

TC 002.841/2013-4

Natureza: Tomada de Contas Especial (Embargos de Declaração).

Unidades jurisdicionadas: Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e município de Icapuí/CE.

Recorrente: Construtora Borges Carneiro Ltda. (CNPJ 01.590.549/0001-46).

Advogados: Filippe Vasques Sampaio (OAB/CE 25.390 – peça 14), Igor Carvalho Paz (OAB/CE 24.479 – peça 14) e Reno Porto Cesar Bertosi (OAB/CE 18.902 – peça 14).

Sumário: Tomada de Contas Especial. Convênio firmado entre a Fundação Nacional de Saúde e o município de Icapuí/CE. Construção de Melhorias Sanitárias Domiciliares. Inexecução parcial do objeto. Contas irregulares. Débito. Multa. Recursos de reconsideração. Não comprovação da execução na íntegra do objeto conveniado. Conhecimento. Não provimento. Embargos de declaração. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Conhecimento. Não provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Construtora Borges Carneiro Ltda. (peça 63) contra o Acórdão 9437/2016-2ª Câmara, de relatoria do ministro Raimundo Carneiro (peça 51), transcrito na íntegra abaixo:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer dos Recursos de Reconsideração interpostos pela Construtora Borges Carneiro Ltda. e por Francisco José Teixeira, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhes provimento;

9.2. dar ciência do inteiro teor desta deliberação aos Recorrentes, por intermédio de seus advogados, nos termos do art. 179, § 7º, do Regimento Interno deste Tribunal, à Fundação Nacional de Saúde e à Procuradoria da República no Estado do Ceará.

HISTÓRICO

2. A presente Tomada de Contas Especial foi instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) em desfavor do Sr. Francisco José Teixeira, ex-prefeito do Município de Icapuí/CE (gestão: 2001-2004), tendo em vista a impugnação total das despesas do Convênio 205/2003 (Siafi 489489, peça 1, p. 51-69), cujo objeto consistia na construção de melhorias sanitárias domiciliares.

2.1 Referido ajuste, firmado no valor de R\$ 309.798,80 (R\$ 299.978,18 a cargo da concedente e R\$ 9.820,62 à título de contrapartida), teve vigência de 22/12/2003 a 29/6/2010. Efetivamente, a Funasa repassou ao município o montante de R\$ 239.982,38, em duas parcelas, sendo a primeira no

valor de R\$ 119.991,18, creditada na conta do convênio em 3/6/2004 (peça 2, p. 68), e a segunda, no valor de R\$ 119.991,20. Em que pese não constar dos autos a data do crédito da segunda parcela na conta corrente específica, consta a Ordem Bancária 2005OB906916, de 20/9/2005 (peça 1, p. 187), emitida já no mandato do prefeito sucessor, Sr. José Edilson da Silva (gestão: 2005- 2012).

2.2 Impende mencionar que as vistorias realizadas pela Funasa em 14/2/2007 e 29/2/2008 constatarem que apenas 75,36% dos recursos referentes à primeira parcela teriam sido executados, tendo a concedente apontado que não teria sido concluído nenhum dos módulos sanitários previstos, não servindo, assim, a obra ao fim social esperado, motivo pelo qual a concedente considerou o sr. Francisco José Teixeira responsável pela devolução da integralidade dos valores repassados, incluindo a segunda parcela, no valor de R\$ 119.991,20, repassada em 20/9/2005, nos termos dos pareceres técnicos (peça 2, p. 90-108, 166-170 e 344) e financeiros (peça 2, p. 58-62, 106-108, 206-210 e 346-348) e do Relatório de Tomada de Contas Especial (peça 2, p. 396-404).

2.3 Anote-se que, muito embora o convênio ainda estivesse vigente, o prefeito sucessor representou criminalmente contra o sucedido, ajuizando ação ordinária de ressarcimento, em 3/10/2008, com vistas a suspender a inadimplência do município, alegando que todos os repasses teriam ocorrido durante a anterior gestão de Francisco José Teixeira (peça 2, p. 234-246).

2.4 Trazido os autos ao descortino deste Tribunal, foram condenados o ex-prefeito Francisco José Teixeira em solidariedade com a Construtora Borges Carneiro Ltda., pelo débito correspondente à parte não executada dos recursos referentes à primeira parcela (24,64%, no valor de R\$ 29.565,82), considerando-se, para tanto, que, apesar de os módulos sanitários não estarem totalmente concluídos, a utilização da parte executada pelos beneficiários seria possível e, também, o prefeito sucessor José Edilson da Silva, pelo valor de R\$ 119.991,20, fêz a ausência de prestação de contas da segunda parcela dos recursos federais recebidos.

2.5 Irresignados, os recorrentes Francisco José Teixeira e a Construtora Borges Carneiro Ltda. interpuseram recursos de reconsideração para que o Tribunal reavaliasse:

a) se houve efetivo prejuízo ao exercício da ampla defesa e se eventualmente ocorreu a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória do TCU (questão apresentada pela Construtora Borges Carneiro Ltda. e por Francisco José Teixeira);

b) se é possível considerar as contas como ilíquidas (questão apresentada por Francisco José Teixeira);

c) se a empresa contratada seria legitimada a figurar no polo passivo da TCE (questão apresentada pela Construtora Borges Carneiro Ltda.);

d) se a empresa contratada concorreu para a ocorrência do dano ao Erário na exata medida em que fora condenada (questão apresentada pela Construtora Borges Carneiro Ltda.);

e) se os recursos públicos destinados à obra foram regulamente aplicados (questão apresentada por Francisco José Teixeira).

2.6 Esta Corte de Contas negou provimento aos recursos interpostos tendo em vista que:

a) não se operou a prescrição da pretensão punitiva e não houve prejuízo ao pleno exercício da defesa;

b) não se afiguraram presentes os elementos necessários a tornar as contas ilíquidas;

c) a empresa contratada Construtora Borges Carneiro Ltda. é parte legítima a figurar no polo passivo da presente TCE, bem como concorreu para o dano apurado por ter recebido a integralidade dos recursos e ter executado apenas parcialmente o objeto contratado;

d) os argumentos apresentados pelos recorrentes, desacompanhados de elementos probatórios, não foram suficientes para afastar as irregularidades imputadas por ocasião do julgamento da TCE.

2.7 A Construtora Borges Carneiro Ltda. opôs embargos de declaração contra o Acórdão 9437/2016-2ª Câmara, de relatoria do ministro Raimundo Carneiro, objeto da presente instrução.

ADMISSIBILIDADE

3. No exame preliminar de admissibilidade (peça 65) concluiu-se pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos do item 9.1 do acórdão recorrido.

MÉRITO

4. Constitui objeto do recurso examinar se está prescrito o direito de a Administração Pública imputar débito e aplicar multa à recorrente, bem como se esta é parte ilegítima para figurar no polo passivo.

Da prescrição do direito de a Administração Pública imputar débito e aplicar multa.

4.1 A recorrente aduz que:

a) está prescrito o direito de a Administração Pública imputar débito e aplicar multa (peça 63, p. 1, e);

b) o STF alterou seu entendimento quanto à prescrição ao concluir o julgamento do Recurso Extraordinário 669.069, com repercussão geral reconhecida (peça 63, p. 2);

c) a prescribibilidade é a regra no Direito brasileiro; para que uma pretensão seja imprescritível, é indispensável que haja previsão expressa neste sentido (peça 63, p. 3);

d) “(...) a ressalva contida na parte final do § 5º do art. 37 da CF/88 deve ser interpretada de forma estrita e não se aplica para danos causados ao Poder Público” (peça 63, p. 3);

e) “É consabido que há posição minoritária, embasada na égide do § 5º do artigo 37 da Lei Maior, que discorre que não haveria prescrição/decadência no tocante aos processos de tomada de conta” (peça 63, p. 4);

f) “(...) a ressalva do artigo 37, § 5º, por se tratar de exceção ao princípio da prescribibilidade, há de ser interpretada restritivamente” (peça 63, p. 5);

g) “(...) a aplicação da imprescribibilidade não guarda consonância com os mandamentos legais, pois não há prova efetiva do dano ou ao menos da quantificação real deste” (peça 63, p. 6);

h) “(...) só ao causador do dano existiria a imprescribibilidade, não havendo que se presumir tal imprescribibilidade como extensiva aos supostos devedores solidários” (peça 63, p. 7);

i) “(...) a imputação de débito somente estará protegida sob o pálio da imprescribibilidade nos casos de desfalque ou desvio de recursos, ou seja, quando fundamentada na hipótese da alínea d, inciso III, artigo 16, da Lei 8.443/1992, e quando provada a autoria, o que decerto não se bispa no caso em comento” (peça 63, p. 7);

j) o Tribunal já se manifestou no sentido da prescrição em outras oportunidades (peça 63, p. 7-11);

Análise

4.2 A tese a respeito da prescrição do direito de a Administração Pública imputar débito e aplicar multa ora apresentada pela recorrente já foi examinada e desacolhida por ocasião do julgamento dos recursos de reconsideração apresentados pela Construtora Borges Carneiro Ltda. e pelo ex-prefeito Francisco José Teixeira, conforme se reproduz a seguir (peça 47, p. 3-5):

1. Da prescrição e do eventual prejuízo à defesa

1.1. A Construtora Borges Carneiro Ltda. (peça 36, p. 1-11) e o ex-prefeito Francisco José Teixeira (peça 38, p.2-12) ratificam, nesta etapa processual, a tese já esposada nestes autos quanto à ocorrência da prescrição tanto em relação ao aspecto ressarcitivo, quanto ao exercício do poder sancionatório por este Tribunal.

1.2. Ressaltam que os fatos questionados correspondem a atos praticados nos exercícios financeiros de

2003 e de 2004, ao passo que o processamento desta tomada de contas remete ao ano de 2013, ou seja, pelo menos oito anos após a conclusão da gestão.

1.3. Argumentam que o longo tempo decorrido entre a ocorrência dos fatos e o chamamento ao processo prejudicaram sobremaneira o pleno exercício do direito de defesa, sobretudo por prejudicar a própria lembrança dos atos de gestão praticados e também o acesso a documentação pertinente, com vistas a subsidiar eventuais esclarecimentos.

1.4. Traz à baila a lição do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello que defende a aplicação do prazo quinquenal quer seja para o jurisdicionado, quer seja para a Administração agir. No mesmo sentido seria a opinião do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Pedro Ângelo Sales Figueiredo quando em sua análise sobre o aspecto do caráter prescritivo na Administração Pública.

Análise:

1.5. A tese vertente no caso vinha sendo discutida neste Tribunal há mais de 10 anos, no âmbito do TC 007.822/2005-4, sendo forçoso reconhecer não ser este tema pacífico no âmbito deste Tribunal à época dos fatos, uma vez que existiam teses favoráveis à imprescritibilidade, à prescrição decenal e à prescrição quinquenal.

1.6. Notório, no entanto, que a jurisprudência até então predominante preconizava a aplicação da regra de incidência direta, assentada no art. 205 do Código Civil, pela prescrição geral de dez anos a partir da ocorrência dos fatos. Corroboram tal assertiva as decisões proferidas nos Acórdãos 5.920/2013 e 6.737/2013, da Primeira Câmara, nos Acórdãos 670/2013, 2.177/2013, 2.183/2013 e 825/2014, da Segunda Câmara, e nos Acórdãos 828/2013 e 946/2013, ambos do Plenário.

1.7. Compulsando os autos, é possível verificar que o termo *a quo* fixado para origem do débito, nos termos do Voto condutor do Acórdão 7.771/2015-TCU-Segunda Câmara, foi a data em que os recursos foram repassados à empresa solidária, ou seja, em 11/8/2004. Por seu turno, os avisos de recebimento das citações remetem à data de 3/7/2013 para a empresa contratada (peça 10) e à data de 18/7/2013 para Francisco José Teixeira (peça 19), ou seja, antes de decorrido o prazo decenal adotado como limite prescricional.

1.8. Não obstante, releva destacar que em novel deliberação este Tribunal resolveu o incidente de uniformização de jurisprudência, pacificando o entendimento, mediante o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, de que a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, de 10 anos, sendo contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada.

1.9. Por seu turno, quanto a apuração do débito, é cediça a imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do MS 26.210 e ratificado em outros precedentes judiciais (ARE 772852, AgR; RE 601707 AgR; AI 819135 AgR).

1.10. Ao interpretar o art. 37, § 5º da Constituição Federal e firmar a tese da imprescritibilidade das ações de reparação de dano movidas pelo Estado, o STF fez a devida ponderação de princípios constitucionais. E ao fazê-lo, entendeu ser a dita imprescritibilidade compatível com os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade.

1.11. Tal tema restou pacificado no âmbito deste Tribunal, com a edição da Súmula de Jurisprudência n. 282/2012 que contém o seguinte enunciado: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

1.12. Há que se ressaltar que a IN 71/2012, vigente quando da remessa da presente TCE a este Tribunal, preconiza em seu art. 6º, inciso II, que fica dispensada a instauração quando houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente, o que não se coaduna com o caso apurado, vez que a data de recebimento da notificação pelo recorrente Francisco José Teixeira é de 18/12/2008, ou seja, menos de 4 anos da ocorrência dos fatos.

1.13. Assim, não merece acolhida a tese de prejuízo à defesa. Superada, portanto, tais preliminares aduzidas. (grifos nossos)

4.3 Percebe-se que os argumentos ora apresentados pela recorrente não apontam omissão, obscuridade ou contradição na análise da prescrição previamente realizada nos presentes autos e adotada pelo ministro relator como razões de decidir.

4.4 Assim, ante a impossibilidade de se rediscutir o mérito, e tendo em vista que a análise prévia esclareceu adequadamente a recorrente acerca da uniformização de jurisprudência relacionada à pretensão punitiva (aplicação de multa) do Tribunal de Contas da União, bem como da existência de entendimento sumulado a respeito da imprescritibilidade do débito, a tese não deve ser acolhida nos presentes embargos de declaração.

Da ilegitimidade passiva da recorrente.

4.5 A recorrente aduz que:

a) “(...) não se apurou a autoria da recorrente, imputando-a débito, em razão de uma suposta solidariedade existente entre a empresa licitante e o ex-prefeito, sendo punida unicamente haver contratado com a Administração Pública” (peça 63, p. 15);

b) “(...) jamais se poderia inculpar a Construtora Borges Carneiro LTDA, sob pena de se ferir o sagrado princípio da individualização das condutas, os princípios da relatividade dos contratos e, o mais grave, da inculpação objetiva de quem não concorreu para a ilicitude perpetrada” (peça 63, p. 15);

Análise

4.6 A tese a respeito da ilegitimidade passiva da recorrente também já foi examinada e desacolhida por ocasião do julgamento dos recursos de reconsideração apresentados pela Construtora Borges Carneiro Ltda. e pelo ex-prefeito Francisco José Teixeira, conforme se reproduz a seguir (peça 52, p. 2-3):

10. Em relação à alegação de ilegitimidade passiva, apresentada pela Construtora Borges Carneiro Ltda., reproduzo, a seguir, a análise realizada na Serur (peça 47, p. 6):

“12.2. Entende-se, nesta feita, que não há qualquer violação a norma legal ou a princípio balizador da atuação da Administração o fato de a contratada não ter figurado no processamento da TCE em sua fase interna.

12.3. Na fase interna, aquela promovida no âmbito do órgão público em que os fatos ocorreram, não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. Constitui procedimento inquisitório de coleta de provas assemelhado ao inquérito policial, no qual não se tem uma relação processual constituída nem há prejuízo ao responsável. O estabelecimento do contraditório nessa fase não é obrigatório, pois há mero ato investigatório sem formalização de culpa. Como não existem partes nem antagonismos de interesse nessa fase, a ausência de citação ou de oportunidade de contradição dos documentos juntados não enseja nulidade.

12.4. Nessa sistemática, a garantia ao direito à ampla defesa e ao contraditório se dá, nos termos do devido processo legal, na fase externa da tomada de contas especial, que se inicia com a autuação do processo junto a este Tribunal e finda com o julgamento. Esse é o entendimento desta Corte de Contas, conforme consignado nos acórdãos 1.540/2009-TCU-Primeira Câmara, 2.329/2006-TCU-Segunda Câmara e 2.647/2007-TCU-Plenário.

12.5. Não merece acolhida, portanto, a tese esposada.”

11. Adiciono que, no âmbito deste Tribunal, a Construtora Borges Carneiro Ltda. foi regularmente citada (peças 8 e 10), tendo inclusive apresentado suas alegações de defesa (peça 13), que foram devidamente examinadas em diferentes instâncias desta Corte (peças 20 a 25).

12. Quanto à questionada responsabilidade solidária da Construtora Borges Carneiro Ltda., a Serur, no trecho que transcrevo a seguir, demonstra que a empresa contratada “é parte legítima a figurar no polo passivo da presente TCE, bem como concorreu para o dano apurado por ter recebido a integralidade dos recursos e ter executado apenas parcialmente o objeto contratado” (peça 47, pp. 6/8):



“13.4. A contratada, em suas razões recursais, apresenta diversas ponderações de ordem política e administrativa local que tangenciam ao escopo de atribuições para apreciação deste Tribunal.

13.5. A Construtora Borges Carneiro Ltda. celebrou contrato com o Município de Icapuí em 1/7/2004 para a “construção de 184 kits sanitários”, nos termos das cláusulas primeira e sexta (peça 2, p. 136-142). Resta evidente, então, que a empresa assumiu a responsabilidade (vínculo contratual) pela execução total das obras de construção dos kits sanitários.

13.6. O que pauta a condenação da empresa nestes autos é o fato de ter comprovado o recebimento da integralidade da primeira parcela, o que fez com a emissão da nota fiscal n. 299 (peça 2, p. 20-22), no valor de R\$ 119.991,18, enquanto a avaliação do percentual executado ficou estimado em 75,36%, nos termos dos pareceres técnicos emitidos pela Funasa, configurando recebimento por serviços não executados.

13.7. Em que pese a empresa aduzir que fora condenada pela totalidade do débito, há que se ressaltar que a condenação se restringiu apenas à diferença paga e não executada.

13.8. Ainda, vale mencionar que a empresa não comprovou o atraso superior a 90 (noventa) dias por parte da Administração, o qual ensejaria seu direito de pleitear a rescisão amigável ou a rescisão judicial, nos termos dos arts. 78, XVI, e 79, II e III, da Lei 8.666/1993. Sabe-se que o fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente, conforme antiga máxima expressa no seguinte brocardo jurídico “allegatio et non probatio quasi non allegatio” (alegar e não provar é quase não alegar), não cabendo a esta Corte determinar diligências para levantamento de questões probatórias.

13.9. Fato é, portanto, que não restou comprovada nas presentes apelações a efetiva aplicação da integralidade dos recursos recebidos pela contratada.

13.10. Não há também nos autos prova inequívoca de que a contratada tenha sido impedida de executar a parcela faltante da obra.”

4.7. Portanto, ante a não apresentação pela embargante de omissão, obscuridade ou contradição na análise previamente realizada nos presentes autos, e tendo em vista a impossibilidade de se rediscutir o mérito, a tese não deve ser acolhida nos presentes embargos de declaração.

CONCLUSÃO

5. Da análise, conclui-se que não existe omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, pretendendo a recorrente apenas rediscutir o mérito de teses devidamente examinadas anteriormente, quando do julgamento de recursos de reconsideração.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

6. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) dar ciência da decisão à recorrente e demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, em 14/7/2017.

(assinado eletronicamente)

Enrico Cavalheiro Rodrigues
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 5646-4