

VOTO

Tratam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa), por meio de sua Superintendência Estadual no Tocantins (Suest/TO), em desfavor dos Srs. Zélio Herculano de Castro, ex-prefeito (gestão: 2001-2004), e Francisco de Paula Vitor Moreira, ex-consultor da Unesco, e da empresa individual Marcos A. O. Prado, diante da impugnação total das despesas relativas ao Convênio nº 549/2003, com vigência de 22/12/2003 a 30/12/2005, cujo objeto consistia na execução de sistema de esgotamento sanitário com a previsão do aporte de recursos federais na ordem de R\$ 99.997,66 da parte do concedente, além de R\$ 3.199,10 da parte do conveniente, perfazendo o total de R\$ 103.196,76.

2. Como visto, durante o exercício de 2009, em trabalho conjunto com o Ministério Público Federal (MPF) e a Controladoria-Geral da União (CGU) no Estado do Tocantins, a Polícia Federal deflagrou a chamada “Operação Covil” com vistas à desarticulação de grupo criminoso especializado em desviar recursos públicos oriundos de convênios firmados pela Funasa com órgãos ligados ao Estado do Tocantins e a prefeituras tocaninenses.

3. Em decorrência do resultado das investigações e após as apurações realizadas via processo administrativo disciplinar (PAD), a Funasa decidiu abrir a presente tomada de contas especial com relação ao aludido convênio, diante dos graves delitos perpetrados, aí incluída a falta de execução do objeto acordado.

4. Como resultado das apurações, foram indicados como responsáveis solidários, por atuarem em conluio, o Sr. Zélio Herculano de Castro, ex-prefeito e executor da avença, o Sr. Francisco de Paula Vitor Moreira, ex-consultor técnico da Unesco junto à Funasa e fiscal da execução do empreendimento, e o empresário Marco Antônio Oliveira Prado, contratado para execução das obras.

5. Inobstante o atesto da execução integral do objeto do convênio pelo fiscal da obra perante a Funasa e o conteúdo dos documentos apresentados a título de prestação de contas, as supervenientes fiscalizações detectaram a inexecução total da obra, revelando a fraude perpetrada pelos aludidos responsáveis.

6. No âmbito deste Tribunal, após serem regularmente citados, o Sr. Francisco de Paula Vitor Moreira e o empresário Marco Antônio Oliveira Prado deixaram transcorrer **in albis** o prazo para apresentarem as suas alegações de defesa e/ou efetuarem o recolhimento do débito, de sorte que passaram à condição de revéis, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, autorizando o prosseguimento normal do processo.

7. De todo modo, após a análise das alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Zélio Herculano de Castro e diante dos elementos constantes dos autos, a unidade técnica propôs a irregularidade das contas do Sr. Zélio Herculano de Castro, com a imputação do débito pelo valor total repassado, em solidariedade com os demais responsáveis, além da aplicação da multa individual prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

8. Por sua vez, o Ministério Público junto ao Tribunal (MPTCU) manifestou a sua concordância parcial com a unidade técnica, acrescentado apenas que as contas de todos os responsáveis devem ser julgadas irregulares.

9. Incorporo o parecer da unidade técnica, com o acréscimo do MPTCU, a estas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as considerações que se seguem.

10. O ex-prefeito centrou a sua defesa no sentido de que teria havido a conclusão do objeto, não subsistindo o dano ao erário, conforme atestaria a análise desenvolvida pela Funasa no tocante à prestação de contas, mas não apresentou qualquer elemento probatório sobre isso.

11. A referida alegação não merece, assim, o acolhimento pelo TCU, pois ficou cabalmente demonstrado nos autos que a Funasa revisou as análises inicialmente efetivadas, ante a posterior constatação, pela CGU, da inexecução total da obra, evidenciando que os pareceres técnicos considerados pela Funasa (com o ateste da execução de 100% do objeto avençado) foram fraudados.

12. O TCU deve julgar irregulares, então, as contas do aludido responsável, com a condenação em débito e em multa, na forma proposta pela unidade técnica.

13. Em relação aos demais responsáveis solidários, restou confirmado que o Sr. Francisco de Paula Vitor Moreira foi o signatário dos pareceres técnicos emitidos de forma fraudulenta (Peça nº 1, fls. 291, e Peça nº 2, fl. 41), enquanto o Sr. Marco Antônio Oliveira Prado atuou como representante legal da empresa individual contratada para a execução da obra, tendo sido indevidamente beneficiada pela totalidade dos recursos.

14. Por seu turno, em relação ao Sr. Francisco, ressalto que ele atuava junto à Funasa em decorrência do acordo de cooperação firmado com a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), tendo apresentado, inclusive, documentos falsos com o atesto da sua condição de engenheiro, segundo as informações colhidas pela unidade técnica.

15. Já em relação ao Sr. Marco Antônio Oliveira Prado, a unidade técnica lembrou que a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que, no caso de “empresário”, como modelo jurídico adotado pelo novo Código Civil Brasileiro (CCB) em substituição à antiga denominação de “empresário individual” utilizada no CCB de 1916, não há necessidade de se promover a desconsideração da personalidade jurídica para a condenação do responsável, vez que a empresa individual não tem personalidade diversa e separada do titular, constituindo-se como única pessoa com um único patrimônio, conforme ficou consignado no Voto condutor do Acórdão 2.737/2013-Plenário, cujo relator foi o Ministro José Jorge, *in verbis*:

“14. Como consta da manifestação do Secretário da Serur, o empresário é pessoa física, titular da empresa, e, no caso de empresário individual não há personalidade jurídica diversa, logo, não há que se falar em pessoa jurídica, mas, apenas, em pessoa física.”

15. Nesse sentido, conforme consignado nos [Acórdãos 1563/2012 - Plenário](#), [1870/2010 - Primeira Câmara](#) e [615/2008 - Segunda Câmara](#), a empresa individual não tem personalidade diversa e separada do titular, constituindo uma única pessoa e um único patrimônio.

16. Não cabe, portanto, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para casos da espécie.”

16. Anote-se que, em vista desse entendimento, a citação foi encaminhada diretamente à pessoa física do empresário, mas ele permaneceu silente nos autos, como relatado anteriormente.

17. Por toda essa linha, o débito deve ser imputado aos três responsáveis (solidariamente), pelo valor total repassado, devendo o cálculo dos acréscimos legais ser efetivado a partir das datas dos pagamentos ao contratado (29/10/2004, 13/12/2004 e 31/12/2004), conforme a documentação acostada às Peças nºs 1 e 2.

18. Enfim, em relação à aplicação da multa legal aos responsáveis, anoto que já se operou a prescrição da pretensão punitiva do TCU, haja vista o transcurso de mais de dez anos entre a data de ordenação da citação no âmbito deste Tribunal, em 23/12/2015 (Peças 19 a 21), e a data do aporte dos recursos federais, em 2004.

19. Ocorre que, por meio do Acórdão 1.441/2016-Plenário proferido na Sessão Extraordinária do dia 8/6/2016, o TCU firmou o seu entendimento no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva deve seguir a regra geral do prazo decenal, contado a partir do fato, em linha com o art. 205 do Código Civil brasileiro, interrompendo-se a contagem do aludido prazo com a ordem de citação, nos termos do art. 240, **caput**, do Código Processual Civil (Lei nº 13.105, de 2015).

20. A despeito desse novel entendimento do Tribunal, reitero a minha ressalva já registrada em vários outros julgados do TCU, no sentido de que, na ausência de lei específica, o TCU não deveria aplicar qualquer prazo prescricional sobre a referida pretensão punitiva ou, então, na pior das hipóteses, o Tribunal deveria aplicar a regra prescricional contida na Lei nº 9.873, de 1999, não só porque ela trata diretamente de prescrição no âmbito do direito administrativo sancionador, mas também porque, entre outras medidas, a aludida lei manda aplicar o prazo prescricional penal, quando

a infração administrativa também configure crime, além de determinar expressamente que, no caso de ilícito continuado ou permanente, a contagem do prazo se inicie no dia em que o ilícito tiver cessado.

21. Contudo, inobstante essa minha posição pessoal, deixo de pugnar pela aplicação da multa legal aos responsáveis arrolados neste processo, submetendo-me, pois, ao entendimento fixado pelo TCU no âmbito do aludido Acórdão 1.441/2016-Plenário.

22. Entendo, portanto, que as presentes contas devem ser julgadas irregulares, com a imputação do débito apurados nos autos, deixando de aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, vez que, no presente caso concreto, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do TCU (v.g.: Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário).

Ante o exposto, proponho que seja prolatado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 27 de setembro de 2016.

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator