

VOTO REVISOR

Na Sessão Plenária Extraordinária de 10/8/2022, embora respeitando a proposta disponibilizada pelo e. Ministro Aroldo Cedraz, pedi vistas do processo, a fim de, na qualidade de Relator da decisão de mérito nesta tomada de contas especial, reexaminar os autos e apresentar algumas considerações.

2. Como sabido, cuidam-se de recursos de reconsideração interpostos por Ritelza Cabral Demétrio e Edson Sá, ex-Prefeitos do Município de Aquiraz/CE; Alexandre Costa, ex-secretário municipal; Rosana Barbosa de Lima, ex-secretária municipal interina responsável pela liquidação de despesas; e Antônio Napoleão Leite Filgueiras, assessor técnico especial responsável pelo atesto da medição dos serviços, por meio dos quais se insurgem contra o Acórdão 739/2018-Plenário, modificado, por efeito infringente, mediante o Acórdão 388/2019-Plenário, ambos de minha relatoria.

3. Lembro que, consoante referidas deliberações, o Tribunal julgou irregulares as contas dos recorrentes, como também de Francisco Humberto Montenegro Cavalcante, ex-secretários municipal, da empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. e de seu sócio Miguel Ângelo Pinto Martins, condenando-os solidariamente ao ressarcimento da quantia de R\$ 183.853,37, em valores originais, e aplicando-lhes multas previstas no art. 57 da Lei 8.443/1992, arbitradas entre R\$ 10.000,00 e R\$ 25.000,00. Ademais, os gestores foram inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança e a empresa declarada inidônea para participar de licitação que envolva recursos públicos federais.

4. Em derradeira manifestação, a Serur posicionou-se no sentido de conhecer dos recursos para, no mérito, negar-lhes provimento, proposta essa que recebeu o apoio do representante do Ministério Público/TCU.

5. Por sua vez, o Eminentíssimo Relator Ministro Aroldo Cedraz manifesta-se pelo integral provimento dos recursos, estendendo os efeitos aos demais agentes públicos municipais, de modo a excluí-los da condenação, desconstituir as penas de multa e de inabilitação que lhes foram aplicadas e julgar suas contas regulares com quitação plena, mantendo o Acórdão 739/2018- Plenário em seus exatos termos relativamente, apenas, à empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. e a seu sócio Miguel Ângelo Pinto Martins.

6. Louvando as ponderações do e. relator, peço vênias para divergir em parte de sua proposta.

7. De início, registro que a Serur promoveu análise acerca das prescrições ressarcitória e punitiva com amparo, respetivamente, na Súmula TCU 282 e no Código Civil, de acordo com o Acórdão 1.441/2016-Plenário. No entanto, diante da recente publicação da Resolução TCU 344/2022, que definiu que prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito desta Corte, cabe acrescentar análise a respeito com fundamento nas novas regras aprovadas.

8. No presente caso, considera-se como termo inicial a data em que as contas foram prestadas, consoante art. 4º, inciso II, do referido normativo. O prazo de prescrição, portanto, iniciou em 19/07/2012 (<https://webp.caixa.gov.br/siurb/ao/pag/filtro-ctrl.asp>) e foi interrompido, nos termos do art. 5º da Resolução TCU 344/2022, entre outros, em:

a) **5/11/2012** – Relatório de Fiscalização: apontou a prática de atos fraudulentos que resultaram na contratação de empresa sem capacidade operacional para execução do objeto (peça 1);

b) **6/2/2013** – Acórdão 164/2013 – Plenário: determinou a autuação de apartado de TCE e a citação dos responsáveis (peça 2);

c) Citações: **28/6/2013** – Ritelza Cabral (peça 44), Alexandre Costa (peça 45), Miguel Ângelo (peça 66), Goiana Construções (peça 67); **1/7/2013** – Francisco Humberto (peça 46), Antônio Napoleão (peça 48); **2/7/2013** – Rosana Barbosa (peça 47); **26/7/2013** – Edson Sá (peça 107);

d) **19/2/2016** – Instrução Secex/CE propôs nova citação de todos os responsáveis, para que pudessem se manifestar sobre as novas informações trazidas aos autos, provenientes da Ação Penal 0002811-13.2014.4.05.8100, em trâmite na Justiça Federal no Ceará, que corroboram os achados de auditoria relativos ao presente processo (peças 217-218);

- e) Citações: **31/3/2016** – Ritelza Cabral (peça 244), Goiana Construções (peça 249), Francisco Humberto (peça 250), Miguel Ângelo (peça 253), Edson Sá (peça 254), Antônio Napoleão (peça 265); **1/4/2016** – Rosana Barbosa (peça 266); **4/4/2016** – Alexandre Costa (peça 271);
- f) **4/4/2018** – Acórdão 739/2018 – Plenário: tornou insubsistente o Acórdão 196/2018 – Plenário, de 31/1/2018, julgou irregulares as contas e condenou os responsáveis (peça 350);
- g) **20/2/2019** – Acórdão 388/2018 – Plenário: apreciou embargos de declaração (peça 503);
- h) **3/2/2020** – Instrução Serur: mérito do recurso (peça 571);
- i) **28/2/2020** – Parecer MP/TCU (peça 573);
- j) **10/8/2022** – Pedido de Vista (peça 628).

9. Tendo em vista que não se verificou o transcurso de cinco anos sem interrupção nem a paralisação do processo por mais de três anos, não ocorreu a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento.

10. Quanto ao mérito, consoante explicitado pela unidade instrutiva, o Sr. Antônio Napoleão Leite Filgueiras foi o responsável por atestar os boletins de medição, enquanto Alexandre Costa e Rosana Barbosa de Lima eram os ex-secretários municipais, responsáveis por liquidar as despesas e acompanhar a execução dos serviços por empresa que, notoriamente incapaz operacionalmente de executar a obra em questão, fez parte de um esquema de fraude comprovada, o que afastou o nexo de causalidade entre as despesas realizadas e a execução dos serviços.

11. Ao ver da unidade, e em linha com a deliberação recorrida, a contratação de empresa fictícia impede a comprovação da regular utilização dos recursos públicos canalizados para a consecução do objeto do contrato de repasse, pois caracteriza o rompimento do nexo causal entre o objeto executado e as despesas realizadas, além de atentar contra diversos princípios inerentes as contratações públicas, tais como da impessoalidade, da isonomia, da economicidade e da supremacia do interesse público.

12. Aos responsáveis Ritelza Cabral Demétrio e Édson Sá, à época, ex-Prefeitos do Município de Aquiraz/CE, conforme bem analisado pela Serur, coube a imputação do débito e da multa fundamentados na contratação de empresa fictícia e na execução do contrato com a mesma empresa por anos, perpassando gestões de mandatários diferentes, mas sob a fiscalização do mesmo engenheiro fiscal da obra, Antônio Napoleão Leite Filgueiras, que acompanhou a execução desde seu início e que, neste momento recursal, alega que nunca atestou que a construtora A ou B realizou as obras, reforçando o juízo de valor de que os serviços não foram prestados pela empresa contratada, a qual se mostra, uma vez mais, como uma empresa fictícia.

13. Assim, consoante a unidade técnica especializada, as irregularidades encontradas, que se avolumaram para formar o juízo de valor de que a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. se constituiu como empresa de fachada, participando de um esquema certamente orquestrado para fraudar licitações, advém da profusão de indícios apontados nos autos do esquema que atingiu todo o estado do Ceará.

14. Parece-me inconteste a conclusão, inclusive amparada no juízo realizado por S. Exa. Ministro Aroldo Cedraz, o fato de que os documentos constantes dos autos não são capazes de reestabelecer o nexo de causalidade entre os recursos transferidos pelo Ministério do Turismo ao Município de Aquiraz-CE e a obra supostamente executada pela empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda.

15. Nesse sentido, S. Exa. também entende que independentemente da realização do objeto pactuado, fato incontroverso, o referido nexo causal acabou sendo rompido diante da constatação, por equipe de fiscalização deste Tribunal, de que a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda., contratada para a construção de praças públicas nas localidades de Gruta e Serpa, no Município de Aquiraz-CE, era uma empresa de fachada, desprovida de capacidade operacional para tal empreitada.

16. Avaliei, na condição de relator das deliberações, que não caberia nestes autos linha de raciocínio baseada na equivocada percepção de que as participações dos principais agentes públicos, os prefeitos, teriam decorrido unicamente da atribuição de culpa *in vigilando e in elegendo*. Nessa linha de raciocínio, a prefeita não deveria ser responsabilizada porquanto, a rigor, teria sido, em termos formais, responsável apenas pela celebração do ajuste, não tendo homologado a licitação, expedido ordem de serviço, atestado os serviços, ou ordenado os pagamentos. E o prefeito sucessor teria apenas dado andamento à execução contratual, resultando, inclusive em diversos aditivos, ao passo que os atos de gestão teriam sido realizados pelos secretários, com base em delegação de lei municipal ou outros agentes que atestaram os serviços, em que pese, mais adiante, também conduzir-se ao entendimento de que todos deveriam ser excluídos da responsabilização, deixando apenas essa à empresa de fachada e seu sócio-administrador.

17. Registrei por ocasião da deliberação recorrida os fundamentos para responsabilizar os ex-prefeitos e mantenho o posicionamento pessoal externado nos diversos processos decorrentes da Fiscalização de Orientação Centralizada, em cumprimento ao Acórdão 2.298/2011-TCU-Plenário, no sentido de responsabilização do ex-prefeito e do secretário municipal, a despeito das decisões contrárias do Tribunal adotadas em sede recursal.

18. Todavia, após refletir, avalio que é possível evoluir minha proposta para acatar a defesa tão-somente dos ex-prefeitos, porém, mantendo-se a responsabilidade dos demais agentes públicos, além da empresa e de seu sócio.

19. Em relação ao ex-secretário municipal, à ex-secretária municipal interina responsável pela liquidação de despesas e ao assessor técnico especial responsável pelo atesto da medição dos serviços, é difícil crer que não detivessem conhecimento de que as obras não eram realizadas pela empresa de fachada, uma vez que o contrato celebrado em 29/10/2009 permaneceu vigente até 27/1/2011, contando ele com a celebração de dez aditivos, conforme peça 165 dos autos. Acaso os responsáveis tivessem realizado na fase de liquidação de despesas as verificações necessárias, certamente não se teria a execução de obras por empresa de fachada e sem funcionários. Tal modo de proceder denota, senão o pleno conhecimento da inexistência da empresa, da sua falta de capacidade operacional, ao menos culpa grave em razão de negligenciamento dos instrumentos de fiscalização e controle sobre quem foi a empresa contratada e dos vínculos de seus executores com essa mesma empresa.

20. Nesse sentido, menciono o seguinte texto publicado na Revista TCU nº 120, de autoria do Auditor Federal de Controle Externo Carlos Wellington Leite de Almeida, cujo artigo intitulado “*Liquidação da despesa e aplicação de penalidades: momentos essenciais da fiscalização dos contratos administrativos*” apresenta conclusão útil à importância desse instrumento para evitar-se pagamentos a empresas fantasmas:

“A liquidação, segunda fase do ciclo orçamentário (empenho, liquidação e pagamento), constitui-se no momento mais delicado da fiscalização dos contratos administrativos. O fiscal de contratos, servidor especialmente designado pelo órgão ou entidade contratante, é o mais importante ator desse importantíssimo ato da gestão contratual. O fiscal é de fundamental importância para a garantia de que o pagamento corresponda à efetiva entrega do objeto (bem ou serviço). As falhas cometidas pelo fiscal no momento da liquidação trazem consequências negativas mais do que preocupantes para a Administração e são de difícil reversão em etapas futuras. É no momento da liquidação da despesa que o fiscal de contratos deve mostrar o máximo de seu valor profissional.

A liquidação, nos termos da lei 4.320/64, artigo 63, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Tem por fim apurar a origem e o objeto do que se deve pagar, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. Constituem base da liquidação o contrato, a nota de empenho, os comprovantes de entrega do material ou prestação do serviço, e, de fundamental importância, a verificação *in loco* do cumprimento do objeto. O fiscal deve observar e fazer observar, rigorosamente, o conteúdo da cláusula contratual obrigatória relativa às condições

para pagamento (Lei 8.666/93, art. 55, inc. II), além de verificar a adimplência do contratado quanto aos seguintes elementos:

- a. regularidade fiscal;
- b. regularidade previdenciária;
- c. conformidade do objeto descrito na nota com o contrato, o empenho e a efetiva entrega;
- d. conformidade do período de faturamento;
- e. condições de habilitação e qualificação; e
- f. atestação do objeto.

É importante ressaltar que essas verificações devem ocorrer, obrigatoriamente, a cada pagamento realizado. A manutenção das condições de habilitação, por exemplo, não se limita à fase licitatória da habilitação ou ao momento da assinatura do contrato. Trata-se de obrigação cometida ao contratado durante toda a vigência contratual. Outra observação relevante é a de que a verificação dos elementos acima também não é restrita ao momento da liquidação, com vistas à realização do pagamento. Pode o fiscal exigir a comprovação de sua adimplência a qualquer momento, atitude esta que é mais do que recomendável. A exigência quando da realização de cada pagamento, entretanto, constitui o mínimo de postura e atitude necessárias ao desempenho da atribuição, sendo menos do que isso totalmente inadmissível.” (grifei)

21. A propósito, esse entendimento encontra-se também espelhado no Acórdão 581/2013 – TCU – Plenário (Rel. o Min. Benjamin Zymler), em seus subitens 9.2.3.1 a 9.2.3.3, sendo objeto também de diversos outros precedentes mais antigos, alguns deles citados naquela deliberação.

22. Não por acaso que o contrato celebrado com a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. (peça 165) previa que “8.2- *No ato do pagamento a contratada deverá COMPROVAR, mediante apresentação de todas as certidões pertinentes, sua regularidade fiscal, devendo estas serem entregues na Tesouraria do Município.*”.

23. Como bem ressaltado pela Serur neste processo:

“6.10. O panorama que se vislumbra da leitura do conjunto de defesas apresentados nestes recursos é deveras pernicioso à administração pública, uma vez que os fiscais dos contratos colocam-se expressamente, respectivamente, como uma ‘função simplória’ ou com uma atuação de tão somente conferir documentos, enquanto o prefeito atribui a responsabilidade ao ordenador de despesas, no caso concreto, os secretários municipais, e a comissão de licitações, o que denota que, no cenário montado pelos recorrentes, aos gestores restava apenas concordar com a fiscalização fictícia para que os gastos estivessem totalmente regulares e satisfatórios ao serviço comunitário que se propunham.

6.11. Nesse sentido, tem-se que a tese proposta, se aceita, torna-se inócua qualquer tentativa de segregar funções na administração pública, medida esta essencial para o controle das contas públicas e para a prestação de serviços de qualidade à população brasileira.

6.12. No caso concreto, os recorrentes, seja na condição de responsável por atestar os boletins de medição, sejam como secretários municipais, ordenadores de despesa, que colocam a liquidação da despesa como algo desprovido da importância que tem, quando, em verdade, por meio deste ato administrativo, a administração pública verifica o direito adquirido pelo credor, nos termos do art. 63 da Lei 4.320/1964, não atuaram com o empenho que se espera do gestor médio e não se pode atribuir as irregularidades encontradas única e exclusivamente aos responsáveis pela licitação quando uma empresa ficta supostamente realizou a construção de praças públicas, dúvida que até o recorrente tenta explorar.

6.13. A necessária atuação conjunta de todos os gestores, fiscais ou detentores de cargos de chefia, tem por intuito evitar a prestação de informação falsa e inverídica.

6.14. Logo, presentes as ações comissivas e antijurídicas dos recorrentes, a existência de dano quantificado nestes autos, o nexo de causalidade entre a negligência e a imperícia,

caracterizadas pela falta de atuação dos servidores responsáveis pela fiscalização da execução dos serviços e a ilicitude verificada, com a prestação de serviços ao arrepio dos princípios da economicidade, da isonomia e do interesse público, está caracterizado o elemento subjetivo. Elemento subjetivo que já havia sido devidamente demonstrado no Acórdão guerreado.

6.15. Nesse sentido, tergiversar que tinham uma função formal ou eram meros liquidantes, o que os tornariam verdadeiros inimputáveis, demonstra desconhecimento das imprescindíveis funções que lhes foram confiadas e da lei de regência.

6.16. Impende ressaltar que a etapa da fiscalização dos serviços executados ou do recebimento dos bens pelo preposto da administração pública é um momento crucial para o sucesso da contratação. É salutar que o responsável receba as obras e os serviços contratados mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, devendo a parte contratada ser capaz de executar aquilo que supostamente teria executado, somente após a vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, é o que dispõe o art. 73, inciso I, da Lei 8.666/1993.

(...)

8.17. Sobressai, portanto, no caso concreto, que somente atuando nos exatos ditames legais haverá a aplicação dos recursos públicos com a devida transparência e publicidade, princípios inerentes a esta atividade pública. Do contrário, o controle dos recursos estará sendo burlado, escancarando, assim, inúmeras possibilidades de desvio e de malversação dos valores que deveriam ser utilizados única e exclusivamente em benefício do bem comum.

8.18. Logo, diversamente do alegado pelas defesas, as ações dos recorrentes foram fator preponderante para tentar ludibriar os órgãos de controle e, por conseguinte, a sociedade brasileira.”

23. Na linha, portanto, da ampla jurisprudência deste Tribunal, o pagamento por serviços realizados por empresas meramente de fachada não pode ser admitido, sendo os responsáveis, agentes públicos e servidores envolvidos na execução de convênios ou contratos de repasse contendo tais vícios, efetivamente responsabilizados em solidariedade com tais empresas, que, costumeiramente, são geridas por pessoas laranjas, e cujo patrimônio hábil à restituição dos valores sequer deve existir.

24. Por toda essa exposição, somada ao meu posicionamento havido por ocasião da primeira deliberação, bem como à análise empreendida pela Serur e pelo Parquet especializado, em fase recursal, com a ressalva ora exposta quanto à responsabilização dos ex-prefeitos, proponho dar provimento aos recursos interpostos por Ritelza Cabral Demétrio e Edson Sá, de modo a afastar suas responsabilidades, bem como negar provimento aos recursos oferecidos por Alexandre Costa, Rosana Barbosa de Lima e Antônio Napoleão Leite Filgueiras, mantendo suas responsabilizações em solidariedade com a empresa e seu sócio.

Em face do exposto, com as devidas vênias por divergir parcialmente do eminente Ministro Aroldo Cedraz, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Plenário:

“9.1. conhecer dos Recursos de Reconsideração interpostos por Edson Sá e Ritelza Cabral Demétrio contra o Acórdão 739/2018-TCU-Plenário para, no mérito, dar-lhes provimento a fim de:

*9.1.1. tornar insubsistentes os subitens 9.4, 9.5, 9.8 e 9.9 do referido **decisum** em relação a esses recorrentes, excluindo-os da condenação solidária em débito e desconstituindo as penas de multa e de inabilitação que lhes foram aplicadas nesta TCE;*

9.1.2. julgar regulares com ressalva as contas desses recorrentes, dando-lhes quitação, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 15, e 16, inciso II, da Lei 8.443/1992, combinados com os arts. 18 e 23, inciso II, dessa mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 201, § 2º, 205, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno-TCU;

9.2. conhecer dos Recursos de Reconsideração interpostos por Alexandre Costa, Rosana Barbosa de Lima e Antônio Napoleão Leite Filgueiras contra o Acórdão 739/2018-TCU-Plenário para, no mérito, negar-lhes provimento;

9.3. *manter o Acórdão 739/2018-TCU-Plenário em seus exatos termos relativamente a Alexandre Costa, Rosana Barbosa de Lima, Antônio Napoleão Leite Filgueiras e Francisco Humberto Montenegro Cavalcante, à empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. e a Miguel Ângelo Pinto Martins;*

9.4. *orientar a Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (SecexTCE) a reiterar o pedido de esclarecimentos, objeto do subitem 9.12 do Acórdão 739/2018-TCU-Plenário;*

9.5. *manter, em sintonia com o decidido no subitem 9.13 do Acórdão 739/2018-TCU-Plenário, o sigilo destes autos, ressaltando que o termo final de restrição de acesso depende da resposta ao pedido de esclarecimentos reiterado no subitem anterior;*

9.6. *dar ciência desta decisão:*

9.6.1. *aos recorrentes;*

9.6.2. *ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Ceará e ao Juiz Federal da 11ª Vara da Justiça Federal/CE, fazendo remissão, respectivamente, aos Ofícios 737/2018 e 739/2018 expedidos pela Secretaria do TCU no Estado do Ceará (SEC-CE) em 20/4/2018 (peças 398 e 400).”*

TCU, Sala das Sessões, em 13 de dezembro de 2022.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Revisor