

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 031.632/2010-6

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

Unidades: município de Icó/CE e Departamento Nacional de Obras contra as Secas - Dnocs.

Recorrentes: Construtora Ferreira Santos Ltda. (CNPJ 07.011.737/0001-59) e Francisco Leite Guimarães Nunes (CPF 326.225.463-00).

Representação legal: Daniel Araújo Lima (OAB/CE 15.108) e outros representando a Construtora Ferreira Santos Ltda.; Daniel Teófilo de Souza (OAB/CE 16.252) representando Francisco Leite Guimarães Nunes (peças 21 e 158); e outros.

**SUMÁRIO: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL JULGADA IRREGULAR, COM DÉBITO E MULTA. INSUFICIÊNCIA DAS ALEGAÇÕES RECURSAIS PARA ELIDIR O DANO E AS RESPONSABILIDADES DEFINIDAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUANTO À MULTA APLICADA A BENEFICIÁRIOS DE PAGAMENTOS NÃO JUSTIFICADOS. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO DO EX-PREFEITO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DA EMPRESA PARA RETIRAR A MULTA APLICADA. EXCLUSÃO, DE OFÍCIO, DE MULTAS IMPUTADAS A OUTROS RESPONSÁVEIS.**

## RELATÓRIO

Após a análise destes recursos de reconsideração, o auditor da Secretaria de Recursos - Serur assim se manifestou (peça 179):

### “INTRODUÇÃO

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Francisco Leite Guimarães Nunes (peça 160) e Construtora Ferreira Santos Ltda. (peças 156/7) contra o Acórdão 6873/2016-TCU-2ª Câmara (da Relatoria do Ministro Substituto André Luís de Carvalho, peça 139), prolatado na Sessão Ordinária realizada em 7/6/2016, e que apresenta o seguinte teor:

‘9.1. considerar revéis a empresa Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. e os Srs. Lourival Augusto da Silva, Henrique Jorge Leite Guimarães Nunes e José Erivan de Carvalho, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

9.2. excluir a responsabilidade da Construtora F. Santos Ltda. (CNPJ 02.701.082/0001-27) no presente processo;

9.3. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Francisco Leite Guimarães Nunes e pela Construtora Ferreira Santos Ltda. (CNPJ 07.011.737/0001-59);

9.4. julgar irregulares as contas do Sr. Francisco Leite Guimarães Nunes, com fundamento nos arts. 1º, I, 16, III, alíneas ‘c’ e ‘d’, e 19, caput, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-lo, em solidariedade com a Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. e a Construtora Ferreira Santos Ltda. (CNPJ 07.011.737/0001-59) e com os Srs. Lourival Augusto da Silva, Henrique Jorge Leite Guimarães Nunes e José Erivan de Carvalho, nos termos abaixo descritos, ao pagamento dos débitos ali discriminados, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora calculados desde as datas indicadas até a data da efetiva quitação, 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 do TCU), o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Departamento Nacional de Obras contra as Secas (Dnocs), na forma da legislação em vigor:

9.4.1. responsáveis solidários: Francisco Leite Guimarães Nunes e Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda.:

Valor histórico (R\$)	Data da ocorrência
22.406,44	7/7/2004
22.000,00	9/7/2004
12.633,56	28/12/2004

9.4.2. responsáveis solidários: Francisco Leite Guimarães Nunes, Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. e Construtora Ferreira Santos Ltda. (CNPJ 07.011.737/0001-59):

Valor histórico (R\$)	Data de ocorrência
30.000,00	6/9/2004
5.000,00	27/9/2004

9.4.3. responsáveis solidários: Francisco Leite Guimarães Nunes, Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. e Lourival Augusto da Silva:

Valor histórico (R\$)	Data de ocorrência
10.000,00	13/9/2004

9.4.4. responsáveis solidários: Francisco Leite Guimarães Nunes, Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. e Henrique Jorge Leite Guimarães Nunes:

Valor histórico (R\$)	Data de ocorrência
6.960,00	28/10/2004

9.4.5. responsáveis solidários: Francisco Leite Guimarães Nunes, Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. e José Erivan de Carvalho:

Valor histórico (R\$)	Data de ocorrência
1.000,00	11/11/2004

9.5. aplicar, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao Sr. Francisco Leite Guimarães Nunes e às empresas Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. e Construtora Ferreira Santos Ltda. (CNPJ 07.011.737/0001-59), no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ao Sr. Lourival Augusto da Silva, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao Sr. Henrique Jorge Leite Guimarães Nunes e no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) ao Sr. José Erivan de Carvalho, 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 RITCU), o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.6. autorizar, desde já, com amparo no art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas, caso requerido, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU);

9.7. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendidas as notificações; e

9.8. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações penais e civis cabíveis.'

## HISTÓRICO

2. O presente processo cuidou originalmente de tomada de contas especial instaurada em desfavor de Francisco Leite Guimarães Nunes, ex-prefeito municipal de Icó/CE no período 1997-2004, em decorrência da impugnação das despesas do Convênio PGE 97/2003 (peça 1, p. 16-27), firmado com o Departamento Nacional de Obras contra as Secas - Dnocs.

3. O objeto do ajuste consistiu na execução de obras de construção dos açudes públicos Morada Nova e KL no município de Icó/CE. A vigência do convênio foi de 29/12/2003 a 31/12/2004, depois prorrogado até 4/7/2005. O valor total foi de R\$ 115.000,00, sendo R\$ 110.000,00 de responsabilidade da concedente (peça 1, p. 16-27 e 38-92).

4. A Auditoria Interna do Dnocs, no Relatório de Acompanhamento, de 1/4/2008, detectou falhas na documentação, além da execução apenas parcial das obras (peça 1, p. 78-86), e as seguintes impropriedades verificadas *in loco*: (a) ausência de portaria ou ordem de serviço designando técnicos gabaritados para a fiscalização e o acompanhamento da obra; (b) no Açude Morada Nova (ampliação): não foram executados os serviços de proteção do sangradouro, o comprimento do coroamento é de 145m, quando foi projetado 160m, a largura do coroamento é de 3,5m, quando foi projetado 4m; a largura do sangradouro é de 11m, quando foi projetado 15m; (c) no Açude KL: não foram executados os serviços de proteção do sangradouro, o comprimento do coroamento é de 178m, quando o projetado foi de 190m e foi detectada uma funda d'água na bacia hidráulica, funda essa com o nível mais baixo do que o sangradouro.

5. No âmbito da Secex/CE houve a citação do Sr. Francisco, da empresa Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. (peças 10 e 12), contratada para a execução das obras objeto do Convênio PGE 97/2003, além de terceiros beneficiários de pagamentos considerados não justificados, incluindo a Construtora Ferreira Santos Ltda., ora recorrente.

6. Por meio do Acórdão 6873/2016-TCU, a Segunda Câmara julgou irregulares as contas do Sr. Francisco Leite Guimarães Nunes, condenando-o em solidariedade com os responsáveis citados, aplicando-lhes a multa prevista no artigo 57 da Lei Orgânica/TCU (peças 135-137).

#### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

7. Em exames preliminares de admissibilidade, esta secretaria propôs conhecer os recursos de Francisco Leite Guimarães Nunes (peça 170) e da Construtora Ferreira Santos Ltda. (peça 171), suspendendo-se os efeitos dos itens 9.4, 9.5 e 9.7 do Acórdão 6873/2016-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara em relação ao primeiro, e 9.4.2, 9.5 e 9.7 para o segundo. Essas propostas foram ratificadas por Despacho da Ministra Ana Arraes (peça 173).

#### **EXAME DE MÉRITO**

##### **8. Delimitação**

8.1. O presente exame tem por objetivo examinar se:

em relação à Francisco Leite Guimarães Neto

- a) é parte legítima para figurar no polo passivo do processo;
- b) houve dano ao erário na execução do Convênio;
- c) estão presentes os requisitos para aplicação de multa; e
- d) as contas são iliquidáveis.

em relação à Construtora Ferreira Santos Ltda.

- a) incidiu a prescrição para a imputação de débito e multa; e
- b) houve ato ilícito a ensejar o débito.

##### **9. Recurso de Francisco Leite Guimarães Neto (peça 160)**

###### **9.1. Ilegitimidade passiva**

9.1.1. O recorrente afirma que não foi gestor ou ordenador de despesas dos recursos em comento, não havendo qualquer prova nesse sentido, e alude à definição de ordenador de despesa contida no artigo 80, §1.º do Decreto-Lei 200/1967. Acrescenta que não praticou qualquer ato ilícito e somente o ordenador de despesas pode ser responsabilizado pela aplicação dos recursos. Defende que tão somente assinou o Convênio PGE 97/2003, e qualquer responsabilidade decorrente deve recair sobre o município convenente.

9.1.2. Afirma também que sua ilegitimidade para figurar no polo passivo deste processo decorre de a gestão municipal ter sido desconcentrada, pois transferiu plenos poderes de gestão aos secretários de todas as pastas, de modo que estes seriam os efetivos gestores e ordenadores de despesa. Fundamenta dizendo que o único ato que praticou foi a formalização do termo do convênio com o Dnocs, o que decorre naturalmente de sua posição de chefe do Poder Executivo, mas que nenhuma irregularidade imputada recaiu sobre esse ato. Transcreve excertos doutrinários segundo os quais a delegação de competências que caracteriza a desconcentração administrativa isenta o delegante de responsabilidade pelos atos do delegado.

9.1.3. Destaca que o exercício da chefia do Executivo é um estado de fato e não uma conduta, visando caracterizar que não há conduta sua que se ponha em nexo de causalidade com algum ilícito. Entende que

está respaldado nos votos do STF no Inquérito 2.664, no Acórdão 2178/2007-TCU-Plenário, no Acórdão 2291/2007-TCU-2ª Câmara, no Acórdão 653/2009-TCU-2ª Câmara e no Acórdão 1995/2011-TCU-Plenário.

#### **Análise**

9.1.4. O recorrente, enquanto prefeito municipal, foi o administrador dos recursos públicos federais repassados à municipalidade e, nessa condição, o responsável pela prestação de contas ao órgão repassador, em nome do município, conforme se depreende do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, *in verbis*:

‘Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.’

9.1.5. Haveria a responsabilidade direta do município se constatado algum benefício da municipalidade pela aplicação irregular dos recursos, a exemplo de algum desvio de finalidade em sua utilização (Acórdão 7102/214-TCU-2ª Câmara).

9.1.6. O valor previsto para liberação pelo concedente no Convênio 97/2003 era de R\$ 110.000,00, e foi totalmente utilizado na gestão de Francisco Leite Guimarães Nunes como prefeito de Icó/CE. E não se pode afirmar que não tenha atuado como gestor. Por exemplo, assinou o termo de aceitação definitiva da obra e o relatório de cumprimento do objeto (peça 54, p. 9 e 12), sendo que neste último consta ter havido total conformidade com as especificações técnicas constantes do plano de trabalho.

9.1.7. Ainda, elemento fundamental para o julgamento das contas pela irregularidade foi a conclusão pela ausência segura denexo entre recursos repassados pelo DNOCS ao município de Icó/CE e as despesas alegadas, como visto alhures. Assim, nota-se que a assinatura aposta nos cheques emitidos à conta do convênio e acostados aos autos pelo Banco do Brasil (peça 23, p. 2, 6, 10, 12, 16, 20, 24, 28, 32 e 36) é a mesma do recorrente, por exemplo, no termo de convênio e no plano de trabalho (peça 1, p. 27 e 36).

9.1.8. Quanto a haver assinado o termo de convênio, não procede a alegação de que se trata de mera formalidade exigível de quem ocupa a chefia do Poder Executivo. O signatário de um convênio se obriga à sua execução, atraindo para si a responsabilidade por ela. Trata-se de ato com efeitos que se prolongam no tempo, não sendo possível concordar que a responsabilidade esteja concentrada tão somente no ato de haver assinado a avença.

9.1.9. Caberia ao ex-prefeito apresentar elementos a demonstrar que circunstâncias muito específicas implicaram que decisões sobre a execução e o pagamento das obras foram tomadas por secretários municipais e/ou outros subordinados, relativizando sua própria responsabilidade. No entanto, não se verifica nos autos qualquer documento delegando funções, ou, então, outros elementos de prova nesse sentido. E mesmo que houvessem, isso em princípio e por si só não seria bastante para descaracterizar a responsabilidade do recorrente, uma vez que a delegação de competências não necessariamente implica a delegação de responsabilidade (v.g.: Acórdãos 2225/2010, 3043/2010, 3104/2010 e 2339/2011, do Plenário do TCU, e Acórdão 2701/2012-TCU-da 2ª Câmara).

‘9.1.10. Por fim, as decisões desta Corte de Contas aventadas no recurso não socorrem o recorrente. Por exemplo, a Decisão 667/1995-TCU-Plenário examinou caso em que se discutia apenas a omissão do dever de prestar contas, e não a regularidade da gestão dos recursos, tal qual se depreende de seu seguinte excerto: ‘O que se está pretendendo julgar nestes processos não são irregularidades na aplicação dos recursos, mas sim a infringência do dever de prestar contas’.’

#### **9.2. Dano ao erário**

9.2.1. O recorrente alega que as obras objeto do Convênio PGE 97/2003 foram integralmente executadas, e servem à população, restando pequenas impropriedades decorrentes das condições do terreno e do relevo no local das obras. Alude ao Relatório Técnico, de 22/11/2013, emitido pelo Dnocs (peça 41, p. 38-43).

#### **Análise**

9.2.2. Os açudes foram construídos e entraram em funcionamento, ainda que falhas de construção tenham sido verificadas. Essa circunstância autorizaria a aprovação das contas ao menos parcialmente. Ocorre que o principal fator ensejador da irregularidade das contas do recorrente foi a conclusão pela ausência de satisfatória comprovação do nexo entre os recursos recebidos do Dnocs e as despesas realizadas. Nesse sentido os seguintes excertos da proposta de deliberação que embasou o aresto agora combatido:

10. Ocorre que, a despeito de restar destacada nos autos a existência dos açudes com o seu parcial aproveitamento pela comunidade local, não foi comprovado o nexo de causalidade entre a execução das obras e os recursos federais recebidos.

11. Como visto no Relatório, os recursos federais foram integralmente repassados e sacados no exercício de 2004, dentro da gestão do responsável, com diversos pagamentos efetivados a pessoas estranhas à execução do convênio, não tendo essa falha sequer sido esclarecida pelo responsável.

[...]

17. Por conseguinte, em face da ausência de elementos capazes de demonstrar nos autos a boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos, sobretudo diante da falta de comprovação do nexo de causalidade entre os recursos repassados e as despesas realizadas, entendo que o TCU deve julgar irregulares as contas do Sr. Francisco Leite Guimarães Nunes, ex-prefeito, para condená-lo em débito (...)<sup>7</sup>

9.2.3. De fato, o Relatório de Ação de Controle 190.007400/2005-79, da Controladoria Geral da União (peça 45, p. 334-335), inserto na representação autuada como o TC-002.206/2007-1, demonstrou que, em relação ao Convênio PGE 97/2003, foram realizados pagamentos a pessoas não vinculadas com a Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda., empresa contratada para executar as obras do ajuste, a exemplo do irmão do então prefeito Francisco Leite Guimarães Nunes e do proprietário de um posto de combustíveis em Icó/CE.

9.2.4. 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 respectivos enunciados (cf. ‘Jurisprudência Seleccionada’; portal TCU):

**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 casualidade 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.

9.2.5. Em conclusão, 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.

**9.3. Inaplicabilidade da multa**

9.3.1. O recorrente alega que não é cabível a aplicação de multa como efetuado pelo acórdão ora recorrido. Fundamenta dizendo que a hipótese de incidência para a aplicação de multa possui três elementos: ilegalidade de despesa pública ou irregularidade de contas; previsão da multa em lei e proporcionalidade da multa ao dano causado o erário.

9.3.2. Entende que a proporcionalidade da multa ao dano ao erário deve estar estampada no acórdão recorrido, o que pressupõe que primeiro se apure e demonstre o dano, o que reputa não ter ocorrido, inclusive porque não se apontou contribuição sua para qualquer prejuízo.

**Análise**

9.3.3. O acórdão recorrido imputou débito ao ex-prefeito por falta de esclarecimentos para os pagamentos considerados irregularidades, especialmente em vista da ausência da efetiva comprovação do nexo de causalidade entre recursos geridos e despesas.

9.3.4. Nesse passo, a multa aplicada, com base no artigo 57 da Lei 8.443/1992, possui a seguinte previsão legal: ‘Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário’ (destaque inserido).

9.3.5. Verifica-se, portanto, que o único parâmetro estabelecido é o limite de 100% do valor atualizado do dano causado o erário. A multa aplicada no valor de R\$ 50.000,00 foi de aproximadamente 45% do valor histórico do débito (ou seja, sem considerar a atualização do débito), que corresponde a cerca de R\$ 110.000,00, conforme o somatório direto dos valores constantes dos subitens do item 9.4 do aresto recorrido, vez que há datas distintas para as respectivas ocorrências, mas, são bastante próximas.

9.3.6. O sentido do termo ‘proporcionalidade’ pretendido pelo recorrente se afigura estar relacionado à própria existência do débito, ou seja, não seria proporcional uma multa que se refere a um débito que,

segundo alegou, sequer deveria existir. A par essa circunstância, note-se que a proporcionalidade da multa em relação ao débito é decorrente da gravidade do ilícito apurado, e depende de um juízo do relator acerca da sua gravidade, em vista da natureza da irregularidade e do cotejamento da conduta do agente frente ao que previa a legislação aplicável, o que deve ser confirmado pelos membros do colegiado julgador (Acórdão 6585/2009-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara).

9.3.7. Ainda, em relação à multa aplicada ao recorrente com fundamento no artigo 57 da Lei 8.443/1992, faz-se breves considerações sobre sua prescritibilidade, embora o recurso não contenha argumento específico a esse respeito.

9.3.8. O recente Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário apreciou incidente de uniformização de jurisprudência, fixando entendimento acerca dos prazos prescricionais aplicáveis a pretensão punitiva do Tribunal, estabelecendo:

**‘9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;**

**9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada,** nos termos do art. 189 do Código Civil;

**9.1.3. o ato que ordenar a citação,** a audiência ou oitiva da parte **interrompe a prescrição** de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

[...]

**9.1.7. o entendimento consubstanciado nos subitens anteriores será aplicado, de imediato, aos processos novos (autuados a partir desta data) bem como àqueles pendentes de decisão de mérito ou de apreciação de recurso por este Tribunal;’**

9.3.9. Assim, decidiu o Plenário do TCU pela aplicação do prazo prescricional geral de dez anos previsto no artigo 205 do Código Civil, incidindo a regra de seu artigo 2.028 para as irregularidades ocorridas antes da entrada em vigor do atual código.

9.3.10. No presente caso, foram os pagamentos considerados irregulares que ensejaram o débito apurado, a partir das respectivas datas em que houve os saques da conta corrente do convênio. Uma vez que essas datas variam de 7/7/2004 a 28/12/2004, considerar-se-á, desta feita, aquela primeira por ser mais benéfica ao recorrente.

9.3.11. Portanto, vez que a data indicada é posterior à entrada em vigor do atual Código Civil em 11/1/2003, não há que falar na aplicação da regra do artigo 2.028 da norma, devendo ser considerado o prazo geral de dez anos do artigo 205 do Código, a contar da data de ocorrência do fato tido por irregular, ou seja, 7/7/2004, como visto alhures.

9.3.12. Nesse passo, o ato que ordenou a citação do Sr. Francisco Leite Guimarães Nunes, qual seja, o despacho do Diretor da 1.<sup>a</sup> Diretoria Técnica da Secex/CE - medida esta que interromperia o prazo prescricional -, data de 18/1/2012 (peça 7), ou seja, menos de dez anos desde 3/11/2003, o que possibilita a aplicação de multa pelo TCU segundo o entendimento recentemente fixado sobre a matéria pelo já citado Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

9.3.13. Por sinal, a interrupção fez reiniciar a partir de então a contagem do prazo prescricional de dez anos para a sanção de multa, mas, posteriormente ainda houve nova citação com o despacho do relator de 27/6/2014 (peça 49). Portanto, a multa prevista no Acórdão 6873/2016-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara ora recorrido não estava prescrita, em relação ao ex-prefeito, quando proferido o aresto em 7/6/2016.

#### 9.4. **Contas Iliquidáveis**

9.4.1. O recorrente alega que nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei 8.443/1992, estas contas devem ser consideradas iliquidáveis, porque apesar de sua diligência para buscar os documentos necessários não conseguiu obtê-los.

9.4.2. Fundamenta dizendo que todos os documentos que poderiam lhe ser úteis estão nos arquivos da prefeitura, não possuindo mais acesso, e que exigi-los caracteriza ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais não pressupõem apenas a citação do responsável, mas abrange o direito de fazer uma boa defesa em seu favor, pois está há mais de onze anos afastado da prefeitura.

9.4.3. Entende, nesse ponto, estar amparado na Decisão 667/1995-TCU-Plenário e nos Acórdãos 1849/2005-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara, 285/2006-TCU-1.<sup>a</sup> Câmara, 716/2006-TCU-1.<sup>a</sup> Câmara, 7111/2006-TCU-1.<sup>a</sup> Câmara e 64/2007-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara.

#### **Análise**

9.4.4. A jurisprudência trazida pelo recorrente não lhe socorre. No caso da Decisão 667/1995-TCU-Plenário, foi reconhecida a incidência do artigo 20 da Lei 8443/1992, que prevê como condição para as contas serem consideradas iliquidáveis algum fato fortuito ou de força maior, alheio à vontade do administrador, tornando materialmente impossível o julgamento do mérito, como o foi um incêndio relatado naquele processo.

9.4.5. No presente caso, essas condições não estão presentes, pois não se vislumbra algum fato que impedisse as contas fossem regularizadas. O débito foi imputado ao ex-prefeito por não apresentar justificativas plausíveis para irregularidades indicadas pelo Dnocs após inspeção no município conveniente, o que impediu fosse constatada a regularidade da aplicação dos recursos repassados, o mesmo cenário se mantendo após sua citação pelo tribunal, quando se concluiu também pela ausência denexo entre recursos do convênio e despesas.

9.4.6. Quanto ao Acórdão 285/2006-TCU-1ª Câmara, houve o reconhecimento de lapso temporal entre o repasse dos recursos e a instauração da TCE muito mais longo do que se verifica nestes autos, pois foram contados 15 anos entre os dois termos. Ademais, a primeira notificação sobre o que o Dnocs conclui serem falhas na execução do convênio, por intermédio do Ofício 60/TCE/DNOCS, datou de 12/7/2007, ou seja, ainda durante a gestão de Francisco Leite (peça 1, p. 60).

9.4.7. Por sua vez, em relação ao Acórdão 1849/2005-TCU-2ª Câmara, verificou-se que os responsáveis chegaram a apresentar a prestação de contas tempestivamente e que apenas 15 anos depois foi realizada diligência capaz de suportar a condenação de que versavam aqueles autos, situação diversa do presente processo.

9.4.8. Outro ponto aventado no recurso é sobre as dificuldades na obtenção dos documentos. Tais dificuldades, se não resolvidas com a administração municipal, devem, por meio de ação apropriada ao caso ser levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. Não cabe ao TCU garantir ao responsável o acesso à referida documentação. É nesse sentido a jurisprudência desta Corte, como se observa nos acórdãos 21/2002-TCU-1ª Câmara, 115/2007-TCU-2ª Câmara e 1.322/2007-TCU-Plenário.

## 10. **Recurso da Construtora Ferreira Santos Ltda. (peças 156-157)**

### 10.1. **Prescrição**

10.1.1 Inicialmente a empresa recorrente anota que a Lei 8.443/1992 não contem prazos de extinção da pretensão punitiva decorrente da fiscalização exercida pelo TCU.

10.1.2. Alude ao Parecer do MP/TCU emitido no âmbito do TC-001.753/2002-3 que defendeu a inadequação de aplicar os prazos prescricionais previstos no Código Civil e, nesse caso, defende ser mais apropriado aplicar a legislação que envolve a Administração pública, em especial a Lei 9.783/1999, por prescindir da interpretação analógica, visto o prazo de cinco anos expressamente previsto em seu artigo primeiro.

### **Análise**

10.1.3. A jurisprudência majoritária do TCU considera o débito imprescritível, em interpretação do artigo 37, §5º da Constituição Federal, amparada na posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a exemplo dos Mandados de Segurança 26.210 e 27.309, vide o recente Acórdão 374/2017-TCU-Plenário.

10.1.4. Assim, o Acórdão 2709/2008-TCU-Plenário firmou o entendimento no âmbito do tribunal pela imprescritibilidade dos débitos imputados a responsáveis nos processos da Corte de Contas. E a Súmula-TCU 282 veio reforçar essa posição, dispondo: ‘As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis’.

10.1.5. Em relação à multa, aplica-se também aqui os ditames do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, conforme exposto acima. Nesse passo, o débito imputado à recorrente contém duas parcelas, quais sejam: R\$ 30.000,00 e R\$ 5.000,00, a contar, respectivamente, de 6/9/2004 e 27/9/2004. No caso presente, o ato que ordenou a citação da empresa foi o despacho do relator a quo, autuado em 10/9/2015 (peça 123), ou seja, mais de dez anos após as datas de origem dos valores que compõem o débito. Portanto, não caberia mais aplicar a sanção de multa à empresa, conforme o entendimento do supracitado Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

### 10.2. **Ato Ilícito**

10.2.1. A empresa alega que atua no ramo de aluguel de máquinas e equipamentos para construção e firmou contrato verbal com a Conter - Construções e Serviços Técnicos Ltda. em vista da necessidade de rapidez no negócio.

10.2.2. Observa que o Código Civil, em seu artigo 107, não requer forma especial para a declaração de vontade quando a lei não o exigir. Transcreve julgados dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo, além de julgados do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a validade de contratos verbais

envolvendo mesmo a Administração Pública (REsp 1231646/MA, AREsp 69634/SE e AgRg no AREsp 450.983/PE).

10.2.3. Afirma, então, que não há contrato a exhibir pois o negócio foi verbal e, tampouco, documentos fiscais e contábeis, pois transcorrido o prazo prescricional, conforme o artigo 195, § único do Código Tributário Nacional, na linha de decisões do Tribunal de Justiça do Paraná e do Superior Tribunal de Justiça as quais reproduz.

10.2.4. Prossegue que não mais possui os cheques recebidos, pois já ultrapassados dez anos desde 2004. Ainda, o aluguel de máquinas e equipamentos não seria fato gerador do Imposto sobre Serviços - ISS, conforme a Súmula 31 do STF, não havendo nota fiscal emitida.

10.2.5. Alega que aceitou os dois cheques endossados não lhe recaindo alguma responsabilidade por eventuais ilicitudes nos negócios que deram origem àqueles cheques, conforme pacífica jurisprudência dos tribunais, citando nesse sentido decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

10.2.6. Em anexo ao recurso junta a seguinte documentação: (a) balanço patrimonial; (b) notas fiscais de serviços prestados; (c) certidões de acervo técnico emitidas pelo CREA; (d) fotografias (peça 156, p. 29-34); (e) declarações de dois contadores (peça 156, p. 34-36) e (f) certidões da junta comercial.

#### **Análise**

10.2.7. O pagamento por serviço efetivamente prestado prescinde da formalização do negócio por contrato escrito. Entendimento diverso implicaria em enriquecimento ilícito de terceiro. A lógica se aplica mesmo para contratos envolvendo a Administração, a par a vedação do artigo 60 da Lei 8666/1993, conforme vem decidindo os tribunais:

‘EMENTA. ADMINISTRATIVO. ADITAMENTO CONTRATUAL. EXECUÇÃO DE OBRA COM VERBAS EXTRAORDINÁRIAS. CONTRATO VERBAL. NÃO-PAGAMENTO. COBRANÇA JUDICIAL. PRINCÍPIO DO NÃO-ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PAGAMENTO DEVIDO.’ (Resp 836495/RS; DJe de 6/12/2013)

10.2.8. No presente caso, o negócio em tela envolveu duas empresas privadas e não significa por si só óbice à reconsideração do débito imputado à recorrente.

10.2.9. A empresa também aduz à necessidade de guarda de documentos fiscais e contábeis somente enquanto não incidir o prazo prescricional, nos termos do artigo 195, parágrafo único do Código Tributário Nacional. Complementa o argumento com julgados sobre exibição de documentos por instituições bancárias e relembra que os cheques que suportam o débito no presente processo foram emitidos em 2004.

10.2.10. No entanto, a recorrente não esclarece qual o prazo prescricional entende ser aplicável para o alegado negócio com a Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda., e, ademais, suas obrigações fiscais e/ou tributárias não se confundiam com a guarda dos cheques endossados em seu favor por referida empresa.

10.2.11. Argumenta, ainda, que o serviço de aluguel de bens móveis não gera a obrigação de emitir nota fiscal por não incidir o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), conforme a Súmula 31, do STF.

10.2.12. Porém, em aparente contradição, antes afirmara que guardou ‘a documentação referente ao negócio jurídico firmado junto à Conter (notas fiscais, recibos, etc.) no período determinado por lei’, o qual, por sinal, não especifica, como visto. Ainda, a nota fiscal não guarda relação unicamente com o recolhimento de ISS. Assim dispõe o artigo 1.º da Lei 8.846, de 1994:

‘Art. 1º A emissão de nota fiscal, recibo ou documento equivalente, relativo à venda de mercadorias, prestação de serviços ou operações de alienação de bens móveis, deverá ser efetuada, para efeito da legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, no momento da efetivação da operação.

§ 1º O disposto neste artigo também alcança:

a) a locação de bens móveis e imóveis;

b) quaisquer outras transações realizadas com bens e serviços, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas.

§ 2º O Ministro da Fazenda estabelecerá, para efeito da legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, os documentos equivalentes à nota fiscal ou recibo podendo dispensá-los quando os considerar desnecessários.’

10.2.13. Nota-se, assim, que os únicos elementos de prova trazidos aos autos foram duas declarações de contadores que asseveram recordar-se do negócio firmado com a empresa Conter em 2004/2005 (peça 156, p. 34-36).

10.2.14. Ocorre que a jurisprudência do TCU é pacífica quanto à relatividade da força probatória de declarações (cf. ‘Jurisprudência Seleccionada’/portal TCU): ‘Declarações e fotografias não têm pleno valor probatório, sobretudo quando desacompanhadas de documentos capazes de estabelecer o nexo causal entre os recursos federais recebidos e as despesas incorridas na execução do objeto do convênio’ (Acórdão 9953/2016-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara).

## CONCLUSÃO

(...)

## PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Francisco Leite Guimarães Nunes e Construtora Ferreira Santos Ltda. contra o Acórdão 6873/2016-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso, I, e 33, da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do recurso de Francisco Leite Guimarães Nunes e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) conhecer do recurso da Construtora Ferreira Santos Ltda. e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para desconsiderar a multa aplicada (subitem 9.5 do acórdão recorrido); e
- c) dar ciência aos recorrentes e aos demais órgãos/entidades interessados.” (destaques da instrução)

2. O titular da Serur manifestou-se de acordo com essa proposta de encaminhamento, ao contrário do diretor técnico, que, embora tenha anuído à sugestão de não prover o recurso do ex-prefeito Francisco Leite Guimarães Nunes, defendeu ser o caso de prover integralmente o recurso da Construtora Ferreira Santos Ltda., como se segue:

“**DIVIRJO** da proposta do auditor federal de negar provimento ao recurso de reconsideração interposto pela Construtora Ferreira Santos Ltda. (peças 156/7) em face do Acórdão 6873/2016-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara (peça 139), da Relatoria do Ministro Substituto André Luís de Carvalho, pelas seguintes razões de fato e de direito.

2. O Convênio PGE 97/2003 (Siafi 504215, peça 1, p. 16-27), firmado entre o Departamento Nacional de Obras contra as Secas - Dnocs e o Município de Icó/CE, tinha por objeto a construção dos açudes públicos Morada Nova e KL na referida municipalidade.

3. O Município de Icó celebrou, em 5/3/2004, dois contratos de prestação de serviços com a empresa Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. (CNPJ 04.859.610/0001-04), que se sagrou vencedora dos Convites 001/19/02/2004 e 002/19/02/2004, com propostas nos valores de R\$ 51.084,03 e R\$ 65.645,43, para execução dos açudes Morada Nova e KL.

4. A municipalidade emitiu cheques (vide tabela peça 141, p. 8), no valor total de R\$ 120.593,56, para quitar às notas fiscais emitidas pela empresa Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda.

5. Desse montante, a Construtora Ferreira Santos Ltda. recebeu R\$ 35.000,00, por depósito dos cheques 850003 e 850005 em sua conta corrente (vide peça 141, p. 23, item 29 e peça 23, p. 6 e 24).

-II-

6. Os fundamentos da condenação da Construtora Ferreira Santos Ltda. estão contidos, basicamente, nos seguintes excerto do relatório e voto, *verbis*:

9. Do exame da defesa da empresa Construtora Ferreira Santos Ltda., observa-se que suas alegações de defesa (peça 134) não vieram acompanhadas de qualquer documentação probante (v.g.: contrato, medição, nota-fiscal, recibo ou qualquer outra evidência) que possa comprovar que houve de fato a locação de equipamentos, conforme argumenta a citada empresa.

10. Até mesmo que a representante legal duvida do que afirma, conforme trecho (p. 6):

‘Ante a inexistência de qualquer relação com a prefeitura e suas ordens de pagamento, o que de fato deve ter ocorrido, sendo assim uma hipótese a ser levantada, é que a critério de pagamento do aluguel de máquinas a contestante, a empresa Conter, solicitou que o cheque emitido pela prefeitura constasse o nome do sacador, na qual deviam horas de máquinas.

Ainda assim levantada a hipótese e esta ocorrer, a empresa está isenta de qualquer responsabilidade administrativa sobre a obra e suas irregularidades, tendo em vista que a empresa locadora de máquinas, apenas disponibilizou do seu maquinário a uma empresa privada, portanto desconhecida e desinteressada na contratação pública, mediante o pagamento do aluguel.

11. Assim, diante da fragilidade da argumentação (que ainda atribui a uma hipótese e na eventualidade de sua ocorrência) e da ausência de documentação probante, até mesmo a procuradora não tem segurança sobre os fatos que narra, acerca da locação de equipamentos (não há a relação dos equipamentos ou períodos em foram locados), não há como prosperar as alegações de defesa.

12. Registre-se que, a teor do Termo de Declarações (peça 86, pp. 5-7), a Construtora Ferreira Santos Ltda. participou da construção de outros açudes públicos no Município de Icó/CE, conforme salientado no Parecer do MPTCU (peça 122). Contudo, *não se vislumbra nos autos a contraprestação de serviços atinentes aos cheques 850003 (R\$ 30.000,00) e 850005 (R\$ 5.000,00), depositados em sua conta bancária.*

13. Diante desse frágil ambiente de governança, das evidências de diversos pagamentos indevidos a terceiros, das demais irregularidades na execução desse convênio, da fragilidade da argumentação da Construtora Ferreira Santos Ltda. (locação de equipamentos: hipótese e com dúvidas acerca de sua ocorrência, desacompanhada de qualquer evidência documental), creio que os argumentos não merecem ser acolhidos.

(...)

VOTO

(...)

15. Já no que atine às alegações da Construtora Ferreira Santos Ltda., como beneficiária de dois cheques no valor de R\$ 35.000,00, vê-se que elas também não foram suficientes para esclarecer ou comprovar a regularidade na aplicação dos recursos federais recebidos.

16. A alegação de que teria ocorrido apenas a simples locação de máquinas e equipamentos entre pessoas jurídicas, sem relação com a administração municipal, não merece ser acolhida, já que desacompanhada de qualquer elemento probatório, a exemplo das notas fiscais e dos recibos. E, assim, subsiste nos autos a evidência de não comprovação de qualquer prestação de serviços a amparar a percepção dos aludidos recursos.

17. Por conseguinte, em face da ausência de elementos capazes de demonstrar nos autos a boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos, sobretudo diante da falta de comprovação do nexo de causalidade entre os recursos repassados e as despesas realizadas, entendo que o TCU deve julgar irregulares as contas do Sr. Francisco Leite Guimarães Nunes, ex-prefeito, para condená-lo em débito, solidariamente, com a empresa Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda., por não ter comprovado a execução das obras, e com os demais beneficiários dos recursos (Construtora Ferreira Santos Ltda. e Srs. Lourival Augusto da Silva, Henrique Jorge Leite Guimarães Nunes e José Erivan de Carvalho), por não terem apresentado qualquer comprovação da prestação dos serviços.

(...)

19. De todo modo, deve ser promovida a exclusão da responsabilidade da Construtora F. Santos Ltda. (CNPJ 02.701.082/0001-27) nos presentes autos, vez que a sua citação foi indevida, ante o equívoco na sua identificação como beneficiária dos recursos.'

-III-

7. Destaco, dentre os argumentos apresentados pela empresa, o seguinte (peça 156, p. 18/9):

‘Ultrapassando a questão da validade do negócio jurídico firmado entre a empresa Conter e a Recorrente, esta Corte sustenta que não foi apresentada ‘qualquer documentação probante (v.g.: contrato, medição, nota fiscal, recibo ou qualquer outra evidência) que possa comprovar que houve de fato a locação de equipamentos, conforme argumenta a citada empresa’. Como já ressaltado, referido contrato foi firmado de forma verbal. Além disso, quanto às faturas e recibos, uma vez ultrapassado o prazo prescricional, conforme exposto acima em questão prejudicial de mérito, transcorreu também o prazo de obrigatoriedade de guarda dos documentos fiscais e contábeis, conforme disciplina o art. 195, § único, do Código Tributário Nacional:’

8. A empresa alega, então, que transcorreram mais de 10 (dez) anos entre o recebimento dos cheques e o seu conhecimento acerca dos fatos apurados no âmbito desta Tomada de Contas Especial – TCE (peça 156, p. 20).

-IV-

9. Resta incontroverso, posto que admitido (peça 156, p. 21), que a referida empresa recebeu os cheques 850003 (R\$ 30.000,00) e 850005 (R\$ 5.000,00), respectivamente, em 9/7/2004 e 27/9/2004 (vide item 9.4.2 do Acórdão 6873/2016-TCU-2ª Câmara).
10. Sabe-se também que, por motivos não imputáveis a Construtora Ferreira Santos Ltda. (vide peça 122, p. 4, item II), ela somente fora citada em 6/10/2015 (peça 133), em cumprimento ao despacho do Exmo. Ministro André Luís de Carvalho de 10/9/2015 (peça 123).
11. Pois bem. Este Tribunal tem decidido que o longo lapso temporal entre os atos tidos por irregulares e inequívoca ciência do responsável pode caracterizar prejuízo insuperável à defesa, ensejando o arquivamento dos autos, por ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo.
12. Nesse sentido, merece menção o disposto no voto condutor do Acórdão 681/2015-TCU-Plenário, da Relatoria do Exmo. Ministro Raimundo Carreiro:
- ‘17. Com efeito, o Tribunal tem entendido, e essa compreensão é de todo aplicável ao caso sub examine, que, passados mais de 10 anos dos fatos reputados irregulares sem a inequívoca ciência do responsável, o longo tempo decorrido dificulta sobremaneira o exercício da ampla defesa e do contraditório sob a perspectiva material, incidindo o disposto no art. 6.º, inciso II, da IN/TCU nº 71/2012, que dispensa a instauração da TCE.’
13. Em outro *decisum* (Acórdão 843/2009-TCU-Plenário, da Relatoria do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, o Tribunal consignou que:
- ‘Arquivam-se as contas quando há transcurso de tempo considerável entre a prestação de contas e a instauração da Tomada de Contas Especial, tornando inviável ao responsável exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, razão pela qual restam ausentes os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo.’
14. Nesses *decisum*, o Tribunal arquivou sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do regimento interno do TCU, por ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo. Esse entendimento também fora adotado nas seguintes decisões: Acórdão 1.534/2015-TCU-1ª Câmara e Acórdãos 4.982/2011, 4.776/2013 e 2.443/2014, todos da 2ª Câmara.
15. *In casu*, restou caracterizado, somente em relação a Construtora Ferreira Santos Ltda., a falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, pelo prejuízo irremediável do devido processo legal, consubstanciado nos princípios da ampla defesa e do contraditório, diante da impossibilidade de se exigir, em outubro 2015, documentos que pudessem comprovar o aluguel, em 2004, de máquinas e equipamentos para a Conter.
16. Por derradeiro, ressaltou que somente o ex-Prefeito Francisco Leite Guimarães Nunes e a empresa Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda. (CNPJ 04.859.610/0001-04), que tinha relação jurídica com a municipalidade no âmbito do Convênio PGE nº 97/2003, foram arrolados na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa (peças 176-178), razão pela qual somente a Construtora Ferreira Santos Ltda. somente teve ciência dos fatos a partir de sua citação no âmbito deste Tribunal.
17. Em face do acima exposto, propõe-se:
- a) conhecer do recurso de reconsideração interposto por **Francisco Leite Guimarães Nunes**, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, **negar-lhe provimento**;
- b) conhecer do recurso de reconsideração interposto pela **Construtora Ferreira Santos Ltda.**, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, **dar-lhe provimento** a fim de excluí-la da relação processual e;
- b.1) afastar a sua responsabilidade em relação aos débitos constantes no item 9.4.2 do Acórdão 6873/2016-TCU-2ª Câmara;
- b.2) suprimir a multa que lhe fora cominada no item 9.5 do Acórdão 6873/2016-TCU-2ª Câmara.” (destaques do parecer)
3. O representante do Ministério Público junto ao Tribunal - MPTCU, por sua vez, elaborou o parecer reproduzido parcialmente a seguir:

“(…)

O Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com o pronunciamento do Secretário da Serur, pelos motivos que passa a expor.

De acordo com o art. 6º, II, da Instrução Normativa TCU 71/2012, fica dispensada, salvo determinação em contrário do TCU, a instauração da tomada de contas especial 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’*.

A razão para esse dispositivo é que, apesar de o débito ser imprescritível (Súmula 282 do TCU), o longo período de tempo decorrido entre a data da irregularidade e a data da primeira notificação do responsável pode, em determinados casos, inviabilizar o exercício do direito de defesa.

A jurisprudência predominante nesta Corte é a de que o arquivamento de uma TCE com base no transcurso de mais de 10 anos entre a irregularidade e a primeira notificação do responsável não é automático, mas depende da demonstração do efetivo prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório, com a indicação objetiva do obstáculo ou da dificuldade concreta verificada. Citem-se, a propósito, os seguintes enunciados de jurisprudência:

‘É cabível o arquivamento de processos de tomada de contas especial nas hipóteses em que o transcurso de lapso temporal superior a dez anos entre a ocorrência dos fatos e a citação dos responsáveis comprovadamente importe em obstáculos intransponíveis ao exercício do direito de defesa, competindo às partes aduzir os elementos objetivos que demonstrem o real prejuízo para suas defesas.’ (Acórdão 2511/2015-Plenário, Revisor: AUGUSTO SHERMAN)

‘O longo decurso de tempo entre a data da transferência dos recursos e a instauração da tomada de contas especial não é razão suficiente para o trancamento das contas, o qual só ocorrerá após a verificação de que o lapso temporal efetivamente prejudicou o exercício, pelo responsável, do direito à ampla defesa e ao contraditório.’ (Acórdão 4372/2016-Segunda Câmara, Relator: ANDRÉ DE CARVALHO)

‘O elevado lapso temporal entre a ocorrência do dano e a instauração da tomada de contas especial gera presunção relativa de prejuízo à defesa dos responsáveis, sendo que a demonstração de inviabilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa deve ser por eles procedida, com a indicação objetiva do obstáculo ou da dificuldade concreta verificada.’ (Acórdão 11.820/2016-Segunda Câmara, Relator: MARCOS BEMQUERER)

‘O mero transcurso de dez anos entre a data do ato irregular e a citação não é razão suficiente para o arquivamento da tomada de contas especial, sem exame de mérito. É preciso que, além disso, fique demonstrado efetivo prejuízo à ampla defesa.’ (Acórdão 854/2016-Plenário, Relator: BENJAMIN ZYMLER)

‘O art. 6º, inciso II, da IN-TCU 71/2012 não tem aplicação automática em face do simples transcurso do prazo de dez anos antes da citação, devendo ser verificado, no caso concreto, se houve efetivo prejuízo à racionalidade administrativa, à economia processual, à ampla defesa ou ao contraditório.’ (Acórdão 2850/2016-Plenário, Relator: VITAL DO RÊGO)

‘O mero transcurso do tempo não acarreta, em toda e qualquer situação, prejuízo à ampla defesa ou à constituição do contraditório, devendo a configuração de tal prejuízo ser analisada em cada caso concreto, sob pena de violar-se a regra da imprescritibilidade das ações de cobrança de dano ao erário.’ (Acórdão 3457/2017-Segunda Câmara, Relator: MARCOS BEMQUERER)

No caso em apreço, a irregularidade que ensejou a condenação da Construtora Ferreira Santos Ltda. foi o recebimento indevido de recursos federais do Convênio PGE 97/2003, por ter sido beneficiária de dois cheques no valor total de R\$ 35.000,00, sem a comprovação de prestação de serviços, haja vista que a empresa contratada para a execução das obras conveniadas foi a Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda.

O ofício citatório assim descreveu as ocorrências relativas à irregularidade em questão (peça 125):

‘2.1.2. o cheque nº 850005, no valor de R\$ 5.000,00, encontra-se nominal, também, à Construtora Santos e Silva Ltda., tendo sido depositado em sua conta-corrente [sic] do Banco do Brasil (C/C nº 10090-0, Ag. 2906-8);

(...)

2.1.4. os Senhores José Ferreira dos Santos (CPF não identificado) e José Erivan de Carvalho (CPF nº 223.569.323-72) foram beneficiários dos Cheques 850003 e 850007, respectivamente, entretanto, não constam do quadro societário da Empresa Conter – Construções e Serviços Técnicos Ltda.’

O cheque 850003 (peça 23, pp. 6/8), no valor de R\$ 30.000,00, nominal à Conter e ao sr. José Ferreira dos Santos, foi depositado na conta da Construtora Ferreira Santos Ltda., cujo administrador é o sr. José Ferreira dos Santos (peça 121).

Em relação ao cheque 850005 (peça 23, p. 24/6), no valor de R\$ 5.000,00, houve um equívoco no ofício citatório, pois, embora ele tenha sido nominal à Conter ou à Construtora Santos e Silva Ltda., de propriedade do sr. Ermilson Ferreira dos Santos, foi depositado na conta da Construtora Ferreira Santos Ltda. (peça 92, p. 12), de propriedade do sr. José Ferreira dos Santos, como apontado no parecer do MP de Contas que precedeu a realização da citação (peça 122, p. 4).

Tal equívoco, contudo, não prejudicou a defesa da recorrente, haja vista que ela admitiu expressamente ter recebido os valores dos cheques 850005 e 850003, no total de R\$ 35.000,00.

Segundo afirmou a recorrente, os cheques 850003 e 850005 lhe teriam sido endossados pela Conter como pagamento por serviços de aluguel de equipamento prestados a essa empresa (peça 154, pp. 13 e 21). Tais serviços teriam sido contratados de forma verbal entre as duas empresas, no âmbito de subcontratação realizada pela Conter, e as notas fiscais e os livros contábeis que comprovariam esse fato já não existiriam mais, em razão do decurso do prazo legal para a sua guarda (peça 154, pp. 18/20, e peça 155, p. 35). Afirmou ainda que não teve nenhuma relação com a prefeitura municipal, e que o recebimento dos cheques se deu em função de uma relação contratual privada entre duas empresas (peça 154, p. 22, e peça 134, pp. 3, 5/6).

Ocorre que as alegações da recorrente, ainda que viessem a ser comprovadas documentalmente, por meio, por exemplo, da juntada de notas fiscais emitidas para a Conter, não elidiriam a irregularidade relativa ao recebimento indevido de recursos públicos.

Isso porque, caso houvesse ocorrido simples subcontratação de parcela de obra pública, os cheques teriam sido emitidos nominalmente apenas à Conter, que, ou os depositaria na sua conta e depois faria os pagamentos à empresa subcontratada, ou os endossaria em nome da subcontratada.

Todavia, não foi isso o que ocorreu no presente caso. Os cheques emitidos pela Prefeitura de Icó e relativos à conta específica do Convênio PGE 97/2003 foram nominais a terceiros estranhos à relação contratual com a prefeitura. Não houve endosso algum feito pela Conter, ao contrário do alegado pela recorrente. No verso do cheque 850003, consta unicamente a assinatura do sr. José Ferreira dos Santos (peça 23, p. 7, e peça 128, p. 2). E, no verso do cheque 850005, não é possível identificar de quem é a assinatura ali presente (peça 23, p. 26), mas é certo que não corresponde à assinatura da representante legal da Conter à época, sra. Viviane Vale Farias (peça 23, p. 30, e peça 92, p. 1), sendo que a conta indicada para o depósito pertencia à Construtora Ferreira Santos Ltda.

Registre-se que a execução do Convênio PGE 97/2003 se reveste de várias graves irregularidades, que denotam seu aspecto fraudulento, a saber:

(...)

Diante dessas irregularidades, está claro que não há nexo de causalidade entre os recursos do convênio e a execução parcial das obras dos açudes Morada Nova e KL.

A empresa Construtora Ferreira Santos Ltda., ao aceitar, conscientemente, o recebimento direto de recursos públicos, mesmo sem ter tido qualquer relação negocial, seja escrita ou verbal, com a Administração Pública, como ela reconhece em suas peças defensiva e recursal, concorreu ativamente para o dano ao erário apurado, e, portanto, é justo que seja condenada em débito solidariamente com os demais responsáveis (ex-prefeito e Conter), nos termos do art. 16, § 2º, 'b', da Lei 8.443/1992.

Não há falar, no presente caso, em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, pois os documentos que comprovam a irregularidade já se encontram nos autos e puderam ser livremente contraditados pela recorrente, e as provas que ela, objetivamente, alega não ter condições de apresentar em função do transcurso do tempo - notas fiscais e livros contábeis - não seriam suficientes para descaracterizar o dano ao erário que ensejou sua condenação. De fato, eventual nota fiscal emitida pela Construtora Ferreira Santos Ltda. em nome da Conter e registrada nos livros contábeis da primeira apenas provaria a transação ocorrida entre essas duas empresas, mas não justificaria o recebimento direto de recursos públicos do Convênio PGE 97/2003 por parte da recorrente.

Portanto, o Ministério Público de Contas entende que deve ser mantida a condenação em débito da Construtora Ferreira Santos Ltda., afastando-se, apenas, a aplicação da multa, em razão da prescrição da pretensão punitiva do TCU, caracterizada pelo decurso de mais de 10 anos entre as irregularidades (2004) e o

despacho que ordenou a citação da empresa (datado de 9/9/2015 – peça 123).

Quanto ao recurso interposto pelo sr. Francisco Leite Guimarães Nunes, o Ministério Público de Contas manifesta-se pela sua negativa de provimento, conforme proposto de forma unânime pela unidade técnica.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas aquiesce à proposta do Auditor da Serur (peça 179), ratificada pelo titular da unidade técnica (peça 181).”

É o relatório.