

VOTO

Apreciam-se nesta oportunidade Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Isaac Gomes da Silva Junior (Peça 94), contra o Acórdão 5.287/2019-TCU-2ª Câmara (Peça 77), que conheceu do Recurso de Reconsideração interposto pelo responsável, conjuntamente, com Sr. Francisco Aécio Alves da Nóbrega para, no mérito, negar-lhe provimento.

2. Preliminarmente, registro que, conforme alega o representante do embargante, o advogado Rafael Mota Reis (OAB/CE 27.985), o Ofício de Notificação 11367/2019-TCU/Seproc (Peça 85), de 14/11/2019, foi destinado à advogada Alanna Castelo Branco Alencar (OAB/CE 6.854).

3. A procuração com o substabelecimento ao advogado Rafael Mota Reis, datada de 6/8/2019, comprovadamente entregue a este Tribunal (protocolo à Peça 92), contendo, de fato, pedido expresso para que as comunicações se fizessem em nome do aludido causídico, só foi juntada aos autos em 6/12/2019 (Peça 91), sendo esta, com certeza, a razão para não ter sido cumprido o pedido do causídico.

4. Considerando a ocorrência narrada e o fato de não haver orientação regimental para que, em circunstância como esta, haja nova expedição de notificação e considerando, ainda, a intempestividade de apenas um dia, se for considerada a data da notificação endereçada à anterior representante do embargante, recebida por esta em 28/11/2019 (Peça 89), sendo o prazo final para oposição de Embargos o dia 9/12/2020 e a peça recursal protocolada em 10/12/2019, entendo que não há óbice para o conhecimento dos presentes Embargos, porquanto atendidos os demais requisitos gerais dos recursos (art. 34, § 1º, da Lei 8.443/1992), observando-se a legitimidade do embargante, o interesse em recorrer e a adequação do documento. Além de objetivar corrigir omissão e contradição do acórdão recorrido, enquadrando-se nas hipóteses do **caput** do artigo mencionado.

5. Quanto ao mérito, o embargante alega, em apertada síntese:

a) a existência de contradições, omissões e erros de fato contidas na decisão embargada, pois, apesar de esta Corte entender que houve a efetiva construção do empreendimento, manteve a condenação do Embargante como parte legítima a atrair responsabilidade sobre os atos tidos por irregulares;

b) que o Acórdão prolatado foi contraditório, passo que entendeu pela responsabilização do embargante no julgamento das contas como irregulares, notadamente por acreditar que a emissão da licença de operação do aterro demonstra a efetiva construção do empreendimento, e sua operação em total funcionamento, mas afirmar que o convênio não atingiu o objeto avençado;

c) que houve omissão no julgado, porquanto não foram apreciados os argumentos e documentos hábeis a provar que o convênio foi executado em 100% (cem por cento) do avençado, notadamente pela apresentação de memorial fotográfico e croquis, demonstrativos contábeis, recortes do projeto e relatório de vistoria técnica;

d) que houve obscuridade no julgado, posto que o Voto condutor aduz, expressamente, que há elementos a ensejar raciocínio dedutivo em favor do Embargante (notadamente pela construção e operação do empreendimento), mas entender pela desnecessidade de realização de inspeção ou auditoria;

e) que o Recurso de Reconsideração interposto demonstrou cabalmente a efetiva construção e operação do aterro sanitário objeto do convênio firmado e a ausência de fiscalização/auditoria **in loco** apta a atestar entendimento em contrário;

f) que os fundamentos que justificaram o não provimento do Recurso de Reconsideração, que transcreve na peça recursal precedente, não guardam atenção ao Princípio da Verdade Real, notadamente pela existência de omissões, contradições e obscuridades;

g) que a sua atuação no convênio em referência se resume, tão somente, à assinatura, não havendo praticado qualquer ato de gestão;

h) que o objeto do convênio (construção de aterro sanitário) foi efetivamente realizado, inclusive com licença de operação concedida;

i) que o Acórdão prolatado seria contraditório, passo que entendeu que os recorrentes tenham alegado e apresentado documentos hábeis a comprovar que o aterro, objeto do convênio em deslinde, foi construído e entrou em operação, julgou no mérito, irregulares as contas prestadas;

j) que se este Tribunal aceita que há indícios suficientes de que houve a construção da obra, e que o aterro sanitário está em efetiva operação, questiona qual documento a mais seria necessário para provar a regularidade da execução do Convênio;

l) que o Acórdão apresentado, como está, levaria à impossível situação de o recorrente ter que ler/investigar o processo administrativo, deduzir o que tais conteúdos poderiam provar contra si e supor quais elementos poderiam ser aceitos como meios de prova suficientes, embora haja pedido expresso de perícia por fiscalização/auditoria que não foi autorizada por este Tribunal;

m) que, mesmo inescusável o desconhecimento da lei, restou provado a ausência de dolo, de culpa, ou de quaisquer outras leviandades administrativas, eis que resguardada a moralidade e probidade administrativa;

n) que as deficiências apontadas são de responsabilidade, única e exclusivamente, dos gestores que sucederam o recorrente. Assim, relativo aos fatos havidos na sua gestão, ainda que possa haver meros pecados veniais, comportam julgamento de regularidade das contas.

6. Ante os argumentos que apresenta, requer o conhecimento e provimento dos Embargos para o fim de aclarar e integrar o r. Acórdão empregando-lhe efeito modificativo, para que se retire a responsabilidade do recorrente sobre as irregularidades apontadas.

7. Requer, sucessivamente, que se integre a decisão no sentido de não determinar a imputação de débito ao recorrente, ou sua minoração, bem como a não aplicação da multa imposta, ou sua minoração e, em qualquer caso, requer a integração do acórdão, manifestando-se expressamente sobre todos os fundamentos fáticos e jurídicos apresentados pelos Embargantes, notadamente para explicitar os motivos de conveniência e oportunidade para não realizar a perícia, quais documentos estariam aptos a comprovar a regularidade da prestação de contas **sub examen**, já que se denega o direito de ampla defesa na realização de perícia.

8. Por fim, requer que todas as intimações e notificações devem se dar, única e exclusivamente, em nome do advogado Rafael Mota Reis (OAB/CE 27.985), sob pena de nulidade, ante o comando do art. 272, § 5º, do Código de Processo Civil.

9. Feito essa síntese dos argumentos recursais passo a decidir.

10. Ao contrário do alegado pelo embargante, os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), que embasaram o Voto condutor da deliberação embargada, evidenciaram que embora Sr. Isaac Gomes da Silva Junior tenha alegado e apresentado elementos hábeis a comprovar que o aterro, objeto do convênio em deslinde, foi construído e entrou em operação, não logrou estabelecer o nexo de causalidade imprescindível que deve existir entre as despesas havidas e o quantum conveniado, bem como a execução da integralidade do objeto.

11. Nesse sentido, o Relatório que conduziu ao Acórdão 5.287/2019-2ª Câmara (Peça 77) dispôs:

“[...] 6.15. A par dos registros fotográficos e das informações de que a obra foi regularmente executada, exsurge como principal argumento para afastar a responsabilidade dos recorrentes a emissão da Licença de Operação nº 91/2014, expedida pela Semace, cuja atuação teria induzido certas alterações na execução do projeto.

6.16. Por oportuno, reproduz-se excerto da instrução da Unidade Técnica sobre o assunto (peça 32, p. 8/9):

56. Especificamente sobre a licença de operação (peças 23, p. 43-45 e 25, p. 45-47), é relevante destacar que esse documento trata da operacionalização de aterro sanitário no município de Mauriti, localizado no Sítio Mandassaia, contemplando a utilização de duas trincheiras e uma vala séptica, bem como uma sede administrativa e uma balança rodoviária com capacidade mínima para pesagem de 50 toneladas (peça 23, p. 43 e peça 25, p. 45).

57. Conforme informa o sítio eletrônico da Secretaria de Meio Ambiente do estado (endereço eletrônico: <<http://www.semace.ce.gov.br/tipos-de-licenca-e-autorizacao-prazos-de-validade-erenovacao/?pai=11>>), a licença de operação autoriza a operação da atividade, obra ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento das exigências das licenças anteriores, bem como do adequado funcionamento das medidas de controle ambiental, equipamentos de controle de poluição e demais condicionantes determinados para a operação.

58. Sobre a foto da placa contendo registro de tal licença emitida pela Semace (peça 23, p. 38 e peça 25, p. 40), verifica-se que tanto o número da licença (91/2014) quanto o número do processo na Semace (5729394/2013) correspondem aos informados na Licença de Operação (peça 23, p. 43 e peça 25, p. 45). Tal correspondência traz robustez ao registro fotográfico e ao argumento de que o órgão competente (Semace) considerou que o aterro estava em condições de funcionamento.

59. Ainda sobre a eventual existência e funcionamento do mencionado aterro, reportagem de agosto de 2014, que tratava de diagnóstico realizado pelo Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente do Ceará (Conpam) acerca da política de resíduos sólidos naquele estado, informou que dos 184 municípios cearenses, apenas dez destinavam os resíduos sólidos a aterros sanitários, sendo um destes o município de Mauriti/CE (sítio: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2014/08/com-prazo-esgotado-ceara-ainda-tem-280-lixoes-em-funcionamento.html>).

60. Considerando os variados registros fotográficos trazidos nestes autos, a licença de operação expedida por órgão competente, bem como a menção em reportagem de que havia aterro sanitário operante no município de Mauriti/CE, é razoável concluir que o aterro, objeto do convênio em deslinde, foi construído e entrou em operação.

61. Ocorre que as defesas não trouxeram documentos capazes de atestar que os valores relacionados ao percentual de inexecução apontado na citação foram devidamente utilizados no objeto do Convênio 2.556/2005. Assim, não foi estabelecida relação entre parte dos recursos federais repassados e a execução do aterro sanitário em tal municipalidade. (grifo nosso)

62. Assim sendo, verifica-se a necessidade de nexos de causalidade entre a execução física e a execução financeira do ajuste, não bastando que o objeto do convênio seja executado. Sobre a correlação entre a execução física e a execução, convém trazer o sumário do Acórdão 3223/2017-TCU-Segunda Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer (destaques inseridos):

A comprovação da boa e regular aplicação de recursos públicos transferidos mediante convênio e outros instrumentos congêneres evidencia-se mediante a execução física e a execução financeira da avença, acompanhada do nexos de causalidade entre uma e outra. **A execução física do convênio, por si só, não confere regularidade aos gastos efetuados, pois é preciso atestar que as ações foram custeadas com recursos do ajuste**, em escorrelta execução financeira, sob pena de não se confirmar o nexos de causalidade entre as despesas realizadas e a verba federal recebida.

63. Ao se constatar que não há nos autos elementos que permitam estabelecer nexos de causalidade entre parte dos recursos federais repassados, conclui-se que tais valores devem ser ressarcidos ao Erário Federal. Em consonância ao apontado na instrução preliminar, tal ressarcimento deve recair tanto ao ordenador de despesas quanto ao responsável por fiscalizar a execução da obra.

6.17. Não se descarta que a execução da obra **foi atestada parcialmente** (83%), tanto assim que a ausência de dois itens (estação elevatória e linha de recalque), além de pendências identificadas, não impediram que o aterro sanitário recebesse resíduos sólidos, conforme já informado no subitem 5.4 desta.

6.18. E exatamente por essa razão que só foram glosados R\$ 50.034,03, referentes aos serviços não executados ou àqueles executados fora das especificações técnicas. Considerou-se, portanto, que os serviços referentes aos primeiro e segundo repasses foram aceitos, porquanto obedeceram a essas especificações, as quais orientavam a perfeita execução da obra conveniada.

[...]

7.5 Ademais, é consabida a jurisprudência do TCU no sentido de que a existência física do objeto, por si só, não constitui elemento apto a comprovar a regular aplicação dos recursos federais repassados por meio de convênio ou instrumento congêneres, quando não ficar caracterizado o nexos de causalidade entre os recursos federais repassados e as despesas com o objeto do ajuste (v. g. Acórdãos 2675/2012 – Plenário, Relator Ministro José Múcio; 3927/2008 – 2ª Câmara, Relator Ministro Ubiratan Aguiar; 1477/2012 – 2ª Câmara, Relator Ministra Ana Arraes; e 755/2012 – 1ª Câmara, Relator Ministro Walton Alencar).

7.6. Por isso mesmo, compete ao responsável prestar contas da integralidade das verbas federais recebidas, cabendo-lhe o ônus da prova quanto à boa e regular aplicação desses recursos. Em outras palavras, deve o gestor demonstrar, por meio de notas fiscais, recibos, procedimentos licitatórios, contratos, extratos bancários, cópias de cheques e ordens de pagamento, que a obra foi executada com os recursos destinados pelo ajuste (v. g. Acórdãos 1.395/2015 – 1ª Câmara; 852/2014 – 2ª Câmara).

7.7. Assim, porque incompleta a obra realizada, sem a necessária demonstração do nexo de causalidade entre as despesas realizadas e os recursos recebidos via convênio, deve ser mantida a condenação dos recorrentes a ressarcir aos cofres da Funasa pelos valores referentes aos serviços não executados. [...]”

12. Não prospera também o argumento de que houve omissão no julgado, por não apreciar os argumentos e documentos apresentados como hábeis a provar que o convênio foi executado em 100% (cem por cento) do avençado, que seriam o memorial fotográfico e croquis, demonstrativos contábeis, recortes do projeto e relatório de vistoria técnica. Tais elementos foram analisados e valorados nos pareceres acolhidos como razão de decidir do relator, bem como no Voto condutor da deliberação embargada, conforme excerto que reproduzo:

“[...] No que tange à análise das razões recursais apresentadas pelos recorrentes, em especial sobre as declarações e os registros fotográficos trazidos como forma de atestar a execução do objeto conveniado, ressalte-se que a jurisprudência pacífica do TCU, em relação à força probante de registros fotográficos ou mesmo de declarações, aponta no sentido de que possuem valor probatório mitigado, mormente quando desacompanhados de documentos capazes de estabelecer o nexo causal entre os recursos da União recebidos e as despesas incorridas na execução do objeto do convênio (v. g. Acórdãos 7200/2018 – 2ª Câmara, Relator Ministro-substituto Marcos Bemquerer; 9953/2016 – 2ª Câmara, Relator Ministro-substituto André de Carvalho; 2986/2016 – 1ª Câmara, Relator Ministro Bruno Dantas).

6.13. De fato, fotografias por si só podem, eventualmente, sinalizar que o objeto fora executado, ainda que parcialmente, porém, não informam quando e com que recursos ele foi realizado. Por essa razão, para a comprovação da regular aplicação dos recursos de convênios, a legislação exige uma série de documentos (art. 28 e 30 da IN 1 STN/1997), sendo as fotografias apenas complementares para tal comprovação.

6.14. E mesmo que a obra tivesse sido integralmente concluída, o que, repise-se, não foi o caso, não haveria contradição alguma no fato de admitir-se que as fotos acostadas pelos recorrentes poderiam comprovar a conclusão da obra, e, ainda assim, requerer-se a devolução dos recursos, porquanto não comprovado o nexo de causalidade entre os recursos do convênio e sua aplicação na construção do aterro sanitário do Município de Mauriti – CE. [...]”

13. No que se refere ao não acolhimento da solicitação de auditoria, o Voto foi claro ao afirmar que não é obrigação desta Corte de Contas fazer fiscalização a pedido dos responsáveis. O Tribunal é quem decide por promovê-las segundo juízo de conveniência e oportunidade, nas situações em que for determinante sua realização, ou então, por Solicitação do Congresso Nacional.

14. As normas que regulam o processo de controle externo não concedem ao responsável a faculdade de solicitar produção de provas ao TCU, como a colheita de depoimentos ou realização de perícias e diligências. O Tribunal deve julgar, com base nas provas documentais constantes dos autos, reunidas pelos órgãos de controle interno e pela unidade técnica, em confronto com aquelas produzidas e apresentadas pelo responsável em sua peça de defesa (ver Acórdão 3.535/2015-2ª Câmara).

15. Não é demais registrar que cabe a quem utilize recursos públicos federais o ônus de demonstrar seu bom e regular emprego, nos termos dos arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal.

16. Além disso, as vistorias/perícias do órgão concedente devem ser validadas e valorizadas, em regra. Esse é o caso destes autos, por se constatar que o órgão concedente fez vistoria no dia 23/10/2014 nas obras relativas ao convênio e não comprovou a execução integral do ajuste, verificando a existência de pendência em relação ao plano de trabalho. Para clarear, transcrevo trecho

do Relatório condutor da deliberação embargada:

“[...] O fato de o TCU não ter realizado inspeção *in loco* não descaracteriza os fatos constatados pela equipe técnica da Funasa, que, por medição realizada por ocasião de visita técnica no dia 23/10/2014, apontou que o total dos serviços executados foi de R\$ 274.222,44 (peça 1, p. 109), bem como a ausência de dois itens (estação elevatória e linha de recalque), além de pendências identificadas, as quais não impediram que o aterro sanitário recebesse resíduos sólidos, conforme atesta a fotografia constante da peça 1 (p. 149).

5.5. Consoante bem anotado pela Secex/MT, a aprovação da primeira e da segunda parcelas repassadas pela convenente exsurge dos seus relatórios técnicos de visita técnica a cargo da Funasa, os quais demonstraram a execução dos serviços em conformidade com as exigências técnicas, restando inconclusa a última etapa, referente ao terceiro repasse, razão pela qual foi glosado o valor de R\$ 50.034,03, pelos serviços não executados ou executados fora das especificações técnicas. [...]”.

17. O argumento referente à ausência de dolo ou de culpa, não foi objeto de análise no âmbito do Recurso de Reconsideração pelo fato de não ter sido apresentado nas razões recursais. Independentemente disso, a questão foi corretamente abordada no Relatório condutor da deliberação **a quo**, nos seguintes termos (Peça 45):

“[...] considerando a necessidade de ressarcimento de tais valores, propõe-se que tal ressarcimento recaia tanto ao ordenador de despesas quanto ao responsável por fiscalizar a execução da obra (item 61). Sendo assim, não havendo nos autos elementos que demonstrem a boa-fé dos responsáveis ou a ocorrência de outras excludentes de culpabilidade, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno, propõe-se que sejam julgadas irregulares as contas dos Srs. Isaac Gomes da Silva Júnior e Francisco Aécio Alves da Nóbrega (item 62), procedendo-se à condenação solidária em débito no montante original de R\$ 50.034,03, equivalente a 16,46% adimplidos com recursos federais e não executados, e à aplicação da multa individual prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992. [...]”.

18. Por fim, quanto ao argumento de que as deficiências apontadas são de responsabilidade, única e exclusivamente, dos gestores que sucederam o recorrente, este é inovação recursal, matéria que não pode ser analisada na seara estreita de Embargos de Declaração, por ser rediscussão de mérito. Além disso, a argumentação do Sr. Isaac Gomes da Silva Júnior de que este meramente assinou o termo do convênio, havendo ausência de responsabilidade em decorrência de que outros atos haviam sido praticados por outros servidores, foi objeto de análise no âmbito da deliberação **a quo** e rechaçada, visto que, enquanto signatário do ajuste, o então gestor municipal era o responsável pela correta aplicação dos recursos transferidos.

19. Registro, por fim, que as comunicações processuais devem ser feitas em nome do advogado Rafael Mota Reis (OAB/CE nº 27.985).

20. Com essas considerações sou de opinião que os Embargos devem ser conhecidos e não providos, eis que não restou comprovada a existência de qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação desta 2ª Câmara.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de maio de 2020.

AROLDO CEDRAZ
Relator