

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 021.393/2013-3

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

Unidades: Município de Pacajus/CE e Fundação Nacional de Saúde (Funasa).

Recorrentes: Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo (CPF 010.209.863-87) e Ana Maria Maia de Meneses (CPF 112.651.403-91).

Representação legal: Murilo Gadelha Vieira Braga (OAB/CE 14.744), Leonardo Wandemberg Lima Batista (OAB/CE 20.623), Juliana Costa Soares (OAB/CE 23.136), José Bonfim de Almeida Júnior (OAB/CE 15.545) e Sílvia Régia Lopes Melo (OAB/CE 16.615).

SUMÁRIO: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONDENAÇÃO EM DÉBITO E APLICAÇÃO DE MULTA A GESTORES MUNICIPAIS EM FACE DA INEXECUÇÃO PARCIAL DE MÓDULOS SANITÁRIOS FINANCIADOS POR CONVÊNIO FIRMADO COM A FUNASA. ALEGAÇÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA AFASTAR AS IRREGULARIDADES E A RESPONSABILIDADE DOS RECORRENTES. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada em pareceres uniformes na Secretaria de Recursos (peça 218), que contou com a anuência integral do Ministério Público junto ao TCU (peça 221):

‘INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo, ex-prefeito de Pacajus/CE (gestão: 2009-13/12/2011); e Ana Maria Maia de Meneses, ex-Secretária Municipal de Saúde do mesmo ente, contra o Acórdão 7.437/2016 – Segunda Câmara (peça 165), da relatoria do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, com o seguinte teor:

‘9.1. considerar revéis Adriana de Area Leão Arrais, Alex Lucas Rocha e Elisangela Macedo da Silva Lima, além da empresa Mozaiko Empreendimentos e Serviços de Construção Ltda., nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

9.2. excluir a responsabilidade de Adriana de Area Leão Arrais, Alex Lucas Rocha, Anercília Maria de Sousa, Elisangela Macedo da Silva Lima, Francisco Roberto Rocha Silva Filho, Leonardo Silveira Lima e Maria de Fátima Holanda de Oliveira, além da empresa A.P.B.J. Construções Indústria Comércio e Serviços de Mão de Obras Ltda. na presente relação processual;

9.3. julgar irregulares as contas do Sr. Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo, da Sra. Ana Maria Maia de Meneses e da empresa Mozaiko Empreendimentos e Serviços de Construção Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea ‘c’ e § 2º, e 19, caput, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-los, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 188.700,00 (cento e oitenta e oito mil e setecentos reais), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados desde 17/12/2009 até o efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida importância aos cofres da Fundação Nacional de Saúde, nos termos do art. 23, inciso III, alínea ‘a’, da citada lei e do art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno do TCU (RITCU);

9.4. aplicar, individualmente, ao Sr. Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo, à Sra. Ana Maria Maia de Meneses e à empresa Mozaiko Empreendimentos e Serviços de Construção Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), fixando-lhes o prazo

de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde já, com amparo no art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas, caso requerido, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU);

9.6. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendidas as notificações; e

9.7. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações penais e civis cabíveis.º

HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de tomada de contas especial (TCE), instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa), contra Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo, ex-Prefeito de Pacajus/CE (gestão: 2009-13/12/2011), diante da inexecução parcial do Convênio n. 1.590/2007 destinado à construção de módulos sanitários domiciliares na referida municipalidade.

2.1. A partir dos elementos constantes dos autos, a unidade técnica promoveu a citação solidária de: Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo, Ana Maria Maia de Meneses, como ex-secretária municipal de Saúde; Leonardo Silveira Lima, como engenheiro signatário do Termo de Aceitação Provisório das Obras; Anercília Maria de Sousa, como presidente da CPL; Maria de Fátima Holanda de Oliveira, como membro da CPL; Elisângela Macedo da Silva Lima, como membro da CPL; Mozaiko Empreendimentos e Serviços de Construção Ltda., como empresa contratada; Adriana de Area Leão Arrais, Alex Lucas Rocha e Francisco Roberto Rocha Silva Filho, na condição de sócios da empresa Mozaiko Empreendimentos e Serviços de Construção Ltda., em razão das seguintes irregularidades, resumidas no voto condutor da deliberação recorrida, dentre outras (peça 166, p. 1):

a) objeto do ajuste com apenas 28,55% do total conveniado, apesar de já terem sido gastos 60% dos recursos;

b) despesas pagas sem a devida formalização contratual, no valor de R\$ 258.000,00, durante o período de 17/12/2009 a 31/1/2010, vez que a vigência do contrato havia expirado em 28/9/2009 e que não constam dos autos qualquer termo aditivo de prorrogação de vigência contratual entre a prefeitura e a empresa Mozaiko Empreendimentos e Serviços de Construção Ltda.;

c) ausência dos comprovantes do recolhimento do INSS para as Notas Fiscais nos 294 e 26 e do ISS para a Nota Fiscal nº 294;

d) disponibilização a menor da contrapartida, no valor de R\$ 3.802,27, vez que o percentual do recurso liberado pela Funasa foi de 60% e, assim, o valor disponibilizado e utilizado (de R\$ 18.000,00) não corresponderia à proporcionalidade liberada;

e) contrato celebrado entre a prefeitura e a empresa Mozaiko Empreendimentos, para a execução de 245 módulos sanitários do tipo 8, com divergência em relação ao plano de trabalho (para a construção de 284 módulos sanitários, com 203 do Tipo 8 e 81 do Tipo 9); e

f) ocorrência de fraude e/ou conluio na Tomada de Preços 08.05.19.001 – Saúde/2008, vencida pela Mozaiko Empreendimentos, tendo por objeto a execução dos serviços de construção de 245 módulos sanitários do Tipo 8, frustrando o seu caráter competitivo, pelo direcionamento do certame ou pela licitação montada, resultando na contratação de empresa sem capacidade operacional para executar as obras, além de implicar a ausência denexo causal entre os recursos federais repassados e a execução das obras, resultando na inexecução parcial das obras.

2.2. Após oitiva das partes e análise das alegações de defesa apresentadas por alguns dos acusados, o Tribunal rejeitou parte dos argumentos dos responsáveis, dentre eles Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo e Ana Maria Maia de Meneses, julgando-lhes irregulares as contas e imputando-lhes multas, na forma transcrita na introdução acima.

2.3. Irresignados, Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo e Ana Maria Maia de Meneses interpuseram o presente recurso de reconsideração (peça 191), requerendo (peça 191, p. 10):

‘(...) que seja reconhecida a ausência de responsabilidade dos interessados nas supostas falhas em questão, além da boa fé do Sr. PEDRO JOSÉ PHILOMENO GOMES FIGUEIRERO e da Sra. ANA MARIA MAIA DE MENEZES em busca do cumprimento do objeto conveniado.

(...) a juntada posterior de documentos complementares, caso se repute necessário ao melhor esclarecimento do feito, em prestígio ao PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL.’

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 213), ratificado pela Exma. Sra. Ministra-Relatora, na peça 215, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4 e 9.6 do Acórdão 7.437/2016 - Segunda Câmara, relatado pelo Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constituem objetos do recurso as seguintes questões:

a) Se Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo e Ana Maria Maia de Meneses, podem ser responsabilizados pela inexecução parcial do objeto do Convênio 1.590/2007 e demais irregularidades tratadas nos autos (peça 191, p. 2-5);

b) Se a devolução dos valores repassados pela Funasa no bojo do Convênio 1.590/2007 ao Município de Pacajus/CE constituirá enriquecimento ilícito do ente federal (peça 191, p. 5-6); e

c) Se a deliberação recorrida está devidamente fundamentada (peça 191, p. 6-10).

5. Responsabilidade de Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo e Ana Maria Maia de Meneses, inexecução parcial do objeto do Convênio 1.590/2007 e demais irregularidades tratadas nos autos (peça 191, p. 2-5)

5.1. Os recorrentes afirmam não poderem ser responsabilizados pela inexecução parcial do objeto e pelas demais irregularidades tratadas nos autos, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) O convênio em questão foi celebrado com o Município de Pacajus/CE no ano de 2007, sendo que Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo e Ana Maria Maia de Menezes somente estiveram à frente da Administração daquela municipalidade a partir de 2009. Não podem, portanto, ser responsabilizados pela formalização da avença ou por questões envolvendo o processo licitatório destinação à contratação da empresa que realizaria o objeto, o que já foi reconhecido pelo acórdão recorrido (peça 191, p. 2);

b) Os recorrentes foram afastados da Administração do Município em 13/12/2011, muito antes do término do mandato, que ocorreria em 31/12/2012. Assim, a conclusão do objeto do ajuste estaria a cargo dos sucessores das partes no comando da cidade (peça 191, p. 3);

c) Os recorrentes não estavam nem no início nem no final do período de vigência do ajuste e, mesmo durante a vigência do convênio, os atos administrativos que lhes imputaram eram de responsabilidade de terceiros, haja vista a desconcentração administrativa decorrente de delegação (peça 191, p. 3);

d) A solidariedade não se presume, não tendo ocorrido indicação da norma que atribua aos recorrentes responsabilidade pela execução do convênio em epígrafe. Logo, não há que se falar em responsabilidade solidária das partes em relação aos fatos tratados no processo;

e) A deliberação recorrida cita o Acórdão 479/2010 – Plenário, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, para afirmar ser inadmissível a delegação de responsabilidade, devendo responder pelos atos inquinados tanto o delegante quanto a pessoa delegada. Mas, a decisão não indica a norma legal, mas sim precedente judicial sem força vinculante, não podendo definir a solidariedade na execução do convênio. A própria decisão recorrida admite que nenhum pagamento foi diretamente autorizado pelo ex-prefeito ou pela então Secretária de Saúde (peça 191, p. 3-4);

f) Ao dissertar sobre culpa *in vigilando* e *in elegendo*, o Tribunal ressuscita a superada tese da responsabilidade objetiva, pois não mais se admite no ordenamento pátrio aplicação de penalidade sem que o responsável tenha concorrido, ao menos com culpa, para ocorrência do delito (peça 191, p. 4);

g) A ausência de responsabilidade quando há delegação de competência tem sido encampada pelo Tribunal, como se nota no Acórdão 357/2007 – Segunda Câmara, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler (peça 191, p. 4);

h) Os atos de fiscalização e controle eram da competência da Controladoria Geral do Município e não das pessoas físicas do ex-prefeito e da ex-secretária de saúde;

i) O objeto do ajuste estava sendo cumprido paulatinamente, não podendo ser concluído na gestão dos recorrentes, por conta do prematuro afastamento do ex-prefeito e do respectivo secretariado (peça 191, p. 4);

j) A conclusão das obras deveria ter ocorrido na gestão do sucessor de Pedro José, não podendo ser atribuída culpa exclusiva aos recorrentes, a qual sequer está evidenciada nos autos, assim como o dolo. A decisão se pauta em meras presunções, como a de que a empresa contratada não teria capacidade para executar a obra, tentando, com isso, responsabilizar a secretária de saúde, que deveria ter percebido isso e adotado as medidas cabíveis (peça 191, p. 5);

k) Em relação ao recolhimento do ISS e INSS, foi aduzido que havia um setor responsável pela conferência do recolhimento desses tributos. Já o aporte de contrapartida esteve, de fato, vinculado à correção de falhas na execução das obras, conforme acordo entre as partes integrantes do convênio;

l) Quando se acusa os recorrentes de não terem comprovado a boa e regular aplicação dos recursos do convênio, nomeando e não supervisionando os trabalhos realizados, além de permitir a manutenção de contrato com empresa sem capacidade operacional, resultando em inexecução parcial do objeto, traz-se apontamentos genéricos. Essa conjuntura não se sustenta para condenar os responsáveis ao ressarcimento do dano ao erário ou para imputar-lhes multa em valores tão elevados, o que deverá ser ponderado pelo Tribunal (peça 191, p. 5).

Análise

5.2. Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar. Incide sobre o gestor o ônus de provar a aplicação regular dos recursos públicos repassados e que estejam sob a responsabilidade dele. Cumpre ressaltar que a jurisprudência pacífica nesta Corte de Contas atribui ao responsável o dever de prestar contas da integralidade das verbas federais repassadas. Cabe ao gestor o ônus da prova da boa e regular aplicação desses recursos, por meio de documentação consistente.

5.3. Tal entendimento, ao contrário do que afirmam os recorrentes, encontra fundamento na própria Constituição Federal, artigo 70, parágrafo único, que dispõe que 'prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária', e no artigo 93 do Decreto-lei 200/1967, segundo o qual, 'quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades competentes'.

5.4. Nesse sentido são os Acórdãos 6.553/2016-Primeira Câmara, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; 3.587/2017-Segunda Câmara, da lavra do Ministro Aroldo Cedraz; e 2.610/2016-Plenário, relatado pelo Ministro Bruno Dantas.

5.5. No presente caso, os recorrentes respondem pelos valores creditados na conta específica e utilizados integralmente ainda quando eles estavam na gestão do ente municipal, como demonstrou adequadamente a unidade técnica em análise transcrita no relatório da deliberação recorrida (peça 167, p. 5):

'26. Não procede tal argumento, visto que as duas únicas ordens de pagamento emitidas pelo concedente relativas ao convênio e destinadas à Prefeitura de Pacajus/CE têm datas de crédito dentro do período do mandato do prefeito Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo (gestão 2009 a 13/12/2011), quais sejam: a ordem bancária 2009OB805529, no valor de R\$ 120.000,00, creditada em 2/7/2009, e a ordem bancária 2009OB812674, no valor de R\$ 240.000,00, creditada em 17/12/2009, conforme se verifica no extrato da conta corrente do convênio acostado na peça 1, p. 302 e 322, e nas próprias ordens bancárias, peça 4.

27. Se isso não bastasse, verifica-se que no mesmo dia em que os R\$ 120.000,00 foram creditados (2/7/2009), foram sacados por meio do cheque 0850001, no mesmo valor. O mesmo tendo ocorrido com a ordem bancária de R\$ 240.000,00, que foi creditada em 17/12/2010, e cujo valor foi sacado nessa mesma data, por meio do cheque 850002, conforme se verifica nos extratos da conta corrente juntados à peça 1, p. 302 e 322.'

5.6. Assim, ainda em 2009, na gestão dos recorrentes, os valores do convênio foram depositados e sacados no mesmo dia, mostrando-se correta a responsabilização solidária deles em relação à inexecução do objeto do convênio, por conta do descompasso entre o valor transferido sob a guarda dos ex-gestores e a parcela efetivamente executada. Apenas caso os responsáveis tivessem comprovado a entrega das quantias aos sucessores, poder-se-ia discutir a responsabilidade dos novos administradores, o que não ocorreu na espécie e não há elementos nesse sentido na peça recursal.

5.7. Outro ponto que os recorrentes trazem à colação é a sempre tormentosa discussão sobre a responsabilização do Ordenador de Despesas ou de dirigentes dos órgãos e entidades jurisdicionados a esta Corte. O tema sempre traz acirrados debates desde a unidade técnica até os colegiados do Tribunal. Logo, o ponto deverá ser tratado cuidadosamente neste tópico.

5.8. A celeuma envolvida decorre da própria estrutura da Administração Pública, a qual possui grande complexidade. Com isso, para o atingimento do interesse público, é imprescindível a desconcentração administrativa e até a descentralização, com o uso frequente da ferramenta da delegação de competência.

5.9. É verdadeira a afirmação dos recorrentes de que o gestor máximo, como o Prefeito; ou os Secretários não podem ser responsabilizados por ações praticadas pelos subordinados, sem analisar o contexto envolvido. O Tribunal, em diversos precedentes, reconhece essa conjuntura, nas discussões sobre delegação de competência. Cite-se, como exemplo, trecho do voto condutor do Acórdão 5.793/2011 – Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Aroldo Cedraz, *in verbis*:

‘6. Pensar de maneira diversa, exigindo do agente delegante o controle de todo e qualquer ato delegado, significa tornar letra morta o instituto da delegação de competência, razão pela qual concordo com o Sr. [...], para quem ‘seria absolutamente ilógico e irrazoável que a legislação previsse a delegação de competência [...] e ainda assim exigisse o acompanhamento casuístico - o único que pode levar à responsabilização - de todo ato administrativo por parte da autoridade que detém a competência geral, no caso quem exerce o cargo de direção’.

5.10. Todavia, deve-se questionar se o instituto da delegação de competência empreendida pelos dirigentes máximos e Ordenadores de Despesas dos órgãos e entes federativos tem o condão de afastá-los definitivamente de responsabilização, em caso de irregularidades em atos delegados praticados pelos subordinados. A ausência de lógica, nesse caso, estaria no fato de o dirigente assumir a atribuição de conduzir determinado ente ou exercer determinada função e estar isento, quando identificados atos irregulares praticados pelos subordinados do acusado, sendo ele o último elo na cadeia decisória da instituição ou no processo de aprovação de pagamentos.

5.11. Esta Corte, após enfrentar centenas de casos de responsabilização do gestor máximo e analisar com acuidade a questão, tem concluído, de forma amplamente majoritária, pela possibilidade de inclusão desses agentes no rol dos culpados, quando signatário de convênios, contratos e documentos relevantes ou exatamente na função de Ordenadores de Despesas ou Secretário da pasta responsável pelos gastos, como no presente caso.

5.12. Esse posicionamento decorre do entendimento disseminado nas análises técnicas, incluindo-se a deliberação recorrida, segundo o qual o dirigente pode até delegar a execução de determinadas tarefas, mas a fiscalização dos atos dos subordinados é competência irrenunciável (Acórdão 1.346/2013 – Plenário, da relatoria do Ministro Marcos Bemquerer):

‘Em segundo lugar, o instituto da delegação é uma manifestação da relação hierárquica que transfere atribuições ao agente delegado, mas não exime o autor da delegação do dever de acompanhar os atos praticados. Isso porque as prerrogativas e os poderes do cargo, tais como a supervisão, não são conferidos em caráter pessoal ao agente público, mas sim para o bom desempenho de seu papel institucional, sendo, portanto, irrenunciáveis.’

5.13. Em vertente bastante difundida nesta Corte, utilizada também na deliberação recorrida e, portanto, amparada pela jurisprudência da Casa, o gestor máximo ou o Ordenador de Despesas deve escolher adequadamente os subordinados para os quais direcionará a delegação de competência e fiscalizar-lhes as ações, sob pena de responder por culpa *in eligendo* ou *in vigilando* (Acórdão 1.619/2004 – Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues):

‘5. É entendimento pacífico no Tribunal que o instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, visto que remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado (v.g. Acórdão 56/1992 - Plenário, in Ata 40/1992; Acórdão 54/1999 - Plenário, in Ata 19/1999; Acórdão 153/2001 - Segunda Câmara, in Ata 10/2001). Cabe, por conseguinte, à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados, diante da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*.’

5.14. Ainda assim, no caso do processo no Tribunal de Contas da União, a questão se mantém controversa, pois, em concordância com o posicionamento dos recorrentes, não há responsabilidade objetiva na atividade punitiva estatal, devendo os órgãos sancionadores demonstrar conduta dolosa ou culposa dos agentes. As

hipóteses de responsabilização por eleger mal ou vigiar de forma defeituosa se aproximam, para parte da doutrina e da jurisprudência, da responsabilidade objetiva, sem análise da culpa ou do dolo.

5.15. Esses institutos, entretanto, foram importados para a jurisprudência desta Casa, oriundos do Direito Civil; especialmente das discussões empreendidas no Código Civil de 1916; e se aproximam da culpa presumida, estágio intermediário entre as responsabilidades subjetiva e objetiva, como leciona Sérgio Cavalieri Filho (**Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 40):

‘A culpa presumida foi um dos estágios na longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima. O fundamento da responsabilidade, entretanto, continuou o mesmo – a culpa (...)’

5.16. Mesmo no bojo da responsabilidade civil aquiliana, essas espécies de culpa estão em extinção, pois o Código Civil de 2002, em seu art. 933, fixou objetivamente as ações antes avaliadas de forma presumida, a exemplo da responsabilização do empregador em relação ao empregado ou do detentor do animal que causou dano (**Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 39)

5.17. Por outro lado, alerta Cavalieri Filho que, mesmo na responsabilidade civil, com sistema doutrinário com maior consolidação, ‘a culpa presumida não se afastou do sistema da responsabilidade subjetiva, pelo que admite discutir amplamente a culpa do causador do dano (...)’ (**Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 40).

5.18. Nota-se que a situação é controversa e nenhuma das duas posturas deve ser tomada de forma automática. Não se pode punir o dirigente máximo, o Ordenador de Despesas ou o Secretário objetivamente apenas pelo cargo por ele ocupado e também não se deve afastar-lhe responsabilidade apenas em razão da delegação de competência e da desconcentração administrativa, com manifestações anteriores de órgãos subordinados. O Tribunal tem ciência disso (Acórdão 2.300/2013 – Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes):

‘12. Ou seja, a responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta. Pelos precedentes judiciais, doutrina e dispositivo legal mencionados, verifica-se que a análise das situações fáticas é imprescindível para definir essa responsabilidade. Do contrário, inviabiliza-se o próprio instituto da delegação e cai por terra o objetivo pretendido por ele. 13. É necessário verificar se existem condutas desabonadoras cometidas pela autoridade delegante. (...)’

5.19. Nesta Corte, na atuação cotidiana sobre eventos envolvendo a responsabilidade dos dirigentes ou do Ordenador de Despesas, dois grupos de irregularidades são imputadas a esses agentes pelos intérpretes sem maiores controvérsias.

5.20. Primeiramente, quando se verifica que o contexto de irregularidades e desorganização administrativa é de tal monta que o papel do gestor principal é sobremaneira relevante naquela conjuntura. Discute-se, nesse ponto, a culpa por negligência do agente na condução da pasta:

‘17. Entretanto, essa hipótese não prospera, pois está demonstrado nos autos que a execução de despesas sem cobertura contratual e sem licitação era situação corriqueira na Secretaria Estadual de Saúde durante a gestão daquele Titular. O descontrole administrativo reinante naquela pasta era notório e prolongado, conforme descrito no parecer da Procuradoria Geral do Estado de Goiás transcrito no item 26 da instrução precedente. Dessa forma, o Sr. [...] então Secretário Estadual de Saúde agiu, no mínimo, com culpa *in eligendo* na escolha de seus subordinados, e com negligência na gestão dos recursos federais provenientes do Convênio n. 781/2000/MS. (Acórdão 1.181/2012 – Plenário – Relator Ministro Marcos Bemquerer).’

5.21. Outra situação em que a atuação do dirigente máximo não pode ser desconsiderada ocorre quando se identifica que ele praticou atos executórios, ainda que na condição de última instância decisória, a exemplo da assinatura de planos de trabalho, ordens bancárias, cheques e outros documentos de pagamento ou na homologação de licitações ou mesmo na prestação de contas dos valores, atestando os gastos e responsabilizando-se pessoalmente. Nessa linha, cite-se trecho do voto condutor do Acórdão 509/2005 – Plenário, relatado pelo Ministro Marcos Bemquerer:

‘5. De igual modo, não prevalece o argumento recursal de que o TCU não poderia ter-lhe imputado responsabilidade pela aquisição de material de consumo com preços superiores aos praticados no mercado porque deixou de arrolar os responsáveis diretos pela pesquisa de preços, a saber os chefes da Seção de Administração e do Setor Financeiro. Isto porque, independentemente do chamamento de

outras pessoas que eventualmente participaram, direta ou indiretamente, na condução do procedimento que culminou na contratação questionada pelo Tribunal, o recorrente, como autoridade que homologou a licitação, é pessoalmente responsável pelos atos praticados. Eventual solidariedade com terceiros não o exime de responder pelo total do débito que lhe fora imputado mediante o Acórdão recorrido. (Grifos acrescidos).’

5.22. No presente caso, pode-se observar claramente a atuação pessoal do ex-Prefeito José Philomeno Gomes Figueiredo sobre os fatos irregulares e, também, a considerável negligência dele e da Secretária de Saúde à época, no exercício do papel de responsáveis pela fiscalização dos gastos vinculados ao convênio em epígrafe.

5.23. Como destacou a unidade técnica e consta no relatório do acórdão recorrido (peça 167, p. 7), ao prestar contas das primeiras duas parcelas dos recursos recebidos, o ex-prefeito Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo assinou pessoalmente diversos documentos, em que afirma a total aplicação dos recursos federais até então transferidos (R\$ 360.000,00) e da contrapartida (R\$ 18.000,00), que corresponderiam a 60% do valor total do convênio. Todavia, na forma comprovada nos presentes autos e não contestada especificamente pelas partes, somente haviam sido aplicados 28,55% das verbas recebidas.

5.24. Assim, o ex-gestor chancelou dolosamente documentação que não retratava a realidade das obras ainda incompletas, conforme se pode verificar no Termo de Aceitação Provisória da Obra, no Relatório de Cumprimento do Objeto e no Relatório de Execução Física e Financeira (peça 1, p. 288, 290 e 292).

5.25. Do mesmo modo, a ex-secretária de Saúde falhou gravemente ao deixar de acompanhar com qualidade a execução das obras do convênio que se encontravam no escopo de atuação do órgão que administrava.

5.26. É importante lembrar que era competência da Secretaria de Saúde a conferência e atestação da execução dos serviços, além da fiscalização e acompanhamento da execução do objeto contratual, conforme estabeleciam a Cláusula Quarta, item 4.1, e a Cláusula Nona, item 9.2, do contrato (peça 1, p. 346-356). Assim, mesmo não tendo sido a recorrente a signatária do ajuste, ao assumir o cargo de Secretária, por óbvio, obrigou-se diante do acordado com a Funasa.

5.27. Assim, na atividade de fiscalização que lhe cabia pessoalmente estavam inclusas a atestação da execução dos serviços e, também, da devida quitação dos tributos incidentes sobre a prestação dos serviços. Trata-se de responsabilidade pessoal e não objetiva.

5.28. Nessa linha, tendo em vista a celeuma envolvendo a responsabilização do Ordenador de Despesas e dos dirigentes das entidades, o caminho mais adequado ao ordenamento é observar os atos questionados sob o prisma da responsabilidade subjetiva, avaliando dolo e culpa, exteriorizada por meio da imprudência, da negligência ou da imperícia.

5.29. Na espécie, as provas contidas nos autos não permitem que se conclua pela irresponsabilidade ou ilegitimidade passiva dos recorrentes. Ao contrário. As condutas omissivas diante das diversas irregularidades que restaram comprovadas, a leniência e a transparente ausência de dever de cuidado objetivo dos ex-gestores constituíram fatores primordiais para a inexecução parcial do objeto do Convênio 1.590/2007 e, por conseguinte, para os danos ao erário. A responsabilidade de Pedro e Ana Maria, seja pessoalmente ou pela não formatação de sistema de controle suficiente para inibir as irregularidades, está demonstrada, como se discutiu na deliberação recorrida e nesta instrução.

5.30. Dessa forma, situação em que a atuação do Ordenador de Despesas e de dirigentes não pode ser desconsiderada ocorre quando se identifica que eles praticaram atos executórios, ainda que na condição de última instância decisória, a exemplo da assinatura de planos de trabalho, cheques, ordens bancárias e outros documentos de pagamento, na homologação de licitações ou de termos de aceitação de obras, responsabilizando-se pessoalmente. Além disso, a ausência de cuidado objetivo desses gestores na condução do órgão ou entidade, sem a formatação ou o exercício de sistema de controle adequado a inibir fraudes, constitui conduta culposa passível de responsabilização, em caso de dano ao erário.

6. Devolução dos valores repassados pela Funasa no bojo do Convênio 1.590/2007 ao Município de Pacajus/CE e enriquecimento ilícito do ente federal (peça 191, p. 5-6)

6.1. Os recorrentes afirmam que a devolução dos valores aplicados pelo Município de Pacajus/CE constituirá enriquecimento ilícito do ente federal, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) É fato incontroverso que o objeto do convênio foi devidamente executado, mesmo que parcialmente, na forma do certame licitatório e respectivo contrato (peça 191, p. 5);

b) Vários habitantes do Município de Pacajus/CE se beneficiaram de algum modo com as obras realizadas pelos recorrentes, não se mostrando razoável ou proporcional a determinação no sentido de devolver o numerário aplicado, devidamente corrigido (peça 191, p. 6);

c) A devolução de importância que, de fato, foi utilizada refletirá enriquecimento ilícito do erário federal, em contrapartida a injusto golpe no patrimônio dos recorrentes, pois equivale a obrigá-los, na condição de particulares, a exercerem as funções do Estado-Administração, realizando obras públicas com recursos próprios, algo esdrúxulo no ordenamento jurídico pátrio (peça 191, p. 6).

Análise

6.2. Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar. A inexecução parcial do objeto implica em dano ao erário a ser imputado aos responsáveis, quando há desconexão entre os valores repassados e as quantias efetivamente empregadas.

6.3. Ao contrário do que afirmam as partes, tanto a Funasa (peça 2, p. 38-54) quanto esta Corte (TC 002.115/2013-1 – peça 74, com cópia na peça 19 dos presentes autos), em visitas *in loco*, constataram a execução apenas parcial do objeto do ajuste em detrimento dos recursos federais transferidos. Diante disso, a unidade técnica calculou adequadamente o valor do dano ao erário, como se nota em trecho do relatório da deliberação recorrida (peça 167, p. 19):

‘171. Analisados os argumentos de defesa e manifestações, além das irregularidades não elididas, restou a responsabilidade quanto à execução parcial do objeto do convênio, o qual só foi executado no percentual de 28,55% do total conveniado, apesar de terem sido repassados e gastos pela conveniente 60% dos recursos conveniados. Tal responsabilidade recaiu solidariamente sobre Pedro José Philomeno Gomes Figueiredo, ex-prefeito municipal; Ana Maria Maia de Meneses, ex-secretária de saúde, e sobre a empresa Mozaiko Empreendimentos e Serviços de Construção Ltda., empresa contratada para executar a obra.

172. O percentual não executado corresponde à diferença entre o percentual de recursos federais gastos (60% do valor do convênio) e o percentual executado da obra (28,55% do total conveniado). Assim, o percentual não executado corresponde a 60% menos 28,55%, resultando em 31,45% do valor total do convênio. Considerando que o valor total do convênio de responsabilidade da União corresponde a R\$ 600.000,00, o valor do débito é de 31,45% desse valor, o que corresponde a R\$ 188.700,00, a ser atualizado a partir de 17/12/2009, data do último pagamento realizado à empresa.’

6.4. Dessa forma, não pede a Corte o ressarcimento dos valores efetivamente empregados pelos responsáveis em benefício da municipalidade, mas sim a parcela correspondente aos recursos transferidos, mas para os quais os ex-gestores não comprovaram a boa e regular aplicação, fato que sequer é contestado no recurso.

7. Deliberação recorrida e devida fundamentação (peça 191, p. 6-10)

7.1. Os recorrentes requerem preventivamente que o Tribunal analise de forma fundamentada, quando da prolação da deliberação relativa ao presente recurso, os elementos de defesa apresentados por eles, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) Vigora no sistema jurídico pátrio o Princípio da Fundamentação ou Motivação das Decisões, tendo como fundamento o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, aplicável aos atos administrativos por força do inciso X do mesmo dispositivo. Com base nesse postulado, é possível, por interpretação teleológica, efetivar as garantias constitucionais contidas no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna, também na Administração Pública (peça 191, p. 6);

b) O Constituinte originário prestigiou a necessidade de se fundamentar as decisões administrativas, em princípio, emanadas dos Tribunais, mas abrangeu, com a mesma razão, aquelas provenientes de qualquer processo administrativo sancionador, conforme abalizada doutrina (peça 191, p. 6-7);

c) O princípio da motivação, corolário do devido processo legal, constitui garantia constitucional inerente ao Estado Democrático de Direito. Essa regra objetiva coibir arbitrariedades e excessos imotivados, assegurando a todos o conhecimento das razões da prolação do ato decisório (peça 191, p. 7);

d) A inobservância do princípio da motivação enseja nulidade absoluta, ferindo a validade jurídica do ato, conforme lição doutrinária e jurisprudencial (peça 191, p. 7-8);

e) A Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal, abarcando a atuação da Funasa e desta Corte, prevê o princípio da motivação logo em seu artigo 2º. Conforme o parágrafo único e incisos do mesmo dispositivo, há outros critérios a serem observados nessa seara, incluindo-se a atuação conforme a lei

e o Direito, a indicação dos pressupostos de fato e direito que determinarem a decisão e a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (peça 191, p. 8-9);

f) Sobre a resposta a ser dada àqueles que oferecem defesas em processos administrativos, nos termos do §1º do artigo 38 da Lei 9.784/1999, os elementos probatórios por eles apresentados deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão (peça 191, p. 9);

g) O Capítulo XII da Lei 9.784/1999 é inteiramente dedicado à motivação dos atos administrativos, prevendo, em seu artigo 50, que essas manifestações deverão ser motivadas, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, dentre outras situações (peça 191, p. 9-10)

h) Conforme o §1º do artigo 50 da Lei 9.784/1999, a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos anteriores de pareceres, informações, decisões ou propostas (peça 191, p. 10);

i) Pede-se, com isso, que o Tribunal fundamente a deliberação decorrente do presente recurso, para que, na hipótese de não acatamento de alguma justificativa, fiquem claras as razões fáticas, técnicas, legais e de convencimento pessoal do julgador, sob pena de nulidade do julgado perante o Poder Judiciário (peça 191, p. 10).

Análise

7.2. Neste tópico, pode-se perceber que o recorrente não discute qualquer ponto da deliberação recorrida, mas sim faz apelo prospectivo para que o Tribunal fundamente a deliberação que vier a ser proferida em relação ao recurso em análise. De todo modo, em homenagem ao contraditório e à ampla defesa, cabe verificar se a deliberação recorrida observou o princípio da motivação, aplicável à Corte.

7.3. Nessa linha, verifica-se que, além de enfrentar detalhadamente cada um dos argumentos apresentados pelos ex-gestores nas alegações de defesa no voto condutor da deliberação recorrida, itens 12 a 18 (peça 166, p. 2-3), o Relator *a quo* incorporou os pareceres do *parquet* especializado e da unidade técnica aos fundamentos do julgado. A unidade técnica, por sua vez, realiza, de forma ainda mais detalhada, a análise de toda a manifestação das partes, como se nota na leitura dos itens 21 a 73 do acórdão recorrido (peça 167, p. 4-9), os quais são, em grande medida, novamente observados nos tópicos anteriores desta instrução. Não há máculas no julgado.

7.4. As observações dos recorrentes são práticas diárias desta Corte. O TCU tem ciência de que as deliberações administrativas emanadas do Tribunal devem ser motivadas, cabendo lembrar que a fundamentação do acórdão pode consistir em expressa concordância do voto com os pareceres técnicos emitidos nos autos, sem que haja vício na decisão (Acórdão 5.396/2016 – Segunda Câmara, da lavra do Ministro André de Carvalho).

CONCLUSÃO

8. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) Incide sobre o gestor o ônus de provar a aplicação regular dos recursos públicos repassados e que estejam sob a responsabilidade dele;

b) A inexecução parcial do objeto implica em dano ao erário a ser imputado aos responsáveis, quando há descompasso entre os valores repassados e as quantias efetivamente empregadas; e

c) As deliberações administrativas emanadas do Tribunal devem ser motivadas, cabendo lembrar que a fundamentação do acórdão pode consistir em expressa concordância do voto com os pareceres técnicos emitidos nos autos, sem que haja vício na decisão.

8.1. Assim, os argumentos apresentados pelos recorrentes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, impondo-se o desprovimento do pedido, mantendo-se inalterado o posicionamento do Tribunal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I; e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao Gabinete da Relatora, propondo:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte aos recorrentes, à Procuradoria da República no Estado do Ceará e aos demais interessados.’

É o relatório.