GRUPO I – CLASSE I – Plenário
TC 001.805/2015-0
Natureza: Embargos de Declaração (em Recurso de Reconsideração)
Órgão: Prefeitura Municipal de Maturéia/PB
Recorrente: José Pereira Freitas da Silva (343.288.234-34)
Interessado: Fundação Nacional de Saúde (26.989.350/0001-16)
Advogado constituído nos autos: Newton Nobel Sobreira Vita (OAB/PB 10.204)

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARÇÃO OPOSTOS À DECISÃO QUE EXAMINOU RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO COM EMPRESAS DE FACHADA. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS RECURSOS TRANSFERIDOS E O OBJETO AJUSTADO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução lavrada no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), acostada à peça 122:

*"**INTRODUÇÃO***

Cuidam-se de embargos de declaração em recurso de reconsideração em processo de tomada de contas especial opostos por José Pereira Freitas da Silva, ex-Prefeito do Município de Maturéia, insurgindo-se contra o Acórdão 2.065/2017-TCU-Plenário (peça 99), decisão que manteve a decisão de julgamento de irregularidade das contas contida no Acórdão 179/2016-TCU-Plenário.

2. Eis o extrato da decisão recorrida (Acórdão 2.065/2017-TCU-Plenário – peça 99):

'9.1. nos termos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conhecer do presente recurso de reconsideração;

9.2. quanto ao mérito, negar-lhe provimento, mantendo inalterados os termos do acórdão recorrido; e

9.3. dar ciência ao recorrente, à Fundação Nacional de Saúde e à Prefeitura Municipal de Maturéia/PB acerca do teor desta deliberação, remetendo-lhes cópia do presente acórdão.'

HISTÓRICO

3. Buscam os embargos sanar omissões e contradições apontadas pelo recorrente, bem como avaliar o reflexo dos documentos contidos nas peças 94-98 dos autos, em relação ao julgamento de mérito do recurso.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58677172.

*4. Os embargos interpostos em **30/11/2017** (peça 118) são tempestivos, uma vez que interpostos dentro do prazo decêndio previsto no art. 34, § 6º, da Lei 8.443/1992, observando-se que a notificação se deu pelo Ofício 2.106/2017-TCU/SECEX-PB, de 3/11/2017, recebido em **20/11/2017** (peça 117).*

5. Passemos a análise dos pressupostos recursais de omissão e contração no julgado:

Primeiro Tópico:

6. Da omissão no que concerne a regularidade dos documentos apresentados pela empresa América durante o procedimento licitatório

7. Alegação: A empresa contratada pela Prefeitura (América Construções) estaria com a documentação regular, não tendo o responsável ciência de que a empresa seria de fachada. Ademais, registrar-se-ia a participação de outras empresas no procedimento, respeitando-se o princípio da publicidade e demonstrando que o Prefeito não teria conhecimento da ocorrência de irregularidades.

Análise

8. A regularidade dos documentos apresentados pela empresa vencedora não é o elemento preponderante para o julgamento de irregularidade das contas, uma vez que foram identificadas irregularidades no próprio procedimento licitatório, pois os prazos exíguos de aprovação da minuta, afixação e retirada dos editais apontariam para ocorrência de licitação simulada, sendo irrelevante, no caso de uma licitação fraudulenta, a eventual regularidade documental dos participantes:

'Diversamente do que alega o recorrente, foram identificados indícios de irregularidades no procedimento licitatório, conforme descrito no Voto condutor (itens 20-24), destacando-se a ausência de demonstração do envio das correspondências às empresas participantes do convite, bem como a celeridade na retirada dos editais no mesmo dia da publicação por 5 empresas, sendo 3 delas comprovadamente participantes do esquema de licitações ilícitas:

23.4. em 28/12/2005, a minuta do edital foi encaminhada para a Assessoria Jurídica e por ela aprovada, e o instrumento convocatório foi afixado no hall das entradas das repartições públicas do Município e retirado pelas cinco empresas supostamente convidadas para participar do certame, tudo isso em um único dia, prazo bastante exíguo para a prática de todos esses atos, mormente se considerarmos que entre a aprovação do edital e a sua retirada pelas potenciais participantes ainda precisaria ter havido o envio dos convites para que elas tomassem conhecimento do certame (peça 9 do TC 031.245/2011-0, p. 39-57).'

(peça 38; Voto do TC-001.805/2015-0)

9. Não há elemento de omissão, especialmente pelo fato de que o repasse dos recursos pelo órgão concedente não precede de qualquer análise meticulosa do procedimento licitatório adotado pelo Prefeito, conforme alegado pelo embargante. Ademais, não existe nos autos qualquer declaração da Funasa de que os procedimentos de licitação e a escolha da empresa vencedora seriam legítimos.

10. De outra sorte, ainda que o procedimento licitatório fosse legítimo, o fato que pende para o julgamento de irregularidade é a quebra do nexo de causalidade consubstanciado na adoção de medidas débeis para o acompanhamento da execução das obras de construção de módulos sanitários:

*'De mais a mais, o fato relevante para a condenação do responsável ao ressarcimento do débito é a **quebra do nexo de causalidade entre a obra realizada e os recursos geridos**, fato para o qual o responsável não apresentou qualquer documento relativo ao acompanhamento da execução da obra, cingindo-se à*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58677172.

afirmação de que a empresa teria se apresentado por meio de seus representantes, maquinário e funcionários próprios, afirmação desprovida de qualquer comprovação documental.'

11. Ademais, a fim de dirimir controvérsias acerca da alegada omissão e obscuridade, transcreve-se excerto do voto proferido pelo Exmo. Ministro Bruno Dantas, condutor do Acórdão 294/2016-TCU-Plenário, verbis:

'Como é cediço, nos termos do precitado dispositivo legal, cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

Assim, obscura é a deliberação cujas razões ou provimentos não permitem a exata compreensão da vontade do julgador. Contraditório é o decisum que contém incompatibilidade entre proposições constantes do julgado. A omissão, por sua vez, se caracteriza pela ausência de manifestação sobre ponto essencial.

Acerca de tal expediente, a jurisprudência do TCU preconiza que: (i) não se prestam para a rediscussão do mérito nem para reavaliação dos fundamentos que conduziram à prolação do Acórdão recorrido; (ii) a contradição deve estar contida dentro dos termos do inteiro teor da deliberação atacada; (iii) não há omissão quando a matéria é analisada na instrução da unidade técnica que consta do relatório e que integra as razões de decidir da deliberação; (iv) o julgador não está obrigado a apreciar todos e cada um dos argumentos desfiados pela parte, sendo suficiente que se atenha àqueles bastantes à formação de sua convicção acerca da matéria; e (v) eventual erro de julgamento deve ser corrigido por outra via recursal própria. Nessa linha, o Acórdão 3.339/2013-TCU-Primeira Câmara.'

12. Assim sendo, resta cristalino que não houve omissão, pois o decisum enfrentou a regularidade dos documentos apresentados pela empresa América durante o procedimento licitatório.

Segundo Tópico:

13. Da alegada contradição pelo fato da obra ter sido considerada concluída e do reconhecimento do débito

14. Alegação: Entende o embargante que o fato de ser um município de pequeno porte invalidaria o raciocínio de que a construção das obras teria ocorrido com recursos próprios, devendo se concluir que o atestamento da conclusão da obra por parte da Funasa seria incompatível com alegados desvios de recursos, pois, em existindo a obra, comprovar-se-ia a aplicação dos recursos. Entende que a apresentação da ART demonstraria que a obra teria sido executada pela empresa, de forma que o reconhecimento do débito em desfavor do ex-prefeito seria uma contradição contida na decisão. Afirma a inexistência de provas de apropriação do recurso ou dolo do agente, devendo se reconhecer que o débito apurado importaria enriquecimento sem causa.

Análise

15. Conforme já mencionado, os embargos não se prestam para rediscutir a matéria de fundo tratada nessa irregularidade, o que foi viável em sede de recurso de reconsideração. Os embargos têm como objetivo, em regra, corrigir obscuridade, omissão ou contradição na deliberação recorrida, nos exatos termos do art. 34 da Lei 8.443/1992. Cita-se também, por exemplo, excerto do voto condutor do Acórdão 2.313/2010-TCU-1ª Câmara proferido pelo Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, verbis:

'[...], pode-se concluir que a contradição deve estar contida nos termos do decisum atacado, este compreendido no âmbito desta Corte como o conjunto: Relatório, Voto e Acórdão. Não cabe alegação de contradição entre o acórdão embargado e "doutrina", "jurisprudência" ou mesmo "comando legal". Essa alegação é pertinente em recurso de reconsideração ou pedido de reexame, no qual o comando atacado é contrastado com a jurisprudência, a doutrina e o ordenamento jurídico. Entretanto, é descabida em Embargos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58677172.

de Declaração, cuja única finalidade é esclarecer ou integrar a decisão embargada, excepcionalmente modificando-a.' (grifos acrescidos)

16. De qualquer forma, esclarece-se que a jurisprudência sedimentada da Corte entende que a conclusão da obra, por si só, não serve para comprovar o nexo de causalidade entre o objeto da obra e os recursos recebidos para esse fim, tendo sido apontado na análise:

'23. A conclusão da obra, por si só, não corresponde a comprovação do nexo de causalidade entre o objeto do convênio e os recursos recebidos para esse fim, sendo elemento autônomo e suficiente para o julgamento de irregularidade das contas com a imputação do débito correspondente. Estando comprovado a contratação de empresa de fachada, cabe a incidência do entendimento contido no Acórdão 2044/2016-1ª Câmara:

'A contratação de empresa de fachada por entidade convenente rompe o nexo de causalidade entre os recursos federais repassados e o objeto executado, pela impossibilidade fática de a obra ter sido executada por empresa que não existia de fato.'

24. Assim, ao gestor impõe-se o ônus de demonstrar o nexo de causalidade, que poderia ser evidenciado com os documentos de acompanhamento de execução da obra, eventualmente eximindo o ex-Prefeito pela demonstração de que a empresa fantasma empregou ardil suficientemente elaborado com vistas a elidir a fiscalização realizada pela Prefeitura.' (peça 90, p. 6)

17. Assim, a irregularidade vicejante consiste na ausência de acompanhamento da obra, omissão que possibilitou a ocorrência de irregularidades, pois a ausência de documentos relativos ao processo de execução da obra (designação de fiscal de obra, boletins de medição feitos pela prefeitura que correspondam ao pagamento realizado ou guias de retenção de tributos federais, estaduais ou municipais) permitiu concluir que o Prefeito, deixando de cumprir o dever de fiscalização e apenas entregando os recursos públicos à empresa, assumiu o risco da contratação de empresas de fachada (ainda que precedida de procedimento licitatório com apresentação de documentos regulares):

'18. Acaso houvesse o cumprimento do dever de fiscalização, seria possível identificar a irregularidade da empresa no momento de exigir a comprovação do pagamento dos tributos trabalhistas e previdenciários e, assim, adotar medidas necessárias a rescisão motivada do contrato, afastando a imputação de responsabilidade ao recorrente.

16. Acrescem-se às irregularidades em comento a completa falta de seriedade nos boletins de medição que antecederam os pagamentos (peça 9, p. 9 e 14 do TC-031.245/2011-0), sem indicarem o período de medição, apócrifo no primeiro caso e assinado por Marília Pereira de Oliveira, pessoa designada pela empresa contratada, ratificando a noção de que ***os processos de medição não eram acompanhados pela Prefeitura****, sendo que o pagamento da despesa, desta forma, era procedido pela mera autodeclararão da própria empresa, sem procedimento anterior de verificação in loco.*

17. Em se tratando de empreitada global, é certo que o pagamento das despesas deveria ter sido acompanhado pari passu para cada item executado da planilha de custos (peça 10, p. 20-24), quais sejam, serviços preliminares, fundações, radier, aterramento, pavimentação, alvenarias de vedação, revestimento, cobertura, esquadrias, instalações hidráulicas e sanitárias, louças e assessórios, pia de cozinha, tanque de lavar, caixas conjugadas de gordura e inspeção, pintura, tanque séptico e sumidouro, sendo inadmissível o pagamento da despesa por mera estimativa fornecida pela própria empresa desprovida de previa inspeção e fiscalização.' (peça 90, p. 6)

18. Acaso houvesse o cumprimento do dever de fiscalização, seria possível identificar a irregularidade da empresa no momento da exigência de comprovação do pagamento dos tributos trabalhistas e previdenciários e, assim, adotar eventuais medidas necessárias a rescisão motivada do contrato, afastando a imputação de responsabilidade ao recorrente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58677172.

19. No que concerne à apresentação da ART, a análise também afirmou:

'20. A anotação de responsabilidade técnica nada mais é que a apresentação do contrato no Conselho de Engenharia competente, com vistas a identificação do responsável técnico do empreendimento (art. 1º e 2º da Lei 6.496/77), não demonstrando efetivamente que a obra em comento tenha sido realizada pela empresa indicada naquele documento, pois as informações são transladadas do próprio contrato firmado com Administração, para o qual se identificou irregularidade grave (inexistência da empresa).' (peça 90, p. 6)

20. Assim, a ART fez apenas prova da existência contrato firmado, não da execução da obra por parte da empresa, de modo que, em se tratando da contratação de empresa de fachada, a anotação de registro técnico, por si só, não serviu de prova de execução da obra pela empresa, estando viciada pela contratação irregular.

21. Note-se que a omissão no dever fiscalizatório tem repercussão no próprio relatório final da Funasa, que afirmou apenas a existência dos módulos sanitários, sem avaliar a qualidade dos serviços e materiais empregados:

'5. Os materiais, equipamentos e serviços prestados foram de boa qualidade? ***Aparentemente, visto que a fiscalização das obras quanto à qualidade dos serviços e materiais é de responsabilidade do engenheiro fiscal do município****.' (peça 97, p. 28).*

22. Ou seja, há um pressuposto equivocado no Relatório in loco da Funasa de que a Prefeitura teria realizado fiscalizações da qualidade dos materiais e serviços empregados na obra e, deste modo, o relatório da Funasa atestou apenas a existência dos módulos, sem a devida análise do serviço entregue (e da conformidade com os projetos contratados), reforçando a noção de que a ausência de fiscalização imputável ao ex-prefeito importou a quebra do nexo de causalidade.

23. Os documentos contidos nas peças 94-98, para os quais o Exmo. Relator requer análise especial (peça 121), compõem-se de extratos de documentos contidos no processo de representação (TC-031.245/2011-0), já ponderados diretamente ou reflexamente tanto na decisão que determinou a instauração de processo de tomada de contas especial (Acórdão 7.837/2014-TCU-1ª Câmara) quanto na decisão recorrida, não apresentando elementos que infirmem as conclusões contidas na decisão recorrida.

24. Por exemplo. Embora a determinação do MPF para que a Prefeitura não contratasse a empresa América houvesse sido expedida em 2009 (em período posterior ao procedimento licitatório), a imputação de responsabilidade decorreu da ausência de fiscalização da execução da obra imputável ao ex-Prefeito, ou seja, somente seria possível mitigar a responsabilidade do ex-prefeito se houvesse demonstração de que a irregularidade na contratação de empresa fantasma seria indetectável no momento da fiscalização da construção dos módulos sanitários. No mesmo sentido, a exibição de relação de pessoas contratadas pela Prefeitura também não guarda relação com a omissão no dever de fiscalização do emprego dos recursos federais.

25. Ademais, os documentos colacionados nas peças 94-98 laboram em desfavor do embargante: note-se, por exemplo, a prova de que 6 pessoas teriam sido contratadas para realizar a obra (peça 95, p. 26-31: Ernane Ferreira, Edivan Ferreira Silva, Epaminondas Marçal de Oliveira, Francisco Nascimento Pereira, Geraldo de Moraes Mendes e Marcelo Pereira da Silva), no período de ***5 meses****, enquanto a obra teria, segundo os boletins de medição, durado um período aproximado de* ***3 meses*** *(Ordem de serviço em 6/1/2006: peça 10, p. 43 do TC-031.245/2011-0 e Pagamento da segunda medição em 7/4/2006: peça 9, p. 12 do TC-031.245/2011-0).*

26. Não existe, ademais, a comprovação da forma de contratação das pessoas indicadas (contrato de trabalho ou terceirização ilícita), nem as quantias pagas às pessoas relacionadas,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58677172.

reforçando a completa falta de fiscalização das obras por parte do gestor público, inviabilizando a comprovação de aplicação correta dos recursos públicos pela ausência de nexo de causalidade.

27. Foi destacado no parecer que antecedeu ao julgamento (acolhido como razões de julgamento) que o Município possuía dotação orçamentária própria de R$ 50.000,00 (peça 57, p. 33/34), além dos recursos recebidos da União (R$ 119.041,00), de acordo com o orçamento daquele ente federado, razão pela qual a execução da obra se deu com o consórcio de recursos próprios e repassados, sendo absolutamente necessário, portanto, a prova de que a obra final foi executada com os recursos da União (ônus do gestor público):

'Ainda com relação à ruptura do nexo de causalidade, os documentos acostados pelo recorrente laboram em sentido desfavorável à sua pretensão exoneratória: verifica-se que, no exercício de 2006 (mesmo exercício da suposta execução da despesa com os recursos federais), o Município desenvolveu ações de construção de privadas populares com recursos próprios (item 10.304.1046.1031, peça 57, p. 33/34), no âmbito da Secretaria de Saúde, reforçando a hipótese de que a despesa foi realizada com recursos municipais, com desvio dos recursos federais repassados.'

28. Destaque-se que a condenação não decorre de comprovação de desvios ou locupletamento, mas pela ausência de provas, por parte do ex-prefeito, de que tenha exercido de forma correta o dever de fiscalizar a obra pública, devendo se recordar que o ônus da comprovação da aplicação é do gestor, inexistindo a necessidade de comprovação de desvios ou locupletamento por parte da Corte de Contas no julgamento que aponta a ocorrência de dano ao erário fundamentada no art. 16, III, 'c' da Lei 8.443/92.

29. Desta forma, verificada a ausência dos pressupostos de recorribilidade, quais sejam, a omissão e a contradição na decisão recorrida, considerando que o apelo se mostra apenas como irresignação ao mérito da decisão, não trazendo qualquer elemento adicional que não tenha sido apreciado no julgamento do recurso de reconsideração, é de se rejeitar os embargos interpostos, conforme ementa do Acórdão 10.919/2016-2ª Câmara, de Relatoria do Min. Marcos Bemquerer:

'A apreciação de embargos declaratórios no TCU observa os seguintes critérios: i) não se prestam para rediscussão do mérito nem para reavaliação dos fundamentos que conduziram à prolação do acórdão recorrido; ii) a contradição deve estar contida dentro dos termos do inteiro teor da deliberação atacada; iii) não há omissão quando a matéria é analisada na instrução da unidade técnica que consta do relatório e integra as razões de decidir da deliberação; iv) o julgador não está obrigado a apreciar todos e cada um dos argumentos desfiados pela parte, sendo suficiente que se atenha àqueles bastantes à formação de sua convicção acerca da matéria; v) eventual erro de julgamento deve ser corrigido por outra via recursal própria.' (Acórdão 10.919/2016-TCU-2ª Câmara).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Deste modo, submete-se à consideração superior a presente análise dos embargos de declaração em recurso de reconsideração contra o Acórdão 2.065/2017-TCU-Plenário, propondo, nos termos do art. 32 e 33 da Lei 8.443/1992, rejeitá-los."

2. O corpo diretivo da Serur aquiesceu à proposta acima (peças 123 e 124).

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58677172.