiz Zanon (CPF 557.764.697-91)

Advogado: José Roberto Figueiredo Santoro (OAB/DF 5.008) e Raquel Botelho Santoro (OAB/DF 28.868), Marcelo Viana Barreto (OAB/DF 41.957) e Giuliana Wiechers Aieta Santoro (OAB/DF 13.517), procuração constante da peça 29.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de Contas Especial. Convênio. Obras realizadas em desconformidade com as especificações contidas no projeto aprovado no convênio, acarretando inviabilidade de operação do sistema de esgotamento sanitário. Contas Irregulares. Débito. Multa. Recurso de Reconsideração. Conhecimento. É aplicável o instituto da prescrição da pretensão punitiva do TCU. Razoabilidade na imputação do débito pelo valor integral do convênio. Provimento parcial para excluir a multa.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Guerino Luiz Zanon (peça 37), prefeito do município de Linhares/ES no período de 1997 a 2004, contra o Acórdão 4185/2016 – TCU – 2ª Câmara (peça 26), proferido na Sessão de 29/3/2016, Ata 9/2016, com o seguinte teor:

9.1 com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, e 214, inciso III, estes do Regimento Interno do TCU, julgar irregulares as presentes contas e condenar o Sr. Guerino Luiz Zanon (CPF 557.764.697-91), ex-Prefeito de Linhares (ES), ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se do débito o valor de R\$ 13.673,02, na data de 28/11/2001 (término da vigência do Convênio 619/1999), referente ao saldo devolvido à referida fundação:

Transferência	Valores Originais (R\$)	Data da ocorrência
OB 004273	170.000,00	12/6/2000
OB 007485	680.000,00	31/8/2000

9.2. com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno, aplicar multa ao Sr. Guerino Luiz Zanon (CPF 557.764.697-91), no valor de R\$ 473.000,00 (quatrocentos e setenta e três mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a” do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443, de 1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.4. determinar à Secex/ES que instaure tomada de contas especial visando apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano, em razão da ocorrência de irregularidades na execução das obras que constituíam o objeto do convênio 827/2000, registro SIAFI 414318, celebrado entre a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e a Prefeitura Municipal de Linhares (ES), para a construção da rede coletora de esgoto do sistema de esgotamento sanitário da localidade de Pontal de Ipiranga, naquele município;

9.5. com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c o § 6º do art. 209 do Regimento Interno, encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, ao Procurador-Chefe da República no Espírito Santo.

9.6. dar ciência desta deliberação ao responsável, à Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e ao Procurador da República no Espírito Santo Leandro Botelho Antunes, autor da representação objeto do Processo TC-037.180/2011-8, relacionada ao Inquérito Civil Público 1.17.003.000026/2011-36.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada em razão da conversão determinada pelo Acórdão 1472/2014-TCU-2ª Câmara, de representação formulada pela Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo (PR/ES), a partir de abaixo-assinado de moradores da localidade de Pontal de Ipiranga, dando conta de irregularidades relacionadas com a execução do Convênio 619/1999/FNS, celebrado entre a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e a Prefeitura Municipal de Linhares/ES.

2.1. O ajuste previa a construção de parte do sistema de esgotamento sanitário (uma estação de tratamento e quatro estações elevatórias), contando com o aporte de recursos federais em duas parcelas, que totalizaram, à época, R\$ 850.000,00.

2.2. Na representação em comento (Processo TC-037.180/2011-8, em apenso), comprovou-se que a obra executada se mostrou inservível à sua finalidade em razão de ter sido executada em desacordo com as especificações definidas no projeto aprovado no ajuste firmado com a Funasa. Isso resultou na impossibilidade de entrada em operação do sistema de esgotamento sanitário da comunidade de Pontal de Ipiranga, fato que se mostrou mais grave em razão da deterioração do empreendimento, o qual não recebeu a devida manutenção por parte do poder público municipal nos anos subsequentes.

2.3. A responsabilidade, caracterizada na deliberação original, foi imputada ao ex-prefeito no período de 1997 a 2004, Sr. Guerino Luiz Zanon, tendo em vista que mencionado dirigente adotou as seguintes medidas:

i. assinou o Convênio 619/1999/FNS em nome do município;

ii. firmou o contrato 0074/2000, decorrente da Tomada de Preços 01/2000, com a empresa Limaq - Linhares Máquinas Ltda., para a execução das obras;

iii. subscreveu o relatório de cumprimento do objeto do ajuste, atestando, falsamente, que as obras e os serviços constantes do Plano de Trabalho do Convênio 619/99/FNS foram integralmente executadas, de acordo com as normas técnicas vigentes, mantendo a boa qualidade do projeto, tendo sido atingido plenamente o objeto do referido convênio; e

iv. ainda ocupando o cargo de prefeito municipal nos dois anos que seguiram à entrega das obras (2003 e 2004), deixou de adotar medidas visando à conservação das estruturas do sistema de esgotamento sanitário, permitindo, assim, a degradação do patrimônio municipal.

2.4. Ainda quanto ao levantamento feito na aludida etapa processual da responsabilização decorrente da imprestabilidade do empreendimento, esta logrou afastada quanto à empresa executora e à equipe técnica da Funasa (concedente) e seu dirigente regional. Aquela (Limaq - Linhares Máquinas Ltda.) porque não restou comprovado ter ela recebido qualquer benefício ilícito decorrente da execução das obras, as quais foram levadas a cabo de acordo com os parâmetros definidos no contrato firmado com o poder público municipal, embora desconformes com o projeto constante do convênio aprovado. E estes em razão de a análise da prestação de contas do ajuste ser feita após a construção, não sendo assim possível detectar a falta de compatibilidade das especificações do edital da licitação com as prescrições do projeto, com a consequência de já ter se concretizado o dano.

2.5. O Tribunal rejeitou a alegação de defesa apresentada pelo ora recorrente e decidiu, por meio do Acórdão 4185/2016 – TCU – 2ª Câmara (peça 26), transcrito anteriormente, julgar irregulares as contas do Sr. Guerino Luiz Zanon, condenando-o ao ressarcimento do débito além de aplicar-lhe multa.

2.6. Não satisfeito com o julgado, o recorrente interpôs recurso de reconsideração, ora em análise, requerendo que seja reformada a decisão exarada no Acórdão 4185/2016 – TCU – 2ª Câmara e, conseqüentemente, afastada a multa e o débito aplicado (peça 37).

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 40), ratificado pelo Ministro-Relator (peça 43), que concluiu pelo conhecimento do recurso, com efeito suspensivo em relação ao recorrente dos itens 9.1, 9.2 e 9.3 do Acórdão 4185/2016-2ª Câmara, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constituem objetos do recurso verificar as seguintes questões:

a) se é aplicável o instituto da prescrição aos procedimentos objeto da presente tomada de contas especial (peça 37, p. 9, 14-18);

b) se cabe responsabilização ao recorrente que atuou baseado em pareceres técnicos (peça 37, p.23-28);

c) se a inviabilidade de operação do sistema de esgotamento sanitário decorreu das divergências entre o projeto aprovado e o executado (peça 37, p.18-23);

d) se houve omissão, por parte do responsável, na manutenção da obra conveniada (peça 37, p.28-31);

e) se houve a devida quantificação do débito atribuído ao recorrente (peça 37, p. 31-33).

5. Da prescrição

5.1. O recorrente argui pela prescrição do direito de aplicação de multa pelos atos supostamente cometidos no âmbito do convênio 619/1999, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) a Constituição Federal reza que somente haverá a imprescritibilidade nos casos de ressarcimento ao erário;

b) a multa não representa ressarcimento ao erário, já que a correção monetária em si é o instrumento hábil para obter a indenização ocasionada pela ausência de determinado valor por certo tempo;

c) admitir que o comando constitucional seja aplicado a sanções é o mesmo que dizer que o indivíduo, seja no campo do direito cível, tributário, trabalhista, administrativo, ou etc., sempre estará sujeito a aplicação de multa, eis que imprescritível;

d) a multa analisada no caso em tela foi aplicada com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno do TCU, que deixam claro se tratar de multa, ou seja, penalidade decorrente da condenação em débito;

e) não resta dúvida, portanto, que o prazo para exercício de direito da administração, representada pelo E. TCU, de aplicar multa aos gestores públicos por possíveis danos aos cofres estatais está, há muito, esgotado, devendo o acórdão recorrido ser reformado no referido ponto.

Análise

5.2. Merecem prosperar as alegações aqui apresentadas. A argumentação da defesa é aplicável ao caso.

5.3. O instituto da prescrição tem por fim trazer segurança às relações jurídicas em detrimento de longo lapso temporal entre o ato praticado e as ações garantidoras do direito. A prescrição se configura na extinção da pretensão, em razão da inércia do seu titular por determinado período.

5.4. Em consonância com o parágrafo 5º do art. 37 da Constituição Federal, foram elencadas duas situações distintas quanto à prescrição no que tange ao poder público. A primeira parte do parágrafo trata da prescrição referente às ações relativas a punições a agentes públicos que causem prejuízos ao erário. A segunda parte do parágrafo ressalva as ações de ressarcimento, estabelecendo serem imprescritíveis as ações tendentes a determinar o ressarcimento dos danos causados ao poder público.

5.5. É importante observar que a questão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento foi plenamente resolvida após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, que ensejou a prolação do Acórdão nº 2.709/2008 – Plenário, por meio do qual se decidiu deixar assente no âmbito desta Corte de Contas que o art. 37

da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

5.6. Ademais, cumpre tecer considerações acerca do entendimento desta Corte de Contas sobre o tema da prescrição da pretensão punitiva do Estado no que tange à penalidade de multa regulamentada pelo art. 57 da Lei 8.443/1992.

5.7. Recentemente, esta Corte apreciou incidente de uniformização de jurisprudência acerca da prescrição da pretensão punitiva do TCU, em sessão plenária pública extraordinária ocorrida no dia 8/6/2016. Transcreve-se abaixo parte do Acórdão 1.441/2016 – TCU – Plenário:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Redator, em:

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, §2º, do Regimento Interno;

9.1.6. a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992;

9.1.7. o entendimento consubstanciado nos subitens anteriores será aplicado, de imediato, aos processos novos (autuados a partir desta data) bem como àqueles pendentes de decisão de mérito ou de apreciação de recurso por este Tribunal;

5.8. Dessa forma, aplica-se no âmbito do TCU o entendimento de que o prazo prescricional a ser adotado é o previsto no Código Civil, ou seja, dez anos do fato gerador. Ademais, entende-se também que a citação é causa interruptiva da prescrição.

5.9 A data dos débitos imputados à prefeitura municipal, e em razão dos quais o ex-prefeito foi apenado com multa, é de 12/6/2000 análise (peça 15, p. 15 do TC 037.180/2011-8 apenso), ainda sob vigência do antigo Código Civil de 1916, o que reclama a aplicação da regra intertemporal prevista no art. 2.028 do código atual, que dispõe que serão da lei anterior os prazos se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

5.10. Como na data do início da vigência do novo Código Civil (11/1/2003) ainda não havia transcorrido metade do prazo prescricional previsto no código anterior (vinte anos), incide então o prazo estabelecido no novo código, ou seja, de dez anos contados de sua vigência. Dessa forma, no caso concreto, a prescrição da pretensão punitiva dar-se-ia em 11/1/2013, o que de fato ocorreu, pois, esse prazo prescricional não foi interrompido com a citação que só veio a ocorrer em 26/5/2014 (peças 7 e 9), o que invalida a aplicação da multa em Sessão de 29/3/2016. Convém destacar que a prescrição seria aplicada ainda que se considerasse como termo *a quo* o prazo final da vigência do convênio, ocorrido dia 29/9/2001, ou do recebimento definitivo da obra, ocorrido em 24/10/2001 (peças 7, p. 1; 28, p. 22 do TC 037.180/2011-8, apenso).

5.11. Em face das análises anteriores, conclui-se que assiste razão ao recorrente quanto à reformulação do Acórdão 4185/2016, uma vez que prescreveu a pretensão punitiva do TCU em relação aos atos praticados no convênio 619/1999.

6. Da responsabilização do prefeito embasada em pareceres técnicos

6.1. O recorrente argui por sua irresponsabilidade perante as irregularidades apuradas, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) o recorrente agiu de forma diligente e idônea, requerendo pareceres técnicos precisos antes de realizar quaisquer pagamentos;

b) o projeto foi devidamente aprovado pelo corpo técnico e capacitado da Funasa, de forma que após realizada a tomada de preço nº 001/2000 a empresa consagrada deu início às obras de infraestrutura nos exatos termos daquele, excetuando-se as duas pequenas alterações quanto às potências das bombas e especificações do concreto, que em nada poderiam interferir na operacionalidade do sistema de esgotamento sanitário;

c) as medições realizadas durante as obras, bem como os pareceres emitidos pela Funasa no seu decorrer, atestavam categoricamente que o plano de trabalho estava sendo seguido, não sendo possível afirmar que existiam quaisquer defeitos que importam a rejeição da prestação de contas e devolução dos recursos repassados;

d) as divergências ou incongruências entre a obra e o projeto apresentado só poderiam ser verificadas pelos engenheiros civis responsáveis em acompanhar a obra, visto que estes possuíam conhecimento técnico e equipamentos de medição capazes de auferir eventuais divergências;

e) é sabido que os pareceres emitidos não possuem força vinculativa, de forma que o gestor deve contrariá-los quando verificar não serem suficientes. Entretanto, não se espera do gestor conhecimentos técnicos aprofundados, cabendo-lhe apenas proceder verificações básicas de conformidade e legalidade, como bem salientado por este E. Tribunal (Acórdão 2218/2013, Plenário, TCU);

f) para contrariar os pareceres técnicos tanto da Funasa quanto do Secretário Municipal de Obras, o recorrente deveria deter conhecimento aprofundado da matéria, afim de impugnar o projeto de construção aprovado ou quaisquer irregularidades durante a execução da obra que impossibilitasse seu funcionamento;

g) assim, ao mesmo passo que o gestor não deve apenas ratificar parecer técnico sem a necessária observância de sua conformidade e legalidade, este também não pode contrariá-lo sem

nenhuma justificativa plausível, sob pena de ato de improbidade;

h) nesse sentido, há entendimento consolidado do C. Superior Tribunal de Justiça, em que se afirma que não se pode presumir dolo e sequer culpa na conduta do agente público que age embasado em manifestações técnicas idôneas;

i) no caso em comento, o impugnante não tinha quaisquer motivos para não receber a obra, haja vista que foram emitidos inúmeros pareceres idôneos indicando a total adequação da obra;

j) nenhum profissional habilitado à época da conclusão da obra sequer cogitou uma possível inoperância. Pelo contrário, todos afirmaram que a obra estava apta a funcionamento, não cabendo ao recorrente desconfiar de laudo emitido por órgão idôneo como a Funasa e sendo até vedado a esse fazê-lo sem justificativa fundamentada;

k) a alegação de que o homem médio poderia ter verificado tais irregularidades se mostra ainda mais absurda quando verificado que nem os técnicos competentes para verificá-las foram capazes. O recorrente agiu com todo o zelo que poderia ter agido na condição de leigo, analisando todos os pontos que poderiam ter sido analisados pelo homem médio, e confiando no laudo pericial em relação aos pontos que não são de conhecimentos gerais, como por exemplo o tipo de concreto utilizado em determinada construção. Se nem os laudos técnicos foram capazes de à época verificar qualquer irregularidade, quanto mais a verificação leiga do gestor, ora recorrente;

l) não seria possível afirmar que o recorrente teria agido com dolo ou sequer culpa, ante a ausência de imprudência, negligência ou imperícia, não sendo consubstanciada a sua responsabilização;

m) as inadequações da obra apontadas pela perícia e pela SAAE como determinantes para a inoperância do sistema de esgotamento sanitário não podem ser imputadas ao impugnante na condição de prefeito, posto que esse jamais conseguiria atestar, ante a ausência de conhecimentos de engenharia aprofundados, qualquer possibilidade de defeitos na obra.

Análise

6.2. O recorrente argui que não pode ser responsabilizado por esta Corte de Contas, pois agiu com suporte em parecer do secretário municipal de obras, parecer técnico conclusivo apresentado pelo serviço de engenharia de saúde pública, além de ter por fundamento a aprovação do projeto pelo corpo técnico da Funasa.

6.3. Este Tribunal possui entendimento firmado (Acórdãos 2540/2009-1ª Câmara, 2753/2008-2ª Câmara e 1801/2007–Plenário) no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastada neste caso, pois a ele cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário. 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 manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e a oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.

6.4. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos não o torna imune à censura do Tribunal. Em regra, pareceres técnicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo destes documentos. Assim, a existência de parecer não exime o gestor de responsabilidade, a qual é aferida levando em consideração a legalidade, a legitimidade e a

economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, *ex vi* do art. 70, caput, e 71, inciso II, da Constituição Federal.

6.5. Convém esclarecer que o recorrente ratificou formulação do edital da Tomada de Preços 001/2000 e assinou o contrato 0074/2000, prevendo itens com especificações divergentes daquelas estabelecidas no plano de trabalho que integra o Convênio 619/1999/FNS, notadamente irregularidade de fácil detecção. Além de firmar relatório atestando que as obras foram integralmente executadas de acordo com as normas técnicas vigentes tendo atingido plenamente o objeto do referido convênio, o que não condiz com os fatos apurados (peça 28, p. 27 do TC 037.180/2011-8).

6.6. O recorrente, na qualidade de gestor, tinha a obrigação de agir com zelo sobre o bem público. Nesse sentido, e considerando a vultuosidade empreendida no convênio em comento, caberia a ele analisar ao menos os itens mais representativos constantes do plano de trabalho, em confronto com os itens efetivamente adquiridos.

6.7. Oportuno mencionar, ainda, que a responsabilidade do ex-prefeito é oriunda da sua condição de gestor e signatário do convênio, que o faz garantidor da correta aplicação dos recursos públicos.

6.8. Quanto aos atributos do dolo ou da culpa, convém elucidar que na seara do direito administrativo tais atributos não são elementos decisivos para caracterização da sanção administrativa. Os administradores públicos podem ser responsabilizados simplesmente em função da culpa que contribuiu para a formatação do ato, sem, contudo, terem nele interferido diretamente, devido à culpa *in eligendo* e culpa *in viligando*. A jurisprudência deste Tribunal tem configurado a responsabilidade solidária entre gestores públicos e efetivos responsáveis pelos atos praticados (Acórdão 296/2011 2ª Câmara, 1190/2009-Plenário, 1715/2008-Plenário, 3765/2011 1ª Câmara, 2603/2011-Plenário), eis que os primeiros têm o dever de selecionar bem os seus prepostos e, uma vez eleitos (culpa *in eligendo*), a responsabilidade sob eles não cessa, devendo o delegante supervisionar os atos praticados sob pena de responder em função destes (culpa *in viligando*). Isto quer dizer que, em última análise, mesmo que o ex-prefeito não tenha interferido em nenhum ato que nega ter praticado ou os tenha delegado a terceiros, ainda assim é passível de responsabilização por duas razões: a uma, por haver celebrado o ajuste; a duas, por haver eleito aquele(s) sob os quais deveria zelar. No presente caso, ambas as situações são observadas.

6.9. Ora, cabe ao gestor se cercar de pessoas probas e competentes. Se o seu secretário de obras atestou falsamente que a obra obedecia às exigências constantes do ajuste, sobre o prefeito deveria recair, no mínimo, a culpa *in eligendo* e *in viligando*. Convém ainda elucidar que algumas das irregularidades apuradas originaram-se de simples análise sobre o plano de trabalho ajustado e o serviço executado não se identificando, portanto, qualquer tipo de vício oculto de difícil percepção.

6.10. Convém destacar que o laudo técnico emitido pelos engenheiros citados pelo recorrente, não atestaram que a obra estava sendo executada em consonância com o plano de trabalho aprovado pela Funasa, mas sim, que a obra estava condizente com a planilha orçamentária e com os projetos anexo aos autos (peça 19, p. 49, 64, 100, 118 e 206).

6.11. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.

7. Da divergência entre o projeto aprovado e o executado

7.1. O recorrente argui por sua irresponsabilidade perante as irregularidades apuradas, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) o acórdão recorrido justificou a inviabilidade de operação do sistema de esgotamento sanitário devido às divergências de especificações entre a tomada de preços 001/2000 e o plano de trabalho que integra o Convênio nº 619/1999/FNS;

b) entretanto, é certo que as divergências mencionadas, diferentemente do consignado pelo acórdão recorrido, não deram causa à inviabilização do sistema de esgotamento sanitário, a qual ocorreu por diversos fatores que fogem à responsabilidade do recorrente, consoante demonstrado na tomada de preços 001/2000 e na celebração do contrato 0074/2000 com a empresa vencedora do certame;

c) conforme informado pela perícia realizada no Inquérito Civil Público nº 1.17.003.000026/2011-36, na qual se embasou o C. Tribunal para instauração da Tomada de Contas Especial em desfavor do impugnante, as únicas divergências encontradas nesse aspecto seriam:

118.1. O projeto elaborado pela Prefeitura de Linhares/ES, apresentado à Funasa para confecção do Convênio nº 619/99, especificou, para cada uma das Estações Elevatórias, diferentes potências de bombas, a saber, fls. 37A/37D do Anexo I — Volume I:

(...)

Entretanto, nas planilhas de formação de preço do procedimento licitatório e respectiva contratação dos serviços, constou apenas equipamentos com a menor potência especificado, ou seja, 5,0 cv, fls. 166 do Anexo I — Volume I:

(...)

118.2. No mesmo projeto referido no parágrafo anterior, na especificação das características dos concretos a serem aplicados na obra, consta, fls. 43 do Anexo I — Volume I:

(...)

Porém, nas planilhas de formação de preço do procedimento licitatório e respectiva contratação dos serviços, constou apenas concretos com resistência características (fck) igual ou inferior a 15 Mpa, fls. 160 do Anexo I — Volume I: (...)

d) referidas divergências, destacadas, inclusive, pelo v. acórdão recorrido, jamais foram citadas como problemas determinantes para o não funcionamento da obra, tendo apenas sido citadas pelo perito em razão dos quesitos a ele formulados;

e) verifica-se, na realidade, que a perícia técnica elencou uma série de fatores que levaram à inviabilização de operação do sistema de esgotamento sanitário, também destacados pelo v. acórdão recorrido, que incluem declividade insuficiente das elevatórias, abandono e problemas no sistema de impermeabilização;

f) dentre as deficiências citadas, o funcionamento do sistema de esgotamento sanitário foi obstado especialmente em razão da dificuldade de impermeabilização da área, conforme explicitado pelo laudo pericial juntado pelo Ministério Público Federal no Inquérito Civil Público nº 1.17.003.000026/2011-36;

g) seria possível afirmar, portanto, que eventual problema de impermeabilização teria

sido causado por defeitos na elaboração do projeto de infraestrutura, o qual foi confeccionado por engenheiros civis capacitados e, inclusive, teve aprovação do corpo técnico da Funasa;

h) a ausência denexo causal entre as alterações no projeto aprovado pelo convênio 619/1999 e a impossibilidade de operação da obra é inteiramente comprovada através da exposição da ex-diretora do Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE, Dirla Maria Pifer Brzcsky, que no ano de 2006, afirmou não ter recebido a obra por constatar que ela seria de impossível operação por diversos motivos, nenhum deles relacionado à potência insuficiente das bombas instaladas ou em razão das especificações do concreto;

i) as divergências documentais entre o plano de trabalho aprovado pela Funasa e o Edital de formulação de preços não inviabilizaram a operação do sistema de esgotamento sanitário;

j) é visível que as mencionadas alterações, utilizadas para responsabilizar integralmente o recorrente pela inoperância do sistema, não comprometeram de qualquer forma o funcionamento da obra, sendo certo que tanto o secretário municipal de obras de Linhares quanto o chefe do serviço de engenharia de saúde pública da Funasa atestaram que a obra estaria apta para entrar em carga;

k) visível que em nenhum momento o laudo pericial, utilizado como única base para condenação do recorrente, atestou que referidas divergências teriam sido responsáveis pela inoperância da obra. Pelo contrário, afirma que o principal problema estaria na impossibilidade de impermeabilização da área, a qual seguiu o projeto de trabalho inicial;

l) diante da comprovada ausência de nexode causalidade entre a conduta do impugnante e o dano ao erário, consubstanciado pela inviabilização da operação do sistema de esgotamento sanitário da comunidade do pontal do Ipiranga, é certo que este deve ser excluído do polo passivo da presente Tomada de Contas Especial.

Análise

7.2. Não merecem acolhida os argumentos arguidos pelo recorrente.

7.3. O trabalho pericial foi tácito e conclusivo ao afirmar que há evidências de que os serviços executados não se coadunam com as especificações e normas técnicas de regência.

7.4. O laudo pericial, conclui que, de fato, nas planilhas de formação de preço do procedimento licitatório e respectiva contratação de serviços, constavam especificações de equipamentos com potência inferior às estipuladas no plano de trabalho elaborado pela prefeitura de Linhares para confecção do convênio 619/1999 (peça 28, p. 54 do TC 037.180/2011-8).

7.5. Ao contrário do que o recorrente tenta sustentar, de acordo com o laudo pericial, a inviabilidade da operação do sistema de tratamento de esgoto ocorreu tanto por problemas na execução da obra como pela deterioração das estruturas construídas, em razão da sua não utilização, ação de tempo e falta de manutenção (peça 28, p. 56 do TC 037.180/2011-8).

7.6. Oportuno mencionar que a mera execução do objeto conveniado não é suficiente para aprovar as contas do gestor responsável, sendo necessário que a obra traga, de fato, benefícios à população e atinja os fins para os quais foi proposta, o que não ocorreu no caso sob análise, uma vez que, embora tenha executado a obra, não foi implementado qualquer benefício à sociedade, uma vez que foi executada em desconformidade com as especificações definidas no projeto do convênio 619/1999/FNS e a operação do sistema de esgotamento sanitário da comunidade de Pontal de

Ipiranga restou inviabilizada, além do que o empreendimento foi deteriorado, agravado pela falta de manutenção nos anos subsequentes, levando ao não atendimento da população local (peças 1, p. 31 e 39).

7.7. Pelo exposto, não merecem guarida as alegações apresentadas, pois a obra não foi executada em conformidade com o plano de trabalho aprovado pela Funasa, não entrou em funcionamento e não trouxe benefício à população.

8. Da falta de manutenção e abandono da obra conveniada

8.1. O recorrente argui que não houve abandono da obra durante sua gestão, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) a infraestrutura sanitária do Baneário Pontal do Ipiranga foi considerada concluída pelo Serviço de Engenharia de Saúde Pública da Coordenadoria Regional do Espírito Santo da Funasa em novembro de 2002, sendo aprovada a respectiva prestação de contas em 11/2/2003;

b) a obra apenas estava apta a funcionamento em setembro de 2003, haja vista ter sido necessária a realização de obras de recuperação ante a não conclusão das obras relativas à rede coletora e ligações domiciliares, de forma que o sistema não pode ser colocado em carga, o que danificou sua estrutura;

c) a construção da rede coletora e das ligações complementares, objeto do Convênio 827/2000, apenas foi concluída há poucos meses do fim do mandato do recorrente, sendo certo que as estações de tratamento e elevatórias, objeto do Convênio 619/1999, não poderiam, por óbvio, ser postas em funcionamento antes dessa data;

d) após recebimento da obra de infraestrutura, objeto do Convênio 619/1999, que estaria em plena condição de funcionamento nos termos dos pareceres técnicos emitidos, foi necessário aguardar a finalização das demais etapas do projeto de trabalho para implantação do sistema de esgotamento sanitário, as quais apenas foram concluídas em novembro de 2004, sendo impossível imputar ao recorrente abandono das obras;

e) é sabido que após a conclusão de qualquer obra de esgotamento sanitária essa deve ser entregue à empresa operadora, no presente caso o Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE, que é a autarquia responsável pela coleta e tratamento de esgoto sanitário no Município e Linhares;

f) o SAAE não realizou qualquer apontamento acerca de eventual inoperância da infraestrutura de esgotamento sanitário durante o período de gestão do recorrente;

g) a suposta inoperância da obra apenas teria sido ressaltada em 2006 pela SAAE, consoante se extrai da perícia realizada pelo Ministério Público Federal no Inquérito Civil Público nº 1.17.003.000026/2011-36;

h) inviável atestar que o recorrente seria responsável pelo abandono das estruturas que propiciou a degradação do patrimônio municipal, haja vista não haver nos autos qualquer prova de que a deterioração em razão de suposto abandono da obra teria ocorrido durante a vigência de seu mandato como prefeito de Linhares (entre 2001-2004). Inclusive, é certa a impossibilidade de se obter tal prova, visto que a finalização de todas as etapas para implantação do sistema de esgotamento sanitário ocorreu restando apenas dois meses para o fim de seu mandato como prefeito;

i) não houve a individualização da conduta do recorrente. Ou seja, analisou-se o resultado e esse foi imputado unicamente ao recorrente, em que pese este tenha sido diligente na realização de obras de recuperação e na tentativa de implantar o sistema de esgotamento sanitário na localidade;

j) em nenhum momento buscou-se apurar a responsabilização da gestão seguinte ao mandato do recorrente, na qual a obra já estava entregue à SAAE, cabendo-lhe auferir o porquê não teria entrado em operação;

k) não há nos autos manifestação da SAAE a fim de atestar a data de recebimento da obra para operação ou sequer explicar o motivo de os supostos defeitos da obra terem sido expostos apenas no ano de 2006;

l) não há como imputar ao recorrente o estado de abandono e deterioração indicado pela perícia técnica do Ministério Público Federal ou, conforme entendimento da Secretaria de Controle Externo do Espírito Santo, mencionada omissão nos anos subsequentes à finalização da obra consistente no abandono das estruturas que propiciou a degradação do patrimônio municipal;

m) tendo em vista que não há qualquer prova nos autos que indique a inércia do recorrente no período compreendido entre a entrega da obra e o fim do mandato, que compreende apenas cerca de um ano, nem prova de que esta teria sido a causa determinante para a suposta imprestabilidade da obra objeto do Convênio 619/1999, resta clara a impossibilidade de responsabilização do recorrente na presente Tomada de Contas Especial.

Análise

8.2. Não merecem prosperar as alegações apresentadas.

8.3. De fato, verifica-se que não consta dos autos manifestação da SAAE quanto ao sistema de esgotamento sanitário durante a gestão do recorrente. Isso, porque, a autarquia, não recebeu a obra nesse período, logo, não poderia emitir opinião.

8.4. No tocante à manutenção da obra conveniada, técnicos da Funasa alertaram, ainda na gestão do recorrente, que o sistema continuava sem operação, além de que necessitava de manutenção nas lagoas de estação de tratamento. Convém destacar trecho do relatório técnico emitido pela coordenação regional do Espírito Santo da Fundação Nacional da Saúde, datado de 20/6/2003, o qual fez as seguintes observações (peça 15, p.21 do TC 037.180/2011-8, apenso):

b.1) as elevatórias estão funcionando, mas com aspecto de abandono, sem cerca de proteção, com muita infiltração, com os painéis de comando elétrico de automação expostos ao tempo, já demonstrando deterioração por ação da maresia, e as caixas de areia estão lacradas com laje, sem acesso à grade para limpeza;

b.2) as lagoas da estação de tratamento continuam vazias, apesar de a prefeitura ter sido alertada em visitas anteriores sobre a necessidade de enchê-las com água, para evitar que seus fundos viessem a fissurar e provocar futuras infiltrações;

b.3) a estação de tratamento se encontra em estado de abandono total, com alguns trechos das canaletas de drenagem de águas pluviais desmornados, fundo das lagoas com muitas fissuras, sem comportas de saída de efluente, e com marca de veículos que transitam em seu interior;

8.5. No laudo pericial do Ministério Público Federal, o perito ratificou o total abandono das instalações e a completa ausência de manutenção, já caracterizados tão logo concluída a obra,

consoante relatório técnico do órgão concedente, elaborado durante a prestação de contas do Convênio 619/1999, no ano de 2003 (peça 28, p. 56-57).

8.6. Quanto à responsabilização do sucessor, convém elucidar que os dois convênios que tiveram por fim o sistema de esgotamento sanitário, convênios 619/1999 e 827/2000, foram inicializados e concluídos na gestão do recorrente, não alcançando a gestão do prefeito sucessor. Ademais, não existe nos autos quaisquer comprovações que indiquem ação de deterioração por parte do prefeito sucessor.

8.7. Diante do exposto, identifica-se que tanto o relatório técnico emitido pela Funasa quanto a perícia do Ministério Público Federal concluíram pelo total abandono das instalações e a completa ausência de manutenção, já caracterizados tão logo concluída a obra.

9. Da quantificação do débito e multa

9.1. O recorrente argui pela irregularidade na condenação ao ressarcimento genérico dos danos causado ao erário tendo em vista os seguintes argumentos:

a) em relação à condenação de ressarcimento ao erário, disposto no item 9.1 do acórdão recorrido, apesar da imprescritibilidade, por força da exceção prevista pelo artigo 37, §5, da Constituição Federal, há limites para o ressarcimento ser realizado;

b) malgrado o referido dispositivo constitucional autorize a imprescritibilidade das ações que busquem o ressarcimento ao erário, esse não pode ser aplicado naqueles casos em que o montante a ser ressarcido é definido genericamente, sem a real quantificação do valor do dano causado;

c) o acórdão recorrido definiu, sem qualquer laudo pericial ou memorial de cálculo, que o valor do dano ao erário seria o valor total dos recursos federais transferidos por força do convênio 619/1999;

d) esta Corte se esquivou de uma análise adequada de todos os efeitos que a realização das atividades, ainda que consideradas irregulares por este tribunal, tenham impactado no orçamento público. Não se analisou se as obras geraram empregos; movimentaram a economia da região; ocasionaram aumento da arrecadação tributária; culminaram em incentivos privados na região; etc. Apenas considerou que a verba destinada ao convênio em questão foi desperdiçada pelo gestor, ora recorrente. Não há qualquer cálculo acerca de qual porcentagem das obras pode ser reaproveitada, ou do patrimônio adquirido com o maquinário, ou com outras aquisições;

e) é certo que grande parte da obra foi efetivamente realizada, inclusive reformada, e que esse acontecimento gerou diversas relações jurídicas que podem direta ou indiretamente ter influenciado no patrimônio público, tanto de maneira favorável, quanto prejudicial. Todavia, todos esses efeitos foram completamente desprezados pelo acórdão recorrido ao consignar genericamente que o prejuízo seria o valor exato repassado por força do convênio 619/1999;

f) certamente o recorrente não gerou aos cofres públicos o dano exato do valor repassado em razão do dito convênio, o que torna o acórdão recorrido viciado nesse ponto, devendo, portanto, ser quantificado o real dano causado. Essa é a posição do E. STJ, que define ser necessária a real quantificação do valor do dano ao erário, sob pena de não configuração de elemento suficiente para ensejar a presunção de lesão ao patrimônio público;

g) sendo assim, não verificada a comprovação e quantificação do dano causado ao

erário, inexistente elemento suficiente para ensejar a presunção de lesão ao patrimônio público, razão pela qual deve ser anulado o referido acórdão, a fim de evitar enriquecimento sem causa do Poder Público.

Análise

9.2. Não assiste razão ao recorrente.

9.3. A desproporcionalidade alegada pelo deficiente, existente na imputação de débito no valor integral do convênio e ao suposto enriquecimento sem causa da União, já foi tratada nesta Corte de Contas. A jurisprudência do TCU é firme no sentido de que a mera execução, ou a execução parcial, do objeto conveniado não é suficiente para aprovar as contas do gestor responsável.

9.4. Há de se destacar que, apesar da conclusão da obra prevista no convênio 619/1999, o sistema de esgotamento sanitário permanecia sem funcionamento ainda em 2013, passados 12 anos da conclusão da obra, de acordo com o laudo pericial emitido por perito do Ministério Público Federal (peça 28, p. 16-59 do apenso). Ademais, não há nos autos provas quanto ao aproveitamento da obra por parte do município. Muito pelo contrário. Apesar da conclusão da obra, esta sequer chegou a funcionar. Tal fato inviabiliza todo o projeto, uma vez que não foi concedido nenhum benefício à população com a parte executada da obra, restando improdutivo o gasto público realizado.

9.5. A jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica no entendimento de que quando o objeto é executado e não se vislumbra a possibilidade de aproveitamento do que foi realizado para posterior conclusão, aduz-se que houve completo desperdício dos recursos repassados, os quais devem ser integralmente devolvidos aos cofres federais (vide Acórdão 5175/2013 Primeira Câmara).

9.6. Desse modo, as alegações trazidas aos autos não afastam a responsabilidade do recorrente que, na qualidade de prefeito municipal e gestor dos recursos transferidos em decorrência do citado convênio, utilizou os recursos públicos federais repassados, porém não colocou em funcionamento o sistema de esgotamento sanitário e não agregou qualquer benefício à população local, o que caracteriza o completo desperdício do recurso público e fundamenta a imputação do débito pelo valor integral repassado.

CONCLUSÃO

10. Em face das análises anteriores, conclui-se que:

a) o recorrente, na qualidade de gestor, tinha a obrigação de agir com zelo sobre o bem público. Nesse sentido, e considerando a vultuosidade empreendida no convênio em comento, caberia a ele analisar ao menos os itens mais representativos constantes do plano de trabalho, em confronto com os itens efetivamente adquiridos;

b) tanto o relatório técnico emitido pela Funasa quanto a perícia do Ministério Público Federal concluíram pelo total abandono das instalações e a completa ausência de manutenção, já caracterizados tão logo concluída a obra;

c) a obra não foi executada em conformidade com o plano de trabalho aprovado pela Funasa, não entrou em funcionamento e não beneficiou a população conforme proposto no plano de trabalho, o que caracteriza completo desperdício do recurso público e fundamenta a imputação do



débito pelo valor integral repassado;

d) aplica-se no âmbito do TCU o entendimento de que o prazo prescricional adotado é o previsto no Código Civil, ou seja, dez anos do fato gerador. Assim sendo, no presente caso, considerando o termo inicial em 12/6/2000, data dos débitos imputados à prefeitura municipal, e em razão dos quais o ex-prefeito (peça 15, p. 15 do TC 037.180/2011-8 apenso) foi condenado, a pretensão punitiva estaria prescrita em 11/1/2013, considerando a regra de transição do Código Civil. Como esse prazo somente foi interrompido pela citação em 26/5/2014 (peças 7 e 9), é de se concluir que pela prescrição da pretensão punitiva da multa;

10.1. Assim, os elementos apresentados pelo recorrente têm o condão de modificar parcialmente a deliberação recorrida, vez que houve a prescrição da pretensão punitiva do Estado no que tange à penalidade de multa regulamentada pelo art. 57 da Lei 8.443/1992.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para tornar sem efeito a multa aplicada no item 9.2 do Acórdão 4185/2016-TCU- 2ª Câmara;
- b) comunicar ao recorrente e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 15 de julho de 2016.

[assinado eletronicamente]

Andréa Barros Henrique
AUFC – mat. 6569-2