

VOTO

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto pelo sr. Alexandre Alegretti de Oliveira contra o Acórdão 2.819/2022-1ª Câmara.

2. Por meio do supracitado julgado, este Tribunal examinou tomada de contas especial instaurada em decorrência do Acórdão 8.122/2020-2ª Câmara, que tratou de representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul/RS (TCE/RS) acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Município de Cruz Alta/RS, relacionadas à construção de três unidades escolares de educação infantil, no valor histórico total aproximado de R\$ 4 milhões. As obras seriam custeadas com recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para a implementação do Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (Proinfância).

3. O FNDE e a Prefeitura Municipal de Cruz Alta/RS celebraram o Termo de Compromisso 5.519/2013, no valor de R\$ 1.522.440,41, tendo por objeto a construção de uma unidade escolar (peça 9). Para a execução do referido termo, a prefeitura e a empresa Gireli, Soares & Cia. Ltda. firmaram o Contrato 54/2013 em 12/6/2013, no valor original de R\$ 1.351.740,73.

4. Do que ressaí dos autos, as obras iniciaram-se em agosto de 2013, prosseguiram até meados de janeiro de 2014, foram paralisadas dessa data até maio de 2014 e foram retomadas em ritmo lento até início de julho de 2015, quando ocorreu a rescisão contratual com a empresa Gireli, Soares & Cia. Ltda. Durante a vigência do contrato, foram emitidos onze boletins de medição, em um total de R\$ 810.117,87, sendo R\$ 697.341,46 do FNDE e R\$ 112.776,41 da contrapartida (peça 2, p. 73).

5. Em agosto de 2016, o TCE/RS realizou inspeção no Município de Cruz Alta/RS, com vistas a avaliar atos de gestão praticados nos exercícios de 2011 a 2015. Ao inspecionar as obras em tela, o TCE/RS detectou que, embora os boletins de medição expedidos entre setembro de 2013 e janeiro de 2015 tenham sido integralmente pagos, essa situação se mostrava incompatível com o observado durante a visita de campo ocorrida em setembro de 2015. Isso porque inspeção visual e comparativa com obra semelhante em construção no município evidenciou a ausência de algumas estruturas, cuja quantificação, feita pela própria Prefeitura Municipal de Cruz Alta/RS, resultou em R\$ 138.774,00, conforme tabela abaixo:

Quantificação dos serviços pagos e não executados

DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS	UND.	QT.	PU (R\$/UND.)	VALOR (R\$)
ESTRUTURAS DE CONCRETO				102.418,987
Pilares				11.473,275
Formas	m2	106,748	42,30	4.515,440
Armadura	kg	655,741	7,16	4.695,106
Concreto 25 Mpa	m3	6,099	371,00	2.262,729
Vigas				73.712,298
Formas	m2	800,412	42,30	33.857,428
Armadura	kg	2.801,440	7,16	20.058,310
Concreto 25 Mpa	m3	53,360	371,00	19.796,560
Lajes				17.233,414
Formas	m2	214,340	42,30	9.066,582
Armadura	kg	786,200	7,16	5.629,192
Concreto 25 Mpa	m3	6,840	371,00	2.537,640
COBERTURA				30.659,558
Estrutura em madeira para cobertura	m2	507,500	26,32	13.357,400

Telhas cerâmicas	m2	504,710	32,90	16.604,959
Cumeeiras/espigões	m	23,100	8,62	199,122
Rufos de concreto	m	9,270	53,73	498,077
IMPERMEABILIZAÇÃO				1.036,820
Impermeabilização de calhas (telhado) com manta asfáltica	m2	55,150	18,80	1.036,820
REVESTIMENTO EXTERNO				1.035,797
Paredes e fachadas				
Chapisco externo	m2	311,050	3,33	1.035,797
PAVIMENTAÇÃO				3.622,836
Camada impermeabilizadora de concreto	m2	247,800	14,62	3.622,836
				138.773,998

6. Ou seja, do total pago à empresa (R\$ 810.117,87), somente R\$ 671.343,87 correspondiam efetivamente a serviços executados.

7. O presente feito analisa, especificamente, o Contrato 54/2013, em virtude de pagamentos por serviços não realizados, no valor histórico de R\$ 138.774,00. Aplicando-se a proporção correspondente aos recursos federais aportados, chega-se ao montante impugnado de R\$ 118.594,50.

8. A responsabilidade em relação às irregularidades apuradas foi atribuída, de forma solidária, ao fiscal do contrato, sr. Alexandre Alegretti de Oliveira, e à empresa contratada, Gireli, Soares & Cia. Ltda.

II

9. No âmbito desta Corte, foi realizada a citação dos responsáveis, sendo que apenas o sr. Alexandre Alegretti de Oliveira apresentou defesa.

10. O feito prosseguiu regularmente e culminou na prolação do Acórdão 2.819/2022-1ª Câmara, sob relatoria do Ministro Jorge Oliveira, **in verbis**:

“[...] ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea “c”, e § 2º; 12, § 3º; 19, caput; 23, inciso III; 28; inciso III; e 57 da Lei 8.443/1992 e nos arts. 1º, inciso I; 209, inciso III, e § 5º; 210; 214, inciso III, alínea “a”; e 267 do Regimento Interno, em:

9.1. considerar revel Gireli, Soares e Cia. Ltda.;

9.2. rejeitar as alegações de defesa de Alexandre Alegretti de Oliveira;

9.3. julgar irregulares as contas de Alexandre Alegretti de Oliveira e de Gireli, Soares e Cia. Ltda.;

9.4. condená-los solidariamente ao recolhimento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação das quantias abaixo indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até a data do recolhimento, na forma da legislação vigente; em vigor:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
27.814,00 (D)	6/11/2014
68.850,66 (D)	15/12/2014
21.929,84 (D)	26/1/2015

9.5. aplicar-lhes multas individuais de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a serem recolhidas ao Tesouro Nacional atualizadas monetariamente desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. autorizar a cobrança judicial das dívidas, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.7. autorizar, se requerido, o recolhimento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais sucessivas, com incidência, sobre cada parcela corrigida monetariamente, dos correspondentes juros de mora, no caso dos débitos, na forma da legislação em vigor;

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

9.9. fixar prazos de 15 (quinze) dias para comprovação a este Tribunal do recolhimento integral das quantias acima indicadas ou, em caso de parcelamento, da primeira quota, e de 30 (trinta), a contar da quota anterior, do recolhimento das demais parcelas; e

9.10. encaminhar cópia deste Acórdão aos responsáveis, ao FNDE e ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul, com a informação de que a íntegra do Relatório e do Voto que o fundamentam está disponível no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.”

III

11. É contra essa deliberação que se insurge o recorrente.

12. Nesse intuito, sustenta, em síntese, que: (i) houve inexigibilidade de conduta diversa, em razão de sua submissão às estruturas administrativas municipal e federal que realizavam, fiscalizavam e autorizavam todas as etapas, liberações de verbas e pagamentos; (ii) a análise de seu trabalho deve ser feita à luz da culpa exclusiva da empresa fraudadora e dos princípios da utilidade pública, razoabilidade, finalidade pública e impossibilidade de responsabilização objetiva, pois foram as práticas ilícitas da contratada que ocasionaram a irregularidade, e não a sua atuação; (iii) a colaboração com a administração municipal na correção da fraude que o induziu ao erro evidencia a sua boa-fé, o que justifica, ao menos, o abrandamento de sua pena e, sobretudo, o não recolhimento de valores dos quais não se beneficiou; (iv) a decisão atacada deixou de considerar todas as circunstâncias práticas que limitaram a sua atuação, ignorando os atenuantes apresentados, os quais impediram a percepção dos desvios e eram, justamente, os obstáculos demonstrados nos autos: excesso de serviços, pressão dos gestores para acelerar o andamento da obra, fraudes cometidas pela empresa contratada e inércia do Executivo Municipal em reaver os valores liberados a maior; (v) conforme preconiza o art. 12 do Decreto 9.830/2019, a culpa grave e o erro grosseiro só se consumariam no caso de ter havido falha, por total desleixo ou imprudência da fiscalização, ou de não se ter caracterizado a complexidade das funções exercidas; (vi) a deliberação vergastada, ao considerar que a inexistência de má-fé não afasta a responsabilidade pelo ressarcimento do dano, viola o disposto no art. 12, § 3º, do Decreto 9.830/2012 (o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público); (vii) compete ao TCE/RS e não ao TCU averiguar a falha do servidor, considerado isento de responsabilidade em procedimento administrativo instaurado pela prefeitura, o que foi endossado pela Procuradoria Municipal e pelo juízo local; (viii) os pagamentos irregulares foram cobertos por verbas municipais aportadas para concluir as etapas necessárias e liberar as demais fases do convênio, não ocasionando prejuízo aos cofres federais; e (ix) a Súmula TCU 282 não é aplicável ao caso vertente, pois se dirige ao agente causador de dano ao Erário e, como inexistem prejuízos impostos aos cofres federais, não há nenhum prejuízo efetivamente causado.

IV

13. A Serur concluiu que os argumentos colacionados pelo recorrente não bastam para que a deliberação vergastada seja alterada.

14. A unidade técnica salientou que:

a) não foram demonstrados o aduzido excesso de atividades e o desenvolvimento das estruturas administrativas que teriam comprometido a realização das fiscalizações, sendo que tais circunstâncias não se prestariam a eximir a responsabilidade do fiscal de contrato no exercício de suas obrigações;

b) as ilicitudes praticadas pela empresa não foram a única causa dos pagamentos a descoberto, pois somente foi possível a materialização dos desvios com a omissão e a negligência da fiscalização, que deixou de glosar as medições dos serviços não executados. Sendo assim, a empresa e o fiscal devem responder concomitantemente pelo dano ao Erário, em razão do instituto da solidariedade;

c) para a fixação da solidariedade, não importa a natureza das funções exercidas, seja ordenatória, executória ou fiscalizatória. Se as condutas do agente e da empresa contribuíram para a consecução do débito, caracterizada está a aptidão para serem responsabilizados solidariamente, não sendo assim possível socorrer-se do Acórdão 1.399/2021-1ª Câmara para afastar esse vínculo, pois, naquela lide, indicou-se a culpa exclusiva da empresa, porquanto não foram observados vícios na fiscalização;

d) o fato de somente a empresa contratada estar sendo cobrada em processo judicial, ou administrativo, não afasta a responsabilidade solidária do fiscal neste processo de controle externo dada a independência das instâncias e a contribuição de sua conduta para ocorrência dos prejuízos;

e) não procede a alegação de que o recorrente foi induzido ao erro, pois não se observou qualquer complexidade na verificação da regularidade de medições de simples serviços, tais como execução de pilares, lajes, cobertura, impermeabilização, revestimento externo e pavimentação;

f) o erro grosseiro restou evidenciado na conduta do servidor pela culpa grave, excessivo desleixo e imprudência injustificada na fiscalização, não sendo possível comprovar existência de boa-fé, seja em função da colaboração prestada à administração, seja em razão das aventadas circunstâncias atenuantes, uma vez que se mostram insuficientes até mesmo para provocar a redução do valor da multa cominada;

g) os pagamentos irregulares foram efetuados com recursos repassados pelo FNDE, o que comprova o prejuízo aos cofres federais e atrai a competência do TCU; e

h) a aplicação do princípio da independência das instâncias, além de permitir a apreciação de um mesmo fato por instâncias distintas, não obsta a possibilidade de cobrança em duas vias (judicial e administrativa), sendo que eventual ressarcimento ocorrido em processo judicial aproveitará ao defendente no processo administrativo, ante a solidariedade existente.

15. Por fim, a Serur refutou os argumentos relativos à ocorrência de prescrição.

16. Assim, a proposta sugerida foi no sentido de negar provimento ao recurso.

17. O MP/TCU, igualmente, recomendou a rejeição do apelo.

V

18. Com efeito, a análise empreendida pela Serur, a qual adoto como razões de decidir, rechaçou com bastante propriedade as alegações recursais oferecidas.

19. Conforme restou evidenciado nos autos, o fundamento para a instauração da tomada de contas especial foi a impugnação de despesas, materializada pela seguinte ocorrência:

- pagamento indevido à empresa Gireli, Soares & Cia. Ltda. da quantia de R\$ 138.774,00, sendo R\$ 118.594,50 oriundos de recursos do FNDE, face à inclusão de serviços não executados nos boletins de medição emitidos durante a vigência do Contrato 54/2013.

20. Como é sabido, o fiscal é o responsável pelo acompanhamento da execução do objeto contratual. Dentre as suas atribuições está a de exigir da contratada o fiel cumprimento de todas as obrigações contratuais e atestar os serviços por ela executados, com vistas ao respectivo pagamento.

21. Do que ressaí dos autos, embora conste, no Contrato 54/2013 e na ordem de início das obras, o nome do sr. Jonas Delatorre como sendo o fiscal (peça 2, p. 36, 41 e 224), seu nome não é mencionado em qualquer outro documento. Por outro lado, o nome do sr. Alexandre Alegretti de Oliveira aparece como sendo o efetivo fiscal do contrato em inúmeros documentos, sobretudo naqueles em que se atesta a execução dos serviços dos boletins de medição (peça 2, p. 43, 45, 50, 51, 56, 62 e 75, e peça 17, p. 116, 119 e 123-125 – estas do processo apensado).

22. Os argumentos recursais ora oferecidos repetem as alegações já examinadas pelo relator **a quo**, as quais não se mostraram aptas a elidir a responsabilidade do recorrente. A ausência de má-fé, o grande volume de trabalho, a estrutura administrativa deficiente, a indução ao erro por ação fraudulenta da empresa e a ausência de locupletamento de valores traduzem argumentação que não serve para afastar a participação do sr. Alexandre Alegretti de Oliveira na concretização da irregularidade.

23. Ainda que o recorrente não tenha gerido os recursos e não tenha se beneficiado com os pagamentos indevidos, restou comprovado que suas omissões no exercício da função de fiscal do contrato deram causa aos danos apurados. Sobre o tema, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que o fiscal da obra responde por prejuízos decorrentes de serviços executados com deficiência aparente e por aqueles inexistentes que foram indevidamente atestados (**vide** Acórdão 2.672/2016-Plenário, sob minha relatoria).

24. Insta ressaltar que o recorrente possuía formação técnica adequada para avaliar a regularidade da referida execução contratual, pois é engenheiro civil. Conforme a tabela transcrita no parágrafo 5 deste voto, foram diversos os serviços, em diversas áreas e tipificações, que resultaram em pagamento a maior à empresa Gireli, Soares & Cia. Ltda. em decorrência de atestações indevidas na fiscalização da obra sob responsabilidade do recorrente. Não se trata, portanto, de caso fortuito ou isolado, fruto de ação fraudulenta da contratada ou de indução ao erro, uma vez que restaram constatadas várias falhas na fiscalização realizada pelo referido profissional.

25. Dessa maneira, endosso o entendimento de ser evidente a caracterização de erro grosseiro por parte do sr. Alexandre Alegretti de Oliveira no exercício de suas funções de fiscal de contrato. Segundo o disposto no art. 28 da Lei 13.655/2018, que deu nova redação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”. Além disso, não houve qualquer indicação de “*obstáculos e dificuldades reais do gestor*” (art. 22 da LINDB) que tenham efetivamente impedido o regular exercício de seu dever.

26. Por conseguinte, considerando que os argumentos apresentados não lograram afastar as irregularidades identificadas pelo Tribunal ao tempo da deliberação ora vergastada, julgo que o recurso não deve ser provido.

27. Quanto à prescrição, a matéria deve ser examinada à luz da recente Resolução 344/2022, que passou a regulamentar, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento.

37. Em síntese, o citado normativo dispôs que a prescrição, nos processos de controle externo em curso neste Tribunal, observará o disposto na Lei 9.873/1999 e que prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e ressarcitória, contados dos termos iniciais neles indicados. Ademais, incide a

prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.

38. De acordo com o art. 4º da referida resolução, o prazo para a ocorrência de prescrição começou a contar de 3/8/2016, data de expedição do relatório do TCE/RS, que formalizou o conhecimento da irregularidade.

39. Na sequência, o processo tramitou com as seguintes movimentações mais relevantes:

a) em 30/11/2018, com a instrução da unidade técnica (peça 6);

b) em 4/8/2020, com a edição do Acórdão 8.122/2020-2ª Câmara, que determinou a autuação desta TCE (peça 8); e

c) em 24/5/2022, com a decisão condenatória consubstanciada no Acórdão 2.819/2022-1ª Câmara (peça 107).

40. Assim, conclui-se que não se operou a prescrição da pretensão ressarcitória deste Tribunal.

41. Percebe-se, também, que, após o início da apuração dos fatos, não houve a incidência da prescrição intercorrente, disposta nos termos do art. 8º da Resolução 344/2022, já que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, aguardando julgamento ou despacho.

Ante o exposto, voto por que seja adotado o acórdão que submeto à deliberação desta Primeira Câmara.

TCU, Sala das Sessões, em 9 de maio de 2023.

BENJAMIN ZYMLER
Relator