

GRUPO I – CLASSE II – Segunda Câmara

TC 021.530/2017-3

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Município de Bela Cruz - CE

Responsáveis: Construtora Osterno Ltda. (08.923.436/0001-64); Daniel Adriano Pinto (968.382.723-34); e Eliésio Rocha Adriano (576.699.458-34)

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. MELHORIA DA INFRAESTRUTURA DA REDE FÍSICA ESCOLAR MEDIANTE CONSTRUÇÃO DE ESCOLAS. PROGRAMA NACIONAL DE REESTRUTURAÇÃO E APARELHAGEM DA REDE ESCOLAR PÚBLICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL – PROINFÂNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS TRANSFERIDOS. DESCONFORMIDADES TÉCNICAS. CITAÇÃO. REVELIA DA CONSTRUTORA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA APRESENTADAS PELO EX-PREFEITO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA.

RELATÓRIO

Por registrar as principais ocorrências do andamento do processo até o momento, resumindo os fundamentos das peças acostadas aos autos, adoto como relatório, com os ajustes necessários, a instrução da secretaria responsável pela análise da demanda (peça 94), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 95-96) e do Ministério Público junto ao TCU (peça 97):

“INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, em desfavor de Eliésio Rocha Adriano, Prefeito Municipal no período de 1º/1/2005 a 31/12/2008, e de Daniel Adriano Pinto, Prefeito Municipal no período de 14/6/2010 a 31/12/2012, em razão de irregularidades identificadas na prestação de contas do Convênio 710.045/2008 – Siafi 625.151 (peça 3, p. 67-78).

2. O objeto do convênio foi conceder apoio financeiro para o desenvolvimento de ações que visam proporcionar, à sociedade, a melhoria da infraestrutura da rede física escolar, com a construção de escola(s), conforme estabelece o Programa Nacional de Reestruturação e Aparelhagem da Rede Escolar Pública de Educação Infantil - PROINFÂNCIA.

HISTÓRICO

3. O Convênio 710.045/2008 foi inicialmente firmado no valor de R\$ 707.070,71, que posteriormente foi alterado para R\$ 965.200,00, por intermédio do Terceiro Termo Aditivo (peça 4, p. 72-74), sendo R\$ 950.000,00 à conta do concedente e R\$ 15.200,00 de contrapartida do conveniente. Teve vigência de 27/5/2008 a 7/11/2011, conforme prorrogações até o quinto Termo Aditivo (peça 4, p. 13-14, 34-35, 96-97 e 120-121), e previa a apresentação da prestação de contas até 5/1/2012 e, posteriormente até 16/1/2015, em razão do disposto na Resolução-CD/FNDE 2/2012, de 18/1/2012 (peça 6, p. 268).

4. Os recursos federais previstos para implementação do ajuste foram transferidos mediante as Ordens Bancárias 2008OB710050, de 1/7/2008, no valor de R\$ 700.000,00 e, 2011OB702557, de 1/6/2011, no valor de R\$ 250.000,00, e foram creditados na conta 16.472-0, da agência 2851-7, do Banco do Brasil, em 3/7/2008 e em 3/6/2011, respectivamente (peça 4, p. 126 e peça 5, p. 10 e 83).

5. O fundamento para a instauração da Tomada de Contas Especial, conforme consignado no Relatório de TCE 133/2016 (peça 7, p. 162), foi a constatação da seguinte irregularidade:

‘Irregularidade na execução dos recursos: Divergências de serviços, quantitativos, qualitativos ou técnicos; e serviços trocados com valor a devolver.’

6. Os responsáveis arrolados na fase interna foram devidamente comunicados e, diante da ausência de justificativas suficientes para elidir a irregularidade e da não devolução dos recursos, instaurou-se a tomada de contas especial.

7. No relatório (peça 7, p. 161-172), o tomador de contas concluiu que o prejuízo importaria no valor original de R\$ 151.443,23, imputando-se a responsabilidade a Eliésio Rocha Adriano, Prefeito Municipal no período de 1/1/2005 a 31/12/2008, e a Daniel Adriano Pinto, Prefeito Municipal no período de 14/6/2010 a 31/12/2012, na condição de gestores dos recursos.

8. A individualização do dano foi caracterizada pelo tomador de contas, nos seguintes termos (peça 7, p. 166):

‘1º - Débitos de responsabilidade de Eliésio Rocha Adriano:

- Lage L48 entre bloco administrativo e o pátio central, não executado - R\$ 279,18;
- Vigas VC21 e VC29 da passarela, não executadas - R\$ 355,52;
- Vigas VC27 e VC29 de sustentação da lage L48, não executadas - R\$ 386,85;
- Vergas contínuas no perímetro da edificação, não executadas - R\$ 5.061,60.

Total: R\$ 6.083,15 - Data do evento - 01/07/2008.

2º - Débitos de responsabilidade de Daniel Adriano Pinto:

- Demais valores apurados;

Total: R\$ 151.443,23 - Data do evento - 01/06/2011.’

8. Em 22/6/2017, a Controladoria-Geral da União emitiu o relatório de auditoria (peça 8, p. 1-5), em concordância com o relatório do tomador de contas. O certificado de auditoria e o parecer do dirigente do órgão de controle interno concluíram pela irregularidade das presentes contas (peças 8, p. 6-9).

9. Em 6/7/2017, o Ministro responsável pela área atestou haver tomado conhecimento das conclusões contidas no relatório e certificado de auditoria, bem como do parecer conclusivo do dirigente do órgão de controle interno, manifestando-se pela irregularidade das contas, e determinou o encaminhamento do processo ao Tribunal de Contas da União (peça 9).

10. Na instrução inicial (peça 13), foram propostas diligências ao Banco do Brasil S/A, ao FNDE e ao município de Bela Cruz/CE.

11. Após análise dos documentos encaminhados em resposta às diligências, em instrução de peça 45, constatou-se que a empresa executora da obra foi a Construtora Osterno Ltda. (08.923.436/0001-64), e a assinatura do contrato ocorreu em 2/6/2008 (peça 6, p. 113-115).

12. O Parecer Técnico de Engenharia 008/2011 (peça 4, p. 128-136) consignou uma série de inconformidades verificadas na obra, suficientes para se concluir que o empreendimento não poderia ter sequência, sem que fossem corrigidos os graves problemas apontados.

13. Por conta disso, o FNDE sugeriu a rescisão imediata do ajuste e a instauração da competente tomada de contas especial (peça 4, p. 150-151).

14. Em 5/8/2011, o FNDE publicou o Aviso de Rescisão do Convênio 710.045/2008, no Diário Oficial da União (peça 4, p. 153).

15. O Parecer Técnico de Execução Física de Objeto Financiado (peça 6, p. 80-88) concluiu que o objeto executado estava aprovado parcialmente, sendo que as divergências que causaram prejuízo ao erário deveriam ser ressarcidas, no valor principal de R\$ 157.526,38, conforme a seguir especificado:

a) serviço trocado de caixas d'água, com valor a devolver de R\$ 43.474,57 (item 4.7, do referido Parecer), ressaltando-se que os custos unitários foram retirados da planilha pactuada; e

b) serviços executados em desconformidade técnica, quantitativa ou qualitativa, no valor total de R\$ 114.051,81 (item 4.10, do referido Parecer), ressaltando-se que os custos unitários foram retirados da planilha pactuada.

16. O Parecer 312/2015 (peça 7, p. 77-84) concluiu pela não aprovação do valor de R\$ 157.526,38.

17. A execução da obra se estendeu no período de 2008 a 2012, e os pagamentos teriam ocorrido entre 2008 e 2011.

18. A responsabilidade pelas irregularidades caberia a todos os gestores que geriram os recursos públicos durante o período de vigência do convênio, qual seja, de 27/5/2008 a 7/11/2011, incluindo a data final para a prestação de contas que expirou em 16/1/2015.

19. Os ex-prefeitos que atuaram durante a execução do convênio em tela foram os seguintes:

Nome	Período de gestão
Eliésio Rocha Adriano	de 1/1/2005 a 31/12/2008
Pedro Rogério Moraes	de 1/1/2009 a 13/6/2010
Daniel Adriano Pinto	de 14/6/2010 a 31/12/2012
Carlos Antônio Vasconcelos Carvalho	de 1/1/2013 a 31/12/2016

20. De acordo com o item 25, do relatório do tomador de contas (peça 7, p. 166-167), o débito de responsabilidade de Eliésio Rocha Adriano corresponderia a R\$ 6.083,15, em 1/7/2008, e o débito de responsabilidade de Daniel Adriano Pinto corresponderia a R\$ 151.443,23, em 1/6/2011.

21. Durante a gestão de Pedro Rogério Moraes não houve movimentação financeira, conforme extratos bancários (peça 37, p. 29-34), e o prazo final para a prestação de contas foi posterior ao final do mandato desse ex-gestor. Assim, entendeu-se que não caberia a responsabilização de Pedro Rogério Moraes.

22. Tendo em vista que o repasse dos recursos se deu inteiramente nos mandatos anteriores ao de Carlos Antônio Vasconcelos Carvalho, e considerando que esse ex-gestor adotou medidas judiciais com vistas ao ressarcimento dos valores repassados, entendeu-se que não caberia a responsabilização de Carlos Antônio Vasconcelos Carvalho.

23. Eliésio Rocha Adriano recolheu o valor de R\$ 15.445,58, em 29/8/2017 (peça 11, p. 6-7) a fim de sanar a irregularidade a ele imputada.

24. Desse modo, considerou-se que o recolhimento foi suficiente para quitação do débito sob a sua responsabilidade, conforme cálculo efetuado no Sistema de Demonstrativo de Débito do TCU (peça 11, p. 10-11), e que não seria promovida a sua citação.

25. Nessa mesma instrução de peça 45, entendeu-se que a sociedade empresária Construtora Osterno Ltda. concorreu para a ocorrência do débito, e deveria responder solidariamente com Daniel Adriano Pinto, e os valores desse débito seriam obtidos dos últimos recebimentos pela empresa, até o limite total do dano apurado.

26. Ademais, foi ainda considerado um débito adicional de responsabilidade exclusiva de Daniel Adriano Pinto, referente à atualização monetária entre a data de recebimento da última parcela do FNDE e as datas de pagamento consideradas para o débito solidário.

27. Dessa forma, analisando-se os documentos nos autos, concluiu-se pela necessidade de

realização de citação para a irregularidade abaixo:

‘27.1. **Irregularidade 1:** Não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos, em razão da ausência de documentos exigidos na prestação de contas que permitissem a formação de juízo quanto à regular execução físico-financeira do objeto do Convênio 710.045/2008 - Siafi 625.151.

27.1.1. Evidência da irregularidade: documento técnico presente na peça 13.

27.1.2. Normas infringidas: art. 37, *caput*, c/c o art. 70, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil; art. 93, do Decreto-lei 200/1967; art. 66, do Decreto 93.872/1986; e art. 28, da IN STN 1/1997.

27.1.3. Débitos relacionados somente ao responsável Daniel Adriano Pinto:

Data de ocorrência	Valor histórico (R\$)	Débito/Crédito
1º/6/2011	151.443,23	D
4/5/2012	23.978,11	C
17/2/2012	76.430,58	C
9/11/2011	51.034,54	C

27.1.4. Débitos relacionados aos responsáveis Daniel Adriano Pinto e Construtora Osterno Ltda.:

Data de ocorrência	Valor histórico (R\$)
4/5/2012	23.978,11
17/2/2012	76.430,58
9/11/2011	51.034,54

27.1.5. Cofre credor: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

27.1.6. **Responsável 1:** Daniel Adriano Pinto.

27.1.6.1. **Conduta:** Não comprovar, mediante documentação hábil, prevista nos termos do Convênio 710168/2008, a regularidade na aplicação dos recursos federais transferidos.

27.1.6.2. Nexo de causalidade: A conduta do gestor, ao não apresentar documentação consistente a título de prestação de contas, impossibilitou que o responsável comprovasse a regular aplicação dos recursos do Convênio 710168/2008, decorrendo desse fato a caracterização do prejuízo do Erário.

27.1.6.3. Culpabilidade: Não há elementos para presumir a boa-fé do responsável. Não restou evidenciado que o responsável tenha praticado os atos irregulares, após consulta prévia a órgãos técnicos, ou respaldado em pareceres técnicos. É razoável supor que conhecia de suas obrigações, e que deveria ter consciência da ilicitude que praticara. É razoável exigir conduta diversa do responsável, isto é, o responsável deveria ter comprovado a boa e regular aplicação dos recursos do convênio.

27.1.7. **Responsável 2:** Construtora Osterno Ltda.

27.1.7.1. **Conduta:** Receber os recursos financeiros do Convênio 710.045/2008, Siafi 625.151, sem oferecer a devida contraprestação em bens e serviços, que permitam aferir a regularidade na aplicação dos recursos federais transferidos.

27.1.7.2. Nexo de causalidade: A existência de indícios de irregularidade na execução da obra/serviços pagos e a ausência da respectiva documentação probatória da aplicação regular dos recursos transferidos ao município deu causa à impugnação parcial das despesas realizadas e a consequente constatação do dano ao erário.

27.1.7.3. Culpabilidade: A boa-fé não pode ser avaliada em relação às pessoas jurídicas. Entretanto, ao receber os recursos indevidamente, a empresa deve ser chamada para esclarecer os indícios de ilegalidade na aplicação dos recursos públicos.

27.1.8. Encaminhamento: citação.

28. Em cumprimento ao pronunciamento da unidade (peça 46), foi efetuada a citação dos responsáveis, nos moldes adiante:

a) Sr. Daniel Adriano Pinto - promovida a citação do responsável, conforme delineado adiante:

Comunicação: Ofício 2582/2018-TCU/Secex-MG (peça 83)

Data da Expedição: 24/12/2018

Data da Ciência: 7/1/2019 (peça 84)

Nome Recebedor: **Ronaldo Alves**

Observação: Ofício enviado para o endereço do responsável, conforme pesquisa de endereço no sistema CPF da Receita Federal (peça 93)

Fim do prazo para a defesa: 22/1/2019

b) Construtora Osterno Ltda. - promovida a citação do responsável, conforme delineado adiante:

Comunicação: Ofício 1950/2018-TCU/Secex-MG (peça 61)

Data da Expedição: 31/8/2018

Data da Ciência: 5/9/2018 (peça 81)

Nome Recebedor: **Misael Alves**

Observação: Ofício enviado para o endereço do responsável, conforme pesquisa de endereço no sistema CNPJ da Receita Federal (peça 57)

Fim do prazo para a defesa: 20/9/2018

29. Transcorrido o prazo regimental, o responsável Daniel Adriano Pinto apresentou defesa, conforme documentos de peças 88 a 91, e a responsável Construtora Osterno Ltda. permaneceu silente, devendo ser considerada revel, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DE PROCEDIBILIDADE DA IN-TCU 71/2012

Apreciação do Prejuízo ao Contraditório e Ampla Defesa

30. Verifica-se que não houve o transcurso de mais de dez anos desde o fato gerador sem que tenha havido a notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa federal competente (art. 6º, inciso II, c/c art. 19, da IN-TCU 71/2012, modificada pela IN-TCU 76/2016), uma vez que o fato gerador da irregularidade sancionada ocorreu nos exercícios de 2011 e 2012, e os responsáveis foram notificados sobre a irregularidade, pela autoridade administrativa competente, conforme abaixo:

30.1. Daniel Adriano Pinto, por meio do ofício acostado à peça 7, p. 53-56, recebido em 28/8/2015, conforme AR (peça 7, p. 71); e

30.2. Construtora Osterno Ltda., por meio do ofício acostado à peça 61, recebido em 5/9/2018, conforme AR (peça 81).

Valor de Constituição da TCE

31. Verifica-se, ainda, que o valor atualizado do débito apurado (sem juros), em 1/1/2017, é de R\$ 218.229,69, portanto, superior ao limite mínimo de R\$ 100.000,00, na forma estabelecida conforme os arts. 6º, inciso I, e 19, da IN-TCU 71/2012, modificada pela IN-TCU 76/2016.

OUTROS PROCESSOS/DÉBITOS NOS SISTEMAS DO TCU COM OS MESMOS RESPONSÁVEIS

32. Informa-se que foi encontrado débito imputável a um dos responsáveis em outro processo no Tribunal.

Responsável	Processo
Daniel Adriano Pinto	011.697/2018-0 (TCE, aberto)

33. A tomada de contas especial está, assim, devidamente constituída e em condição de ser instruída.

EXAME TÉCNICO

34. Passa-se agora ao exame das alegações de defesa apresentadas pelo responsável Daniel Adriano Pinto (peças 88 a 91):

34.1. Manifestação do responsável (peça 88, p. 2-3):

34.1.1. O responsável alega que só se pode nulificar atos quando comprovados os prejuízos deles decorrentes e, no caso concreto, não houve prejuízo para a administração.

34.1.2. Afirma que a boa-fé tem sido enfocada sob uma ótica essencialmente subjetiva, que a percebe como a convicção do agente público que acredita estar agindo de acordo com a lei, ou que a associa à ideia de ignorância ou crença errônea acerca de uma situação regular, e que teria, assim, conotação ‘contrária à fraude e ao dolo’.

34.2. Análise da manifestação do responsável:

34.2.1. As irregularidades aqui tratadas não se referem a questões relacionadas a atos nulos ou anuláveis, mas de serviços executados em desconformidade com o previsto no Convênio 710.045/2008, conforme apontado no Parecer Técnico de Execução Física de Objeto Financiado (peça 6, p. 80-88), e essas desconformidades apontadas pelo FNDE inevitavelmente foram glosadas e geraram prejuízo ao erário e devem ser objeto de ressarcimento.

34.2.2. A alegação de boa-fé no sentido de que acreditava estar agindo de forma legal não é suficiente para afastar a sua responsabilidade, que ficou comprovada nos termos do Parecer Técnico de Execução Física de Objeto Financiado (peça 6, p. 80-88), no qual ficou comprovada a execução de serviços em desconformidade com o previsto no Convênio 710.045/2008.

34.2.3. Nesse documento técnico, restou consignado que a troca do serviço de caixa d’água não foi objeto de aprovação técnica (item 4.7, peça 6, p. 83), e não foi identificado, nos autos, qualquer pedido formulado pelo responsável no sentido de solicitar a alteração no projeto que contemplasse a alteração identificada pelo FNDE.

34.2.4. Nesse ponto, o próprio Termo do Convênio 710.045/2008 é claro no sentido de que o conveniente deve ‘fazer as adaptações no Projeto Básico fornecido pelo FNDE, quando necessárias’ (Cláusula Terceira, inciso II, alínea ‘e’ - peça 3, p. 69), providência não adotada pelo responsável, o que traz a sua responsabilização em razão de sua conduta omissiva.

34.2.5. Quanto aos serviços executados em desconformidade técnica, quantitativa ou qualitativa (item 4.10 do referido Parecer), também não prospera a alegação de que acreditava estar agindo de forma legal, pois o Termo do Convênio 710.045/2008 também previa a obrigação de ‘assegurar a plena execução do objeto deste Convênio, em conformidade com o Plano de Trabalho aprovado e com as normas e procedimentos aplicáveis ao mesmo’ (Cláusula Terceira, inciso II, alínea ‘1’ - peça 3, p. 69), dever não observado pelo responsável que permitiu a execução de serviços não condizentes com o previsto no Plano de Trabalho do ajuste.

34.2.6. Dessa forma, rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas.

34.3. Manifestação do responsável (peça 88, p. 3-4):

34.3.1. O responsável encaminha a alteração do projeto do castelo d’água (*‘as built’*), a ART e a planilha orçamentária referente ao item 4.7, do Parecer Técnico de Execução Física de Objeto Financiado, referente ao serviço trocado de caixas d’água, com valor a devolver de R\$ 43.474,57 (peça 88, p. 13-19), bem como prova das despesas efetuadas relativas ao item 4.10, do mesmo documento técnico, referentes a serviços executados em desconformidade técnica, quantitativa ou qualitativa, no valor total de R\$ 114.051,81 (peças 89 a 91).

34.3.2. Afirma que o castelo d’água foi totalmente construído, por outra modalidade construtiva que se adapta melhor à realidade daquela região.

34.3.3. Esclarece que a terraplanagem foi executada juntamente com o muro de arrimo, uma vez que o terreno era acidentado e não com um pequeno índice de declividade, e que esses serviços, em conjunto com o reservatório elevado, acrescido de outros serviços que especifica,

totalizaram R\$ 134.459,53, e que se encontram totalmente concluídos e em pleno funcionamento.

34.4. Análise da manifestação do responsável:

34.4.1. A documentação encaminhada pelo responsável referente ao serviço trocado de caixas d'água deveria ter sido apresentada na época de execução do ajuste, para que o FNDE pudesse analisar e eventualmente aprovar para, só então, ser executado o serviço, o que não ocorreu no caso concreto.

34.4.2. Esses documentos enviados não possuem data (peça 88, p. 13-19), exceto a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART (peça 88, p. 16), que informa a data de registro em 18/2/2019, bem posterior à execução do ajuste, cuja vigência se encerrou em 7/11/2011, de forma que é questionável a vinculação desses documentos com a suposta execução do serviço trocado de caixas d'água.

34.4.3. Os documentos enviados para comprovar a execução dos serviços identificados pelo FNDE como executados em desconformidade técnica, quantitativa ou qualitativa (item 4.10, do Parecer Técnico de Execução Física de Objeto Financiado - peça 6, p. 80-88) apenas demonstram o aspecto financeiro dessas despesas, mas não tem o condão de afastar as desconformidades relacionadas à sua execução física.

34.4.4. Por fim, a alegação de que os serviços questionados foram totalmente concluídos e se encontram em pleno funcionamento careceu de evidências que comprovassem o alegado.

34.4.5. Dessa forma, rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas.

34.5. Manifestação do responsável (peça 88, p. 4-5):

34.5.1. O responsável alega que o ajuste exorbitou o período de seu mandato, e que cabia ao seu sucessor o dever de prestar contas, e que a aprovação parcial por ausência de documentação suficiente seria de responsabilidade de quem lhe sucedeu.

34.6. Análise da manifestação do responsável:

34.6.1. Não se questiona que o dever de prestar contas recaiu no mandato de Carlos Antônio Vasconcelos Carvalho. O que se discute, no caso concreto, é a comprovação da regularidade em relação ao serviço trocado de caixas d'água e aos serviços executados em desconformidade técnica, quantitativa ou qualitativa (itens 4.7 e 4.10, do Parecer Técnico de Execução Física de Objeto Financiado - peça 6, p. 80-88), realizados durante a gestão do responsável.

34.6.2. Até o presente momento, o responsável não encaminhou documentação hábil que afastasse as irregularidades identificadas, de forma que se rejeitam as alegações de defesa apresentadas.

34.7. Manifestação do responsável (peça 88, p. 5-6):

34.7.1. O responsável alega que a obra foi concluída, encontra-se em pleno funcionamento, a ausência de documentos foi suprida com a documentação enviada em anexo à sua defesa e as supostas desconformidades da parte física já foram devidamente sanadas, de forma que não há razões para macular a completa lisura na execução e nos pagamentos firmados.

34.8. Análise da manifestação do responsável:

34.8.1. Conforme análise já realizada no item 34.4, desta instrução, não restou comprovado que a obra foi concluída e se encontra em pleno funcionamento, assim como que a documentação encaminhada pelo responsável não foi suficiente para afastar as irregularidades em apuração.

34.8.2. Dessa forma, rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas.

34.9. Manifestação do responsável (peça 88, p. 6-7):

34.9.1. O responsável alega que os recursos do ajuste foram aplicados na finalidade a que se destinavam, e não há comprovação ou indício de que houve prejuízo ao erário, e nem evidência de ação ou omissão do responsável, na modalidade culposa ou dolosa, para sua responsabilização.

34.10. Análise da manifestação do responsável:

34.10.1. Conforme análise já realizada no item 34.2, desta instrução, restou comprovado que houve prejuízo ao erário, nos termos dos itens 4.7 e 4.10 do Parecer Técnico de Execução Física de Objeto Financiado (peça 6, p. 80-88), assim como o responsável agiu com culpa ao não submeter as adaptações no Projeto Básico ao FNDE em relação ao serviço trocado de caixa d'água, e ao ter permitido a execução de serviços não condizentes com o previsto no Plano de Trabalho do ajuste.

34.10.2. Dessa forma, rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas.

34.11. Manifestação do responsável (peça 88, p. 7-10):

34.11.1. O responsável alega que, em face da decadência operada por imposição do art. 54 da Lei 9.784/1999, sejam tidas por totalmente improcedentes as acusações administrativas perpetradas em desfavor do responsável, e com o objetivo de conferir, aos administrados, um mínimo que seja de certeza e de segurança jurídica, estabelece-se que não é perpétua a possibilidade de fiscalização dos atos administrativos.

34.11.2. Afirma que o TCU possui um prazo máximo para instaurar tomada de contas especial contra o administrador público, exigindo dele comprovação da regular aplicação das verbas federais repassadas, uma vez que não é razoável que ele permaneça obrigado a provar que aplicou adequadamente verbas públicas mesmo após longos anos. Entende que, caso isso fosse exigido dele, haveria flagrante vulneração dos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, bases do ordenamento jurídico, afinal, é notória a instabilidade jurídica e a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de produção de provas após o decurso de muito tempo.

34.11.3. Por fim, especifica uma série de dispositivos de diversos diplomas legais, para afirmar que o prazo máximo de cinco anos é uma constante para as hipóteses de decadência ou prescrição nas relações como Poder Público, seja por meio de regra geral ou por meio de inúmeras regras específicas.

34.12. Análise da manifestação do responsável:

34.12.1. De início, cumpre esclarecer que não incide a decadência administrativa, prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999, aos processos por meio dos quais o TCU exerce a sua competência constitucional de controle externo, uma vez que há norma específica que disciplina o rito processual do TCU.

34.12.2. A Lei 9.784/1999 estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, sendo também aplicável aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

34.12.3. Entretanto, o Tribunal de Contas da União tem como origens normativas para o desempenho de sua missão a Constituição Federal e a sua Lei Orgânica – Lei 8.443/1992, e quando o TCU estiver no exercício do rol de suas competências constitucionalmente conferidas, não se pode falar em função administrativa, já que se trata de atividade inerente ao Poder Legislativo.

34.12.4. Assim, a Lei 9.784/1999 deve ser aplicada apenas subsidiariamente aos atos desta Corte de Contas, sempre que não houver disposição específica sobre a matéria na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Tribunal.

34.12.5. Assim tem decidido o Tribunal de Contas da União ao afirmar, em diversas deliberações, que não incide a decadência administrativa, prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999, aos processos por meio dos quais o TCU exerce a sua competência constitucional de controle externo (Acórdão 911/2009-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro Marcos Vilela; Acórdão 1.606/2010-TCU-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; Acórdão 1.614/2010-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro José Múcio Monteiro).

34.12.6. Ao tangenciar o tema da prescrição em sua defesa, cumpre esclarecer que a questão da prescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao Erário foi objeto de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado no âmbito desta Corte de Contas, o qual foi julgado pelo Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler (TC 005.378/2000-2).

Por meio desse *decisum*, firmou-se o entendimento segundo o qual são imprescritíveis as ações de ressarcimento por prejuízos gerados ao Erário, em consonância com posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, exarado em sede de Mandado de Segurança (MS 26.210-9/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski). Segue trecho do referido Acórdão:

‘9.1. deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no §4º do art. 5º da IN TCU 56/2007 [vigente à época; sucedida pela IN TCU 71/2012];’

34.12.7. O instituto da prescrição nos processos do TCU obedece ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante ao ressarcimento do prejuízo ao erário, e ao art. 205, da Lei 10.406/2002 (Código Civil), no que se refere à pretensão punitiva. Assim, quanto ao débito, a ação ressarcitória é imprescritível, e quanto à aplicação de sanções, ela prescreve em dez anos, a contar da data de ocorrência das irregularidades (Acórdão 374/2017-TCU-Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas).

34.12.8. Não se aplica, ao caso concreto (pretensão de ressarcimento ao erário fundada em ilícito administrativo), a decisão do Pleno do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG, de relatoria do Ministro Teori Zavaski, que fixou a seguinte tese: ‘É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil’ (acórdão lavrado em 3/2/2016).

34.12.9. Conforme os esclarecimentos do Ministro Benjamin Zymler, consignados no voto que fundamentou o Acórdão 15.686/2018-TCU-1ª Câmara, ‘Embora os membros da Corte Suprema tenham debatido a aplicação do art. 37, § 5º, da CF às ações de improbidade administrativa, a questão não foi resolvida pelo Colegiado do STF, que optou em enfrentar apenas a prescritibilidade de ilícito civil, como o ocorrido em acidente de trânsito, que era o caso concreto que subsidiou a Repercussão Geral 666’.

34.12.10. Ainda sobre o tema, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 852475, com repercussão geral reconhecida (tema 897: prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, reconheceu a imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa. O caso representativo da controvérsia foi o RE 852475, julgado na Sessão de 8/8/2018.

34.12.11. No tocante ao entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento recente do RE 636.886 (tema 899), a respeito da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas, cabe assinalar que a decisão do STF alcança tão somente a fase judicial de execução do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite no TCU, conforme orientação sufragada pelo Acórdão 6.589/2020-TCU-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro. Aliás, da ementa do julgado do STF constou o seguinte:

‘A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).’

34.12.12. Portanto, até o trânsito em julgado do acórdão condenatório do TCU, permanece imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário decorrente da instauração da tomada de contas especial, conforme Enunciado da Súmula 282 do TCU (‘As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis’).

34.12.13. Dessa forma, rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas.

34.13. Manifestação do responsável (peça 88, p. 10-11):

34.13.1. O responsável alega que, mesmo havendo irregularidades e nulidades em contratos firmados entre os entes públicos, o particular não pode ser penalizado em devolver quantia que foi investida em prol do Poder Público, sob pena de assim causar enriquecimento sem causa em favor da Administração Pública.

34.13.2. Por fim, afirma que as apontadas irregularidades, se praticadas, não foram com culpa, até porque a totalidade dos recursos foi efetivamente utilizada na construção da creche.

34.14. Análise da manifestação do responsável:

34.14.1. Conforme análise já realizada no item 34.2, desta instrução, restou comprovado que houve prejuízo ao erário, nos termos dos itens 4.7 e 4.10 do Parecer Técnico de Execução Física de Objeto Financiado (peça 6, p. 80-88), assim como o responsável agiu com culpa ao não submeter as adaptações no Projeto Básico ao FNDE em relação ao serviço trocado de caixa d'água, e ao ter permitido a execução de serviços não condizentes com o previsto no Plano de Trabalho do ajuste.

34.14.2. Dessa forma, rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas.

Da validade das notificações:

35. Em relação à responsável Construtora Osterno Ltda., cumpre tecer breves considerações sobre a forma como são realizadas as comunicações processuais no TCU. A esse respeito, destacam-se o art. 179, do Regimento Interno do TCU (Resolução 155, de 4/12/2002) e o art. 4º, inciso III, § 1º, da Resolução-TCU 170, de 30 de junho de 2004, *in verbis*:

‘Art. 179. A citação, a audiência ou a notificação, bem como a comunicação de diligência, far-se-ão:

I - mediante ciência da parte, efetivada por servidor designado, por meio eletrônico, fac-símile, telegrama ou qualquer outra forma, desde que fique confirmada inequivocamente a entrega da comunicação ao destinatário;

II - mediante carta registrada, com aviso de recebimento que comprove a entrega no endereço do destinatário;

III - por edital publicado no Diário Oficial da União, quando o seu destinatário não for localizado.

(...)

Art. 3º As comunicações serão dirigidas ao responsável, ou ao interessado, ou ao dirigente de órgão ou entidade, ou ao representante legal ou ao procurador constituído nos autos, com poderes expressos no mandato para esse fim, por meio de:

I - correio eletrônico, fac-símile ou telegrama;

II - servidor designado;

III - carta registrada, com aviso de recebimento;

IV - edital publicado no Diário Oficial da União, quando o seu destinatário não for localizado, nas hipóteses em que seja necessário o exercício de defesa.

Art. 4º. Consideram-se entregues as comunicações:

I - efetivadas conforme disposto nos incisos I e II do artigo anterior, mediante confirmação da ciência do destinatário;

II - realizadas na forma prevista no inciso III do artigo anterior, com o retorno do aviso de recebimento, entregue comprovadamente no endereço do destinatário;

III - na data de publicação do edital no Diário Oficial da União, quando realizadas na forma prevista no inciso IV do artigo anterior.

§ 1º O endereço do destinatário deverá ser previamente confirmado mediante consulta aos sistemas disponíveis ao Tribunal ou a outros meios de informação, a qual deverá ser juntada ao respectivo processo.

(...)

36. Bem se vê, portanto, que a validade da citação via postal não depende de que o aviso de recebimento seja assinado pelo próprio destinatário da comunicação, o que dispensa, no caso em

tela, a entrega do AR em ‘mãos próprias’. A exigência da norma é no sentido de o Tribunal verificar se a correspondência foi entregue no endereço correto, residindo aqui a necessidade de certeza inequívoca.

37. Não é outra a orientação da jurisprudência do TCU, conforme se verifica dos julgados a seguir transcritos:

‘São válidas as comunicações processuais entregues, mediante carta registrada, no endereço correto do responsável, não havendo necessidade de que o recebimento seja feito por ele próprio.’ (Acórdão 3.648/2013-TCU-Segunda Câmara, Relator Ministro José Jorge);

‘É prescindível a entrega pessoal das comunicações pelo TCU, razão pela qual não há necessidade de que o aviso de recebimento seja assinado pelo próprio destinatário. Entregando-se a correspondência no endereço correto do destinatário, presume-se o recebimento da citação.’ (Acórdão 1.019/2008-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler);

‘As comunicações do TCU, inclusive as citações, deverão ser realizadas mediante Aviso de Recebimento - AR, via Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, bastando para sua validade que se demonstre que a correspondência foi entregue no endereço correto.’ (Acórdão 1.526/2007-TCU-Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz).

38. A validade do critério de comunicação processual do TCU foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do julgamento do MS-AgR 25.816/DF, por meio do qual se afirmou a desnecessidade da ciência pessoal do interessado, entendendo-se suficiente a comprovação da entrega do ‘AR’ no endereço do destinatário:

‘Ementa: agravo regimental. Mandado de segurança. Desnecessidade de intimação pessoal das decisões do tribunal de contas da união. art. 179 do regimento interno do TCU. Intimação do ato impugnado por carta registrada, iniciado o prazo do art. 18 da lei 1.533/51 da data constante do aviso de recebimento. Decadência reconhecida. Agravo improvido.

O envio de carta registrada com aviso de recebimento está expressamente enumerado entre os meios de comunicação de que dispõe o Tribunal de Contas da União para proceder às suas intimações.

O inciso II do art. 179 do Regimento Interno do TCU é claro ao exigir apenas a comprovação da entrega no endereço do destinatário, bastando o aviso de recebimento simples.’

Da revelia da responsável Construtora Osterno Ltda.

39. No caso vertente, a citação da responsável Construtora Osterno Ltda. se deu em endereço constante no sistema CNPJ da Receita Federal (peça 57). A entrega do ofício de citação nesse endereço ficou inequivocamente comprovada, a teor das peças 61 e 81.

40. Nos processos do TCU, a revelia não leva à presunção de que seriam verdadeiras todas as imputações levantadas contra os responsáveis, diferentemente do que ocorre no processo civil, em que a revelia do réu opera a presunção da verdade dos fatos narrados pelo autor (Acórdão 1.009/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas; Acórdão 2.369/2013-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler; e Acórdão 2.449/2013-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler). Dessa forma, a avaliação da responsabilidade do agente não pode prescindir da prova existente no processo ou para ele carreada.

41. Ao não apresentar sua defesa, a responsável deixou de produzir prova para contestar a irregularidade pela qual responde. Mesmo as alegações de defesa não sendo apresentadas, considerando o princípio da verdade real que rege esta Corte, procurou-se buscar, em manifestações da responsável na fase interna desta Tomada de Contas Especial, se havia algum argumento que pudesse ser aproveitado a seu favor, mas a responsável não se manifestou na fase interna, não havendo, assim, nenhum argumento que possa vir a ser analisado e posteriormente servir para afastar a irregularidade apontada.

42. Dessa forma, deve ser considerada revel, nos termos do art. 12, §3º, da Lei 8.443/1992.

43. Rejeitadas as alegações de defesa apresentadas pelo responsável Daniel Adriano Pinto e diante da revelia da responsável Construtora Osterno Ltda., devem suas contas serem julgadas irregulares, condenando-os ao débito apurado e aplicando-lhes a multa prevista no art. 57, da Lei 8.443/1992.

44. Por fim, considerando que Eliésio Rocha Adriano recolheu o valor de R\$ 15.445,58, em 29/8/2017 (peça 11, p. 6-8), ainda na fase interna desta TCE, a fim de sanar a irregularidade a ele imputada, e não havendo outra irregularidade a ele imputável, deve o mesmo ser excluído da relação processual.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

45. Vale ressaltar que a pretensão punitiva do TCU, conforme Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, que uniformizou a jurisprudência acerca dessa questão, subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205, do Código Civil, que é de dez anos, contado da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189, do Código Civil, sendo este prazo interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da responsável.

46. No caso em exame, não ocorreu a prescrição, uma vez que a irregularidade sancionada ocorreu nos exercícios de 2011 e 2012, e o ato de ordenação da citação ocorreu em 2/7/2018 (peça 46).

CONCLUSÃO

47. Em face da análise promovida na seção 'Exame Técnico', verifica-se que os responsáveis Daniel Adriano Pinto e Construtora Osterno Ltda. não lograram comprovar a boa e regular aplicação dos recursos. Ademais, inexistem nos autos elementos que demonstrem a boa-fé dos responsáveis ou a ocorrência de outras excludentes de culpabilidade.

48. Dessa forma, identificado dano ao erário, deve-se instaurar e julgar o processo de tomada de contas especial para responsabilizar seus agentes causadores, respeitando o direito ao contraditório e à ampla defesa, independentemente de quando ocorreram os atos impugnados.

49. Verifica-se também que não houve a prescrição da pretensão punitiva, conforme análise já realizada.

50. Tendo em vista que não constam dos autos elementos que permitam reconhecer a boa-fé dos responsáveis, sugere-se que as suas contas sejam julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno do TCU, com a imputação do débito atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, nos termos do art. 202, § 1º do Regimento Interno do TCU, descontado o valor eventualmente recolhido, e com a aplicação da multa prevista no art. 57, da Lei 8.443/1992.

51. Por fim, considerando que Eliésio Rocha Adriano recolheu o valor de R\$ 15.445,58, em 29/8/2017 (peça 11, p. 6-8), a fim de sanar a irregularidade a ele imputada, e não havendo outra irregularidade a ele imputável, deve o mesmo ser excluído da relação processual.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

52. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

- a) excluir Eliésio Rocha Adriano (576.699.458-34) da relação processual;
- b) rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo responsável Daniel Adriano Pinto (968.382.723-34);
- c) considerar revel a responsável Construtora Osterno Ltda. (08.923.436/0001-64), para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo, com fulcro no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;
- d) julgar irregulares, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas 'b' e 'c', da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, as contas dos responsáveis Daniel Adriano Pinto (968.382.723-34) e Construtora Osterno Ltda. (08.923.436/0001-64), condenando-os solidariamente ao pagamento das importâncias a seguir especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculadas a partir das datas discriminadas até a data da efetiva

quitação do débito, fixando-lhes o prazo de quinze dias, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, nos termos do art. 23, inciso III, alínea 'a', da citada lei, c/c o art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU.

Débito solidário relacionado aos responsáveis Daniel Adriano Pinto (968.382.723-34) e Construtora Osterno Ltda. (08.923.436/0001-64):

Data de ocorrência	Valor histórico (R\$)
4/5/2012	23.978,11
17/2/2012	76.430,58
9/11/2011	51.034,54

e) condenar o responsável Daniel Adriano Pinto (968.382.723-34) ao pagamento das importâncias a seguir especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculadas a partir das datas discriminadas até a data da efetiva quitação do débito, fixando-lhes o prazo de quinze dias, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, nos termos do art. 23, inciso III, alínea 'a', da citada lei, c/c o art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU.

Débito relacionado ao responsável Daniel Adriano Pinto (968.382.723-34):

Data de ocorrência	Valor histórico (R\$)	Débito/Crédito
1º/6/2011	151.443,23	D
4/5/2012	23.978,11	C
17/2/2012	76.430,58	C
9/11/2011	51.034,54	C

f) aplicar aos responsáveis Daniel Adriano Pinto (968.382.723-34) e Construtora Osterno Ltda. (08.923.436/0001-64), a multa prevista no art. 57, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267, do Regimento Interno do TCU, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido por este Tribunal até a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

g). autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, na forma do disposto no art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

h) autorizar também, desde logo, se requerido, com fundamento no art. 26, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU, o parcelamento das dívidas em até 36 parcelas, incidindo, sobre cada parcela, corrigida monetariamente, os correspondentes acréscimos legais, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem o recolhimento das demais parcelas, devendo incidir, sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, no caso do débito, na forma prevista na legislação em vigor, alertando os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do § 2º do art. 217 do Regimento Interno deste Tribunal;

i) enviar cópia do Acórdão a ser prolatado à Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas cabíveis;

j) enviar cópia do Acórdão que vier a ser proferido ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e aos responsáveis, para ciência;

k) informar à Procuradoria da República no Estado do Ceará, ao Fundo Nacional de

Desenvolvimento da Educação e aos responsáveis que a presente deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamenta, está disponível para a consulta no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, além de esclarecer que, caso requerido, o TCU poderá fornecer sem custos as correspondentes cópias, de forma impressa; e

l) informar à Procuradoria da República no Estado do Ceará que, nos termos do parágrafo único do art. 62 da Resolução TCU 259/2014, os procuradores e membros do Ministério Público credenciados nesta Corte podem acessar os presentes autos de forma eletrônica e automática, ressalvados apenas os casos de eventuais peças classificadas como sigilosas, as quais requerem solicitação formal.”

É o Relatório.