

GRUPO II – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 019.532/2011-3 [Apenso: TC 021.133/2003-3].

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial).

Unidade: Município de Novo Horizonte do Oeste/RO.

Responsáveis: Construtora Conedi Ltda. (63.767.487/0001-52); Edvan Alves Miranda (132.333.944-20); Fidelcino Benedito da Silva (161.706.442-49); Genailzo Alves Chalegra (378.514.201-30); Nadelson de Carvalho (281.121.059-87); Varley Gonçalves Ferreira (277.040.922-00).

Interessado: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE (00.378.257/0001-81).

Representação legal: Paula Daiane Rocha Passareli (OAB/RO 3979), Telmo de Moura Passareli (OAB/RO 1286) e outros, representando Edvan Alves Miranda, e Eduardo Belmonth Furno (OAB/RO 5539), representando Varley Gonçalves Ferreira.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. ILEGALIDADES E SUPERFATURAMENTO NA EXECUÇÃO DO OBJETO. CITAÇÃO SOLIDÁRIA DO EX-PREFEITO, DE SERVIDORES DO MUNICÍPIO E DA EMPRESA CONTRATADA. EXCLUSÃO DO MUNICÍPIO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. REVELIA DE DOIS DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS DEMAIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO INTEGRAL DE UM APELO, COM EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS A OUTROS RESPONSÁVEIS. NEGATIVA DE PROVIMENTO DE OUTRO APELO. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DECENAL QUANTO À PRETENSÃO PUNITIVA. INSUBSISTÊNCIA DAS SANÇÕES APLICADAS.

1. A pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, conforme assentado no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (incidente de uniformização de jurisprudência), sendo ela contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do mesmo Códex.

2. A comissão permanente de licitação (CPL) não pode ser responsabilizada por superfaturamento ou outras irregularidades não conexas com as suas atribuições legais, em especial se a sua atuação cingiu-se a verificar a conformidade das propostas apresentadas com os requisitos do edital e com as estimativas prévias elaboradas pela unidade interessada no certame.

3. Havendo mais de um responsável pelo mesmo fato, o recurso apresentado por um deles aproveitará a todos, mesmo àquele que houver sido julgado à revelia, no que concerne às circunstâncias objetivas.

4. Com base em interpretação sistemática das disposições dos arts. 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal c/c os arts. 5º, inciso II, e

16, § 2º, da Lei n 8.443/1992, é juridicamente possível o TCU julgar as contas de pessoas jurídicas privadas responsáveis por danos cometidos ao erário.

RELATÓRIO

Examinam-se recursos de reconsideração interpostos pelos responsáveis Varley Gonçalves Ferreira e Genailzo Alves Chalegra contra o Acórdão 2652/2015 – TCU – 2ª Câmara, por meio do qual este Tribunal apreciou tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) em decorrência de ilegalidades e da prática de superfaturamento quando da execução do convênio 748/1996 (Siafi 301882), celebrado com o Município de Novo Horizonte do Oeste/RO visando expandir a rede física municipal para melhoria das condições ambientais das unidades de ensino.

2. Reproduzo, a seguir, como parte integrante deste relatório, a instrução de peça 144, ajustada na forma, que foi lavrada pelo auditor lotado na Secretaria de Recursos (Serur) e com a qual se pôs de acordo o escalão dirigente da referida unidade instrutiva (peças 145 e 146):

“1.Trata-se de recursos de reconsideração (peças 95/116) interpostos pelos recorrentes acima identificados contra o Acórdão 2652/2015 – TCU – 2ª Câmara (peça 69).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. excluir da relação processual o Município de Novo Horizonte do Oeste/RO;

9.2. considerar revéis a Construtora Conedi Ltda. e Nadelson de Carvalho;

9.3. rejeitar as alegações de defesa de Edvan Alves Miranda, Fidelcino Benedito da Silva; Genailzo Alves Chalegra e Varley Gonçalves Ferreira;

9.4. julgar irregulares as contas da Construtora Conedi Ltda., Nadelson de Carvalho, Edvan Alves Miranda, Fidelcino Benedito da Silva, Genailzo Alves Chalegra e Varley Gonçalves Ferreira;

9.5. condenar solidariamente a Construtora Conedi Ltda., Nadelson de Carvalho, Edvan Alves Miranda, Fidelcino Benedito da Silva, Genailzo Alves Chalegra e Varley Gonçalves Ferreira ao recolhimento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação dos valores a seguir especificados, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora das datas indicadas até a data do pagamento:

Quadro anexo à peça 69

9.6. condenar solidariamente a Construtora Conedi Ltda., Edvan Alves Miranda e Varley Gonçalves Ferreira ao recolhimento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação dos valores a seguir especificados, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora das datas indicadas até a data do pagamento:

Quadro anexo à peça 69

9.7. aplicar à Construtora Conedi Ltda., Edvan Alves Miranda e Varley Gonçalves Ferreira multas individuais de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a serem recolhidas ao Tesouro Nacional, com atualização monetária, calculada da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado;

9.8. aplicar a Nadelson de Carvalho, Fidelcino Benedito da Silva e Genailzo Alves Chalegra multas individuais de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a serem recolhidas ao Tesouro Nacional, com atualização monetária, calculada da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado;

9.9. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das dívidas acima imputadas;

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

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

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

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

9.14. remeter cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram, ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado de Rondônia, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, ao Ministério Público do Estado de Rondônia e ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE contra Varley Gonçalves Ferreira, ex-prefeito de Novo Horizonte do Oeste-RO, em razão de ilegalidades e superfaturamento na aplicação de recursos repassados ao Município de Novo Horizonte do Oeste-RO por força do Convênio 748/1996 (Siafi 301.882), que teve por objeto expansão e melhoria da rede física de ensino do município.

2.1. A Prefeitura solicitou ao FNDE recursos para desenvolvimento de quatro ações, no valor total de R\$ 666.743,51. O FNDE, contudo, repassou apenas R\$ 404.242,92.

2.2. Após regular desenvolvimento do feito, o ex-prefeito Varley Gonçalves Ferreira foi condenado pelas seguintes irregularidades cometidas no âmbito do Convênio 0748/1996 (Siafi 301882):

a) pagamento de despesa não executada e sem cobertura contratual (R\$39.886,67, valor original), que propiciou a ocorrência de desfalque no erário;

b) pagamento superfaturado de despesas (R\$142.320,83, valor original);

c) inexistência de Projeto Básico para contratação das obras e serviços de engenharia; ausência de parecer técnico/jurídico sobre o certame e a minuta contratual; deficiente elaboração do instrumento contratual; inexistência de prorrogação contratual; ausência de publicação dos instrumentos contratuais referentes às licitações 01, 03 e 06/1996 (peças 11-14 do processo apenso);

d) admissão de planilha orçamentária com unidades expressas em verba “vb” dificultando a apuração do custo orçado; ausência de acompanhamento e fiscalização das obras; ausência de recebimento provisório e apresentação de recebimento definitivo inverídico; ausência de registro de ocorrências na execução da obra; inexistência de exigência referente à apresentação de Guia da Previdência Social paga para atestar a regularidade no recolhimento das obrigações previdenciárias, referentes às licitações 01, 03 e 06/1996 (peças 11-14 do processo apenso);

e) inexistência de ART das obras, referentes às licitações n.º 01, 03 e 06/1996 (peças 11-14 do processo apenso).

2.3. Por sua vez, Genailzo Alves Chalegra (peça 70, p. 8-11) foi condenado pelas seguintes condutas:

a) declarar vencedora empresa que apresentou proposta manifestamente superior aos valores praticados no mercado; e Construtora Conedi: Contratar com a Administração Municipal em valores acima dos praticados no mercado propiciando a ocorrência de desfalque no erário;

b) não exigir (Comissão de Licitação) e não apresentar (Contratada) a Certidão Negativa do INSS e qualificação técnica para execução das obras, referentes às licitações n.º 01, 03 e 06/1996 (peças 11-14 do processo apenso), relativas ao Convênio n.º 0748/1996 (Siafi 301882)

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

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido na peça 119-121 ratificado pelo Relator, Ministro Augusto Nardes, com a suspensão dos efeitos dos itens 9.4, 9.5 e 9.6, 9.7, 9.8, 9.9 e 9.10 do acórdão recorrido (despacho de peça 123).

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

houve prescrição do débito e da multa aplicada;

subsiste o dano ao erário e a responsabilidade do ex-prefeito e dos membros da comissão de licitação.

5. Da prescrição do débito e da multa

5.1. Os recorrentes aduzem em suas razões recursais a ocorrência da prescrição tanto do débito quanto da multa.

5.2. Argumentam, em síntese, que:

a) não houve dano ao erário, assim já se extrapolou o prazo de cinco anos “para o direito de ação” prazo definido nas Leis 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e 64/90 (Lei das Inelegibilidades), aplicável a situação sob comento;

b) quando instaurado processo de apuração (2004) já havia decorrido onze anos da assinatura do convênio, assim o ex-gestor tem encontrado enormes dificuldades na obtenção de documentos e provas para composição de sua defesa, comprometendo seu direito de defesa e de contraditar e, portanto, ocasionando o cerceamento à sua defesa, cita o Acórdão 285/2006 – 1ª Câmara nesse sentido;

c) “o termo para iniciativa do TCU deu-se no tardio prazo de quase 20 (vinte) anos depois do término do exercício em tela, sob a responsabilidade do recorrente”, e “a instauração de Tomadas de Contas de Gestão, visando a apurar atos administrativos perpetrados em exercício remotos, quer dizer, encerrados há muitos anos, ter-se-ia uma enorme insegurança jurídica gerada pela submissão **ad eternum** dos ex-gestores ao poder punitivo do Estado, o que não é aceitável nem mesmo na seara penal, que dirá, na seara administrativa dos Tribunais de Contas do Brasil, onde as ofensas à ordem legal são notadamente de menor gravidade”

Requer, portanto, conforme precedentes desta Corte o “trancamento das contas sem resolução do mérito” uma vez constatado extenso lapso temporal entre a prática do ato de gestão e a citação do responsável.

Análise:

5.3. Há que se distinguir a prescrição do débito e da multa.

5.4. A preliminar de prescrição do débito arguida pelos recorrentes deve ser rejeitada. Objetiva-se na Tomada de Contas Especial - TCE a apuração da responsabilidade civil/administrativa dos que deram causa a dano ao Erário. Dessa forma, nos termos do art. 37, §5º, da Constituição Federal, as ações de ressarcimento ao patrimônio público são imprescritíveis. Logo, não houve prescrição da pretensão ao ressarcimento. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (MS 26210/DF, in DJ de 10/10/2008) e deste Tribunal, nos termos da Súmula/TCU 282, **verbis**:

As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

5.5. Ante o exposto, a preliminar de prescrição do débito não merece ser acolhida.

5.6. Quanto ao argumento acerca da impossibilidade de defesa ante o lapso temporal e o pedido para “trancamento das contas sem resolução do mérito”, entende-se também não haver motivos para reforma do julgado.

5.7. A jurisprudência deste Tribunal vinha considerando algumas contas especiais ilíquidáveis, em face da mora desarrazoada e injustificada por parte do órgão de controle e (ou)

dos órgãos repassadores no exame de documentos relativos às prestações de contas, mas que por alguma falha tardiamente apontada, eram ao final rejeitadas.

5.8. Nesses casos, entendia-se que o longo tempo decorrido entre a prestação de contas e a sua rejeição pelo órgão repassador trazia prejuízos sensíveis à defesa do responsável, prejuízos estes que não são decorrentes de sua própria conduta, mas da administração, restando violado o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

5.9. Em atenção a essa tendência, ainda na vigência da IN/TCU 56/2007 foi incluído o § 4º do artigo 5º, **verbis**:

"§ 4º Salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, nos termos do art. 1º, § 1º."

5.10. Na mesma linha de entendimento a novel instrução normativa, IN/TCU 71/2012, dispôs: Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

(...)

II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

5.11. Há que se ressaltar que a regra tanto do art. 5º, §4º, da IN-TCU 56/2007, quanto do art. 6, II, da IN/TCU 71/2012 não são absolutas. Os comandos normativos dispensam a instauração de TCE, mas ressalvam a possibilidade de determinação em contrário do Tribunal, de modo que a análise da conveniência e da oportunidade, bem como da razoabilidade de se prosseguir na instrução, deve ser feita caso a caso. Nesse sentido decidiu o Tribunal no Acórdão 3855/2011 – 2ª Câmara.

5.12. No caso vertente, o TCU entendeu que a conduta desabonadora dos gestores justificou a não incidência da regra geral do art. 5º, § 4º, da IN, por ocasião do julgamento do mérito, mas da exceção contida nesse artigo, **verbis**:

É fato que as irregularidades foram praticadas em 1996, há quase 20 anos. Todavia, não cabe arquivar o processo, na forma do art. 6º, inciso II, da IN TCU 71/2012. Como consta dos autos, a perícia realizada pelo MP/RO foi realizada em 1996, quando os responsáveis ainda eram administradores municipais e também tinham ciência de que a matéria estava sendo apurada pelo TCE/RO. Ademais não foi solicitado qualquer documento cuja ausência impedisse o exercício da ampla defesa.

5.13. Assim, há que se considerar que ante a apuração ocorrida no ano de 1996 todos os documentos, como planilhas de medição, edital, entre outros deveriam ser preservados para o exercício da defesa, ademais, conforme bem tratado no voto condutor, os recorrentes não citaram quais seriam, exatamente, os documentos não disponíveis de forma a impossibilitar a plenitude da defesa.

5.14. Assim, também em relação a este ponto rejeita-se os argumentos trazidos pelos recorrentes.

5.15. Com relação a prescrição da multa, é importante mencionar que a prescrição da pretensão punitiva é matéria ainda não pacificada no Tribunal. Há teses favoráveis: a) à imprescritibilidade, até que sobrevenha lei específica, b) à prescrição baseada no Código Civil e c) à prescrição quinquenal prevista em várias normas de direito público.

5.16. O tema está em discussão no TC 007.822/2005-4, com votos divergentes já proferidos. Enquanto não for firmada uma orientação a respeito, considera-se apropriado examinar a matéria sob as três óticas.

5.17. Tem prevalecido nesta a tese da prescrição segundo as normas do CC/2002 e sob esta ótica examina-se a prescrição.

5.18. Segundo o regime prescricional previsto no Código Civil, observa-se que não seria possível aplicar a multa, por já se ter operado a prescrição. Com efeito, a irregularidade

ensejadora da multa (pagamento das notas fiscais) ocorreu no ano 1996 (peça 13, p. 11-13). Utiliza-se as datas da emissão das notas fiscais por não se identificar o momento exato no ano de 1996 que elas foram pagas.

5.19. Observa-se que os fatos ocorreram na vigência do CC/1916, mas no início da vigência do novo Código (11/1/2003) ainda não haviam transcorridos mais de 10 anos (mais da metade do prazo anterior). Nesse caso, aplica-se o prazo decenal do novo Código, segundo a regra de seu art. 2.028. Verifica-se, portanto, que o termo inicial da prescrição deixa de ser a data do evento, deslocando-se para 11/1/2003.

5.20. Nessa toada, nota-se que a pretensão punitiva prescreveria em 11/1/2013. A citação que interromperia a contagem do prazo somente ocorreu em 4/8/2014 (peças 39 e 42), logo a pretensão de aplicar a multa, de acordo com os dispositivos do CC/2002 estaria prescrita (v.g TCU: Acórdãos 1.727/2003-1ª Câmara e 1.930/2014-Plenário, entre outros e STJ: REsp 717.457), não se podendo apenar os recorrentes com a multa imputada.

5.21. Do exposto, conclui-se pela insubsistência da multa aplicada, já que se operou a prescrição.

6. Da ausência de dano ao erário e do cumprimento do objeto

6.1. Defendem os recorrentes a ausência de dano ao erário e alcance das metas do objeto do convênio.

6.2. Argumentam que:

a) não houve dano ao erário, uma vez que a prestação de contas relativa ao convênio foi aprovada pelo concedente, nesse sentido faz referência a trecho de parecer técnico de vistoria, que teria concluído pela utilização dos recursos em “prol da comunidade”;

b) enfatiza não prosperar a imputação de que houve pagamento de despesa não executada e sem cobertura contratual, pois fora aplicado os valores integralmente no objeto do convênio, superando a meta inicialmente proposta;

c) embora a licitação para contratação do objeto do convênio tenha obedecido as regras procedimentais e legais, pode ter havido algumas irregularidades procedimentais, incapazes de gerar danos ao erário, uma vez mais cita trecho do parecer técnico do concedente que corroboraria sua defesa;

d) não haveria que se falar em superfaturamento, uma vez que após processo licitatório foi selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração, também não teria havido impugnação à homologação do processo licitatório da empresa vencedora que executou a obra, a prova utilizada pelo Tribunal não seria suficiente para demonstrar o ilícito, uma vez que a planilha se mostrou imprecisa, colaciona trecho do parecer do Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia no sentido defendido;

e) alega, ainda, ausência de provas quanto: ao superfaturamento de despesa, ao desvio de finalidade, à malversação de recursos, má-fé do gestor e, principalmente, inexistência de lesão ao erário;

f) quanto à ausência de contrapartida do conveniente, esclarece que fora devidamente aplicada a contrapartida do município, “conforme processo em anexo”, assim o valor da contrapartida aplicado foi na ordem de R\$72.681,92, sendo que o previsto era R\$40.424,29;

g) reforça a adequação da análise dos técnicos feitos por ocasião da avaliação da prestação de contas e aduz a necessidade da manutenção dos exames proferidos na oportunidade em detrimento do acórdão prolatado.

Análise:

6.3. A análise das responsabilidades dos recorrentes deve ser realizada isoladamente em virtude das condutas e dos cargos ocupados por cada um dos gestores.

6.4. Em relação à Genailzo Alves Chalegra, membro da comissão de licitação, é oportuno tecer algumas considerações.

6.5. O membro da comissão de licitação, na condição de servidor público responde, conforme preconizado no art. 51, § 3º, da Lei 8.666/1993, solidariamente por todos os atos praticados por essa comissão, salvo se posição individual divergente, devidamente fundamentada, estiver registrada em ata da reunião em que a decisão tomada foi contraditada.

6.6. Contudo, não pode a comissão de licitação responder por atos diversos de suas atribuições. Ela é criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos do certame.

6.7. De acordo com a inteligência do art. 51 da Lei de Licitações e Contratos e com a doutrina de Jessé Torres Pereira Júnior as atribuições principais das comissões de licitação estão relacionadas às decisões inerentes a pedidos de inscrição no registro cadastral, bem como sua alteração ou cancelamento, consoante dispõe o art. 34 da Lei 8.666/93; decidir sobre a habilitação preliminar dos interessados em participar de cada certame, na forma disposta nos arts. 27 a 31 e 43 da Lei 8.666/1993; julgar e classificar as propostas dos licitantes habilitados, em conformidade com o disposto nos arts. 43 a 45 da Lei 8.666/1993 (in: Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 62 e 322. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres.)

6.8. Não é outro o entendimento de Marçal Justen Filho (in: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética. p. 425, JUSTEN FILHO, Marçal.), **verbis**:

Sob a vigência da Lei 8.666, a comissão de licitação não pratica qualquer ato concreto, além da classificação. A atividade jurídica da comissão de licitação se exaure com a classificação (e com a manifestação nos eventuais recursos interpostos). Não lhe compete emitir apreciação acerca da conveniência ou inconveniência da contratação ou sobre a satisfatoriedade das propostas.

6.9. Não se pode transformar as comissões de licitações em órgãos consultivos, pois as comissões existem para processar e julgar licitações, não para opinar, decidir ou reprovando assuntos afetos a elaboração de editais. A atribuição sobre a adequação do edital ao ordenamento jurídico, bem como a existência de todos os documentos exigíveis no processo licitatório é do Parecerista Jurídico e a decisão sobre o prosseguimento do feito é da autoridade competente. Cabe à comissão operacionalizar ou, ainda, promover a seleção conforme o disposto no instrumento. O poder decisório e por consequência a responsabilização de seus membros está adstrita às suas atribuições.

6.10. Entende-se ilegal a atribuição às comissões de licitação, e responsabilização de seus integrantes, de tarefas que extrapolam sua competência.

6.11. Nesse sentido cita-se precedente desta Corte de Contas (v.g Acórdão 3947/2009 – 1ª Câmara).

6.12. No caso concreto, o débito por pagamento superfaturado de despesas (R\$142.320,83, valor original) não pode ser diretamente vinculado à realização da licitação com “projeto básico minimamente consistente e orçamento deficiente”, não podendo ser imputado aos membros da comissão permanente de Licitação – CPL. Conforme segregação de funções nos órgãos públicos, caberia ao setor solicitante a elaboração do projeto básico e ao parecer jurídico e técnico encontrar deficiências legais, não aos membros da comissão, encarregados de processar o feito, avaliar e encontrar deficiências nestas peças.

6.13. Entende-se elástica a interpretação que vislumbra a existência de nexo causal entre a irregularidade (pagamento de despesas superfaturadas) com o processamento do certame licitatório sem a completude da documentação exigida pela lei. Entende-se haver falha, mas não se justifica o débito imputado.

6.14. Logo, por entender inexistir nexo causal entre o débito (pagamento de despesas superfaturadas) e a falha atribuída à comissão (processamento do feito sem a adequação de todos os documentos exigidos por lei) entende-se que a responsabilidade dos membros da comissão de licitação deve ser afastada.

6.15. Quanto a inexistência de Certidão Negativa do INSS e de qualificação técnica para execução das obras, referentes às licitações 01, 03 e 06/1996 (peças 11-14 do processo apenso), não há como afastar a responsabilidade dos membros da comissão de licitação, mas tal falha somente poderia ensejar a aplicação multa que conforme examinado em item precedente desta instrução encontra-se prescrita.

6.16. tocante ao ex-prefeito, Varley Gonçalves Ferreira, gestor dos recursos e responsável pela homologação do certame não há como afastar sua responsabilidade.

6.17. Nota-se que suas razões recursais apresentam o mesmo teor das alegações de defesa sem inovar no contexto fático, jurídico e probatório.

6.18. há discussão sobre as inexecuções do objeto descritas no voto, tampouco do critério para o superfaturamento imputado. Não é demais lembrar que restou comprovado diversas falhas que ao gestor médio, responsável pela homologação, não poderia passar desapercibido, a exemplo da seleção sem “projeto básico minimamente consistente”, orçamento deficiente, contratação de empresa que não possui qualificação técnica para execução de obras, entre outras.

6.19. O objeto, conforme exame de perito do Ministério Público do Estado de Rondônia, também [não] foi executado em sua completude, nota-se que o elemento de prova, relatório do perito, sequer foi questionado pelo recorrente, não se produziu provas em contrário às conclusões ali mostradas. Também em relação ao superfaturamento não se questiona as provas produzidas, mas, meras alegações de execução superior à meta.

6.20. Acerca da inexistência de má-fé, vale dizer que não importa eventual ausência de intenção (dolo) nas condutas que levaram aos atos irregulares. Não é necessário que haja má-fé ou ação dolosa do agente para fins de responsabilização perante este Tribunal (Acórdão 243/2010-TCU-Plenário). A imputação da penalidade exige apenas a verificação da ocorrência de culpa lato sensu, em qualquer uma de suas modalidades (Acórdão 3874/2014-7-TCU-2ª Câmara).

6.21. Portanto, persistindo o juízo pelas irregularidades e condutas desautorizadas, subsiste fundamento para a penação.

6.22. Ante exposto, entende-se que a responsabilidade do gestor não há como ser afastada.

CONCLUSÃO

7. análises anteriores, conclui-se que:

a) não há prescrição do débito, uma vez que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis;

b) nos termos da jurisprudência prevalente nesta Corte e sob a ótica do CC/2002 a pretensão punitiva desta Corte para imputação de multa aos responsáveis encontra-se prescrita;

c) não subsiste à responsabilidade imputada aos membros da comissão de licitação, pois não podem ser responsabilizados por atribuições estranhas à sua competência. Dessa forma, nos termos dos arts. 34, 43 a 45, 51, da Lei 8.666/93, não cabe sancionar tais agentes por deficiência no instrumento convocatório ou inadequação de orçamento;

d) não deve ser afastado o débito imputado ao ex-gestor, ante a subsistência das razões que justificam a aplicação do superfaturamento e do pagamento de despesa não executada.

7.1. Verifica-se que os argumentos trazidos por Genailzo Alves Chalegra aproveitam aos demais membros da comissão de licitação, logo em razão da presença de circunstâncias objetivas os efeitos do provimento do recurso devem ser estendidos aos demais responsabilizados, nos termos do art. 281 do Regimento Interno.

7.2. mesma esteira, as multas aplicadas a todos os responsáveis devem ser excluídas, ante a existência da prescrição e da presença de circunstâncias objetivas (art. 281 do Regimento Interno).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

8. 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, dar provimento ao recurso interposto por Genailzo Alves Chalegra e provimento parcial ao recurso de Varley Gonçalves Ferreira para:

- a.1) julgar regulares as contas de Nadelson de Carvalho, Fidelcino Benedito da Silva e Genailzo Alves Chalegra;
- a.2) excluir a condenação solidária de Nadelson de Carvalho, Fidelcino Benedito da Silva e Genailzo Alves Chalegra do item 9.5 do acórdão recorrido;
- a.3) excluir as multas aplicadas aos responsáveis dos itens 9.7 e 9.8 do acórdão recorrido;
- b) dar conhecimento às partes e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida;”
3. O Ministério Público junto ao TCU (MPjTCU), na pessoa do Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, exarou parecer regimental (peça 147) concordante, em parte, com a proposta ofertada pela Serur. Reproduzo, a seguir, referido parecer ministerial:

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE diante da não comprovação da correta e devida aplicação de recursos transferidos ao Município de Novo Horizonte do Oeste/RO mediante o Convênio 748/1996, que teve por objeto a expansão e a melhoria da rede física de ensino daquele município.

Por meio do Acórdão 2.652/2015-2ª Câmara, o Tribunal decidiu, em essência: julgar irregulares as contas do Sr. Varley Gonçalves Ferreira, prefeito municipal, do Sr. Edvan Alves Miranda, diretor do Departamento de Educação e Cultura do município, dos Srs. Nadelson de Carvalho, Fidelcino Benedito da Silva e Genailzo Alves Chalegra, membros da comissão de licitação, e da Construtora Conedi Ltda., empresa contratada pelo município para executar o objeto do Convênio 748/1996; condenar em débito todos eles, da seguinte forma: atribuindo-se responsabilidade solidária por parte dos danos aos Srs. Nadelson de Carvalho, Edvan Alves Miranda, Fidelcino Benedito da Silva, Genailzo Alves Chalegra e Varley Gonçalves Ferreira e à Construtora Conedi Ltda., e atribuindo-se responsabilidade solidária pela outra parte dos danos aos Srs. Edvan Alves Miranda e Varley Gonçalves e à Construtora Conedi Ltda.; e aplicar a todos, gestores municipais e empresa, multas individualizadas, com fundamento no que dispõe o artigo 57 da Lei 8.443/1992.

Cuida-se, nesta oportunidade, de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Varley Gonçalves Ferreira e Genailzo Alves Chalegra em face da referida deliberação do Tribunal.

Em manifestações uniformes, a Serur propõe ao Tribunal conhecer dos recursos para, no mérito, dar provimento ao recurso interposto pelo Sr. Genailzo Alves Chalegra e provimento parcial ao recurso interposto pelo Sr. Varley Gonçalves Ferreira, de forma a que se julguem regulares as contas dos Srs. Nadelson de Carvalho, Fidelcino Benedito da Silva e Genailzo Alves Chalegra, afastando-se suas condenações em débito, e excluir todas as multas aplicadas mediante o acórdão em face do qual se recorre (páginas 8/9 da peça 144, com anuência dos dirigentes daquela unidade técnica às peças 145 e 146).

- II -

Endosso parcialmente a proposta de encaminhamento formulada pela Serur, por defender, pelas razões adiante expostas, que se lhe deva alterar um ponto e acrescentar outro.

A meu ver, assiste razão à Serur ao propor seja afastada a responsabilidade por dano, nesta tomada de contas especial, não apenas do Sr. Genailzo Alves Chalegra, recorrente, mas também, por força do que dispõe o artigo 161 do Regimento Interno do TCU, dos demais gestores municipais integrantes da comissão de licitação (Srs. Nadelson de Carvalho e Fidelcino Benedito da Silva). A unidade técnica fez ver que, no presente caso, o débito que se atribuiu aos membros da comissão de licitação decorreu do mal elaborado projeto básico do objeto do Convênio 748/1996. Essa grave deficiência não pode, com efeito, ser atribuída a gestores que não elaboraram o projeto, mas apenas conduziram a licitação que levou à contratação da Construtora Conedi Ltda.

Quanto ao recurso interposto pelo Sr. Varley Gonçalves Ferreira, também perfilho o entendimento da Serur, no sentido de que as razões de recurso apresentadas pelo prefeito não logram descaracterizar sua responsabilidade pelos débitos que lhe foram atribuídos. Porém, pelas razões adiante aduzidas, discordo da unidade técnica em relação ao afastamento, por motivo de prescrição, da multa aplicada àquele gestor e também das multas aplicadas ao Sr. Edvan Alves Miranda e à Construtora Conedi Ltda.

Tenho defendido que a prescrição da pretensão punitiva do TCU é quinquenal, correndo o prazo a partir do momento em que o Tribunal passa a ter conhecimento dos fatos geradores da pretensão de punir. É que, a meu ver, à falta de disposição acerca da matéria na Lei 8.443/1992, deve-se buscar prioritariamente no Direito Público, e não no Direito Privado, a supressão daquela lacuna normativa.

Adotando-se esse critério de integração, percebe-se que a tônica, nas disposições normativas de Direito Público – a exemplo do artigo 1º do Decreto 20.910/1932, do artigo 174 da Lei 5.172/1966, do artigo 1º da Lei 6.838/1980, do artigo 142, inciso I, da Lei 8.112/1990, do artigo 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do artigo 1º da Lei 9.873/1999 e do artigo 46 da Lei 12.529/2011 – é a prescrição quinquenal da pretensão punitiva do Estado.

Além disso, é de se considerar que, combinados, os referidos artigos 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, e 142, inciso I, da Lei 8.112/1990, servem também a suprir a lacuna da Lei 8.443/1992 no que tange à definição do termo inicial para a contagem do prazo dessa prescrição, permitindo-se extrair daqueles dispositivos legais a inteligência de que, para o TCU, esse prazo prescricional começa a correr da data em que o fato se torna conhecido pelo Tribunal.

No caso em exame, os fatos se tornaram de conhecimento do TCU em 13/7/2011, quando se deu a autuação deste processo de tomada de contas especial. O prazo prescricional quinquenal passou a correr, então, a partir daquela data. Porém, as citações dos responsáveis, todas elas realizadas entre julho e setembro/2014, interromperam a prescrição, fazendo-se reiniciar, a partir das datas das citações de cada um daqueles responsáveis, a contagem dos prazos quinquenais (esse entendimento se faz em conformidade com o disposto na Súmula 103 do TCU e no artigo 219 da Lei 5.869/1973, Código de Processo Civil vigente à época). Como a prolação do Acórdão 2.652/2015-2ª Câmara ocorreu em 19/5/2015, ou seja, menos de cinco anos depois das datas em que realizadas as citações, é de se concluir pela tempestividade das multas aplicadas pelo Tribunal mediante aquela deliberação.

Assim, entendo, em consonância com a Serur, devam ser afastadas as multas aplicadas aos Srs. Nadelson de Carvalho, Fidelcino Benedito da Silva e Genailzo Alves Chalegra, por restar descaracterizada a responsabilidades desses gestores pelo dano que se lhes atribuiu nesta TCE, mas, negando-se provimento ao recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Varley Gonçalves Ferreira, entendo devam ser mantidas as multas aplicadas ao recorrente, ao Sr. Edvan Alves Miranda e à Construtora Conedi Ltda.

O ponto que entendo deva ser acrescido à proposta de encaminhamento apresentada pela Serur diz respeito ao julgamento de contas da Construtora Conedi Ltda.

A Construtora Conedi Ltda. atuou no caso em exame simplesmente como empresa contratada pelo Município de Novo Horizonte do Oeste/RO para, em troca de contraprestação financeira, prestar serviços àquele ente público. De acordo com o artigo 70, parágrafo único, da Constituição, somente às pessoas às quais se confia a gestão pública recai a obrigação de prestar contas. Portanto, o julgamento de que trata o artigo 71, inciso II, parte final, da Constituição, só se faz possível se versar sobre as contas de pessoa que, ao se incumbir da gestão pública, causar dano ao erário.

Assim, considerada a sua condição de mera contratada no caso em apreciação, a Construtora Conedi Ltda. não tem contas a serem julgadas pelo Tribunal, embora a empresa deva, em conformidade com o estabelecido no artigo 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, responder

pelos débitos que lhe foram atribuídos em solidariedade com gestores municipais, bem como ser apenada com multa, consoante o que dispõe o artigo 19, caput, da mesma lei.

Assim, tendo sido disposto, no Acórdão 2.652/2015-2ª Câmara, julgamento de inexistentes contas da Construtora Conedi Ltda., entendo, pelas razões acima apresentadas, deva o Tribunal, de ofício, suprimir essa disposição, mantendo-se, porém, os débitos atribuídos àquela empresa e a multa que lhe foi aplicada.

- III -

Ante o exposto, este representante do Ministério Público junto ao TCU endossa parcialmente a proposta de encaminhamento apresentada pela Serur às páginas 8/9 da peça 144, por defender: que não seja dado provimento ao recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Varley Gonçalves Ferreira, mantendo-se, por conseguinte, as multas aplicadas ao recorrente, ao Sr. Edvan Alves Miranda e à Construtora Conedi Ltda. mediante o Acórdão 2.652/2015-2ª Câmara; e que seja suprimido, daquela deliberação, o julgamento de contas da Construtora Conedi Ltda., mantendo-se, no entanto, além da multa aplicada àquela empresa, os débitos que lhe foram atribuídos nesta tomada de contas especial em solidariedade com os Srs. Varley Gonçalves Ferreira e Edvan Alves Miranda.”

É o relatório.