

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara.
TC-008.817/2011-1.

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Entidade: Município de Rio da Conceição/TO.

Recorrente: Construtora Araújo Ribeiro Ltda., CNPJ nº 04.250.946/0001-67.

Advogado constituído nos autos: Paulo Roberto Risuenho, OAB/TO nº 1.337 B.

Sumário: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução a seguir transcrita, com os ajustes de forma que julgo pertinentes, aprovada de modo uniforme no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur, e que contou com a anuência do Ministério Público junto ao TCU:

“(…)

2. *Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional – MI, em razão da inexecução do Convênio n. 322/2002, firmado entre essa pasta e o Município de Rio da Conceição/TO, tendo como objeto a reconstrução de pontes de madeira sobre o rio Manoel Alvinho e o ribeirão Mumbuca, para o qual foram repassados recursos federais no valor de R\$ 78.000,00 (peça 1, p. 81 e 182). A contrapartida era de R\$ 3.257,97.*

4. *A Secretaria Federal de Controle Interno certificou a irregularidade das presentes contas e a autoridade ministerial atestou o conhecimento dessa conclusão (p. 287 e 302, peça 1).*

5. *No âmbito do TCU, os responsáveis foram citados, porém somente a empresa apresentou defesa. O ex-prefeito foi considerado revel (p. 1, peça 34).*

6. *Técnicos da Caixa Econômica Federal registraram a inexecução total do objeto, após visita técnica realizada em 30/09/2005. Apontaram um percentual executado de 0,00%, porém observaram a existência de material estocado na ponte sobre o rio Manoel Alvinho (brita, pedras e pau de escoramento) (p. 195/199, peça 1).*

7. *Em análise financeira (p. 211, peça 1), o Ministério ressaltou a utilização integral dos recursos da União e da contrapartida. Todavia, verificou que o número e o valor dos cheques registrados na relação de pagamentos divergiam das informações constantes do extrato bancário.*

8. *O Relator a quo, Exmº Ministro Marcos Bemquerer Costa, assim resumiu a situação encontrada nestes autos (peça 34):*

‘No caso em exame, foi infringida a cláusula segunda, item 2, alíneas a e b, do Convênio, de acordo com a qual constituem obrigação do Conveniente executar o objeto pactuado de acordo com o Plano de Trabalho e aplicar os recursos financeiros exclusivamente no cumprimento do seu objeto. A conduta ilegal do ex-Prefeito, na qualidade de signatário do Convênio e ordenador de despesa, consistiu em efetuar pagamentos em valor superior ao percentual de execução das obras. Por parte da empresa, a ilegalidade residiu em efetuar cobrança por serviços não prestados. Tais ações acarretam, para o ex-gestor e para a

beneficiária dos pagamentos indevidos, a obrigação de reparar o dano causado ao erário.'

9. A fim de facilitar a observância do art. 69 do RI/TCU, cumpre mencionar que a apreciação destes autos levou à seguinte deliberação (Acórdão 2.361/2012 – Segunda Câmara): 'ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, em:

9.1. julgar irregulares as presentes contas, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, e 19, caput, da Lei n. 8.443/1992, e condenar o Sr. Valdo Viana Barbosa, solidariamente com a Construtora Araújo Ribeiro Ltda., ao pagamento do débito de R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais), atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora a partir de 30/12/2004 até a sua efetiva quitação, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos da legislação em vigor;

9.2. aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei n. 8.443/1992 ao Sr. Valdo Viana Barbosa e à Construtora Araújo Ribeiro Ltda., nos valores individuais de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do RI/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente Acórdão até a do efetivo recolhimento, caso pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar desde logo a cobrança judicial das dívidas, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, caso não atendidas as notificações;

9.4. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Proposta de Deliberação que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado de Tocantins, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei n. 8.443/1992.'

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

10. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 57), ratificado pelo Ministro-Relator (peça 61), que concluiu pelo conhecimento do presente apelo, nos termos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.3 do acórdão recorrido, com fulcro no art. 285, caput, do RI/TCU, e art. 48, § 2º, da Resolução-TCU 191/2006, conforme análise de admissibilidade realizada pela Serur.

EXAME TÉCNICO

11. A seguir serão apresentados os argumentos do Recorrente, de maneira sintética, seguidos das respectivas análises.

12. Argumento: após apresentar resumo dos fatos ocorridos nestes autos e na ação que tramita na Justiça Federal para apuração de crime de responsabilidade e de falsidade ideológica, a Recorrente passa a expor as razões recursais propriamente ditas (p. 17, peça 46, item 6).

13. Alega que a atipicidade de sua conduta não foi examinada na TCE tampouco no procedimento judicial, considerando a não constatação do 'dolo específico previstos pelos tipos indicados nos autos', a saber:

- Cláusulas Primeira e Segunda, item 2, alíneas 'a', 'b' e 'o'; Cláusula Sexta, Subcláusulas Primeira e Segunda, do Convênio 322/2002;

- art. 145 do Decreto 93.872/1986;

- art. 93 do Decreto-Lei 200/1967;

- art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967 (crime de responsabilidade) c/c os arts. 29 e 299 do Código Penal (crime de falsidade ideológica);

14. Esclarece que para configuração dos 'delitos apontados na TCE' seria necessária a vontade deliberada do agente de desviar e apropriar-se de recursos públicos, ou utilizá-los em proveito de terceiro, de forma ilícita.

15. Cita trecho do depoimento que prestou na 2ª Vara da Seção Judiciária de Tocantins, informando que após sagrar-se vencedora da licitação foi procurada pelo ex-Prefeito Valdo Viana Barbosa que, sob pena de cancelamento do contrato, impôs condições como a indicação por ele da mão de obra. Afirma que recebeu o valor da obra descontados os impostos e que o repassava à pessoa indicada pelo ex-prefeito para executá-la.

16. Assevera que queria executar a obra, porém só lhe foi 'outorgada a execução de direito' e não de fato. A Prefeitura se comprometeu com a execução da obra **in totum**.

17. A Recorrente afirma que restou demonstrado tanto na TCE quanto na ação judicial que não houve dolo de sua parte quanto ao desvio dos recursos públicos, na medida em que acreditava que a obra estava sendo executada pela Prefeitura.

18. A empresa considerava que sua conduta poderia ser tida, no máximo, como inadimplemento contratual, jamais como crime, por acreditar que a obra estava sendo de fato executada.

19. *Análise: preliminarmente, é preciso lembrar que a responsabilização penal da pessoa jurídica é tema altamente controverso em nosso ordenamento jurídico, existindo acalorados debates doutrinários a esse respeito. Os sustentáculos legais suscitados pelos defensores dessa tese encontram-se basicamente na Constituição Federal, nos arts. 173, §5º, (crimes contra a ordem econômica e financeira), e 225, §3º, (crimes ambientais), a saber:*

Art. 173, § 5º:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-as às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

(...)

Art. 225, § 3º:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

20. Além disso, as alegações de natureza penal trazidas pela Recorrente refogem da competência do Tribunal de Contas da União que exerce jurisdição de controle externo.

21. O TCU examina a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos e a solidariedade dos terceiros não integrantes da Administração que com esta tenham contratado. As referências a dolo e a culpa são adotadas na perspectiva da responsabilidade civil.

22. A situação posta nestes autos é peculiar, pois contém a confissão da empresa contratada de que apenas foi utilizada como fachada para a malversação de recursos públicos.

23. O fato de somente depois de sagrar-se vencedora da licitação ter sido comunicada pelo ex-prefeito que não executaria a obra e que deveria repassar os valores recebidos a terceiros não elimina a participação da empresa na lesão perpetrada aos cofres públicos. A partir do momento em que a contratada anuiu a essa prática vinculou-se solidariamente ao ex-prefeito, passando a ter o dever do ressarcimento.

24. As razões recursais ora examinadas comprovam cabalmente a responsabilidade do ex-gestor público e, por consequência, respaldam nos termos da jurisprudência do TCU a condenação solidária da empresa contratada.

25. Da mesma forma, a legislação ampara a atuação do Tribunal de Contas da União em casos como o que ora se examina, pois ao exercer seu mister de controle externo da maneira outorgada pela Constituição Federal, o TCU pode aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. Nessa perspectiva, a Lei 8.443/29, art. 16, inciso III, §2º, prevê que:

‘§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

- a) do agente público que praticou o ato irregular, e
- b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.’ (grifado acrescido)

26. Nota-se que a conduta da Recorrente foi determinante para a ocorrência do dano verificado nestes autos. Ademais, seja sob o enfoque dos princípios da licitação seja dos princípios da Administração Pública, infere-se que a contratada tinha o dever legal e moral de denunciar a conduta do ex-prefeito.

27. Argumento: assevera que não houve apropriação ilícita de sua parte, mas sim negligência ao aceitar que a obra fosse executada por terceiro. Nessa perspectiva, conclui que sua conduta foi atípica porque a negligência é um elemento da culpa e os delitos em foco não prevêm a forma culposa.

28. Análise: a linha de defesa adotada pela Recorrente – assentada exclusivamente na teoria penal - não é capaz de afastar sua responsabilidade sob o enfoque dos direitos administrativo e civil, os quais são a base da responsabilização no âmbito do Tribunal de Contas da União.

29. Argumento: evidenciou-se no processo judicial a ausência de indícios de que a Recorrente tenha agido com unidade de desígnios e comunhão múltipla de esforços com o ex-prefeito e o ex-secretário de finanças, a fim de desviar recursos públicos.

30. Análise: novamente, a Recorrente utilizou alegações de cunho penal não aplicáveis ao processo de contas.

31. Argumento: afirma que ficou claro na ação judicial que o ex-prefeito Valdo Viana Barbosa e o ex-secretário de finanças Alberto Leitão foram as pessoas que se apropriaram dos recursos do convênio.

32. Análise: ainda que a empresa não tenha se locupletado desses recursos sua conduta foi determinante para que ocorresse a malversação. Ou seja, pode-se asseverar que sem a conduta da contratada o desvio não teria acontecido. Além disso, como já dito, a contratada tinha obrigação moral e legal de revelar às autoridades competentes a fraude perpetrada pelo ex-prefeito, conforme se depreende dos princípios da licitação e da Administração Pública.

33. Argumento: sobre a emissão de notas fiscais usadas na prestação de contas, considera que houve erro determinado por terceiro.

34. Análise: essa alegação não procede, pois como se verá a Recorrente admitiu ter emitido as notas para atender a solicitação do ex-prefeito e com vistas à obtenção de vantagens.

35. Argumento: reitera a inexistência de dolo amparada na tese de ‘erro plenamente justificado pelas circunstâncias’, pois foi coagido a aceitar a proposta do ex-prefeito Valdo Viana, além de acreditar que a obra estava sendo executada pela prefeitura.

36. Análise: não há que se falar em erro, na medida em que o ex-prefeito informou-lhe abertamente que a execução das obras caberia a outrem, bem como o correspondente recebimento dos recursos.

37. Argumento: alega que não incorreu em falsidade ideológica, em virtude da indução em erro a que foi submetida, que fez com que culposamente apresentasse os documentos questionados na prestação de contas. Aduz que não há nos autos qualquer documento que afirme que a recorrente executou a obra. O que consta deste processo é um documento de aceitação definitiva obra, firmado pelo ex-gestor.

38. Análise: as informações da contratada de que apresentou notas fiscais relativas a obras por ela não executadas representam a confirmação pela própria Recorrente da falsidade dessas declarações. A relação de pagamentos, ademais, foi assinada pela recorrente na qualidade de ‘Responsável pela execução’ (p. 119, peça 1).

39. *Argumento: afirma que a figura do erro determinado por terceiro, a princípio, pode ser espécie tanto de erro de tipo – como no caso em apreço – quanto de erro de proibição (art. 20, §2º, do CP). Transcreve esse dispositivo e estabelece a diferenciação entre esses institutos.*

40. *Explica que teve uma falsa percepção da realidade ao aceitar as condições impostas pelo ex-prefeito. Ou seja, foi induzida a erro.*

41. *Análise: alegações de índole penal não aplicáveis ao processo no âmbito do TCU. De qualquer maneira, o argumento seguinte revela a motivação da empresa ao aceitar a imposição do Sr. Valdo Viana.*

42. *Argumento: informa que se viu forçado a aceitar a imposição do ex-prefeito porque queria manter um bom relacionamento com a municipalidade, visando eventuais futuras contratações.*

43. *Análise: essa alegação milita desfavoravelmente à Recorrente e deve ser tida como confissão e reconhecimento da participação no ato lesivo ao patrimônio público.*

44. *Argumento: transcreve trecho do depoimento à Justiça no qual o ex-gestor admite sua responsabilidade pela não execução do objeto do Convênio 322/2002 (p. 25, peça 47).*

45. *Análise: a responsabilidade do ex-prefeito já foi apurada nestes autos.*

46. *Argumento: pondera que no âmbito do concedente não lhe foi atribuída qualquer responsabilidade pelos fatos tratados nesta TCE.*

47. *Análise: as manifestações do controle interno não vinculam o Tribunal de Contas da União que, conforme se depreende da CRFB/1988, não está obrigado adotar entendimento de outros órgãos da Administração Pública. O TCU tem prerrogativa de decidir em sentido diverso, bastando que o faça fundamentadamente. Como consta no Acórdão 2.105/2009–TCU-1ª Câmara, ‘O TCU possui atribuição constitucional para realizar de forma autônoma e independente a apreciação da regularidade das contas dos gestores de bens e direitos da União’. Foram também nessa direção os seguintes acórdãos desta Corte: 2.331/2008-1ª Câmara, 892/2008-2ª Câmara e 383/2009-Plenário.*

48. *A não subordinação das decisões do TCU aos pareceres do controle interno foi abordada nos seguintes termos no Acórdão 212/2002-TCU-2ª Câmara:*

‘Outrossim, a aprovação de uma prestação de contas pelo Sistema de Controle Interno não afasta a atribuição constitucional deste Tribunal, atinente à verificação da regularidade da utilização de recursos públicos federais. Esta Corte de Contas não está adstrita ao juízo firmado por aquela unidade, possuindo ampla capacidade de deliberação, e exercendo, precipuamente, a privativa jurisdição sobre os responsáveis pelos valores repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, ex vi do disposto no art. 71, inciso VI, da Constituição Federal/1988.’

49. *Argumento: menciona os procedimentos adotados pela Secex/TO tendentes a sua responsabilização, entre eles a proposta de citação.*

50. *Análise: a Secretaria de Controle Externo do TCU no Estado de Tocantins atuou de acordo com as normas processuais da Corte de Contas Federal, observando o devido processo legal.*

51. *Argumento: novamente, invoca o fundamento do erro determinado por terceiro e defende a atipicidade de sua conduta ante a ausência de dolo. Traz alguns excertos da lavra do Delegado Polícia Federal que tomou o depoimento dos envolvidos (p.27, peça 47).*

52. *Análise: a responsabilização no âmbito do TCU encontra-se exposta no relatório e no voto condutores da deliberação recorrida.*

53. *Argumento: informa que as cópias dos extratos e conciliações bancárias anexas demonstram como o ex-prefeito utilizou incorretamente os recursos e a induziu a erro. Assevera que não há como correlacionar sua conduta com a do Sr. Valdo Viana e que restou comprovado*

que não se beneficiou do referido numerário, apesar de seu nome constar da relação de pagamentos e de ter fornecido notas fiscais para constar da prestação de contas.

54. Análise: as alegações acima militam contra a Recorrente e devem ser tida como confissão e reconhecimento da participação no ato lesivo ao patrimônio público.

55. Argumento: pondera que não pode ter contas julgadas pelo TCU por não ser gestora de recursos públicos, mas apenas contratada.

56. Análise: a Recorrente não teve contas julgadas, mas sim o ex-prefeito. O que ocorreu foi a sua condenação solidária decorrente da previsão contida no art. 16, §2º, da Lei 8.443/92.

57. Argumento: faz considerações sobre improbidade administrativa e conclui que para a configuração desta é necessária a existência de dolo.

58. Análise: a improbidade administrativa é apurada no âmbito do Poder Judiciário, conforme as regras previstas na Lei 8.429/1992.

59. Argumento: outrossim, afirma que para que se constate a ocorrência de um ato ilícito como o apontado pelo TCU é imprescindível a demonstração de dano ao erário e do dolo na conduta do responsável.

60. Análise: restaram claramente demonstrados nos autos o dano ao erário e a conduta dolosa do ex-prefeito. Houve, sem dúvida, a participação da Recorrente que, além de não ter executado o objeto do convênio, emitiu notas fiscais frias, conforme a própria reconheceu.

61. Pedido: requer o conhecimento deste recurso e no mérito o seu provimento para que se reconheça a atipicidade de sua conduta. Caso esta não seja acatada, requer que se exclua a sua responsabilidade, afastando-lhe o débito e a multa, pelos motivos acima esposados.

62. Análise: diante dos fatos acima narrados, não é possível prover o apelo da Recorrente, pois as razões recursais confirmaram a sua participação na irregularidade identificada pelo TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

63. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pela Construtora Araújo Ribeiro Ltda., com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei n.º 8.443/1992 e no mérito negar-lhe provimento, mantendo-se inalterado o teor do acórdão recorrido.

b) dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessados.”

É o relatório.