

TC-006.377/2015-7

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Ministério da Integração Nacional (MI).

Recorrentes: Tomás de Aquino Pereira Neto (CPF 064.638.352-34) e José Ronaldo Pessoa Pereira (CPF 079.784.132-68).

Advogados: Ana Maria Chalub de Aquino (OAB/AC 4.480) e Wanderley Cesário Rosa (OAB/AC 924), procurações: peça 33, p. 1 e peça 66.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de contas especial. Fraude na execução do convênio. Desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização do sócio. Contas irregulares. Débito. Multa. Recurso de reconsideração. Razões insuficientes para alterar o juízo. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Tomás de Aquino Pereira Neto, sócio gerente da empresa Elo Engenharia Ltda.–ME, e por José Ronaldo Pessoa Pereira, ex-prefeito do município de Eptaciolândia/AC (gestão 2005-2012), contra o Acórdão 7.507/2017-TCU-1ª Câmara (peça 43), de relatoria do Ministro Weder de Oliveira, com o seguinte teor:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. considerar revel, para todos os efeitos, o Sr. José Ronaldo Pessoa Pereira, dando-se prosseguimento ao processo, com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Tomás de Aquino Pereira Neto;

9.3. julgar irregulares, com fundamento nos arts. 1º, I, e 16, III, “d”, e § 2º, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, III, da mesma lei, e com arts. 1º, I, 209, IV, e § 5º, 210 e 214, III, do RI/TCU, as contas do Sr. José Ronaldo Pessoa Pereira e do Sr. Tomás de Aquino Pereira Neto, condenando-os, em solidariedade, ao pagamento da quantia a seguir especificada, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:



Data da ocorrência	Valor R\$
--------------------	-----------

31/5/11	200.000,00 (D)
---------	----------------

8/8/12	4.687,37 (C)
--------	--------------

9.4. aplicar ao Sr. José Ronaldo Pessoa Pereira e ao Sr. Tomás de Aquino Pereira Neto, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.6. em cumprimento ao disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 209, § 7º, do RI/TCU, encaminhar cópia desta deliberação à Procuradoria da República no Estado do Acre.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial (TCE) instaurada pelo Ministério da Integração Nacional (MI) em desfavor de José Ronaldo Pessoa Ferreira, em solidariedade com a empresa Elo Engenharia Ltda. – ME e seu sócio gerente, Sr. Tomás de Aquino Pereira Neto. A TCE foi motivada em decorrência da não aprovação da prestação de contas do Convênio 511/2008 (Siafi 649058), tendo em vista a obra ter sido, na verdade, executada pelo Governo Estadual, conforme consta da Nota Técnica MI 25/2013, de 27/2/2013, (peça 3, p. 332-336) e do Relatório de Auditoria da CGU (peça 4, p. 254-256).

3. A avença tinha por objeto a pavimentação asfáltica em CBUQ, meio-fio em concreto pré-moldado e sarjeta em concreto da rua Bahia, localizada no município (peça 1, pp. 296/312), e vigeu entre 20/1/2009 e 1/6/2012 (peça 4, p. 254). Para sua execução, foi realizado repasse de recursos federais da ordem de R\$ 200.000,00, com contrapartida municipal de R\$ 6.185,57.

4. Em essência, restou configurada fraude, ante o fato de o gestor não ter executado o objeto do convênio com os recursos federais que lhe foram confiados, agindo em conluio com o sócio gerente da empresa contratada. Diante disso, no âmbito desta Corte de Contas, foi autorizada, por meio do Acórdão 4.156/2016-TCU-1ª Câmara, de relatoria do Ministro-Substituto Weder de Oliveira, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Elo Engenharia Ltda.–ME, para responsabilizar diretamente seu sócio gerente (peça 10).

5. Posto isso, foram realizadas as citações de José Ronaldo Pessoa Ferreira e Tomás de Aquino Pereira Neto (peças 14 e 15). O ex-prefeito foi chamado aos autos por via editalícia (peça 38), após diversas tentativas frustradas de citação postal (peças 17, 23, 24, 26-28 e 30). O sócio gerente tomou conhecimento do expediente citatório (peça 16) e apresentou suas alegações de defesa às peças 34 a 37. Contudo, os argumentos trazidos não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas nesta TCE. Diante disso, o processo foi apreciado por meio do Acórdão 7.507/2017-TCU-1ª Câmara (peça 43), na forma transcrita no item Introdução.

6. Neste momento, os responsáveis interpõem recursos de reconsideração (peças 56 e 67), os quais se passa a analisar.

ADMISSIBILIDADE

7. Reitera-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 69-70), ratificados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator Bruno Dantas (peça 74), que concluiu pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 7.507/2017-TCU-1ª Câmara (peça 43), eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

8. Delimitação

8.1. Constituem objeto do recurso definir se:

- a) restou configurado *bis in idem*, ante a tramitação concomitante de Ação Civil Pública (peça 56, p. 2 e peça 67, p. 1-2);
- b) houve cerceamento de defesa (peça 67, p. 3-4);
- c) inexistente fraude na execução do objeto conveniado (peça 56, p. 4-18 e peça 67, p. 4-12);
- d) inexistente má-fé, dolo ou culpa (peça 67, p. 12-13).

9. Do potencial *bis in idem*

9.1. Defende-se nos recursos que o prosseguimento desta TCE configura *bis in idem*, ante a existência de ação de improbidade administrativa que versa sobre o mesmo tema, representando cobrança em dobro e, por conseguinte, enriquecimento sem causa do Estado. Adicionalmente, informa -se que bens pessoais já se encontram bloqueados para tal fim.

9.2. A ação de improbidade administrativa também propõe a condenação do ex-prefeito ao pagamento de multa, tomando por fundamento a mesma irregularidade desta TCE, que, similarmente, cobra do ex-gestor multa de R\$ 85.000,00. As duas sanções igualmente configuram *bis in idem*.

9.3. Diante disso, solicita-se que a obrigação por se ressarcir o débito e o pagamento da multa no âmbito desta TCE sejam suprimidos. Ato contínuo, são colacionadas aos autos cópias do mandato de notificação e da peça inaugural da Ação Civil Pública 0002161-14.2015.4.01.3000 (peça 67, p. 15-21).

Análise

9.4. A questão preliminar suscitada não impede o regular prosseguimento desta TCE. Os processos que tramitam em outras instâncias não obstam as apurações de irregularidades realizadas por esta Corte de Contas, visto que o TCU possui jurisdição e competência próprias estabelecidas na Constituição Federal e na Lei Orgânica desta Corte, não sofrendo, assim, restrição em razão de processos que corram em outros juízos.

9.5. Também merece destaque o disposto na Lei 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, ao estabelecer em seu artigo 12 que o responsável por ato de improbidade está sujeito às cominações estabelecidas por esta norma, independentemente das sanções penais, civis e

administrativas previstas na legislação específica. Ou seja, não há impedimento ao estabelecimento de multa sancionatória em diferentes instâncias.

9.6. No mesmo sentido, cabe destacar que a existência de processos no Poder Judiciário e no TCU com idêntico objeto não caracteriza repetição de sanção sobre mesmo fato (*bis in idem*) nem litispendência. No ordenamento jurídico brasileiro, diante do princípio da independência das instâncias, podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas jurídicas (cível, criminal e administrativa) (Acórdãos 115/2018-TCU-Segunda Câmara, 2.059/2015-TCU-Plenário, 1.000/2015-TCU-Plenário).

9.7. Adicionalmente, a existência de depósito judicial decorrente de decisão preliminar em ação de improbidade administrativa não possibilita a reforma de condenação em débito proferida pelo TCU acerca da mesma irregularidade, posto que o caráter preliminar da decisão judicial não garante o ressarcimento do débito imputado pelo Tribunal. O depósito judicial decorrente de ação de improbidade administrativa só elide o débito apurado pelo TCU caso haja sentença transitada em julgado, e os valores depositados forem efetivamente convertidos em receita aos cofres públicos. Ocorrendo ressarcimento em uma instância, basta que o responsável apresente essa comprovação perante o juízo de execução, de forma a evitar o duplo pagamento (Acórdãos 224/2017-TCU-Plenário, 3.079/2016-TCU-Plenário, 2.059/2015-TCU-Plenário).

9.8. Após estas considerações, resta superada a preliminar ora examinada.

10. Do potencial cerceamento do direito de defesa

10.1. O ex-prefeito alega que não foi respeitado seu direito à ampla defesa, considerando os seguintes argumentos:

a) é negada a produção de prova testemunhal, bem como não houve novo questionamento dos trabalhadores ouvidos unilateralmente pela CGU à época da vistoria *in loco* (peça 67, p. 3);

b) nem mesmo a farta documentação idônea e comprobatória de que os recursos foram gastos na obra em análise foi suficiente para elucidar a errônea conclusão de que o Denacre executou o objeto conveniado (peça 67, p. 3);

c) o Denacre informou que executou apenas a usinagem e a aplicação da massa asfáltica, mas, mesmo assim, a declaração de testemunha, ouvida unilateralmente, sem direito ao contraditório e sem a presença das demais partes, pesou mais nas conclusões do presente processo, apesar do baixo valor probante desse tipo de prova (peça 67, p. 3);

d) a decisão do TCU baseia-se em mero indício de prova testemunhal, sem permitir a produção do contraditório e da ampla defesa, pois não observou a gradação legal das provas, bem como não aceitou as provas materiais produzidas, sobre as quais não lançou nenhuma dúvida ou questionamento de nulidade ou falsidade (peça 67, p. 3);

e) não houve a regular citação do recorrente em seu endereço residencial, apesar de nunca ter se mudado de residência. Diante disso, pede que seja reaberto o prazo para se ouvir testemunhas e juntar novos documentos aos autos (peça 67, p. 4).

Análise

10.2. Os argumentos do recorrente não merecem prosperar. Inicialmente, quanto à potencial falha na citação, importa salientar que esta Corte de Contas realizou a citação editalícia, após diversas tentativas frustradas de citação postal, tendo por base endereços registrados em órgãos públicos.

10.3. Na primeira tentativa de citação postal, foi utilizado o endereço declarado da base de dados da Receita Federal (peça 13, p. 2). Em seguida, tentou-se contato telefônico com o ex-gestor, por meio do número de telefone constante também na base de dados da Receita Federal (peça 18). Foram encaminhados ofícios ao Departamento Estadual de Pavimentação e Saneamento do Acre, à Companhia de Eletricidade do Acre, ao Tribunal Regional Eleitoral do Acre e ao Departamento Estadual de Trânsito, na tentativa de se obter um novo endereço para citação (peças 19-22). Por fim, ante o insucesso de se concluir a citação postal (peça 31), foi realizada a citação por meio de edital, modalidade prevista no art. 179, III, do Regimento Interno do TCU (RITCU) (peças 32 e 38).

10.4. Portanto, houve a regular citação do ex-gestor, que foi oficialmente chamado aos autos para apresentar sua defesa. Sendo assim, restou ofertada a oportunidade de exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, que permanece à disposição do recorrente, por meio da interposição dos expedientes recursais previstos no RITCU, como o que ora se analisa.

10.5. O fato de esta Corte de Contas concluir de forma distinta daquela desejada pelo recorrente não caracteriza cerceamento de defesa ou ofensa a seus direitos constitucionais. O processo foi analisado diante dos documentos acostados e dos elementos de convicção presentes nos autos, incluindo a defesa apresentada pelo sócio da empresa Elo Engenharia. Contudo, os elementos apresentados não foram suficientes para elidir as irregularidades constatadas na execução do convênio em tela, conforme análise procedida pela Unidade Técnica do TCU (peça 39), cujas conclusões foram corroboradas pelo Ministério Público do TCU (peça 42), pelo voto condutor (peça 44) e pela decisão proferida no acórdão condenatório (peça 43).

10.6. Por fim, quanto ao questionamento acerca da produção de prova testemunhal, vale ressaltar que as provas produzidas perante o TCU devem sempre ser apresentadas de forma documental, o que exclui a produção de prova testemunhal. O processo de controle externo no âmbito do TCU possui rito próprio, conforme disposto na Lei 8.443/1992 e no RITCU, em que não há previsão para a oitiva de testemunhas ou coleta de depoimentos (Acórdãos 271/2014-TCU-Plenário, 2.111/2016-TCU-Plenário, 7.795/2015-TCU-2ª Câmara, 1.177/2009-TCU-2ª Câmara).

10.7. Posto disso, verifica-se que não procedem os argumentos apresentados pelo ex-gestor.

11. Da inexistência de fraude na execução do objeto conveniado

11.1. Alega-se que a documentação já juntada anteriormente aos autos e os esclarecimentos adicionais prestados são capazes de demonstrar que não ocorreu a fraude supostamente imputada, tendo a empresa contratada efetivamente executado a obra em questão.

11.2. Nesse sentido, o sócio da empresa executora tece os seguintes argumentos:

a) de fato, foi utilizada uma máquina vibro-acabadora, de propriedade do Departamento Estadual de Estrada de Rodagem, Hidrovias e Infraestrutura do Acre (Denacre), mas o valor desse serviço é irrisório comparativamente ao valor da obra e se prestou a compensar por serviços adicionais, porém essenciais, executados pela Elo Engenharia, que não foram remunerados por meio do contrato (peça 56, p. 4-5, 12);

b) o Denacre declarou que não disponibilizou insumos, bem como não encaminhou recursos financeiros para a execução da obra. Adicionalmente, não foi apresentado nos autos qualquer documento do Denacre ou do Governo Estadual que demonstrasse que recursos estaduais tenham sido utilizados para realizar a pavimentação da rua Bahia. Caso o órgão estadual tivesse realmente custeado a obra, deveria haver algum documento formal ou contrato para tanto, comprovando a compra de insumos e contratação dos demais serviços, o que não foi apresentado e, portanto, não há fundamento documental para condenar o recorrente (peça 56, p. 5, 12, 16-18);

c) as supostas alegações de fraude baseiam-se no fato de terem sido vistas máquinas no Denacre na rua Bahia, mas não restou comprovado nos autos que os serviços anteriores à imprimação do concreto ou aqueles necessários à pavimentação tenham sido providos pelo Denacre ou por qualquer outra entidade que não a própria Elo Engenharia (peça 56, p. 5-6);

d) conforme planejamento orçamentário da obra, o valor total estimado (R\$ 205.230,52) seria gasto da seguinte forma: a) R\$ 15.471,72 correspondiam à primeira fase – instalação do canteiro de obras, serviços preliminares de limpeza do terreno e movimentação de terra; b) R\$ 145.238, 51 destinavam-se à pavimentação; c) R\$ 30.724,54 referiam-se à drenagem da área já asfaltada. A ficha de caixa anexa aos autos descreve a destinação dos recursos do convênio e comprova que esses valores foram utilizados para aquisição de insumos e serviços para a obra em análise, como, por exemplo, para compra de cimento asfáltico, brita e pó de brita, areia, além de pagamento de frete dos insumos. Notas fiscais e contratos de serviço atestam essas despesas. Esses gastos representaram um dispêndio de R\$ 145.900,00, o que comprova despesas referentes à pavimentação, ponto de questionamento da presente TCE (peça 56, p. 6-9, 14);

e) gastos substanciais realizados pela empresa para realizar a obra não constam da lista de pagamentos, como, por exemplo, retirada da camada de barro que existia na rua para propiciar a execução da terraplanagem da via, alargamento da rua, destruição e reconstrução de muros das casas, instalação de tubulação de esgoto. A prefeitura optou por não solicitar aditamento ao contrato para cobrir as despesas extras. A execução de serviços adicionais pela empresa deve ser levada em conta para caracterização de sua boa-fé (peça 56, p. 9-10, 12);

f) o projeto de execução e a planilha de preços estavam defasados, haja vista que o convênio foi firmado em 2008, mas somente foi adjudicado em 2011. Nesse ínterim, houve considerável aumento dos custos da obra, o que levou a empresa a despender mais do que o inicialmente previsto, sem reposição contratual. Tal fato demonstra que não houve qualquer prejuízo ao erário, como também atesta a boa-fé e o empenho da empresa em executar satisfatoriamente o contrato (peça 56, p. 11-12, 14);

g) não houve dano ao erário, visto que apenas R\$ 94.877,87 foram disponibilizados para a fase de transporte, usinagem e aplicação de asfalto na via, sendo que esse valor não foi suficiente sequer para cobrir as despesas com os insumos básicos, que totalizaram R\$ 103.550,00. Quanto ao restante do valor contratual, não resta dúvidas de sua execução pela Elo Engenharia, ante a ausência de qualquer evidência em contrário nos autos, bem como em face dos documentos comprobatórios apresentados na peça 36, p. 12-25 (peça 56, p. 11-13);

h) diante da impossibilidade de a prefeitura ressarcir financeiramente a empresa pelos gastos acima dos previstos no contrato, foi disponibilizada a máquina vibro-acabadora por um dia, de forma a buscar compensar essa dissonância. Contudo, a utilização da máquina do Denacre para espalhar asfalto na via não configura a execução da obra por parte daquele órgão (peça 56, p. 12-14);

i) a presença de máquinas e trabalhadores do Denacre na área justifica-se pelo empréstimo desses serviços à prefeitura e pela realização pelo Denacre de obras em outras ruas, bem como em razão de a empresa Elo Engenharia ter doado à prefeitura o material de bota-fora da obra (barro retirado da área, restos de cimento/asfalto, etc.) para que este fosse utilizado para aterro de áreas alagadiças da cidade, a pedido da prefeitura (peça 56, p. 5, 14);

j) apesar de a CGU ter afirmado que operários atestaram que haviam executado a obra em questão, considerando que esse tipo de serviço inclui diversas etapas e procedimentos, somente um engenheiro possuiria o conhecimento técnico necessário para confirmar tal fato, pois a pavimentação não se limita apenas à aplicação do asfalto na via, envolvendo também preparação de solo, aterro, terraplanagem, entre outros (peça 56, p. 15);

k) não constam dos autos questionamentos acerca da não execução por parte da Elo Engenharia das demais etapas da obra. Assim, considerando que a empresa adquiriu todos os insumos necessários à pavimentação, que foram mais caros do que o valor contratado, bem como executou a construção do meio-fio e sarjetas de drenagem, não resta configurado prejuízo ao erário (peça 56, p. 14-16).

11.3. Em paralelo, o ex-prefeito traz os seguintes argumentos:

a) apesar de haver documentos comprobatórios e de afirmar que não causou prejuízos ao erário, nenhuma das provas documentais juntadas aos autos foi levada em consideração, mesmo com a declaração do Denacre de que executou tão somente a aplicação da massa asfáltica (peça 67, p. 4-11);

b) inúmeros outros serviços foram realizados pela empresa Elo Engenharia, tanto antes da aplicação da massa asfáltica pelo Denacre, como também depois, com a confecção de meio fio, instalação de bueiros, implantação de sinalização vertical e horizontal (peça 67, p. 11);

c) caso ocorra a devolução da totalidade dos recursos, restará configurado enriquecimento sem causa do erário, visto que o objeto foi executado em sua totalidade, e o Denacre executou apenas a usinagem e aplicação de massa asfáltica (peça 67, p. 11);

d) a declaração de funcionários do Denacre restringiu-se às obras específicas daquele momento, não se estendendo para os serviços anteriores ou posteriores àquela fase, sendo que o próprio órgão estadual declarou que executou tão somente a usinagem e aplicação de massa asfáltica (peça 67, p. 11);

e) quanto à quebra de parte do asfalto executado, foi explicado que a região é perto da Receita Federal com acesso à ponte Brasil/Bolívia, onde se aglomeram carretas pesadas para a travessia para o Bolívia, as quais, por não terem onde estacionar, utilizam a Rua Bahia, que, por não comportar o peso dessas carretas, sofre com a deterioração de seu asfalto (peça 67, p. 11).

11.4. Ato contínuo, o ex-gestor anexa aos autos termos de declaração formalizados na Delegacia de Polícia Federal em Eptaciolândia (peça 67, p. 22-24).

Análise

11.5. Não assiste razão aos recorrentes. Inicialmente, deve-se salientar que os argumentos trazidos pelo sócio da Empresa Elo Engenharia repetem aqueles apresentados em sede de alegações de defesa (peça 34) e já analisados pela Unidade Técnica do TCU na instrução de peça 39,

corroborados pelo Ministério Público do TCU (peça 42), pelo voto condutor (peça 44) e pela decisão proferida no acórdão condenatório (peça 43).

11.6. Nesse sentido, importa destacar os elementos de convicção presentes nos autos. Conforme Nota Técnica 025/2013/CGCC/SDR/MI, a então CGU encaminhou conclusão acerca de vistoria realizada no local da obra, em 23/9/2011 e 7/10/2011. Na oportunidade, restou constatado que tanto servidores como veículos do Denacre realizavam os serviços de imprimação e lançamento de concreto na rua Bahia. Além disso, veículo do Incra e um caminhão alugado pelo Denacre eram utilizados para transportar material e servidores do órgão estadual. Questionados pela CGU, os servidores informaram que haviam executado a totalidade dos serviços de pavimentação asfáltica daquela rua (peça 3, p. 332-334).

11.7. Em paralelo, relatório fotográfico comprova os fatos narrados, evidenciando, em especial, caminhão basculante pertencente ao Incra (placa NLD-9218), encontrado na rua Bahia, carregando material, obreiros devidamente identificados com a camisa do Deracre espalhando concreto betuminoso na rua Bahia, vibro-acabadora com a identificação do Deracre e caminhão placa NCL-3103 que, segundo o motorista, estava alugado para o Deracre.

11.8. Tais evidências vão de encontro às alegações do Sr. Tomás de Aquino Neto de que houve tão somente a utilização de máquina vibro-acabadora do Denacre, cujo argumento também é contestado pela defesa apresentada pelo ex-prefeito, que afirma que o órgão estadual executou a usinagem e a aplicação de massa asfáltica.

11.9. Os fatos revelados pela CGU comprovam, por um lado, a ampla utilização da estrutura do Governo Estadual na execução do objeto do convênio e, por outro lado, a ausência de funcionários, equipamentos ou indicativos da presença da empresa Elo Engenharia naquela obra.

11.10. Tal situação também é confirmada por evidências adicionais colhidas pela CGU no decurso da vistoria *in loco*, que seguem transcritas a seguir:

Na segunda vistoria, realizada em 07/10/2011 (sexta-feira), a obra se encontrava paralisada. Não havia obreiros ou canteiro de obras instalado.

(...)

Ao ser questionado sobre a presença do engenheiro civil responsável pela obra, que de acordo com a documentação da licitante seria o próprio Sócio Gerente da Elo Engenharia Comércio e Representações Ltda., o técnico contratado havia informado que o Sr. Tomás de Aquino Pereira Neto havia se deslocado para Rio Branco na sexta de manhã. O diário de obras também estaria com o Sr. Tomás de Aquino Pereira Neto. Questionado sobre onde se encontraria a equipe de trabalho da empresa contratada, o técnico informou que não sabia onde estavam alojados, mas que os funcionários haviam trabalhado no local até às 18:00 do dia anterior (06/10/2011). A informação contraria a visita preliminar realizada na rua objeto do convênio no dia (06/10/2011) às 16:15, na qual não foram encontrados os obreiros.

Em outra rua que estava em obras, também contemplada com recursos federais, foram encontrados servidores do DERACRE, da empresa Ábaco Engenharia Ltda., e da Elo Engenharia Comércio e Representações Ltda. Os funcionários da Elo Engenharia Comércio e Representações Ltda. informaram que não haviam executado serviços na Rua Bahia, e que estavam a dois meses na cidade e desconheciam a existência de outros funcionários da empresa na cidade. (peça 3, p. 352) (grifos nossos)

11.11. Do excerto, verifica-se que não havia empregados da empresa trabalhando na obra em análise, conforme confirmado por funcionários da própria Elo Engenharia, que declararam não ter executado qualquer serviço na rua Bahia, mesmo estando na cidade há dois meses, bem como desconheciam qualquer outra equipe destacada para tal obra nesse período.

11.12. Outras evidências também reforçam que o objeto conveniado não foi, de fato, executado pela empresa contratada. À época, foi solicitado ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Acre (Crea/AC) informações acerca do registro da obra. A Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) é uma exigência estabelecida pela Lei 6.496/1977, que determina que todos os contratos referentes à execução de serviços ou obras de engenharia deverão ser objeto de anotação no respectivo Crea. Em resposta, o Crea informou que não havia ART relativa à pavimentação asfáltica da rua Bahia. De forma semelhante, a Delegacia da Receita Federal em Rio Branco/AC também informou não haver registro de empregados da empresa Elo Engenharia Ltda. na realização de serviços na rua Bahia (peça 3, p. 334).

11.13. Adicionalmente, observa-se que a nota fiscal emitida pela empresa Elo Engenharia, faturando os serviços de pavimentação, com imprimação e aplicação de concreto betuminoso, foi emitida em 25/8/2011, ou seja, quase um mês antes da visita *in loco* que constatou a real execução dos serviços conduzida pelo Denacre (peça 3, p. 88). De forma semelhante, a nota fiscal faturando a etapa final da obra, referente à construção de sarjeta e meio fio, foi emitida em 26/9/2011, um dia antes da vistoria da CGU, restando claro que esses serviços igualmente foram faturados sem sua respectiva execução. Deve-se ainda salientar que as três medições dos serviços foram realizadas pela própria Elo Engenharia, e não por um fiscal do contrato designado pela prefeitura (peça 3, p. 70, 82 e 98). O faturamento antecipado da obra, desconectado da real execução dos objetos contratados, além de vedado pela legislação pertinente, corrobora as evidências de fraude nos presentes autos.

11.14. Ao formalizar o termo de convênio, tanto a empresa contratada como o ente municipal vincularam-se às condições previamente estabelecidas, incluindo os serviços a serem executados e os preços associados a cada etapa. Caso os termos contratuais não estivessem mais adequados à realidade de mercado, e os valores pactuados fossem insuficientes para remunerar de forma satisfatória a empresa, deveriam as partes ter declinado a formalização da avença. Contudo, ao terem se comprometido a realizar a obra, mesmo em condições alegadamente adversas à execução, chamaram para si a obrigação de entregar o objeto do convênio pelos preços e condições previstos originalmente no contrato. Potenciais compensações deveriam ter sido buscadas oficialmente junto ao órgão federal repassador.

11.15. A alegação de que os recursos foram gastos fundamentalmente com a compra de insumos também não lhes socorre. Verifica-se que as notas fiscais de aquisição de materiais apresentadas não são elementos aptos a confirmar a compra de insumos estritamente para o convênio em análise, ante seu caráter eminentemente genérico (peça 34, p. 26-27, 29-30; peça 35, p. 4). Soma-se a isso o fato de que havia outra obra no município sob a responsabilidade da empresa, conforme verificado pela CGU. Diante da impossibilidade de se estabelecer claramente o nexo causal entre as citadas compras e sua utilização na obra questionada, não há como acolher as alegações.

11.16. Por fim, quanto aos termos de declaração formalizados na Delegacia de Polícia Federal apresentados pelo ex-prefeito, verifica-se que não acrescentam fatos novos aos autos, tendo em vista a ausência de menção ao convênio em análise nesta TCE.

11.17. As regras que regem os convênios são claras no sentido de que não basta que a obra seja concluída e que os pagamentos sejam realizados à empresa contratada. Para se atestar a boa e regular aplicação dos recursos públicos confiados, é indispensável também restar devidamente comprovado o nexos causal entre o desembolso e as respectivas despesas, de forma a não pairar dúvidas de que os serviços prestados foram, de fato, custeados com os recursos federais a eles destinados. A exigência de comprovar a regular aplicação dos recursos, com o estabelecimento do indispensável nexos causal, é um ônus do gestor, que tem o dever de provar que geriu os recursos adequadamente. Essa exigência não restou configurada no presente caso.

11.18. Posto isso, constata-se que, ao contrário do alegado pelos recorrentes, as evidências presentes nos autos demonstram que os serviços não foram executados pela empresa contratada, apesar de ela ter sido remunerada para tal, configurando, assim, fraude na execução do objeto conveniado. Em paralelo, também não restaram comprovados gastos com insumos, tendo em vista a ausência de elementos mínimos para o estabelecimento de nexos causal entre as compras e sua destinação.

12. Da potencial inexistência de má-fé, dolo ou culpa

12.1. O ex-prefeito alega que não malversou os recursos públicos, considerando os seguintes argumentos:

a) não se pode falar em má-fé na aplicação dos recursos em análise ou falar de ato improprio, visto que esse somente existe após prática de ato ilegal, que depende de conduta antijurídica que fira os princípios constitucionais da Administração Pública (peça 67, p. 12);

b) no presente caso, resta claro na prestação de contas que o recorrente pagou pelos serviços prestados pela empresa Elo Engenharia e não agiu com ilegalidade, má-fé ou dolo, tendo em vista que os serviços foram de fato executados pela empresa. Portanto, o recorrente não tem qualquer responsabilidade objetiva em indenizar o erário (peça 67, p. 12);

c) farta documentação presente nos autos prova que a empresa Elo Engenharia executou a obra (peça 67, p. 12);

d) não houve desvio de recursos ou enriquecimento ilícito do recorrente, visto que os serviços foram integralmente prestados (peça 67, p. 12-13).

Análise

12.2. Os argumentos apresentados pelo recorrente não merecem prosperar. A apuração de responsabilidade nas matérias submetidas à apreciação do TCU não se vincula à indicação de conduta dolosa do agente. A responsabilização perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de dolo ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado. Impõe-se ao gestor público o dever de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos sob sua guarda, sendo que o não cumprimento dessa obrigação induz à presunção de culpa. A ausência de dolo ou de locupletamento por parte do responsável também não o exime do dever de recompor o dano a que deu causa por meio de atuação imprópria ou temerária.

12.3. Nesse sentido, para que reste demonstrada a boa e regular aplicação dos recursos públicos repassados, não basta que o objeto do convênio tenha sido concluído e a empresa contratada tenha sido remunerada. É necessário que o responsável demonstre o nexos causal entre os recursos por ele geridos e sua utilização na execução do objeto contratado, o que não restou configurado no caso

concreto, conforme análise realizada no item anterior. Posto isso, verifica-se que não procedem os argumentos apresentados pelo recorrente.

CONCLUSÃO

13. Da análise anterior, conclui-se que:

a) a existência de ação de improbidade administrativa que versa sobre o mesmo tema da presente TCE não configura *bis in idem*;

b) não restou configurado cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa;

c) restou constatada fraude à execução contratual, ante as evidências de que o objeto não foi executado pela empresa contratada;

d) a responsabilização perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada pela presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de dolo ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado.

14. Assim, os argumentos apresentados pelos recorrentes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, impondo-se o desprovimento dos pedidos, mantendo-se inalterado o posicionamento deste Tribunal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I; e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao Gabinete do Relator, propondo:

a) conhecer dos recursos interpostos e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte aos recorrentes e à Procuradoria da República no Estado do Acre.

TCU / Secretaria de Recursos / 2ª Diretoria, em 17 de abril de 2018.

[assinado eletronicamente]

Juliana Cardoso Soares
AUFC – mat. 6505-6