

GRUPO I – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 004.395/2013-1

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial).

Unidade: Município de Mucajaí/RR.

Responsáveis: Cenge Construções Ltda. (84.034.602/0001-50); Elton Vieira Lopes (594.872.082-91) e Francisco dos Santos Lima (241.767.882-91).

Interessados: Departamento de Administração Interna do Ministério da Defesa – DAI/MD (03.277.610/0001-25); Prefeitura Municipal de Mucajaí/RR (04.056.198/0001-86) e Procuradoria da República em Roraima – PR/RR (26.989.715/0027-41).

Recorrente: Francisco dos Santos Lima (241.767.882-91).

Representação legal: Helaine Maise França (262/OAB-RR), representando Francisco dos Santos Lima; Henrique Keisuke Sadamatsu (208-A/OAB-RR), representando Elton Vieira Lopes; e Francisco Feliciano da Conceição (1.388/OAB-RR) e outros, representando Prefeitura Municipal de Mucajaí/RR.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. MUNICÍPIO DE MUCAJAÍ/RR. CONVÊNIO. PROGRAMA CALHA NORTE. CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS REPASSADOS. EXECUÇÃO PARCIAL DO OBJETO. IMPRESTABILIDADE DA PARTE EXECUTADA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS RECURSAIS INCAPAZES DE ALTERAR A CONVICÇÃO ANTERIORMENTE FIRMADA PELO TRIBUNAL. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Reproduzo, a seguir, com os ajustes de forma que julgo pertinentes, a título de relatório, a instrução (peça 104) lavrada pelo auditor da Secretaria de Recursos (Serur), devidamente avalizada pelo escalão dirigente da unidade (peças 105 e 106) e pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), representado nos autos pelo Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico (peça 107):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 92) interposto pelo recorrente acima identificado contra o Acórdão 10.985/2015 – TCU – 2ª Câmara (peça 65).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, 19, caput, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas dos Srs. Elton Vieira Lopes, Francisco dos Santos Lima, e da empresa Cenge Construções Ltda.;

9.2. condenar o Sr. Elton Vieira Lopes, em solidariedade com o Sr. Francisco dos Santos Lima e a empresa Cenge Construções Ltda. ao pagamento das quantias originais, abaixo discriminadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea a, do

Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

Quadro à peça 65.

9.3. aplicar aos Srs. Elton Vieira Lopes e Francisco dos Santos Lima, bem como à empresa Cenge Construções Ltda., de forma individual, a multa prevista nos artigos 19, caput, e 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do Regimento Interno do TCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

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

9.6. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado de Roraima, nos termos do § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para a adoção das medidas que entender cabíveis.

HISTÓRICO

2. Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Ministério da Defesa – MD em desfavor do Sr. Elton Vieira Lopes, ex-Prefeito de Mucajaí/RR, em função da não aprovação da prestação de contas dos recursos recebidos mediante o Convênio 88/PCN/2008 (Siafi 627.898).

2.1. O ajuste teve por objeto a construção de prédio para incremento do ensino de terceiro grau naquela municipalidade, por meio de recursos oriundos do Programa Calha Norte. Os recursos federais alocados à avença montaram à quantia de R\$ 2.156.215,63, os quais foram creditados na conta específica em 6/7/2010 e 29/6/2011.

2.2. Após desenvolvimento do processo, restou constatada a execução parcial de 30,63% do objeto pactuado, e ainda, que a parcela construída não possuía serventia (peça 6, p. 27). Ante a irregularidade, o TCU entendeu que o débito a ser imputado consubstanciaria no valor total repassado ao conveniente, uma vez que houve frustração da finalidade almejada pela avença.

2.3. Dessa forma, condenou em solidariedade o ex-Prefeito Elton Vieira Lopes e Francisco dos Santos Lima, então Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura, encarregado da fiscalização do empreendimento que atestou a realização de serviços não executados.

2.4. Neste momento, o recorrente insurge-se contra a deliberação previamente descrita.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido nas peças 95-96, ratificado pelo Relator com a suspensão dos efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3 e 9.5 do acórdão recorrido (despacho de peça 98).

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) subsiste responsabilidade do ex-Secretário de Obras Municipal, uma vez que não era o fiscal do contrato formalmente designado;

b) houve cerceamento de defesa, ante a inexistência de citação válida.

5. Da ausência de responsabilidade do ex-Secretário de Obras Municipal e da inexistência de proporcionalidade na pena.

5.1. *Defende-se no recurso que o ex-Secretário de Obras Municipal não era o fiscal do contrato sob exame e, portanto, não subsiste sua responsabilidade pelo débito imputado.*

5.2. *Fundamenta sua tese com base nos seguintes argumentos:*

a) *os contratos administrativos devem ser executados ‘com o acompanhamento e fiscalização a cargo de um Representante da Administração especialmente designado para esse fim’, nos termos do art. 67, da Lei 8.666/93. No caso, o fiscal, engenheiro Paulo Roberto Damim, CREA 4197-D/MT, foi indicado pelo gestor (peça 3, p. 8), sendo dele a responsabilidade pelo acompanhamento da execução do pacto, não se confundindo com as atribuições do recorrente enquanto Secretário de Obras do Município;*

b) *o ex-Secretário de Obras do Município apenas teria assinado um demonstrativo de origens de recursos referente à primeira parcela de recursos em conjunto com o ordenador de despesas (peça 3, p. 208-210), destaca que a liberação da segunda parcela fora feita pelo ex-Secretário de Finanças, o que demonstraria sua ausência de responsabilidade, uma vez que este último gestor sequer foi arrolado nos presentes autos;*

c) *a apenação decorreu do equívoco desta Corte de Contas de identificá-lo como fiscal do contrato, função que nunca exerceu, não se podendo ‘confundir a responsabilidade do Fiscal de Contrato com a do Recorrente (Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura), que apenas assinou, com fundamento na documentação e fatos apresentados, um dos relatórios demonstrativo das origens dos recursos, como o fizeram diversos outros agentes’;*

d) *o princípio da proporcionalidade e a individualização da pena não foram observados, uma vez que ‘ao Recorrente foram impostas severas sanções, em pé de igualdade com os principais agentes responsáveis pelo cumprimento (sic) do contrato, sem que fosse analisado a gravidade e lesividade do ato praticado de forma individualizada de cada agente. Tanto foi assim que o recorrente foi confundido com o fiscal de contrato.’;*

e) *há diferença do poder decisório de cada agente no cumprimento do contrato e até mesmo a situação financeira na aplicação de penalidades administrativas, não tendo condições de arcar com a imposição desta Corte;*

f) *ainda que as planilhas assinadas apresentassem erros, seriam apenas irregularidades formais, não indicando a participação objetiva do recorrente em qualquer ilegalidade, ou dolo e má-fé;*

g) *não teria sido indicado qual a conduta irregular praticada e qual a má-fé do ato, assim ‘na melhor forma de justiça, não se pode cogitar de responsabilidade jurídica ao Recorrente sem que seja apontado o ato, o dolo ou a má-fé e provado o prejuízo causado por negligência sua’;*

h) *ainda que ‘fosse indicado como fiscal de contrato, o que não ocorreu, o exercício dessa função seria realizado em condições extremamente precárias, pois o mesmo não possui curso de engenharia ou qualquer outra habilitação que fosse possível para exercer tal função. Não seria capaz de entender as planilhas e demais demonstrativos de cumprimento de fase da obra’.*

Análise:

5.3. *A responsabilidade do ex-Secretário de Obras do Município de Mucajaí/RR que deu origem a citação restou assim delineada (peça 36, p. 3):*

b.2) Nome, CPF e Função: Sr. Francisco dos Santos Lima (CPF: 241.767.882-91), Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura

Conduta: Na condição de fiscal da obra, atestou a realização de serviços não executados, no âmbito do Convênio 88/PCN/2008 (Siafi 627.898), o que culminou em pagamentos indevidos (superfaturamento). Ademais, ao atestar como realizada a totalidade de serviços

previstos, ensejando pagamentos indevidos, possibilitou desvios, que mais tarde impediram que a obra fosse concluída, situação que tornou a parcela realizada inservível.

Nexo de Causalidade: *A desídia do fiscal permitiu a certificação de serviços não executados efetivamente, que redundou posteriormente em pagamentos indevidos, bem como a parcela executada se demonstrou inservível. Sua conduta foi essencial para a ocorrência da ilicitude.*

Culpabilidade: *A atuação do Sr. Francisco dos Santos Lima é reprovável, porquanto distante daquela esperada de um fiscal probo e diligente com a coisa pública. Sua conduta configurou o descumprimento de seus deveres de fiscalização, existe ainda a obrigação de reparar o dano. Não constam agravantes e atenuantes da conduta do responsável, bem como não há excludentes.*

5.4. *Em que pese a qualificação como fiscal da obra, função que de fato o ex-gestor não exerceu, conforme atesta o documento de peça (peça 3, p. 8), a conduta a ele atribuída foi a de ter atestado a realização de serviços não executados, no âmbito do Convênio 88/PCN/2008 (Siafi 627.898), o que culminou em pagamentos indevidos (superfaturamento).*

5.5. *Dessa forma, o ponto basilar para o deslinde da questão consiste em examinar a conduta do ex-gestor, enquanto Secretário de Obras do Município, e o nexo da ação efetivamente realizada com a irregularidade e não na função de fiscal.*

5.6. *Assentada tal premissa, examina-se a conduta praticada e os argumentos da peça recursal.*

5.7. *A priori, é importante rememorar as etapas da despesa pública e a responsabilidade individualizada de cada agente. Tais etapas estão disciplinadas na Lei 4.320/64, verbis:*

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição
(...)

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:
(...)

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Parágrafo único. A ordem de pagamento só poderá ser exarada em documentos processados pelos serviços de contabilidade.

5.8. *Nota-se que para se efetuar o pagamento, última fase da despesa, a qualquer credor dos entes estatais deve-se previamente realizar o empenho e, após receber os materiais/serviços, atestar seu recebimento, autorizando, desse modo, a liquidação da despesa.*

5.9. *A liquidação da despesa sem os comprovantes de recebimento (atesto das notas fiscais ou outro meio idôneo) ou mediante notas fiscais apócrifas, somente com a descrição dos serviços prestados, faz recair sobre o gestor, que autoriza a liquidação, a responsabilidade pela consequência de eventual inadimplemento, adimplemento defeituoso ou ausência de entrega.*

5.10. *Da mesma forma, se inexistente a liquidação da despesa recai sobre a autoridade que autoriza o pagamento a responsabilidade pela ausência dos serviços eventualmente pagos. No caso de obras, em regra, a liquidação é realizada mediante o atesto da nota fiscal correspondente. Contudo, o atesto deve ser sempre precedido da devida medição dos serviços executado por meio boletins (planilhas de verificação **in loco** confeccionadas pelo fiscal do contrato que comprova exatamente o que foi executado em comparação com os projetos). A responsabilidade pela medição e atesto (comprovação dos serviços executados) num primeiro momento recai sobre o fiscal da obra.*

5.11. Uma vez atestada a nota fiscal deve-se enviar a autoridade competente para emissão e assinatura da nota de liquidação para posterior pagamento.

5.12. Conforme já exposto, para se pagar deve haver liquidação e para se liquidar, nos termos do art. 63, §2º, III, da Lei 4.320/64, deve haver no mínimo atesto do fiscal nos boletins de medição ou outro documento congêneres.

5.13. Vale lembrar, que o atesto pelo fiscal não exime o gestor de toda a responsabilidade, pois há que se ter um mínimo de cuidado antes de se liquidar a despesa e autorizar o pagamento.

5.14. Por certo, que o controle exercido pelo gestor diverge do controle exercido pelo fiscal, minúcias e vícios ocultos não poderão ser atribuídos ao gestor, mas ele deve ser capaz de detectar, ainda que por meio de inspeção visual, pontos determinantes da obra, esta verificação é que caracteriza a atuação zelosa do responsável por recursos públicos.

5.15. No caso vertente, verifica-se que o recorrente não assinou somente um demonstrativo de origens de recursos referente à primeira parcela de recursos em conjunto com o ordenador de despesas (peça 3, p. 208-210), mas atestou as notas fiscais, conforme tabela abaixo

Tabela 1

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor</i>	<i>Localização no Processo</i>
276	650.000,00	Peça 3, p. 212
278	209.586,16	Peça 4, p. 4
279	110.000,00	Peça 4, p. 8
282	186.629,57	Peça 4, p. 12
283	562.004,08	Peça 4, p. 162
291	437.995,20	Peça 4, p. 167
<i>Total</i>	<i>2.156.215,01</i>	

5.16. Conforme já discutido, o gestor ao atestar as notas fiscais sem a correspondente prestação de serviços atrai para si a responsabilidade pelo ressarcimento devido. Nota-se que ao atestar as notas fiscais o recorrente validou a execução e autorizou o pagamento dos serviços inexecutados, impondo ao erário o prejuízo posteriormente verificado.

5.17. Agrava a situação do recorrente e milita em seu desfavor a incompletude dos boletins de medição. Nos presentes autos, somente se verificou a presença de dois boletins de medição (Peça 4, p. 100-109 – Medição 4 e Peça 5, p. 39-44 – Medição 06).

5.18. Tanto no boletim 04, quanto no boletim 06 não há assinatura do fiscal do contrato, os documentos quanto à fiscalização exercida estão apócrifos o que, indubitavelmente, desloca a responsabilidade pelo pagamento e eventuais inadimplementos aqueles que sem o atesto pelo fiscal promovessem a validação das notas fiscais correspondentes. No caso concreto, conforme demonstra a tabela 1 acima foi o recorrente.

5.19. Ainda que não fosse formalmente o fiscal do contrato, o ex-gestor atuou substituindo-o e sua ação (atestar as notas fiscais sem a correspondente validação por meio de boletins de medição) deu causa ao prejuízo constatado ao permitir a liquidação das notas fiscais e autorizar o pagamento indevido.

5.20. Dessa forma, o ex-gestor além de atuar substituindo o fiscal, também não exerceu o seu dever enquanto supervisor da correta execução do objeto. Nesse sentido, entende-se que sua conduta restou individualizada na citação, o que permitiu, ao ora recorrente, se defender dos fatos a ele atribuídos, não havendo como se dizer que eventual equívoco, o que não se está a admitir, na sua qualificação seria suficiente para elidir sua responsabilidade.

5.21. No tocante a alegação de descumprimento do princípio da proporcionalidade, da ausência e dolo e má-fé, nos termos já discutidos, vale lembrar que a imputação do débito e o consequente

ressarcimento decorreu da conduta do ex-gestor de atestar serviços inexecutados e permitir pagamentos indevidos.

5.22. A inexistência de má-fé ou dolo, vale dizer que precedentes desta Corte são no sentido de não importar eventual ausência de intenção (dolo) nas condutas que levaram aos atos irregulares. Não é necessário que haja má-fé ou ação dolosa do agente para fins de responsabilização perante este Tribunal (Acórdão 243/2010-TCU-Plenário). A imputação do débito e da penalidade de multa exige apenas a verificação da ocorrência de culpa *lato sensu*, em qualquer uma de suas modalidades (Acórdão 3.874/2014-7-TCU-2ª Câmara).

5.23. Portanto, persistindo o juízo pelas irregularidades e condutas desautorizadas, subsiste fundamento para imputação do débito e da multa previstos nos dispositivos legais.

5.24. Por fim, vale dizer que a dosimetria da pena, na sistemática processual do TCU, tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, a isonomia de tratamento com casos análogos. Não há dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, nem rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido (v.g Acórdão 123/2014-TCU-Plenário). Ademais, a aplicação de sanções guarda relação com a materialidade dos fatos e a culpabilidade dos responsáveis, não com sua capacidade financeira em quitar a dívida (v.g Acórdão 1.790/2014-TCU-Plenário).

5.25. Do exposto, não se verifica existentes fundamentos para afastar a responsabilidade do recorrente, pois sua atuação ao validar e permitir o pagamento de notas fiscais, cujos serviços não foram integralmente executados, deram causa ao prejuízo causado à fazenda pública.

6. Do cerceamento de defesa

6.1. O recorrente aduz em suas razões recursais que não foi cientificado para apresentação de defesa afrontando dessa forma o art. 5º, incs. LIV e LV, da CRFB/88, o art. 12, II, da Lei 8.443/92 e o art. 68, da Lei 9.784/99.

6.2. Para sustentar sua tese cita doutrina e precedentes jurisprudenciais pátrios. Assim, a apresentação da presente peça recursal não afasta a nulidade, uma vez que de acordo com o devido processo legal a defesa deve ser prévia à condenação.

Análise:

6.3. 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.

6.4. 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. Também não há que se falar em aplicação subsidiária das disposições contidas no Código de Processo Civil, pois a matéria é regulada por normativo específico desta Corte de Contas, editado no exercício de sua competência constitucional e a validade de tal critério de comunicação processual é referendada pela jurisprudência deste Tribunal, conforme os acórdãos 14/2007-1ª Câmara, 3.300/2007-1ª Câmara, 48/2007-2ª Câmara e 338/2007-Plenário. O entendimento desta Corte de Contas encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de agravo regimental em mandado de segurança (MS-AgR 25.816/DF, relator Ministro Eros Grau).

6.5. Em primeiro lugar deve-se examinar se ouve no processo a citação por meio de AR, via correios, para somente depois de afastada a citação por esta via se passar a analisar outros elementos.

6.6. No caso concreto, verifica-se que a citação (peça 8, p. 1 – Pesquisa de endereço, peça 13 – Ofício e peça 22 – Aviso de Recebimento – AR) obedeceu ao disposto nos normativos desta Corte, verifica-se que o AR foi enviado para o endereço constante da base de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Logo conclui-se pela correção da citação por meio de AR nos moldes determinados pelos aludidos arts. 22, inciso I, da Lei 8.443/1992, e 179, inciso II, do RI/TCU.

6.7. Destarte, a citação inicial do responsável obedeceu aos normativos desta Corte e, portanto, inexistente o cerceamento de defesa aventado pelo recorrente.

CONCLUSÃO

7. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) há nos autos elementos que demonstram a liquidação das despesas do objeto do convênio, sem que se comprovasse sua completa execução, e, portanto, há responsabilidade do ex-Secretário de Obras do município que atestou e permitiu os pagamentos dos serviços na integralidade;

b) não houve cerceamento de defesa, pois a citação inicial do responsável obedeceu aos normativos desta Corte.

7.1. Com base nessas conclusões, propõe-se **[negar] o provimento ao recurso.**

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

8. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 32, I, e 33, da Lei 8.443/92 c/c o art. 285, **caput**, do RI/TCU, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar conhecimento às partes e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida.” (grifos no original).

É o relatório.