

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara.

TC 012.195/2014-6.

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

Órgão/Entidade: Município de Chapadinha – MA.

Responsáveis: Magno Augusto Bacelar Nunes (595.771.267-15);
Plenus Construções Comércio e Serviços Ltda - ME
(05.347.350/0001-42).

Representação legal: Fabyo Barros Lima (40.955/OAB-DF),
representando Magno Augusto Bacelar Nunes.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONHECIMENTO. RAZÕES RECURSAIS PARCIALMENTE ACOLHIDAS. PROVIMENTO PARCIAL. REFORMADO ITEM DE DÉBITO DO JULGADO RECORRIDO E MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DO ACÓRDÃO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Incluo como parte deste relatório e transcrevo a seguir, a instrução de peça 151, com a qual anuiu o corpo dirigente da Serur:

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Magno Augusto Bacelar Nunes, ex-prefeito do Município de Chapadinha - MA (peça 131) contra o Acórdão 5221/2020 – TCU – 2ª Câmara, Ministra Relatora Ana Arraes (peça 104).

1.1. Reproduz-se a seguir a decisão ora atacada:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 12, § 3º, 16, inciso III, alínea “c” e §§ 2º e 3º, 19, 23, inciso III, 26 e 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, em:

9.1. considerar revel a empresa Plenus Construções, Comércio e Serviços Ltda.;

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas por Magno Augusto Bacelar Nunes;

9.3. julgar irregulares as contas de Magno Augusto Bacelar Nunes e de Plenus Construções, Comércio e Serviços Ltda. - ME, condenando-os, solidariamente, ao recolhimento aos cofres da Fundação Nacional de Saúde das quantias abaixo especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora das datas discriminadas até a data do pagamento:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA
80.000,00	15/8/2007
35.000,00	23/10/2007

9.4. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento da dívida acima imputada;

9.5. autorizar a cobrança judicial da dívida, caso não atendidas as notificações;

9.6. autorizar o pagamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis antes do envio do processo para cobrança judicial;

9.7. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência dos encargos legais sobre o valor de cada parcela;

9.8. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;

9.9. remeter cópia deste acórdão à Fundação Nacional de Saúde e ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado do Maranhão.

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde - Funasa em desfavor de Magno Augusto Bacelar Nunes, ex-prefeito de Chapadinha/MA, (gestão 2005/2008) e da Plenus Construções, Comércio e Serviços Ltda. em razão de não comprovação da aplicação dos recursos repassados à municipalidade, por meio do Convênio 931/2005, que teve como objeto a implantação de sistema de abastecimento de água no povoado de Alagadiço Grande.

2.1. A vigência estabelecida inicialmente foi de 16/12/2005 a 16/12/2006, tendo a execução se estendido a 15/3/2013, com prazo final para prestação de contas em 14/5/2013.

2.2. Para a execução do objeto, de acordo com o Quadro II – Informações Gerais do Convênio, foram previstos R\$ 147.368,43, sendo R\$ 140.000,00 a cargo da União e R\$ 7.368,43 a título de contrapartida municipal. Não obstante o acordado, os recursos federais foram liberados parcialmente, em duas parcelas, no montante de R\$ 112.000,00 (peça 1, p. 171 e 251 e peça 2, p. 88 e 92).

2.3. Na fase interna da prestação de contas, foram constatadas falhas no certame licitatório, tais como erros em planilhas de preços apresentadas pelas empresas, ausência de documentos, documentos emitidos com data posterior à de abertura do certame, bem como a não integralização da contrapartida pactuada, tendo sido utilizada parte dos rendimentos da aplicação financeira.

2.4. O Relatório de Visita Técnica (peça 3, p. 64-72) apurou o percentual executado de 28,4% do total dos recursos previstos, e o Parecer Técnico Parcial (peça 3, p. 76) apontou o percentual de execução física de 0%, pois a conveniente executou a obra em desacordo com o plano de trabalho e especificações técnicas aprovadas, o que levou à recomendação de não aprovação da prestação de contas do convênio.

2.5. Na primeira análise dos autos, a Ministra Relatora acompanhou o entendimento da unidade técnica a respeito das irregularidades no âmbito da presente tomada de contas especial e concluiu que havia fundamentos suficientes para caracterização do débito e aplicação de multa. Em decorrência disso, diante da revelia dos responsáveis e da inexistência de elementos que permitissem concluir pela ocorrência de boa-fé ou de outros excludentes de culpabilidade, propôs que as contas fossem julgadas irregulares, os responsáveis condenados em débito e aplicada a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

2.6. Por meio do Acórdão 8.918/2017-2ª Câmara (peça 40), esta Corte de Contas julgou irregulares as contas dos responsáveis, condenou-os ao recolhimento de débito e aplicou-lhes multa, em razão da inexecução parcial do objeto, com imprestabilidade total da fração executada com os recursos públicos repassados por força do Convênio 931/2005.

2.7. Referido *decisum* foi declarado nulo por meio do Acórdão 5.740/2018-TCU-2ª Câmara (peça 66), em razão de vícios na quantificação e atribuição do débito aos responsáveis em caráter solidário, que foram identificados pelas unidades técnicas deste Tribunal, ouvido o Ministério Público junto ao TCU - MPTCU.

2.8. Em decorrência da anulação do Acórdão 8.918/2017-Câmara, a então Secex/MA elaborou a proposta de nova citação dos arrolados (peças 67-68), objeto de análise do presente processo.

2.9. Após novas propostas da unidade técnica, e ouvido o *Parquet* especializado, por meio de despachos às peças 71 e 73, o Ministro Relator autorizou as citações de Magno Augusto Bacelar Nunes, ex-prefeito, e da empresa de Plenus Construções, Comércio e Serviços Ltda. quanto ao débito imputado, no valor de R\$ 115.000,00 (peças 75-76).

2.10. Apesar de regularmente citada, a empresa ficou-se silente perante esta Corte, caracterizando-se, dessa forma, a sua revelia.

2.11. No que concerne às alegações de defesa de Magno Nunes, a instrução da Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial - SecexTCE inferiu pela sua insuficiência para justificar as ocorrências imputadas.

2.12. A Ministra Relatora Ana Arraes, fundada nas constatações apontadas no relatório de visita técnica e no parecer técnico da Funasa (peça 3, p. 64-76), em que se apurou percentual executado de 28,4% do total de recursos previstos e percentual de execução física de 0% (obra em desacordo com o plano de trabalho), anuiu à proposta da unidade técnica, que opinou pela insuficiência das justificativas apresentadas pelo ex-prefeito e pela configuração da revelia da empresa contratada.

2.13. Dessa forma, a Relatora manifestou-se no sentido de julgar irregulares as contas do Sr. Magno

Nunes e da empresa Plenus Construções e de condená-los, solidariamente, em débito, sem aplicação de multa, em razão da caracterização da prescrição da pretensão punitiva (peça 107).

2.14.O Ministro Raimundo Carreiro entendeu de forma diversa e, em Voto Revisor, verificou ausentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, motivo pelo qual propôs o arquivamento da presente tomada de contas especial, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU (peça 105).

2.15.A Ministra Relatora Ana Arraes, em seu Voto Complementar, reiterou seu entendimento de que, neste caso específico, devem prevalecer as análises efetuadas pela unidade técnica e endossadas pelo Ministério Público junto ao Tribunal (peça 106).

2.16.Desse modo, houve a prolação do acórdão combatido (peça 104).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3.O despacho do Exmo. Ministro Relator Aroldo Cedraz conheceu do Recurso de Reconsideração interposto por Magno Augusto Bacelar Nunes, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 5.221/2020 – TCU – 2ª Câmara, em relação ao recorrente (peça 134).

3.1.Com as vênias de estilo, entende-se, como regra, havendo solidariedade passiva “o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros”, nos termos do art. 1.005, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC). No TCU, tem sido reiterada a aplicação subsidiária da referida disposição do CPC na hipótese de condenação solidária, conforme, por exemplo, os despachos exarados pelos relatores nos processos TC 028.078/2014-4 e 023.274/2009-0 (Min. Bruno Dantas), TC 017.079/2014-4 (Min. Walton Alencar Rodrigues), TC 001.096/2015-0 (Min. Marcos Bemquerer).

3.2.Assim, e em razão da solidariedade atribuída pelo acórdão recorrido, propõe-se o aproveitamento do presente recurso aos demais responsáveis, suspendendo-se os efeitos da condenação para todos os devedores solidários. Esse entendimento merece ser estendido inclusive a outras sanções eventualmente aplicadas, como a multa e o registro no cadastro de responsáveis por contas irregulares, que acompanham o débito solidário.

EXAME DE MÉRITO

4.Constitui objeto do presente recurso verificar:

- a) se houve a ocorrência da prescrição da pretensão de ressarcimento;
- b) se houve cerceamento de defesa;
- c) ausência de provas que apontam a existência da irregularidade.

Prescrição

5.O Sr. Magno Augusto Bacelar Nunes diz que o Supremo Tribunal Federal, enquanto "intérprete autêntico da Constituição", ao julgar em regime de Repercussão Geral o RE 636886, em 20/04/2020, aplicou a prescrição quinquenal à pretensão de ressarcimento ao erário originada de Tribunal de Contas (peça 131, p. 2).

5.1.Relata que o convênio fora assinado pelo recorrente, enquanto prefeito de Chapadinha/MA, em 16/12/2005, sendo o último repasse realizado em 23/10/2007, tendo ocorrido a prescrição (peça 131, p. 3), consoante entendimento do STF (peça 131, p. 3).

Análise

5.2.No exame da prescrição, a Serur tem adotado os entendimentos detalhados na peça 150, que contém estudo e pronunciamentos anteriores da secretaria sobre o tema. Nessas manifestações estão desenvolvidas as seguintes premissas, que serão utilizadas no presente exame:

- a) ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;
- b) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;
- c) até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime da Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da

prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.

5.3. Passa-se à análise da prescrição no caso em exame, considerando-se as premissas indicadas anteriormente.

a) Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário

5.4. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

5.5. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

5.6. A responsabilização solidária do gestor e da empresa se deu em razão da execução parcial da obra e sem condições de ser aproveitada pela população, em desacordo com o plano de trabalho e especificações técnicas aprovadas, objeto do Convênio 931/2005.

5.7. Sob a ótica do prazo decenal previsto no regime do Código Civil, nos casos de não comprovação da regular aplicação de recursos repassados por convênios ou instrumentos congêneres, considera-se como marco inicial a data limite para a entrega da prestação de contas final, nos termos do art. 1º, parágrafo 2º, inciso I, da IN TCU 56/2007, aplicável ao caso (Acórdão 5130/2017 – TCU – 1ª Câmara, Rel. Ministro Bruno Dantas; Acórdão 2278/2019 – TCU – 1ª Câmara, Relator Min Augusto Sherman Cavalcanti).

5.8. O ajuste, com vigência inicial prevista de 16/12/2005 a 16/12/2006 (peça 1, p. 111), foi prorrogado por meio de diversos termos aditivos de prorrogação de vigência (v. peça 1, p. 207-209; 227; 279; 313; 329; 347; 363; 381; peça 2, p. 8; 14; 22), sendo o último o 12º Termo Aditivo de Prorrogação de Vigência (peça 2, p. 32), estabelecendo o término do referido ajuste em 15/3/2013, sendo 14/5/2013 o prazo final para apresentação da prestação de contas (peça 2, p. 38).

5.9. A prestação de contas foi encaminhada por meio do Ofício GP/72/2008, de 5/6/2008 (peça 2, p. 76). Neste caso, como houve a prestação de contas, considerar-se-á esse como sendo o termo *a quo* da contagem da prescrição. Tal entendimento está consentâneo com aquele defendido no relatório do acórdão combatido (peça 108, p. 11):

Embora a data de ocorrência do dano corresponda à data dos efetivos pagamentos, poderia o responsável ter promovido a regularização até o momento em que prestou contas à Funasa. A partir daí, nasceu para a Administração Pública a pretensão para sancionar o responsável por informações inverídicas e falhas na prestação de contas encaminhada

5.10. Consoante Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, tal é interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

5.11. O ato determinou a repetição das citações ocorreu em sessão ordinária de 17/7/2018, nos termos do Acórdão 5740/2018-TCU-2ª Câmara (peça 66).

5.12. O Acórdão 5221/2020-TCU-2ª Câmara (peça 104) julgou irregulares as contas dos responsáveis e os condenou em débito.

5.13. Poder-se ia cogitar a ocorrência da prescrição entre a irregularidade (termo *a quo* -5/6/2008) e o Acórdão 5740/2018 – TCU – 2ª Câmara, de 4/8/2010, que interrompeu a prescrição com a citação dos responsáveis.

5.14. Entretanto, devem ser consideradas as causas suspensivas da prescrição. O Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário destacou o que se segue sobre o assunto:

Estabelece o Código de Processo Civil causas de suspensão do processo, sem se referir à suspensão da prescrição (art. 265). Deve-se a ausência dessa expressa previsão ao fato de a interrupção no processo civil perdurar até o trânsito em julgado da ação.

No processo de execução, sujeito à prescrição intercorrente, a suspensão implica paralisar a fluência do prazo prescricional, a despeito de previsão expressa no art. 791 do Código de Processo Civil. Sobre o tema, dissertam Fredie Didier Jr. e outros^[footnoteRef:12], in verbis: [12: Curso de direito processual civil: vol. 5, execução. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2011, p. 336.]

“Durante o período de suspensão da execução, não corre o prazo prescricional, visto que a prescrição pressupõe a inércia do exequente, o que, no caso, não existe.” (grifei)

Necessário, pois, que o Tribunal reconheça a possibilidade de suspensão do processo e, por consequência, do fluxo prescricional, em face das peculiaridades do processo de controle externo, notadamente por ser ele regido pelo princípio da verdade material, situação que acaba por dilatar o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos interessados.

Imperativo que os adicionais prazos de defesa conferidos aos responsáveis, assim como o tempo necessário ao exame, pela unidade técnica, pelo Ministério Público e pelo relator, dos elementos adicionais de defesa, sejam tratados como períodos de suspensão da prescrição, com fundamento no art. 265, inciso IV, alínea ‘d’, do Código de Processo Civil, porque, nesses casos, não há inércia do Tribunal, mas ampliação do exercício do contraditório e da ampla defesa pelo responsável. [13: “Art. 265. Suspende-se o processo: (...) IV – quando a sentença de mérito: (...); b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo” (Grifo no original).]

Além disso, seria contraditório permitir que tais dilações temporais, havidas no interesse do responsável, pudessem contribuir para a formação da prescrição intercorrente. (grifos acrescidos).

5.15. Em seu subitem 9.1.5 asseverou que:

9.1. de deixar assente que:

(...)

9.1.5. haverá a **suspensão da prescrição** toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, §2º, do Regimento Interno;

5.16. Pelo fato de não se verificar nenhuma causa suspensiva, entende-se pela ocorrência da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

b) Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999 (MS 32.201)

5.17. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”.

5.18. Em favor da incidência da Lei 9.873/1999 pesa o fato de que ela adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU em julgamentos posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

5.19. Ressalta-se que as causas interruptivas da prescrição da ação punitiva indicadas no normativo mencionado são:

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível;

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

5.20. Deve-se asseverar que, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”.

5.21. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

5.22. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

5.23. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

5.24. Com base nas considerações acima, tem-se a seguinte análise:

a) termo *a quo*: data da entrega da prestação de contas, em 5/6/2008 (peça 2, p. 76);

Causas interruptivas

b) Relatório de Visita Técnica, de 28/3/2012 (peça 3, p. 64-72);

- c) Parecer técnico parcial, de 23/11/2012 (peça 3, p. 76);
- d) Relatório do tomador de contas, de 28/11/2013 (peça 3, p. 248-254);
- e) Relatório de auditoria, de 18/2/2014 (peça 3, p. 271-274);
- f) autuação do processo no TCU, em 13/5/2014;
- g) pronunciamento da unidade instrutiva em 24/3/2017 (peça 34);
- h) Acórdão 5.740/2018-TCU-2ª Câmara, de 17/7/2018, declarou nulo o Acórdão 8918/2017 – TCU – 2ª Câmara (peça 66);
- i) citação dos responsáveis, dentre eles, o Sr. Magno Augusto Bacelar Nunes, em 29/10/2018 (peças 75 e 80);
- j) Acórdão 5221/2020 – TCU – 2ª Câmara, de 7/5/2020 (peça 104).

5.25. Verifica-se que não ocorreu o transcurso de prazo superior a 5 anos entre os eventos destacados, não tendo ocorrida a prescrição.

5.26. Ademais, observa-se que não houve prescrição intercorrente.

Cerceamento de defesa

6.O Sr. Magno Augusto Bacelar Nunes alega que o cerceamento de defesa suportado pelo recorrente se deu em razão da não apreciação e deferimento do pedido de perícia *in loco* (peça 131, p. 3).

Análise

6.1. Entende-se que a argumentação do defendente já foi devidamente analisada, consoante Voto do acórdão combatido, sem mais a acrescentar (peça 107, p. 2):

17. Observo que se limitou a negar a existências das irregularidades amplamente apontadas nos relatórios precedentes, requerendo, como forma de subsidiar seus argumentos, a realização de perícia *in loco*, pelo Tribunal e pela Funasa, bem como a posterior juntada de relatório fotográfico.

18. O pleito formulado pelo ex-prefeito não merece prosperar.

19. Endosso a análise proferida pela unidade técnica, no sentido de que: “(...) conforme preconiza o art. 162 do RI/TCU, “as provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros”. Assim, os testemunhos podem ser reduzidos a termo pela parte e juntados ao processo. Da mesma forma a perícia, que, assim entendendo pertinente, pode ser realizada e seu relatório colacionado aos autos. Em ambos os casos, a juntada de novos elementos deve ocorrer até o término da fase de instrução processual, nos termos do art. 160, § 1º, do RI/TCU.” (peça 99)

20. Nesse sentido, cabe destacar as palavras proferidas pelo ministro Benjamin Zymler no voto que embasou o Acórdão 2.262/2015-Plenário: “Com efeito, o processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do Tribunal, não prevê ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas, sendo que é iniciativa do responsável trazer aos autos as provas de sua defesa, prescindindo-se de autorização do Tribunal.”

21. Ante o exposto, demonstra-se incabível, nos termos do Regimento Interno e da jurisprudência desta Corte, o pedido sustentado pelo responsável de solicitação de perícia e posterior juntada de relatório fotográfico.

22. Cumpre destacar que o ônus da prova em matéria de aplicação de recursos públicos é invertido: compete ao responsável demonstrar sua correta destinação, consoante jurisprudência pacificada neste Tribunal e no Supremo Tribunal Federal.

6.2. O recorrente não colaciona aos autos quaisquer provas a fim evidenciar a execução do objeto do convênio.

Ausência de provas que apontam a existência da irregularidade

7.O Sr. Magno Augusto Bacelar Nunes defende que seja aplicado o entendimento constante do Voto Revisor a fim de arquivar a presente TCE (peça 131, p. 4).

Análise

7.1. O Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, entendeu, em seu Voto Revisor, que as irregularidades na execução do objeto do convênio não foram suficientemente caracterizadas nos autos (peça 105, p. 2). Considerou que o relatório apresentou contradições e omissões que suscitam dúvidas quanto às suas conclusões, e, quanto à fundamentação da responsabilização nestes autos (peça 105, p. 5). Desse modo, propôs o arquivamento do feito.

7.2. Entretanto, do mesmo modo que a Ministra Relatora, entende-se que não houve a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos.

7.3. O Convênio 931/2005 teve por objeto a implantação de sistema de abastecimento de água, cuja vigência estabelecida inicialmente foi de 16/12/2005 a 16/12/2006, tendo a execução se estendido a

15/3/2013, com prazo final para prestação de contas em 14/5/2013 (peça 2, p. 38). Os recursos federais para o objeto da avença, no montante de R\$ 112.000,00 (peça 1, p. 171 e 251 e peça 2, p. 88 e 92). Tal correspondeu ao montante de 80% do valor pactuado da concedente.

7.4. Consoante Relatório de Acompanhamento 2/2011 (peça 3, p. 42-60), foram constatadas falhas no certame licitatório, tais como erros em planilhas de preços apresentadas pelas empresas, ausência de documentos, documentos emitidos com data posterior à abertura do certame (peça 3, p. 54-56), bem como a não integralização da contrapartida pactuada, tendo sido utilizada parte dos rendimentos da aplicação financeira (peça 3, p. 56).

7.5. Em relação às despesas e documentos fiscais, foi consignado o seguinte (peça 3, p. 56-57):

20.1 – Despesas efetivadas conforme elementos de despesa:

Elemento de despesa	Concedente		Executor	
	programado	executado	programado	executado
349030			784,18	
349036			90,00	
349039			599,50	
449051	139.999,00	112.000,00	5.894,75	
Aplicação		3.000,00		
Total	139.999,99	115.000,00	7.368,73	

20.2- Não consta em nossos arquivos solicitação de alteração do plano de trabalho aprovado e/ou meta pactuada.

20.3 - De acordo com a cópia da documentação fiscal apresentada na prestação de contas parcial e original disponibilizada durante o acompanhamento *in loco*, as despesas estão sendo executadas em conformidade com objeto do convênio, entretanto, não houve a utilização da contrapartida pactuada, na proporcionalidade dos recursos transferidos, sendo utilizada para pagamento, parte dos rendimentos apurados na aplicação financeira;

20.4. - As despesas realizadas até o momento foram:

Credor	NF	Data	Valor	Cheque	Data do Pagamento
Plenus Const. Com. E Serv. Ltda.	0655	13/8/2007	80.000,00	850.001	15/8/2007
Plenus Const. Com. E Serv. Ltda.	0662	22/10/2007	35.000,00	850.002	23/10/2007
Total			115.000,00		

Obs: as despesas já foram objeto de prestação de contas. Não constam despesas posteriores.

20.5 - As despesas executadas estavam previstas no plano de trabalho e estão em conformidade com o objeto do convênio.

20.6 Para comprovação das despesas realizadas foram apresentadas peças avulsas: cópia dos cheques (850.001 e 850.002), NF,s.:0655 e 0662, NE 3/137, de 03/07/2007 no valor (R\$143.490,04) global do contrato, recibos e ordens de pagamentos, não havendo a formalização do processo de pagamento.

(...)

21. 1 - Os comprovantes fiscais das despesas efetuadas estão identificados com o número do convênio, foram emitidos em nome do conveniente em data anterior aos pagamentos.

21.2 - Os documentos de despesas toram legalmente emitidos, dentro da vigência, constam carimbo e assinatura de recebimento dos serviços prestados, porém, discriminam serviços de forma sucinta, sem apresentação do boletim de medição que detalhe os serviços executados. (grifos acrescidos).

7.6. Posteriormente, o Relatório de Visita Técnica (peça 3, p. 64-72) apurou um percentual executado de 28,4% do total dos recursos previstos (R\$ 41.859,89), correspondente a 62,58% da rede de distribuição e 100% das ligações domiciliares.

7.7. Dentre as verificações dos aspectos técnicos da obra, destacam-se (peça 3, p. 67-68):

a) a execução do convênio não está de acordo com o plano de trabalho, com os projetos e com as especificações técnicas;

b) a obra não estava sendo executada com qualidade;

c) não havia medições ou diário da obra.

7.8. Foram feitas as seguintes observações (peça 3, p. 68):

A estrutura do reservatório foi executada em desacordo com o projeto aprovado e apresenta sérias patologias que acarretam perigo de desabamento da mesma. Foram colocados 2 pilares no centro do vão de cada laje de apoio das caixas d'água, pilares estes inexistentes no projeto e que do ponto de vista técnico, trazem um perigo maior de desabamento da estrutura. Foi feito um poço no local, inclusive

encontramos uma máquina de perfuração no local, mas atualmente os reservatórios estão sendo abastecidos por outro poço existente próximo ao local especificado em projeto. A rede foi executada parcialmente, o abrigo está fora das especificações e sem acabamento, não tem quadro de comando.

7.9. Por fim, ressaltou-se que (peça 3, p. 72):

verificamos que antes da visita realizada por mim, havia sido realizada visita em 02/09/2009 por outro técnico da Funasa, conforme relatório em anexo no processo e não foi feito praticamente nenhum avanço desde essa época a não ser o poço que foi escavado, mas não está em funcionamento.

7.10. Desse modo, considerou-se que o percentual de alcance do objeto foi de 0%.

7.11. O que se concluiu é que existiram irregularidades na execução financeira do ajuste, bem como o objeto foi parcialmente executado e não apresentou funcionalidade.

7.12. O fato de os recursos terem sido liberados em 2007, na proporção de 80% do valor total pactuado, e apenas o percentual executado de 28,4% ter sido verificado em 28/3/2012, consoante relatório de visita técnica (peça 3, p. 64-72), é crucial para o entendimento de que houve a realização parcial do objeto. As possíveis contradições levantadas pelo Ministro Revisor em relação à realização de outras etapas dos serviços discriminados não afastam a conclusão de que houve a realização parcial do objeto do convênio.

7.13. Ademais, as informações de que a execução do convênio não está de acordo com o plano de trabalho, com os projetos e com as especificações técnicas, e que a obra se manteve praticamente paralisada desde 2009, corroboram com o entendimento de houve ausência de funcionalidade e o convênio não cumpriu a sua finalidade de implantação de sistema de abastecimento de água para a população.

CONCLUSÃO

8. Até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. No presente caso, houve o reconhecimento da prescrição da multa. Entretanto, ainda que a ocorrência da prescrição seja agora afastada, considerando-se as balizas da Lei 9.873/1999, o novo critério não pode ser aplicado para agravar a situação do recorrente, ante a proibição de reformatio *in pejus*.

8.1. Não se verifica a ocorrência de cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento de perícia *in loco*, pois os normativos que regem esta Corte de Contas não preveem ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas, sendo que é iniciativa do responsável trazer aos autos as provas de sua defesa, prescindindo-se de autorização do Tribunal.

8.2. A materialidade da irregularidade está evidenciada tendo sido observadas falhas na execução financeira do ajuste, bem como a execução parcial do objeto e sem funcionalidade.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise de recurso de reconsideração interposto por Magno Augusto Bacelar Nunes, contra o Acórdão 5221/2020 – TCU – 2ª Câmara, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

I – conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

II – dar ciência da deliberação que vier a ser adotada ao recorrente e aos demais interessados.

2. Divergindo parcialmente quanto ao mérito, o Ministério Público junto ao Tribunal pugnou pela redução do débito, conforme se vê no seguinte trecho de seu Parecer (peça 152):

20. Quanto à questão “c” do parágrafo 5, com as devidas vênias por divergir da Unidade Técnica, entende-se que o recurso merece acolhimento parcial, com abatimento de parcela do débito, pelas razões a seguir expostas.

21. No apelo interposto, o ex-prefeito defende que deveria ser aplicado o entendimento pelo arquivamento da TCE constante do Voto Revisor (Ministro Raimundo Carreiro). Em sua análise, a Secretaria de Recursos argumentou que a conclusão da Relatora (Ministra Ana Arraes) de que não houve a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos do convênio deveria ser mantida.

22. Nos termos do ofício de citação (peça 75), a irregularidade imputada ao ex-prefeito foi não ter comprovado a boa e regular aplicação dos recursos repassados por força do Convênio n.º 931/2005,

tendo em vista que a obra foi executada apenas parcialmente e sem condições de ser aproveitada pela população.

23. Observa-se que os fatos que fundamentaram a responsabilização foram extraídos do Relatório de Visita Técnica (peça 3, pp. 64-72) e do Parecer Técnico Parcial (peça 3, p. 76). De acordo com o primeiro documento, o percentual executado da obra foi de 28,4% do total previsto, enquanto o percentual de alcance do objeto do convênio ficou em 0%.

24. Consultando o Relatório de visita da obra, datado de 4/2/2012, verifica-se na planilha da execução física (item 3.1) que apenas duas das oito etapas previstas no orçamento da implantação do sistema de abastecimento de água foram atestadas pela Funasa: a rede de distribuição, com 62,58% de execução, e as ligações domiciliares, com 100% de execução. O Relatório indica não ter havido execução das outras seis etapas: serviços preliminares, captação, elevatória, reservação, adutora e serviços complementares. No cômputo final, do valor total previsto para a obra, de R\$ 147.368,42, restou comprovada a execução de um percentual de 28,4%, ou R\$ 41.859,89.

25. Para esse percentual, o relatório de visita *in loco* confirmou presentes os seguintes requisitos técnicos (item 4): obra executada no terreno indicado nos projetos, existência de responsável técnico pela execução da obra, existência de fiscalização da obra instituída pelo convenente, execução do convênio de acordo com o plano de trabalho, obra executada com qualidade, obra executada de acordo com os projetos e com as especificações técnicas, medições realizadas pela fiscalização do convenente e feitura do diário de obras. Portanto, ao menos em relação aos 28,4% atestados, infere-se que a execução do empreendimento foi satisfatória, com aderência aos projetos e fiscalização eficiente.

26. No aspecto financeiro, já havia indicativos no Relatório de Acompanhamento n.º 2/2011 (peça 3, pp. 42-60) de regularidade na execução das despesas, conforme os trechos abaixo.

20.3 - De acordo com a cópia da documentação fiscal apresentada na prestação de contas parcial e original disponibilizada durante o acompanhamento *in loco*, as despesas estão sendo executadas em conformidade com objeto do convênio, entretanto, não houve a utilização da contrapartida pactuada, na proporcionalidade dos recursos transferidos, sendo utilizada para pagamento, parte dos rendimentos apurados na aplicação financeira;

[...]

20.5 - As despesas executadas estavam previstas no plano de trabalho e estão em conformidade com o objeto do convênio.

[...]

21. 1 - Os comprovantes fiscais das despesas efetuadas estão identificados com o número do convênio, foram emitidos em nome do convenente em data anterior aos pagamentos.

21.2 - Os documentos de despesas foram legalmente emitidos, dentro da vigência, constam carimbo e assinatura de recebimento dos serviços prestados, porém, discriminam serviços de forma sucinta, sem apresentação do boletim de medição que detalhe os serviços executados.

27. Retornando ao Relatório de Visita Técnica, destacam-se as informações abaixo sobre a execução física constantes do campo “Observações” (item 5).

Constatamos nas inspeções realizadas durante a visita técnica acima referenciada que obra foi executada fora do local especificado no projeto, mas não tem a placa da obra. A estrutura do reservatório foi executada em desacordo com o projeto aprovado e apresenta sérias patologias que acarretam perigo de desabamento da mesma. Foram colocados 2 pilares no centro do vão de cada laje de apoio das caixas d’água, pilares estes inexistentes no projeto e que do ponto de vista técnico, trazem um perigo maior de desabamento da estrutura. Foi feito um poço no local, inclusive encontramos uma máquina de perfuração no local, mas atualmente os reservatórios estão sendo abastecidos por outro poço existente próximo ao local especificado em projeto. A rede foi executada parcialmente, o abrigo está fora das especificações e sem acabamento, não tem quadro de comando.

28. Em seu Voto Revisor (peça 105), o Ministro Raimundo Carreiro levantou algumas dúvidas quanto às constatações do Relatório de Visita Técnica. Em suma, o eminente Revisor ponderou que a execução da obra pode não ter se restringido à rede de distribuição (62%) e às ligações domiciliares (100%), já que, conforme o trecho acima, haveria a possibilidade razoável de as etapas de captação, elevatória e reservação também terem sido executadas (ver parágrafos 14 a 21 do Voto Revisor).

29. O parágrafo abaixo do Voto Revisor sinaliza que pode ter faltado o necessário embasamento para a Funasa concluir que o alcance do objeto foi nulo, fato esse que motivou a proposta de

arquivamento da TCE, vencida ao final pela proposta da Relatora, Ministra Ana Arraes, de condenação em débito dos responsáveis.

22. Não se pretende, com esta análise superficial, atestar que a obra foi devidamente executada, mas tão somente ponderar que carecem de melhor fundamentação e documentação as conclusões da equipe da Funasa, no sentido de que “devido às atuais condições do convênio em questão, no que se refere à situação das obras, não foi atingido o objeto e etapas úteis do sistema” e de que “o percentual de alcance do objeto do convênio é de ZERO por cento” (peça 3, p 72). A título exemplificativo, o “projeto aprovado”, referido no relatório da visita técnica e principal critério para o não acatamento das obras realizadas, não consta dos autos.

30. Pelo que se depreende do Relatório técnico da obra e do Voto Revisor, há elementos convincentes de que a parcela de 28,4% do sistema de abastecimento de água foi adequadamente executada, sem vícios construtivos ou deficiências de fiscalização. Porém, pairam incertezas sobre o nível de execução ou padrão construtivo ou de qualidade das etapas restantes, já que as observações reproduzidas no parágrafo 27 mencionam a presença de obras típicas de captação (poços), elevatória (abastecimento dos reservatórios) e reservação (estrutura de reservatório).

31. Nesse cenário, é razoável supor que a obra teve problemas de execução e qualidade na parcela que excedeu os 28,4% aprovados pela Funasa, o que é comprovado pelas seguintes constatações (item 5 do Relatório de Visita Técnica): construção da estrutura do reservatório em desacordo com o projeto, presença de patologias, risco de desabamento, existência de poço inoperante, execução parcial da rede de distribuição e abrigo construído fora das especificações.

32. O recorrente foi condenado por ter executado parcialmente a obra, deixando-a sem condições de ser aproveitada pela população. Ocorre que, do valor total previsto para a obra, de R\$ 147.368,43, só foram repassados R\$ 112.000,00. Sobre esse aspecto, concorda-se com o argumento abaixo do Voto Revisor de que não se pode exigir funcionalidade de uma obra que não recebeu a totalidade dos recursos previstos. No caso de sistemas de saneamento, essa assertiva ainda é mais verdadeira, já que a entrada em operação desse tipo de empreendimento depende de finalização da construção.

23. A par das demais constatações apontadas, baseadas no Relatório de Acompanhamento 2/2011 (peça 3, p. 42-60), a exemplo da ausência de boletins de medição, da ausência de aporte da contrapartida municipal e da não comprovação de despesas com ações referentes ao Programa de Educação em Saúde e Mobilização Social (PESMS), entendo, de forma diversa à consignada pela unidade técnica, que não seria esperado um “sistema de abastecimento de água (...) devidamente concluído e implantado com regular funcionamento”, com 80% do orçamento previsto.

33. Além disso, chama a atenção dois outros argumentos do Voto Revisor. Primeiro, o de que a Funasa apreciou as contas prestadas pelo ex-prefeito em 2008 apenas quatro anos depois, em 2012, ano em que foram emitidos o Parecer Financeiro n.º 130/2012 (peça 3, pp. 88-96) e o Relatório de Visita Técnica (peça 3, pp. 64-72).

34. Segundo, tendo em vista que a gestão do recorrente à frente do município se encerrou em 2008, é bem provável que ele não tenha tido tempo e/ou condições de corrigir os problemas detectados no convênio, de modo a conseguir a liberação do restante dos recursos, o que permitiria finalizar a obra e gerar os benefícios esperados. Em relação a esse ponto, cabe mencionar os parágrafos abaixo do Voto Revisor.

26. As falhas na execução da obra sinalizadas no relatório de visita técnica da Funasa, caso tivessem sido levantadas e reportadas tempestivamente ao município, poderiam eventualmente ter sido regularizadas, em benefício dos moradores da localidade. O saneamento das falhas, por sua vez, propiciaria a liberação do saldo de R\$ 28.000,00, equivalente a 20% dos recursos federais previstos, o que poderia permitir a devida conclusão do objeto. Nesse caso, avalio que a morosidade na atuação da Funasa pode, em certa medida, ter concorrido para o não atingimento do objetivo do convênio.

27. Dado esse contexto, com a disponibilização dos 80% dos recursos financeiros previstos, podia-se esperar uma execução física em proporção compatível, ou seja, próximo de 80% das obras, e não necessariamente um empreendimento concluído e em plena e integral operação. Seguindo essa linha, se afastado o critério de atingimento de objeto e de etapas úteis do convênio, utilizado pela Funasa para apontar o percentual de zero por cento de execução, o parâmetro de avaliação deveria se restringir à aderência das obras realizadas ao projeto básico contratado. Para tanto, seria indispensável a apresentação do referido projeto, o qual, a rigor, constituiria parte do contrato firmado com a empresa.

35. Complemente-se que a vigência do convênio foi sendo prorrogada até 15/3/2013, bem além do término do mandato do recorrente, em 2008, sem que nenhuma providência tenha sido tomada para

a liberação do valor restante do convênio e conclusão das obras. Por fim, a primeira notificação expedida ao recorrente visando a regularização das contas foi em 2012, sendo que antes disso somente a prefeita sucessora havia sido notificada das irregularidades (peça 3, p. 252).

36. Sabe-se que a responsabilidade pela inexecução parcial de convênio deve ser do conveniente, se o órgão concedente apresentar motivos idôneos para deixar de repassar os recursos financeiros necessários à integralização do objeto. Na presente TCE, não está claro quem exatamente deu causa ao bloqueio dos repasses que permitiriam concluir a obra. Como a visita técnica ocorreu quatro anos depois dos fatos e o convênio perdurou até 2013, cinco anos após o fim do mandato do ex-prefeito, a falta dos repasses pode ter relação com atrasos na Funasa. Também não é possível afirmar categoricamente se o recorrente, ou se a prefeita sucessora, são culpados exclusivos pelo não encerramento da obra. Ante essas incertezas, considera-se não haver provas suficientes de que o recorrente tenha incidido em alguma conduta que tenha relação causal com a inutilidade da obra.

37. Isso posto, conclui-se assistir em parte razão ao ex-prefeito quando questiona a existência da irregularidade e defende a aplicação do Voto Revisor. Reavaliando-se os elementos dos autos, entende-se não subsistir a conduta irregular atribuída ao ex-alcaide no que tange à falta de condições de a obra ser aproveitada pela população. É fato que a obra restou incompleta, por falta de repasse dos recursos que a complementariam, mas não ficou demonstrada a culpabilidade do recorrente.

38. A irregularidade que remanesce, a nosso ver, é a não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos em decorrência da execução apenas parcial da obra. No caso, não representa prejuízo ao erário o valor correspondente à parcela vistoriada de 28,4% livre de vícios. Em relação às outras parcelas, construídas com os recursos transferidos, a constatação *in loco* de graves problemas de adimplemento e qualidade (descumprimento de projeto, presença de patologias, risco de desabamento, inoperância) é suficiente para caracterizar dano ao erário.

39. Portanto, a solução mais adequada e justa é de que seja descontado do débito de R\$ 115.000,00 imputado no acórdão recorrido o valor relativo ao percentual comprovado de 28,4% de execução física, de R\$ 41.859,89, visto que realizado em conformidade com os projetos e o plano de trabalho.

40. Por último, tendo em vista a condenação solidária pelo mesmo fato da empresa Plenus Construções, Comércio e Serviços Ltda. – ME, a defesa do recorrente poderá aproveitar a ela, já que se restringiu a circunstâncias objetivas (art. 161 do Regimento Interno/TCU).

41. Em conclusão, a partir da análise das questões aduzidas pelo recorrente, chegou-se aos seguintes entendimentos: a) não ocorreu no caso concreto a prescrição das pretensões de ressarcimento e punitiva, pela aplicação da Lei n.º 9.873/1999; b) não houve cerceamento ou prejuízo à defesa pelo fato de o TCU não ter deferido pedido do recorrente de realização de perícia *in loco*; e c) é razoável que se deixe de imputar responsabilidade ao recorrente por deixar a obra sem condições de ser aproveitada pela população; no entanto, remanesce como irregularidade a falta de comprovação da boa e regular aplicação dos recursos do convênio pela execução apenas parcial da obra, de modo que pode ser acolhido o afastamento parcial do débito na proporção referente ao percentual de 28,4% de execução física comprovada pela Funasa.

42. Ante o exposto, com as devidas vênias por divergir parcialmente da instrução da Serur, esta representante do Ministério Público de Contas propõe que o presente recurso de reconsideração seja conhecido, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, de modo a reformar o item 9.3 do Acórdão n.º 5.221/2020-TCU-2.^a Câmara para que ele passe a constar com a redação abaixo.

9.3. julgar irregulares as contas de Magno Augusto Bacelar Nunes e de Plenus Construções, Comércio e Serviços Ltda. - ME, condenando-os, solidariamente, ao recolhimento aos cofres da Fundação Nacional de Saúde das quantias abaixo especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora das datas discriminadas até a data do pagamento:

Valor Original (R\$)	Data
38.140,11	15/8/2007
35.000,00	23/10/2007

É o relatório.