

GRUPO I – CLASSE I – 1ª Câmara
TC 001.096/2015-0 [Apenso: TC 005.491/2011-8]
Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial)
Recorrente: Alexandre Braga Pegado (ex-prefeito)
Unidade: Prefeitura Municipal de Conceição/PB

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIGINÁRIA DE REPRESENTAÇÃO. CONVÊNIO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA FICTÍCIA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE RECURSOS E DESPESAS. ARGUMENTOS INCAPAZES DE DESCONSTITUIR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de peça 58, aprovada pelos dirigentes da unidade técnica, assim como pelo representante do MP/TCU:

“INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração (peça 49), interposto por Alexandre Braga Pegado, pelo qual contesta o Acórdão 3.100/2016-TCU-1.ª Câmara (peça 33), prolatado na Sessão Ordinária realizada em 17/5/2016.

2. *A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:*

9.1.considerar revêis Alexandre Braga Pegado, CPF 586.650.644-00, e Marcos Tadeu Silva, CPF 113.826.864-04, nos termos do § 3º do art. 12 da Lei 8.443/92;

9.2.com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, julgar irregulares as contas de Alexandre Braga Pegado, CPF 586.650.644-00, ex-prefeito do município de Conceição/PB, e Marcos Tadeu Silva, CPF 113.826.864-04, sócio de fato da empresa Construtora Mavil Ltda.;

9.3.condenar Alexandre Braga Pegado, CPF 586.650.644-00, e Marcos Tadeu Silva, CPF 113.826.864-04, solidariamente, ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres da Fundação Nacional de Saúde, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora devidos, calculados a partir das datas a seguir indicadas até o dia do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR ORIGINAL (R\$)
6/3/2006	43.609,95
3/5/2006	44.774,08
15/2/2007	1.206,06
5/6/2007	20.574,29

9.4.aplicar a Alexandre Braga Pegado e Marcos Tadeu Silva, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais),

fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 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;
(...)'

HISTÓRICO

3. *A presente tomada de contas especial foi instaurada em vista de representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, autuada no TC-005.491/2011-8, apenso ao presente processo.*

4. *A representação tratou de supostas irregularidades cometidas por Alexandre Braga Pegado, ora recorrente, e pela empresa Construtora Mavil Ltda., cujo sócio de fato é Marcos Tadeu Silva, na execução do Convênio 832/2004 (Siafi 523196), celebrado entre a prefeitura municipal de Conceição/PB e a Fundação Nacional de Saúde – Funasa na gestão do Sr. Alexandre como prefeito municipal.*

5. *O Acórdão 7.833/2014-TCU-1.ª Câmara, proferido no processo de representação, determinou sua conversão em tomada de contas especial, além de desconsiderar a personalidade jurídica da empresa Construtora Mavil Ltda.*

6. *As irregularidades constatadas dizem respeito à ausência de nexo entre os recursos geridos e as despesas realizadas, vez que a Construtora Mavil Ltda. não executou a obra objeto do Convênio 832/2004-Funasa, por se caracterizar como empresa de fachada e, portanto, os recursos destinados a esta empresa não serviram para o pagamento das obras.*

7. *Assim, pelos Ofícios 0104/2015 e 0105/2015 (peças 10-11) foram citados respectivamente os Srs. Alexandre Braga Pegado e Marcos Tadeu Silva.*

8. *Ambos os responsáveis permaneceram silentes e foram considerados revéis pelo Acórdão 3.100/2016-TCU-1.ª Câmara agora recorrido, que lhes imputou débito solidário, além de aplicar-lhes multas individuais, conforme propostas uniformes da unidade técnica (peças 19-20) e do MP/TCU (peça 27), acatadas pelo relator **a quo** (peças 34-35).*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

9. *Em exame preliminar de admissibilidade esta Secretaria propôs conhecer o recurso de Alexandre Braga Pegado (peças 52-53), suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 3.100/2016-TCU-1.ª Câmara, o que foi ratificado por Despacho do Ministro Marcos Bemquerer Costa (peça 55).*

EXAME DE MÉRITO

10. Delimitação do recurso

10.1. *Constitui objeto do presente recurso definir se:*

a) *o Acórdão 3.100/2016-TCU-1.ª Câmara considerou o recorrente responsável pela escolha da Construtora Mavil Ltda. em procedimento licitatório; e*

b) *o aresto recorrido imputou ao recorrente a prática de ato de improbidade descrito na Lei 8.429, de 1992.*

11. Do Procedimento Licitatório, da ausência de culpa/dolo e da probidade administrativa

11.1. *No recurso é argumentado que todas as melhorias sanitárias previstas foram executadas e prova disso seria o extrato do convênio no sistema Siafi, que figura como concluído.*

11.2. *O recorrente prossegue afirmando que as licitações eram realizadas pela comissão permanente de licitação, sem a sua interferência, que ao final apenas homologava o resultado. Entende que não pode ser responsabilizado, pois não lhe seria possível analisar pormenorizadamente aspectos formais das licitações.*

11.3. *Assim, defende que a ausência de dolo ou culpa impede que sua conduta seja enquadrada nos artigos 10, 11 ou 12 da Lei 8.429, de 1992. Acresce que não agiu com má-fé, nem houve*

enriquecimento ilícito, tampouco obteve vantagem indevida para si ou para outrem, com prejuízo ao erário.

Análise

11.4. As irregularidades que ensejaram a condenação do Sr. Alexandre Braga Pegado foram pormenorizadamente descritas em instrução da Secex/PB (peça 19), conforme os seguintes trechos que se referem ao recorrente:

I – Irregularidade: não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos do Convênio 832/2004 (Siafi 523196), celebrado entre a Fundação Nacional de Saúde e a Prefeitura Municipal de Conceição/PB, para a construção de 62 módulos sanitários domiciliares na zona urbana do município, haja vista a ausência de nexo causal entre os mencionados os recursos e as despesas realizadas para consecução do objeto conveniado, consubstanciada nas seguintes evidências de que a Construtora Mavil Ltda. não executou a obra objeto do Convite 08/2006, e de que tais recursos não tiveram como destino o custeio dessa obra;

II – Irregularidade: usar e se beneficiar do uso da empresa de fachada, Construtora Mavil Ltda. (CNPJ 04.925.612/0001-46), para realizar contrato sem observância da Lei 8.666/1993 e desviar os recursos do Convênio 832/2004 (Siafi 523196), celebrado entre a Fundação Nacional de Saúde e a Prefeitura Municipal de Conceição/PB, para a construção de 62 módulos sanitários domiciliares na zona urbana do município, haja vista as seguintes evidências de que a Construtora Mavil Ltda. não executou a obra objeto do Convite 08/2006, e de que tais recursos não tiveram como destino o custeio dessa obra.

II – Condutas:

a) do ex-Prefeito Alexandre Braga Pegado: contratação da empresa de fachada Construtora Mavil Ltda. (CNPJ 04.925.612/0001-46), por meio de procedimento licitatório fraudulento, para construção de 62 módulos sanitários domiciliares, objeto do Convênio 832/2004 (Siafi 523196), contribuindo, assim, para ausência de nexo causal entre as obras que teriam sido executadas, principalmente, em razão da falta de elementos de comprovação de que existiam empregados vinculados à contratada que trabalharam na obra, e os recursos federais repassados.

(...)

IV – Nexos causais:

a) em relação ao ex-Prefeito Alexandre Braga Pegado: ao contratar empresa de fachada para executar as obras, usar a documentação dela para comprovar a aplicação dos recursos transferidos e realizar o objeto por terceiros, sem vínculo com a contratada, o gestor afastou o citado nexo causal e ocasionou o débito;

(...)

11.5. Assim, ao ex-prefeito foi imputado débito por não haver demonstrado o necessário nexo entre recursos e despesas, conforme anotado no excerto supratranscrito e igualmente no ofício pelo qual foi realizada a sua citação (peça 10).

11.6. Tal situação configura a ausência de elemento considerado essencial pela jurisprudência do TCU a fim de comprovar a boa e regular utilização de recursos federais geridos, como demonstram os seguintes acórdãos e textos explicativos extraídos da 'Jurisprudência Sistematizada' que se encontra no site do Tribunal:

Acórdão 266/2016-TCU-Plenário

A divergência entre os credores de direito e os reais favorecidos dos cheques caracteriza débito, por insuficiência de prova do nexo de causalidade entre as despesas apropriadas na prestação de contas e os recursos federais gastos, ainda que os serviços contratados tenham sido prestados.

Acórdão 9580/2015-TCU-2.ª Câmara

Para a comprovação da regular aplicação dos recursos recebidos mediante convênio ou

contrato de repasse, não basta a demonstração de que o objeto pactuado foi executado, mas que foi realizado com os recursos repassados para esse fim.

11.7. *Assim, a jurisprudência da Corte de Contas é pacífica no sentido de não ser suficiente a execução de obra ou serviço objeto de convênios sem que reste suficientemente demonstrado que tal execução de fato ocorreu com os recursos federais a ela destinados.*

11.8. *Isso porque, uma obra, por exemplo, a ser custeada com recursos públicos federais pode ter sido executada com recursos municipais, enquanto aqueles receberam outra destinação. Por esse motivo a Instrução Normativa 1/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, prevê em seu artigo 7.º, inciso XIX, que o conveniente deve movimentar os recursos em conta bancária específica.*

11.9. *Nesse sentido, os argumentos recursais relacionados à suposta responsabilidade da comissão de licitações pela escolha de uma empresa de fachada para a execução não vêm em auxílio do recorrente, pois o que se exige é a comprovação do efetivo emprego dos valores transferidos pela Funasa ao município de Conceição/PB na execução do ajuste, o que não se relaciona àquela questão.*

12. **Da Lei 8.429/1992 e do processo de controle externo**

12.1. *Quanto ao argumento de que fora atribuída a prática de ato de improbidade ao recorrente, observa-se que o recurso se referiu expressamente à Lei 8.429, de 1992. Assim, cumpre anotar que o processo de controle externo não se confunde com as ações judiciais para verificar se houve a prática de algum ato de improbidade descrito naquela norma.*

12.2. *O relatório que precedeu o Acórdão 2.178/2013-TCU-2.ª Câmara, também sobre recurso de reconsideração em tomada de contas especial, contém explanação sobre o tema, ao tratar da distinção entre controle externo pelo tribunal de contas e ação de improbidade:*

‘Ao contrário do que sustenta o recorrente, para a imputação em débito, não é necessária a comprovação da má-fé ou desonestidade do agente. Nas hipóteses em que for constatado dano ao erário resultante de omissão no dever de prestar contas, de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou desvio de dinheiro público, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade do agente público que praticou o ato irregular (artigo 16, § 2º, alínea ‘a’, da Lei 8.443/1992). Não é necessária, assim, a conduta dolosa, bastando apenas a modalidade culposa.

O Tribunal não condenou o prefeito por ato de improbidade administrativa. Nem poderia, pois não é da competência dos Tribunais e Conselhos de Contas condenarem gestores por atos desta natureza, os quais devem ser apurados em procedimento próprio no âmbito do Poder Judiciário. A improbidade administrativa deve ser apurada em processo movido pelo Ministério Público, a ser julgado pela autoridade judicial.

Frisa-se que a condenação em débito, embora acarrete a obrigação de restituir determinada importância à União, não é sanção, mas sim recomposição do patrimônio público ao status quo anterior. Quando a boa e regular aplicação de recursos não pode ser comprovada, considera-se causado dano ao patrimônio da União, um prejuízo, tendo lhe sido lesionado um bem jurídico. Dessa forma, do ato danoso, nasce a obrigação de indenizar, de restaurar o equilíbrio jurídico-econômico quebrado pelo agente.

É assim desnecessária, para o julgamento pela irregularidade das contas ou para a aplicação de multa em processo de fiscalização, a caracterização de ato doloso de improbidade. Basta que o gestor tenha cometido, de forma não justificada, ato ilegítimo ou antieconômico lesivo ao Erário ou deixado de adimplir sua obrigação de prestar contas dos recursos recebidos, e que lhe fosse exigível conduta diversa, para ficar caracterizada sua responsabilidade subjetiva.

(destaques acrescidos)

12.3. *E na mesma linha o seguinte excerto do voto que orientou o Acórdão 6.173/2011-TCU-1.ª Câmara: ‘20. Ressalto que a recomposição do dano ao erário independe de ter havido ou não prática de ato de improbidade administrativa ou auferimento de vantagem pelo gestor em razão da execução do convênio’.*

12.4. *Aliás, as multas aplicadas nos processos por improbidade divergem daquelas decorrentes das tomadas de contas, possuindo natureza jurídica distintas. Nesse sentido, por exemplo, os incisos do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa aludem ao pagamento de 'multa civil', que não se confunde com a natureza das multas aplicadas no âmbito dos processos de controle externo que tramitam no tribunal de contas, e que têm regramento próprio.*

12.5. *Por sinal, o item 9.7 do Acórdão 3.100/2016-TCU-1.^a Câmara ora recorrido determinou o encaminhamento do aresto à Procuradoria da República no Estado da Paraíba justamente para que esta pudesse adotar as providências que entendesse cabíveis, e que fossem de sua competência, em relação aos fatos que ensejaram aquele acórdão, a exemplo de eventual ação judicial sobre improbidade administrativa.*

12.6. *Em resumo, o acórdão recorrido não reconheceu a prática de ato de improbidade com base na Lei 8.429/92 pelo fato de os julgados do TCU não atribuírem essa espécie de ilícito àqueles que figuram na condição de responsáveis em seus processos, não se aplicando, assim, a tese defendida no recurso em exame.*

Da ausência de culpa/dolo/má-fé e da presença de boa-fé

12.7. *Feitas essas considerações, oportuno analisar mais detidamente a consideração do estado anímico dos responsáveis nos processos do TCU, afeto às noções de dolo, culpa, boa ou má-fé, às quais alude o recorrente.*

12.8. *A análise das contas objeto do presente processo avaliou a ocorrência, ou não, de boa-fé na conduta dos responsáveis, nos termos do artigo 12, § 2.º, da Lei Orgânica/TCU e do artigo 202, §§ 2.º e 6.º, do Regimento Interno/TCU, como se observa no item 12 da instrução autuada à peça 19 e no próprio Voto que orientou o acórdão combatido (peça 34, item 7).*

12.9. *A esse respeito, ressalve-se aqui que o conceito de boa-fé adotado se relaciona primordialmente à espécie de boa-fé objetiva. Segundo Judith Martins Costa (in A Boa-Fé no Direito Privado. 1^a edição, 2^a tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.):*

*'Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da **common law** – modelo de conduta social, arquétipo ou **standard** jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.'*

12.10. *É nessa perspectiva que o TCU tem, modernamente, perscrutado a boa-fé, ou seja, sob o ângulo da boa-fé objetiva, em que se analisa não o estado de consciência do agente quando da realização do ato administrativo, mas a adequação dessa conduta ao padrão esperado. O trecho abaixo, mencionado no relatório que precedeu o Acórdão 734/2014-TCU-Primeira Câmara, ilustra essa visão:*

'51. Quanto à boa-fé, aproveita-se o gancho do item v da enumeração do parágrafo anterior para mencionar que ganha força na Corte Federal de Contas o entendimento no sentido de que a vertente da boa-fé objetiva pode ser examinada nos processos submetidos ao Tribunal. Além disso, diversos julgados do TCU defendem a tese de que a ausência de má-fé não significa presença de boa-fé.

52. Uma das alegações mais frequentes dos responsáveis é a de terem atuado de boa-fé. Na maioria das oportunidades em que se invoca esse instituto, percebe-se que os responsáveis referem-se à boa-fé subjetiva, relacionada ao estado mental no momento em que agiram, isto é, ao propósito presente na conduta.

53. Todavia, é preciso esclarecer que se tem fortalecido no Tribunal de Contas da União a corrente que defende o exame da conduta dos agentes à luz da boa-fé objetiva.

54. Com o advento do Código Civil vigente, essa doutrina ganhou vigor no ordenamento jurídico pátrio, inclusive no TCU. A boa-fé objetiva não perscruta o estado de consciência do agente no momento da ação, como faz a boa-fé subjetiva. Ou seja, o que importa não é a intenção, mas a adequação da conduta a um padrão esperado. Em recente assentada do Plenário, o Relator, Exm^o Ministro José Múcio Monteiro, deixou consignado em seu voto condutor do Acórdão 2.072/2012 - TCU - Primeira Câmara a sua adesão à corrente defensora da aplicação do instituto da boa-fé objetiva nos processos da Corte de Contas Federal, a saber:

'Finalmente, deve ser dito que a boa-fé a ser levada em consideração nos processos de controle externo é a boa-fé objetiva, consistente na atuação conforme um padrão de conduta aceito como adequado e recomendável pelo meio social onde inserido o agente e não na boa-fé subjetiva, que consiste na convicção pessoal de estar agindo de acordo com as normas de conduta socialmente aceitas. Dessa forma, não se pode considerar como amparadas pela boa-fé condutas, tais como as assumidas pelos responsáveis, de assinar documentos em branco.'

55. Outrossim, o voto guia do Acórdão 776/2012 - TCU - Plenário, do mesmo modo, corrobora a informação acerca da disseminação do entendimento de que a atuação dos agentes públicos deve ser examinada pelo TCU sob o prisma da boa-fé objetiva, como se pode observar abaixo: (...)

56. Pode-se citar outros dois julgados recentes que aplicam a boa-fé objetiva na análise da conduta dos agentes: Acórdão 2523/2012 - TCU - Segunda Câmara; Acórdão 2184/2012 - TCU - Primeira Câmara.'

12.11. Sob o enfoque acima, o aresto recorrido concluiu não se identificar boa-fé (objetiva) na conduta do recorrente, vez que não comprovado o necessário nexos entre recursos transferidos e despesas alegadas, elemento básico a demonstrar a regularidade das contas e de simples comprovação.

12.12. Assim, ainda que eventualmente o Sr. Alexandre Braga Pegado não tenha deliberadamente contratado uma empresa de fachada, sua responsabilização decorreu de não haver demonstrado a regular destinação dos recursos que geriu, conduta que se espera de qualquer gestor. No caso, haveria que justificar como e porque tal empresa de fachada foi destinatária dos recursos geridos se não executou as obras objeto daqueles ajustes.

12.13. Em conclusão, esse entendimento foi que ensejou o julgamento da tomada de contas desde logo pela irregularidade, por considerar-se que automaticamente não restara demonstrada a boa-fé da parte.

12.14. O efeito prático dessa conclusão foi o julgamento das contas pela irregularidade desde logo, como visto, ao invés de fixar-se novo prazo para o recolhimento do débito, conforme previsto no artigo 12, §1.º, da Lei Orgânica/TCU. No caso, foi adotado o procedimento estabelecido no artigo 202, §6.º, do Regimento Interno/TCU.

CONCLUSÃO

13. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) o Acórdão 3100/2016-TCU-1.^a Câmara não atribuiu responsabilidade ao ora recorrente pela escolha da Construtora Mavil Ltda. em procedimento licitatório; e

b) o Acórdão 295/2016-TCU-Plenário não concluiu que houve a prática de atos de improbidade previsto na Lei 8429/1992, vez que os processos de contas possuem natureza distinta das ações judiciais de improbidade administrativa.

c) não foi observada a presença de boa-fé objetiva.

d) a responsabilização no âmbito do controle externo prescinde da existência de dolo ou culpa.

DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

14. *Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992 e artigo 285 do RI/TCU:*

- a) conhecer do recurso de reconsideração interposto por Alexandre Braga Pegado e, no mérito, negar-lhe provimento; e*
- b) dar conhecimento ao recorrente, à Procuradoria da República no Estado da Paraíba e aos demais interessados da deliberação que vier a ser proferida.”*

É o relatório.