

TC 007.834/2013-6

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Município de Ponte Alta do Tocantins/TO

Recorrentes: José Aparecido de Araújo (CPF 622.913.781-04), Cleyton Maia Barros (CPF 260.906.191-91) representado por sua inventariante Glaucia Wanderley Maia Barros; Shyrleide Maria Maia Barros (CPF 388.798.831-00), Construtora Maia Ltda. (CNPJ 10.445.367/0001-72), Construtora Jalapão Ltda. (CNPJ 38.129.342/0001-89) e Jhonata Elias Maia Barros Lima (CPF 036.186.281-45).

Advogado: Leandro Manzano Sorroche, OAB/TO 4.792; Patrícia de Araújo Schüller, OAB/TO 2986; Carolina Santana Martins OAB/TO 5085, procuração e-tcu - Aba: Representações Legais.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Tomada de contas especial oriunda de conversão de denúncia. Convênio. Falta de documentação comprobatória da correta aplicação dos recursos públicos no objeto pactuado. Pagamentos por serviços não executados. Desvio de recursos financeiros da conta específica do convênio para terceiros que não comprovaram vínculo contratual com o conveniente para execução do objeto da avença. Ausência de nexos de causalidade. Contas irregulares, com débito e multa. Não atendimento, sem causa justificada, à decisão do tribunal. Multa ao responsável. Determinação. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Negativa de provimento para os gestores. Provimento para as empresas.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração (peças 191/205/210) interpostos por José Aparecido de Araújo, Cleyton Maia Barros representado por sua inventariante Glaucia Wanderley Maia Barros; Shyrleide Maria Maia Barros, Construtora Maia Ltda., Construtora Jalapão Ltda. e Jhonata Elias Maia Barros Lima contra o Acórdão 696/2015 – TCU – Plenário (peça 147).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas c e d, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas do Sr. Cleyton Maia Barros (falecido) e da Sra. Shyrleide Maria Maia Barros e, com base na alínea c do inciso III do art. 16 da citada Lei, as da empresa RC dos Santos Tocantinense,

9.2. condenar o espólio do Sr. Cleyton Maia Barros, na pessoa de sua inventariante Sra. Gláucia Wanderley Maia Barros ou, caso tenha havido a partilha, os seus herdeiros, até o limite do patrimônio transferido, solidariamente com a Sra. Shyrleide Maria Maia Barros e com os demais responsáveis a seguir indicados ao pagamento do débito abaixo especificado, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data da efetiva quitação, nos termos da legislação em vigor, 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 a favor do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE:

9.2.1. empresa RC dos Santos Tocantinense:

Valor (R\$)	Data de origem
660.858,95	30/12/2009
245.280,51	15/04/2011
349.654,46	15/04/2011

9.2.2. Construtora Maia Ltda., no valor de R\$ 3.520,00 (três mil, quinhentos e vinte reais), com data de origem de 07/07/2011;

9.2.3. Sr. Jhonata Elias Maia Barros de Lima, no valor de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), com data de origem de 06/09/2011;

9.2.4. Construtora Jalapão Ltda., no valor de R\$ 5.152,00 (cinco mil, cento e cinquenta e dois reais), com data de origem de 09/06/2011;

9.3. aplicar individualmente à Sra. Shyrleide Maria Maia Barros e à RC dos Santos Tocantinense a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, respectivamente nos valores de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

9.4. aplicar ao Sr. José Aparecido de Araújo (CPF 622.913.781-04) a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fulcro no art. 58, IV, da Lei 8.443/1992 em razão do descumprimento do subitem 9.5 do Acórdão 619/2013 – Plenário;

9.5. determinar ao Município de Ponte Alta do Tocantins que adote, se ainda não fez, as medidas tendentes à instalação dos equipamentos e mobiliários a que se refere o Convênio n. 664.653/2010 na escola de que trata o Convênio n. 656.421/2009 e, providencie, enquanto não possível a respectiva instalação, armazenamento adequado, de forma a garantir a integralidade e segurança dos bens adquiridos, encaminhando a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da notificação deste Acórdão, documentos que comprovem a solução de tal pendência;

9.6. alertar o representante legal do Município de Ponte Alta do Tocantins/TO de que a reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal poderá ensejar a aplicação ao responsável da multa de que trata o art. 58, inciso VII, da Lei 8.443/1992;

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

9.8. dar ciência ao Município de Ponte Alta do Tocantins de que:

9.8.1. a exigência de taxa exorbitante para a disponibilização de edital contraria o disposto no art. 32, § 5º, da Lei 8.666/1993;

9.8.2. a fixação de uma única data para realização da visita técnica restringe a participação de interessados e pode possibilitar que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes;

9.8.3. a assinatura do autor nos pareceres jurídicos constantes de processos licitatórios, em atendimento ao art. 38, inciso VI, da Lei 8.666/1993, é obrigatória sob pena de nulidade desses documentos;

9.9. determinar à Secex/TO que encaminhe cópia das Notas Fiscais constantes dos presentes autos (peça 16) à Secretaria Municipal de Finanças de Palmas/TO para providências que aquela Secretaria entender cabíveis, haja vista que a empresa RC dos Santos Tocantinense informou não ter obtido faturamento no período de janeiro de 2004 a agosto de 2012;

9.10. considerar a denúncia em apenso parcialmente procedente e retirar o sigilo dos processos TC-038.458/2012-8 e TC 007.834/2013-6; e

9.11. remeter cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o sustentam, à Procuradoria da República no Estado de Tocantins, com fundamento no § 7º do art. 209 do RI/TCU.

HISTÓRICO

2. Trata-se de Tomada de Contas Especial – TCE oriunda da conversão do processo de Denúncia objeto do TC 038.458/2012-8, referente a possíveis irregularidades na execução do Convênio 656.421/2009, firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE e o Município de Ponte Alta do Tocantins/TO para a construção de uma escola de educação infantil – tipo “B”, no âmbito do Programa Nacional de Reestruturação e Aproveitamento da Rede Escolar Pública de Educação Infantil – Proinfância.

2.1. O aludido ajuste foi celebrado no total de R\$ 1.335.068,58, cabendo ao concedente o valor de R\$ 1.321.717,89 e ao conveniente a quantia de R\$ 13.350,69, a título de contrapartida financeira.

2.2. Conforme voto condutor do acórdão recorrido (peça 149, p. 1-2), as irregularidades apuradas nestas contas especiais, ensejadoras da condenação dos responsáveis, alcançam a soma original de R\$ 1.255.793,92, e podem ser distribuídas em três grupos: i) falta de documentação comprobatória da correta aplicação dos recursos públicos federais no objeto da avença; ii) pagamentos por serviços não executados; e iii) desvios de recursos da conta bancária específica do convênio.

2.3. Verificou-se ainda o monitoramento da disposição do subitem 9.5 do Acórdão 619/2013 – Plenário que contemplou determinação ao Município de Ponte Alta do Tocantins/TO para adoção de providências relacionadas ao Convênio 664.653/2010

2.4. Os recorrentes Cleyton Maia Barros (representado por sua inventariante Gláucia Wanderley Maia Barros), doravante denominado Cleyton Maia Barros e Shyrleide Maria Maia Barros foram condenados, nos termos dos itens 9.2 e 9.3 do acórdão supracitado, pela: (a) falta de documentação comprobatória da correta aplicação dos recursos federais no objeto do Convênio; (b) pagamento por serviços não executados; (c) ausência de nexos entre os recursos do convênio e os pagamentos efetuados à empresa RC dos Santos Tocantinense.

2.5. Já os recorrentes Construtora Maia Ltda., Construtora Jalapão Ltda. e Jhonata Elias Maia Barros Lima foram condenados por terem sido beneficiados dos desvios de recursos da conta bancária específica do Convênio 656.421/2009. Não restou demonstrado qualquer vínculo contratual (prestação de serviço ou fornecimento de bens) relacionados à execução do objeto do Convênio 656.421/2009 que justificasse o recebimento dos recursos da conta corrente do convênio.

2.6. Por sua vez, o recorrente José Aparecido de Araújo foi apenado com a multa prevista no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992 em virtude do não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, de decisão desta Corte.

2.7. Neste momento, os recorrentes insurgem contra a deliberação previamente descrita.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido nas peças 214-217 ratificado pelo Relator, Ministro Bruno Dantas, com a suspensão dos efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.7 do acórdão recorrido (despacho de peça 220).

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) a apresentação de notas fiscais e fotografias constantes da peça 191, p. 3-16 são suficientes para desconstituir a apenação imputada a José Aparecido de Araújo;

b) há nulidade na condenação do espólio de Cleyton Maia Barros, ante a ausência de citação;

c) restou inviável o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa ante o falecimento prematuro de Cleyton Maia Barros;

d) o sobrestamento do presente feito se impõe para apresentação da documentação comprobatória;

e) a execução da obra elide as irregularidades, bem como o dano atribuído e se, mantido o entendimento se há enriquecimento sem causa do erário;

f) há nexos entre os depósitos nas contas das empresas Construtora Maia Ltda., Construtora Jalapão Ltda. e Jhonata Elias Maia Barros Lima e a conta específica.

5. Da apenação aplicada a José Aparecido de Araújo.

5.1. Defende-se no recurso, em síntese, que por algum equívoco no controle de recebimentos de correspondência na Prefeitura de Ponte de Alta do Tocantins – TO, o recorrente não teria sido notificado do teor do Ofício 609/2013-TCU-Secex/TO. Em que pese o não recebimento, requer a reconsideração da aplicação da penalidade, uma vez que houve o devido emprego e instalação dos equipamentos e mobiliários.

Análise:

5.2. O fato que ensejou a apenação restou assim justificado no voto condutor (peça 149, p. 3), **verbis**:

24. Por derradeiro, cabe verificar o cumprimento ou não da determinação constante do subitem 9.5 do Acórdão 619/2013 – Plenário. Por meio do dispositivo mencionado, o Tribunal determinou que o Município de Ponte Alta do Tocantins/TO adotasse as medidas tendentes à instalação dos equipamentos e mobiliários a que se refere o Convênio 664.653/2010 na escola de que trata o Convênio 656.421/2009 e, providenciasse, enquanto não possível a respectiva instalação, armazenamento adequado, de forma a garantir a integralidade e segurança dos bens adquiridos, devendo encaminhar ao Tribunal, no prazo fixado, documentos que comprovassem a solução da pendência.

25. Apesar de devidamente notificado do **decisum**, o representante do Município de Ponte Alta do Tocantins/TO não se manifestou nestes autos (Peça 60 e 72), nem atendeu à

reiteração que lhe fora encaminhada (Peças 115 e 117). Assim, tem-se por caracterizado o não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à decisão do Tribunal, fazendo incidir a aplicação da pena de multa prevista no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992, ao Sr. José Aparecido Araújo, Prefeito.

5.3. Dos documentos constantes às Peças 60 e 72, (Ofício 0177/2013/TCU/SECEX-TO) é possível verificar a entrega na sede da Prefeitura Municipal. A gestão de documentos no âmbito interno da Prefeitura é da responsabilidade do gestor.

5.4. A gestão e a organização da documentação estão inseridas nas atribuições do gestor municipal, não prosperando a alegação de desconhecimento do assunto, uma vez que a entrega do ofício foi realizada diretamente na prefeitura. Logo, não se pode, validamente, argumentar o não recebimento de documentos importantes para a prática de ações de sua responsabilidade.

5.5. Com relação ao cumprimento da determinação, verifica-se que o teor da obrigação de fazer imposta estabeleceu prazo determinado ao seu adimplemento, **verbis**:

9.5. determinar ao Município de Ponte Alta do Tocantins que adote as medidas tendentes à instalação dos equipamentos e mobiliários a que se refere o Convênio n. 664.653/2010 na escola de que trata o Convênio n. 656.421/2009 e, providencie, enquanto não possível a respectiva instalação, armazenamento adequado, de forma a garantir a integralidade e segurança dos bens adquiridos, encaminhando a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da notificação deste Acórdão, documentos que comprovem a solução de tal pendência;

5.6. Logo, o inadimplemento ou mesmo o adimplemento intempestivo enseja a aplicação da multa, não havendo como acatar os argumentos apresentados.

5.7. Ante o exposto, entende-se que as razões recursais aduzidas não elidem a irregularidade, devendo ser mantida a apenação do ex-Prefeito, prevista no do art. 58, IV, da Lei 8.443/1992, por não atender à determinação realizada ao Município de Ponte Alta do Tocantins.

6. Da ausência de citação do espólio de Cleyton Maia Barros e do estabelecimento do contraditório e da ampla defesa ante o falecimento prematuro do responsável.

6.1. O recorrente aduz em suas razões recursais a nulidade do acórdão condenatório, uma vez que o espólio, nos termos dos arts 5º, LIV, LV da CRFB e 12, II, da Lei 8.443/1992, não foi regularmente citado para apresentação de defesa.

6.2. Ante a ausência de citação e nulidade da inclusão do espólio no polo passivo requer a extinção do feito sem resolução do mérito, com amparo no art. 267, VI do Código de Processo Civil – CPC.

6.3. Aduz, ainda, que o contraditório e a ampla defesa restou prejudicado, ante a morte prematura de Cleyton Maia Barros.

6.4. Para tanto afirma o espólio, que “apenas houve o oferecimento de defesa preliminar” na qual apenas se prestou esclarecimentos sobre as irregularidades apontadas.

6.5. Embora tenha ocorrido o falecimento, houve a continuidade do processo e a instrução sem a participação do interessado, o que se mostrou indevido.

6.6. Desta forma, impossível a responsabilização do interessado ou de seu espólio, uma vez que não houve contraditório e ampla defesa para a apuração das responsabilidades e a imputação de débitos.

Análise:

6.7. Antes de adentrar o mérito das razões recursais, vale lembrar que o apenado, enquanto vivo e na condição de responsável, foi regularmente citado conforme peças 50 e 73, tendo inclusive apresentado sua defesa (peças 93-98).

6.8. Tendo o apenado exercido sua defesa na plenitude, o seu falecimento não impede o julgamento de mérito pela irregularidade de suas contas e eventual imputação de débito. A relação jurídica foi plenamente aperfeiçoada. Assim, caso exista a obrigação de reparar o dano, esta recai sobre o espólio ou, caso consumada a partilha, sobre os herdeiros, no limite do patrimônio do responsável. Nesse sentido já decidiu esta Corte (v.g. Acórdão 208/2014 – TCU – Plenário).

6.9. Dessa forma, não há que se alegar qualquer vício relacionado aos princípios do contraditório e da ampla defesa para apuração de responsabilidade ou imputação do débito.

6.10. Na mesma esteira, não há que se falar em ilegitimidade passiva do espólio ou mesmo em nulidade de sua citação. A citação no momento oportuno foi realizada diretamente ao responsável e o seu falecimento, conforme já discutido, não impede a condenação. O espólio somente passa a integrar a relação jurídica, como sucessor processual, após a impossibilidade da parte, **in casu**, após o falecimento de Cleyton Maia Barros, mas isto não significa dizer que todos os atos validamente praticados devam ser repetidos.

6.11. Por fim, deve-se lembrar que nos processos de controle externo, o momento de o jurisdicionado se pronunciar nos autos, contraditando e se defendendo, ocorre após a citação, conforme feito pelo apenado, logo, não prospera o argumento de apresentação de esclarecimentos e defesa prévia, pois tal instituto não está previsto no rito processual desta Corte de Contas.

6.12. Assim, entende-se inexistir ofensa ao contraditório ou a ampla defesa, bem como não haver qualquer vício no **decisum**.

7. Do sobrestamento do presente feito para apresentação da documentação comprobatória.

7.1. Defende-se no recurso do espólio de Cleyton Maia Barros a necessidade de sobrestamento do presente feito, a teor do disposto no artigo 11, da Lei 8.443/92.

7.2. Argumenta que somente em 29/5/2015, a Sra. Gláucia Wanderley Maia Barros, representante do espólio de Cleyton Maia Barros, foi notificada pelo órgão concedente - FNDE - para apresentar a respectiva prestação de contas, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar daquela data, nos termos do Ofício 2279/2015-SEAPC/COAPC/CGCAP/DIFIN/FNDE (peça 205, p. 13-14). Tal fato teria o condão de reabrir o prazo para a prestação de contas e ensejar o retorno dos autos à fase probatória para a comprovação da perfeita execução do objeto e da aplicação dos recursos.

Análise:

7.3. Existe distinção entre fase interna e fase externa de uma tomada de contas especial. Na fase interna, aquela promovida no âmbito do órgão público em que os fatos ocorreram, não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. Constitui procedimento inquisitório de coleta de provas assemelhado ao inquérito policial, no qual não se tem uma relação processual constituída nem há prejuízo ao responsável.

7.4. O estabelecimento do contraditório nessa fase não é nem obrigatório, pois há mero ato investigatório sem formalização de culpa. Como não existem partes nem antagonismos de interesse nessa fase, a ausência de citação ou de oportunidade de contraditório dos documentos juntados não enseja nulidade.

7.5. A garantia ao direito à ampla defesa e ao contraditório se dá, nos termos do devido processo legal, na fase externa da tomada de contas especial, que se inicia com a autuação do processo junto a este Tribunal e finda com o julgamento. Esse é o entendimento desta Corte de Contas, conforme consignado nos acórdãos 1.540/2009-TCU-1ª Câmara, 2.329/2006-TCU-2ª Câmara e 2.647/2007-TCU-Plenário.

7.6. Ocorre que quando a apuração é realizada diretamente pelo TCU, inexistente a fase interna propriamente dita, os atos de apuração conduzidos por esta Corte, por meio de auditorias, representações e denúncias, substituem a fase interna desenvolvida nos órgãos.

7.7. **In casu**, a fase interna há muito foi superada e o eventual equívoco do FNDE em notificar o espólio para apresentação da prestação de contas não tem o condão de reabrir prazo para defesa, tampouco em fazer com que o processo retorne a fase apuratória há muito vencida.

7.8. Logo, a notificação recebida pelo espólio, por equívoco do órgão concedente, em nada altera a situação jurídica do responsável e o título executivo já formado.

7.9. De toda forma, embora os argumentos devam ser rejeitados, vale lembrar ao recorrente que caso tenha novos documentos que demonstre a regular aplicação dos recursos transferidos por meio do convênio sob exame, existe na sistemática processual desta Corte o recurso de revisão previsto no art. 35, III, da Lei 8.443/92.

7.10. Pelo exposto, entende-se improcedentes os argumentos para sobrestamento do presente processo.

8. Da execução da obra, da ausência de dano e do enriquecimento sem causa.

8.1. Aduz o recorrente, espólio de Cleyton Maia Barros, que a escola, objeto do convênio, foi executada encontrando-se há tempos em pleno funcionamento e atendendo a comunidade e, portanto, satisfazendo o interesse público.

8.2. Afirma que o relatório de vistoria “extraído do Sistema Integrado de Monitoramento, Execução e Controle do Ministério da Educação – SIMEC” (peça 205, p. 11-12), demonstra que o objeto do convênio foi cumprido em “quase sua totalidade, atingindo em julho de 2014 o percentual de 80.97% de execução”, portanto, houve “nítido equívoco na mensuração do percentual de inexecução da obra em comento, motivo pelo qual se faz necessário aferir, através de perícia técnica, a hodierna situação da execução dos serviços”.

8.3. Nessa esteira, a condenação dos recorrentes na devolução do total dos valores recebidos, quando comprovada a aplicação e destinação dos recursos na finalidade a que se destinam, configuraria nítido enriquecimento sem causa ao erário (vedado pelo art. 884, do Código Civil Brasileiro), uma vez que os valores recebidos foram integralmente aplicados a bem do serviço público.

8.4. Ressalta ainda que os recorrentes estariam adimplentes com a obrigação de prestar contas do convênio ao FNDE.

Análise:

8.5. Vale registrar que jurisprudência desta Corte de Contas há muito consolidou o entendimento de que constitui ônus do gestor a produção das evidências necessárias para comprovar o adequado uso dos recursos públicos, consoante disposições contidas no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, e no art. 93 do Decreto-lei 200/1967, não cabendo a este Tribunal, portanto, realizar diligência para a obtenção das provas (acórdãos 1.599/2007-Plenário, 611/2007-1ª Câmara e 1.098/2008-2ª Câmara).

8.6. Uma das irregularidades que ensejou a condenação foi exatamente a falta de documentação comprobatória da correta aplicação dos recursos federais no objeto do convênio, veja a fundamentação do voto condutor, **verbis**:

(...) Não se trata aqui de superfaturamento propriamente dito. As falhas imputadas aos responsáveis são a falta de documentação comprobatória da correta aplicação dos recursos federais no objeto do Convênio e o pagamento por serviço não executado. Os responsáveis não enfrentaram tais falhas, tampouco juntaram documentos aptos a descaracterizá-las.

12. Os elementos constantes dos autos permitem afirmar a ocorrência de movimentação financeira irregular dos recursos do Convênio 656.421/2009 que impede a formação de necessário nexos causal entre os dinheiros do ajuste e a execução do objeto pactuado.

13. Conforme apuração feita pela unidade técnica, foram emitidos cheques da conta bancária específica da avença (BB S/A c/c 26.626-4, ag. 1117-7) a favor da RC dos Santos Tocantinense no total de R\$ 1.329.804,82 (Peças 24 e 25), enquanto que a aludida empresa emitiu notas fiscais no total de apenas R\$ 359.176,25 (Peça 16, p. 4, 19, 40, 79). Numa análise mais minuciosa ainda, feita pela unidade com base na “fita detalhe de caixa” (Peça 21), verifica-se que o total de cheques emitidos entre agosto de 2011 e fevereiro de 2012 foi de R\$ 353.734,40 e se aproxima do valor das notas fiscais emitidas pela contratada. Entretanto, desses R\$ 353.734,40 somente R\$ 41.451,57 efetivamente foram destinados à empresa contratada, os quais devem ser abatidos do débito apurado.

14. Soma-se a esse quadro declaração feita pela própria empresa RC dos Santos Tocantinense à Secretaria Municipal de Finanças de Palmas/TO de que não obteve faturamento no período de janeiro/2004 a agosto/2012 (Peça 141), situação que compromete a credibilidade das notas fiscais emitidas.

15. Há evidente descompasso na movimentação financeira da conta corrente do ajuste com a emissão de notas fiscais e com a execução do objeto pactuado que impedem a formação do vínculo de causalidade necessário para o convencimento do regular emprego dos recursos públicos.

16. As fotografias da escola, juntadas pelos responsáveis (Peça 93, p. 11/26), não comprovam sua execução com os recursos federais advindos do Convênio 656.421/2009. É imperativa a apresentação de elementos idôneos para tal mister, nos termos das cláusulas convencionais (Peça 6, p. 2/13) e normas que regulamentavam o ajuste, como a Portaria Interministerial 127/2008.

8.7. Na mesma toada, conforme trecho transcrito, a ausência de nexos entre os recursos do convênio e os pagamentos efetuados à empresa RC dos Santos Tocantinense e a execução do objeto constitui outro vício.

8.8. Verifica-se evidente que a irregularidade e o débito imputado residem também no fato de o ex-gestor não ter comprovado que a unidade escolar construída, ainda que ela exista, teve por fonte os recursos repassados do Convênio 656.421/2009. Essa irregularidade não é meramente formal, como por vezes o interessado tenta fazer crer. Havendo o descompasso entre a movimentação dos valores do convênio e a execução da obra perde-se a possibilidade de estabelecer o nexos necessário para a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos.

8.9. A apresentação do bem ou serviço não é suficiente para atestar a regularidade na gestão dos recursos, pois não é o bastante para comprovar que o objeto é resultado dos montantes obtidos por meio de convênio. Apenas por hipótese, é possível que o gestor empregue os dinheiros do convênio em finalidade diversa, ou até mesmo se aproprie do numerário, e depois execute o bem inicialmente avençado com recursos do Município, de um convênio celebrado com o Estado, ou até

mesmo por meio de outro convênio firmado com a União. Nessa hipótese, o fim da avença foi alcançado, mas de maneira irregular e gravosa para o erário.

8.10. No caso vertente, nota-se que conforme bem observado no voto a ausência do nexo causal entre os recursos e o objeto.

8.11. Desse modo, não há como acolher o argumento da execução física do objeto, uma vez que não demonstrada a relação de causalidade entre recursos e a consecução do objeto do ajuste.

8.12. Quanto à perícia solicitada e ante o efeito devolutivo pleno do recurso, cabe comentar o que se segue. Veja que a perícia é requisitada para averiguar e constatar a construção da escola, contudo tal verificação em nada alteraria a situação jurídica do responsável nos presentes autos, a verificação **in loco** até poderia constatar a existência de uma escola, mas não seria suficiente para demonstrar o nexo causal.

8.13. Dessa forma, a realização de perícia não encontra razão de ser e em nada acrescentaria nesta etapa recursal.

8.14. Ante o exposto e presentes os motivos que ensejaram a condenação e a responsabilização dos gestores não há que se falar em enriquecimento sem causa, uma vez que presentes os elementos caracterizadores das irregularidades e da devida restituição ao erário.

9. Da ausência de nexo entre os depósitos nas contas das empresas Construtora Maia Ltda., Construtora Jalapão Ltda. e Jhonata Elias Maia Barros Lima.

9.1. Alegam, em síntese, Construtora Maia Ltda., Construtora Jalapão Ltda. e Jhonata Elias Maia Barros Lima, que não houve desvio ou transferência da conta específica do convênio em questão em benefício deles, “uma vez que nas suas contas bancárias, os valores mencionados creditados foram através de depósitos de terceiro e não da conta do convênio.”

Análise:

9.2. Inicialmente, vale lembrar a vinculação feita por esta Corte e que permitiu concluir que os recursos depositados nas contas dos recorrentes tiveram origem na conta específica do convênio. Translada-se trecho do relatório da denúncia que fundamentou a decisão (peça 38, p. 7 do TC 038.458/2012-8 - apenso), **verbis**:

6. Desvio de recursos da Conta do Convênio n. 656.421/2009.

6.1. Situação Encontrada.

6.1.1. Da análise dos extratos bancários (Peça 17) da conta do Convênio em questão (Banco do Brasil S/A, Agência 1.117-7, conta corrente 26.626-4), verificou-se que havia diversos cheques sacados diretamente ‘na boca do caixa’, o que contraria os normativos legais e a jurisprudência desta Corte de Contas quanto à forma correta de se movimentar os recursos financeiros de convênios federais.

6.1.2. Assim, foi solicitado ao Banco do Brasil (Peça 14) cópia da **fita detalhe de caixa** e microfimagem dos cheques emitidos a fim de esmiuçar os saques indevidamente realizados e o destino dos recursos.

6.1.2. A partir da resposta enviada (Peça 24), constatou-se que os cheques emitidos pela Prefeitura para pagamento da RC dos Santos Tocantinense eram sacados e, logo em seguida, havia uma distribuição do dinheiro entre vários beneficiários.

6.1.3. A distribuição se deu por meio de transferências para contas correntes de várias pessoas físicas e jurídicas, incluindo pessoas e empresas ligadas ao ex-Prefeito do Município Cleyton Maia Barros, conforme abaixo: (grifos acrescidos)

9.3. Complementa-se com o descrito no voto (peça 36, p. 2, do TC 038.458/2012-8 – apenso), **verbis**:

22. Uma quantia de R\$ 11.472,00, em valores originais, foi distribuída, mediante transferência via banco, para contas correntes de várias pessoas físicas e jurídicas ligadas ao ex-Prefeito Sr. Cleyton Maia Barros, como a Construtora Maia Ltda. (cujos sócios são parentes do ex-Prefeito, filho e sobrinho), Jhonata Elias Maia Barros de Lima (sobrinho do ex-Prefeito), e a Construtora Jalapão Ltda. (cujo sócio majoritário é o ex-Prefeito). Também os fiscais das obras, Srs. Marcelo Gomes de Sousa e Adonias Soares de Brito Júnior, foram beneficiados com pagamentos feitos pela empresa contratada, respectivamente nos valores de R\$ 7.000,00 e R\$ 6.000,00 (Peça n. 25).

9.4. Dessa forma, extrai-se que, uma vez ausente cheques para estas transferências e que elas foram feitas em espécie, conforme inclusive defendido pelos recorrentes, foi a “fita detalhe de caixa” que permitiu a vinculação dos recursos financeiros aos beneficiários e sua condenação em solidariedade com os gestores.

9.5. Em que pese respeitável o entendimento, entende-se que a decisão merece reforma. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de não havendo nexos entre os recursos da conta específica e o objeto do convênio o débito se impõe ao gestor.

9.6. Também inexistem controvérsias sobre a exegese do art. 16, §2º, “b”, da Lei 8.443/1992. A hermenêutica do dispositivo legal foi muito bem exposta no relatório do voto condutor do Acórdão 6101/2013 – TCU – 2ª Câmara, a qual permite-se reproduzir e adotar como razões de convicção, pois, a nosso sentir, inexistem reparos, **verbis**:

7.10 A respeito deste dispositivo, aplicado especificamente ao caso sub examine, cumpre tecer alguns comentários e, em seguida, retirar algumas conclusões:

7.10.1 É importante dizer que a norma se aplica ao caso concreto e se deve atentar para o fato de que trata-se de comando imperativo, e não meramente facultativo, para o TCU. Isto porque o verbo utilizado no dispositivo é “fixará”, denotando claramente seu caráter impositivo para esta Corte de Contas. Aliás, não poderia mesmo ser diferente, posto que cabe a esta Casa, por dever de ofício derivado de mandamento constitucional, reprimir toda e qualquer conduta, praticada por quem quer que seja, que cause dano aos cofres públicos federais, a teor do inc. II, do art. 71, da vigente Constituição. Sendo assim, nada mais fez esta Corte, ao citar a empresa, do que cumprir e fazer cumprir a Constituição, bem como sua Lei Orgânica. Por fim, deve-se atentar, especificamente, para a dicção da supramencionada alínea ‘b’ e observar como a empresa e sua conduta se subsumem, com perfeição, ao tipo ali previsto:

7.10.1.1 A norma fala em “terceiro, como parte interessada na prática do mesmo ato”, condição exatamente ostentada pela empresa, que não mantinha qualquer vínculo com a Administração Pública, mas que foi contratada pela Sedurb para executar o Convênio 65/2001 em determinados municípios, mediante o Contrato 10/2002 (cláusula décima quarta, § 1º), o que evidencia seu interesse na prática do ato. Fala ainda em “de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”, vê-se que a expressão posta em negrito foi, propositadamente, redigida pelo legislador de maneira que pudesse abarcar o maior número possível de casos, não deixando impune ninguém que cause dano ao erário. Portanto, resta patente que as irregularidades envolvem as empresas executoras e o Sr. Paulo Elcídio Chaves Nogueira, gestor da Sedurb à época.

7.11 Destaque-se que estes argumentos para não acatar as alegações da Empresa Mape quanto à alegação de incapacidade para constar do polo passivo da presente Tomada de Contas Especial serão utilizados, no mesmo sentido, em relação às demais empresas para as alegações idênticas.

7.12 Nem mesmo a alegação da empresa de que não tinha ciência dos problemas e complicações do Convênio 65/2001 entre a Funasa e a Sedurb, tem o condão de lhe socorrer. Sobre este ponto, há as esclarecedoras lições desta Casa em recentes decisões a respeito:

‘Para configurar a responsabilidade pela indenização ao erário (pagamento solidário do débito), basta que o terceiro tenha auferido benefícios a partir da conduta do responsável. Não é necessário demonstrar que esse terceiro tinha ciência da conduta irregular do agente público. Nesse sentido, por exemplo, ver Acórdão nº 553/2004-P lenário.’

9.7. Assim, embora numa primeira análise possa parecer que os recorrentes foram beneficiários dos recursos públicos, a vinculação, a nosso sentir, não é direta.

9.8. Conforme já mencionado, entende esta Corte que o saque em espécie da conta corrente específica faz com se perca o nexos causal dos recursos repassados com o objeto, assim, não raro, se condena o gestor pelo débito.

9.9. Nesse sentido, se há quebra do liame causal, não se pode vincular o dinheiro em espécie sacado com terceiros sem qualquer relação contratual com o objeto. Pensemos na seguinte situação hipotética, os recursos foram sacados em espécie e dez dias depois depositados nos mesmos valores nas contas conforme feito no caso vertente.

9.10. Haveria, no caso da situação hipotética, vínculo dos recursos sacados com os depósitos feitos pelos gestores?

9.11. Se a resposta é sim, pode-se dizer que qualquer depósito feito pelos gestores em qualquer conta de particular seria fruto do desvio e, portanto, ensejaria a condenação em solidariedade dos particulares recebedores em solidariedade com os gestores.

9.12. Por outro lado, se a resposta a situação hipotética for negativa, entende-se que se perdeu o vínculo dos recursos ao sacar da conta específica e não haveria como identificar particulares em solidariedade com os gestores, restando incidir a apenação somente sobre estes.

9.13. E qual a diferença da situação hipotética para o caso sob exame? Somente o lapso temporal; no caso concreto, o saque foi feito no mesmo instante em que se realizou o depósito. **Data máxima vênia**, não pode ser o lapso que determina a discutida situação jurídica. Se transferido no momento do saque ou dez dias depois tem-se que o vínculo foi rompido e da mesma forma que se condena por inexistir vínculo não se deve condenar o particular por não se ter como estabelecer o aludido nexos.

9.14. Há ainda que se analisar se o terceiro foi beneficiado por recursos públicos, por certo que beneficiado foi, mas dos pagamentos feitos gestores. Se se perde o nexos dos recursos sacados em espécie da conta específica, como vincular estes valores a terceiros? O raciocínio jurídico se repete. Embora a fita detalhe caixa nos forneça evidências que o dinheiro sacado da conta específica foi direcionado aos beneficiários, é de bom alvitre registrar que a moeda é bem fungível e não é o prazo do depósito na conta de “A” ou “B” que determina o benefício e a vinculação com os recursos da conta específica.

9.15. Dessa forma, entende-se que o acórdão merece reforma e a condenação dos recorrentes em solidariedade deve ser afastada, para que se preserve a lógica do entendimento desta Corte, no sentido de que a retirada em espécie da conta específica rompe o nexos causal dos recursos e o objeto.

CONCLUSÃO

10. Das análises anteriores, conclui-se que:



a) a apresentação de notas fiscais e fotografias constantes da peça 191, p. 3-16 não são suficientes para desconstituir a apenação imputada a José Aparecido de Araújo, uma vez que o ainda que adimplida a obrigação de fazer, ela foi cumprida de forma intempestiva, o que enseja a aplicação da multa;

b) não há nulidade na condenação do espólio de Cleyton Maia Barros, ou mesmo de sua ilegitimidade passiva, uma vez que a citação no momento oportuno foi realizada diretamente ao responsável e o seu falecimento não impede a condenação.

c) na mesma toada, houve o devido estabelecimento do contraditório e da ampla defesa, ainda que Cleyton Maia Barros tenha falecido após apresentar sua defesa;

d) não há que se falar em sobrestamento do presente feito para apresentação da documentação comprobatória, pois tal fase processual já se encontra superada;

e) a execução da obra não elide as irregularidades, nem o dano atribuído, ante a inexistência de comprovação donexo causal entre recursos repassados e objeto do convênio.

f) inexistente nexos entre os depósitos nas contas das empresas Construtora Maia Ltda., Construtora Jalapão Ltda. e Jhonata Elias Maia Barros Lima, e a conta específica do convênio, devendo, portanto, ser afastada a solidariedade imputada aos recorrentes.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 32, I e 33, da Lei 8.443/92 c/c o art. 285, caput, do RI-TCU, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) conhecer dos recursos e, no mérito,

a.1) negar provimento aos recursos interpostos por José Aparecido de Araújo, Cleyton Maia Barros representado por sua inventariante Glaucia Wanderley Maia Barros; Shyrleide Maria Maia Barros;

a.2) dar provimento para o recurso interposto por Construtora Maia Ltda., Construtora Jalapão Ltda. e Jhonata Elias Maia Barros Lima, e excluir os itens 9.2.2, 9.2.3 e 9.2.4 do acórdão recorrido.

b) dar conhecimento às partes e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida;

TCU/Secretaria de Recursos/2ª Diretoria,
em 30/11/2015.

Giuliano Bressan Geraldo

Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 6559-5