

GRUPO I – CLASSE II – Plenário

TC 021.128/2016-2.

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Entidade: Município de Cachoeirinha – TO.

Responsáveis: Marco Antônio Oliveira Prado (CPF 160.142.946-00); Zélio Herculano de Castro (CPF 038.945.501-63).

Representação legal:

– Stefany Cristina da Silva, OAB/TO 6.019, representando Zélio Herculano de Castro.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. IMPUGNAÇÃO TOTAL DOS DISPÊNDIOS. INEXECUÇÃO DO OBJETO AJUSTADO. CITAÇÃO. SOLIDARIEDADE. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. DOCUMENTOS INADEQUADOS PARA A COMPROVAÇÃO DA REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS FEDERAIS. OBRA NÃO INICIADA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA NA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL.

RELATÓRIO

Tratam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) em desfavor do Sr. Zélio Herculano de Castro, como então prefeito de Cachoeirinha – TO (gestões: 2001-2004 e 2009-2012), diante da total impugnação dos dispêndios inerentes aos recursos federais repassados pelo Convênio nº 1.145/2004 para a execução do sistema de esgotamento sanitário, tendo a vigência do ajuste sido fixada para o período de 3/12/2004 a 28/5/2009, com a previsão do aporte de R\$ 435.431,69 em recursos federais e de R\$ 13.466,96 em recursos da contrapartida municipal, perfazendo o valor total de R\$ 448.898,65.

2. Após a análise final do feito, o auditor federal da Secex-TO lançou o seu parecer conclusivo à Peça 37, com a anuência dos dirigentes da unidade técnica (Peças 38 e 39), nos seguintes termos:

“(…) 2. O ajuste retro citado foi celebrado em 3/12/2004 e teve como partícipes a Funasa, na qualidade de concedente e, como conveniente, o município de Cachoeirinha/TO (peça 1, p. 47-67), estipulando como objeto a execução de sistema de esgotamento sanitário dimensionado no respectivo Plano de Trabalho (peça 1, p. 5-17), previamente aprovado pela presidência da Funasa (peça 1, p. 19-21).

3. A vigência inicialmente prevista era de doze meses contados a partir da assinatura (peça 1, p. 61, cláusula décima-primeira), todavia, em virtude alterações subsequentes, por meio de aditivos, tal prazo foi estendido até 28/5/2009 (peça 5, p. 11).

4. Na formulação inicial foi pactuada a aplicação de R\$ 448.898,65, competindo à Funasa o aporte de R\$ 435.431,69 e ao município a alocação de outros R\$ 13.466,96 (peça 1, p. 57, cláusulas quinta e sexta).

5. Do montante a que se comprometeu a entidade federal concedente foi transferido para a conta bancária vinculada o valor parcial de R\$ 235.711,99 (peça 5, p. 369), por meio das ordens bancárias a seguir especificadas (peça 5, p. 371):

Ordem bancária	Data de emissão	Valor
2004OB907610	29/12/2004	R\$ 58.460,00
2004OB907611	29/12/2004	R\$ 127.251,99

2004OB907612	29/12/2004	R\$ 50.000,00
	Total	R\$ 235.711,99

HISTÓRICO DO PROCESSO

6. Na instrução inaugural registra-se que foram empreendidos os exames preliminares de praxe observando-se, em especial, as disposições da Instrução Normativa TCU 71/2012 (IN TCU 71/2012), concluindo então que a presente TCE estava apta a prosseguir no âmbito desta Corte de Contas, segundo os preceitos e o rito regimental (peça 10, itens 6 a 11).

7. Após outras análises e ponderações apropriadas àquela fase preambular (peça 10, itens 12 a 41) foi proposta a citação do ex-prefeito Zélio Herculano de Castro (CPF 038.945.501-63), em solidariedade com Marco Antônio Oliveira Prado (CPF 160.142.946-00), titular da pessoa jurídica contratada pelo conveniente para executar as obras e serviços contempladas no plano de trabalho e recebedora dos recursos repassados pela Funasa (peça 10, subitem 42.1).

8. A proposição foi colhida pelos dirigentes da Secex-TO (peças 11-12) e implementada com amparo em delegação de competência estatuída pelo Relator.

9. Citado (peças 25 e 28), Zélio Herculano de Castro constituiu advogada para representá-lo nos autos (peças 29), obtendo acesso integral às peças, o deferimento de prazo requerido para sua defesa (peças 30-33), findando com a apresentação de alegações de defesa (peça 34). Nestas condições, as comunicações processuais a partir de então geradas e destinadas àquele responsável devem ser encaminhadas para o endereço do causídico, conforme § 7º, do art. 179, do Regimento Interno do TCU.

10. Por seu lado, Marco Antônio Oliveira Prado foi citado por meio de comunicação processual encaminhada e recebida pessoalmente em seu endereço oficial (peças 14, 16-17), optando por não apresentar alegações de defesa no prazo regimental, permanecendo silente.

EXAME TÉCNICO

11. Em função da inércia volitiva de Marco Antônio Oliveira Prado concernente à citação, doravante, passa a ser considerado revel para todos os efeitos. Tal circunstância, contudo, não obstaculiza o prosseguimento do processo, nos termos do § 3º, do art. 12, da Lei n. 8.443/92, c/c o § 8º, do art. 202, do Regimento Interno do TCU.

12. Por outro lado, as alegações de defesa interpostas por meio de causídica devidamente outorgada por Zélio Herculano de Castro (peça 34) podem ser deduzidas e sumarizadas conforme o seguinte teor:

- i. quando prefeito realizou o procedimento de licitação nos moldes da Lei 8666/93, firmando o Contrato 048/2004 em outubro de 2004;
- ii. constava na cláusula oitava do contrato supra o prazo de 180 dias para a conclusão da obra, contados da ordem de serviços, emitida em 10 de dezembro de 2004, ou seja, 21 antes do término do mandato então em curso;
- iii. em virtude do período chuvoso que perdurou até o mês de abril de 2005, não foi possível a execução do serviço contratado, tendo em vista que era necessário fazer escavações;
- iv. o gestor municipal sucessor paralisou a obra, impedindo que a empresa contratada cumprisse o contrato;
- v. afirma que a empresa vencedora do certame e contratada (Construtora Prado) teria alegado em autos judiciais que em sua história de quase três décadas jamais havia passado pelos constrangimentos submetidos pelo gestor público sucessor de Zélio Herculano de Castro;
- vi. assevera que os materiais necessários à execução da obra foram adquiridos pela empresa, com parte deles depositada junto a prefeitura do município e outra parte em depósito da própria empresa, visto que o prefeito sucessor não fazia a vigilância necessária e não possibilitava que a contratada colocasse funcionário para cumprir tal função;

vii. reitera que o tratamento dado pelo gestor subsequente em relação à empresa contratada foi de total descaso e criação de entraves, motivado por revanchismo e perseguição política;

viii. registra que por diversas vezes a Construtora Prado tentou executar a obra, esbarrando na falta de comprometimento do prefeito sucessor e sendo impedida até mesmo de fixar a placa de identificação da obra, chegando a ingressar com medida judicial a fim obrigar o prefeito a não atrapalhar a continuidade dos serviços;

ix. discorre que o gestor municipal que lhe sucedeu tinha a seu favor inúmeros instrumentos jurídicos para fazer a empresa cumprir sua parte no contrato, exemplificando com as hipóteses de ação de obrigação de fazer, rescisão contratual, etc., tendo optado por desvirtuar o propósito do convênio e a perseguir politicamente o seu adversário;

x. transcreve excertos do Parecer Técnico 105/2005, da Funasa (peça 34, p. 5);

xi. derradeiramente, requer que o TCU inclua no polo passivo da presente TCE o ex-prefeito sucessor, além de produzir provas documentais, testemunhais, periciais, dentre outras, haja vista que considera inexistir prova concreta de que Zélio Herculano de Castro foi responsável por ação ou conduta que desencadeou o dano ora apurado.

13. Antes de analisar e emitir opinião quanto às alegações supracitadas, convém registrar que a partir de pesquisas usuais realizadas nas bases de dados utilizadas pelo TCU para registros e controles processuais encontramos alusões ao Convênio 1145/2004 (Siafi 515591) em outros julgados.

14. A primeira está no Acórdão 1704/2013-TCU-Segunda Câmara, prolatado no âmbito do TC 016.915/2009-7, Processo de Contas Anual da Superintendência da Funasa no Estado do Tocantins (Funasa/Suest-TO), relativo ao exercício 2008, nos seguintes termos:

1.6.1 Determinar à Superintendência Estadual da Funasa no Tocantins que:

1.6.1.1. caso ainda não o tenha feito, proceda à conclusão ou à nova apreciação das prestações de contas dos seguintes convênios, objetos da Operação Covil, considerando os resultados dessa investigação, solicitando junto à Polícia Federal, caso necessário, cópia da documentação apreendida: 485/2004 (SIAFI 521890), 1304/2003 (SIAFI 489891), 609/2003 (SIAFI 490137), **1145/2004 (SIAFI 515591)**, 1473/2005 (SIAFI 556567), EP 0461/2005 (SIAFI 557343), 1019/2006 (SIAFI 569053), 549/2003 (SIAFI 490127), 550/2003 (SIAFI 490129), 2039/2004 (SIAFI 538365) e 402/2003 (SIAFI 489886); **(grifo nosso)**

1.6.1.2. encaminhe, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, os resultados dos trabalhos a que se refere o item precedente à Controladoria-Geral da União.

1.6.3 determinar à Controladoria-Geral da União que se manifeste, no prazo de 60 (sessenta) dias após o recebimento das informações de que trata o item 1.6.1.1 precedente, sobre a suficiência das medidas adotadas pela Superintendência Estadual da Funasa no Tocantins em relação aos seguintes relatórios de fiscalização produzidos no âmbito da Operação Covil: 201833, 201837, 201838, 202232, 202233, 202338, 202339, 202685, 202689 e 202693;

1.6.3. manter o sobrestamento dos presentes autos, nos termos do subitem 1.4.1 do Acórdão 4527/2011-TCU-2ª Câmara, de acordo com o parecer do Ministério Público junto ao TCU.

15. Para completude da informação, convém acrescentar que o Acórdão 4527/2011-TCU-Segunda Câmara, mencionado precedentemente, determinou o sobrestamento dos exames e do julgamento das contas anuais de 2008 Funasa/Suest-TO até que terminasse a atuação dos controles internos no processamento de tomadas de contas especiais instauradas por aquela unidade jurisdicionada em função da 'Operação Covil', além de expedir outras determinações pertinentes.

16. Deflagrada pelo Departamento de Polícia Federal (DPF) em maio/2009, em conjunto com a CGU e com o apoio do Ministério Público Federal (MPF), a 'Operação Covil' teve por objetivo a desarticulação de um grupo criminoso especializado em desviar recursos públicos oriundos de convênios firmados entre a Funasa, órgãos e entidades do Governo do Estado do Tocantins e diversas prefeituras tocantinenses. Há nos autos documentos que concernem a tal operação (peça 3, p. 26-46).

17. *A demora excessiva e injustificável da Funasa/Suest-TO em emitir pareceres técnicos e financeiros, bem como de autuar e levar a efeito o processamento de tomadas de contas especiais de em uma série de instrumentos convenientes em situação de inadimplência também foi objeto de consideração no julgamento das Contas Anuais do exercício 2012, havendo registro do convênio em questão, pelo número do cadastro no Siafi (515591), no Relatório que integra o Acórdão 2266/2015-TCU-1ª Câmara (TC 021.852/2013-8).*

18. *Avançando para além desta contextualização preliminar, opinamos que as alegações deduzidas por Zélio Herculano de Castro devem ser rejeitadas peremptoriamente, por várias e robustas razões.*

19. *A primeira, porque parte considerável dos argumentos de defesa não vieram acompanhados de evidência documental, como requer o art. 162, do Regimento do TCU, carecendo de elemento essencial para que pudessem produzir os efeitos desejados para a parte que os suscitou. Essa lacuna afeta mormente as alegações de que o prefeito sucessor criou diversos entraves no intuito de impedir que a empresa executasse os serviços contratados.*

20. *A própria declaração de que o período chuvoso - que no âmbito do Estado do Tocantins historicamente inicia-se nos meses finais de cada ano, ocorrendo desse modo em 2004 - teria perdurado até de abril de 2005, inviabilizando o início e a execução dos serviços contratados, revela ser inverossímeis as informações do conjunto documental protocolizado na Funasa em 15/4/2005, embora datado de 31/12/2004, sob o título de Prestação de Contas Parcial (PCP), atestando e comprovando o pagamento de medição por serviços supostamente realizados entre 29 e 31/12/2004, no importe do valor integral creditado pela entidade federal concedente (peça 1, p. 113-129), consumindo o equivalente a 52,50% do valor total pactuado pelos partícipes. Sobre estas circunstâncias ainda discorreremos mais adiante.*

21. *Num esforço de chegar à verdade dos fatos, recorreremos ao vasto acervo de documentos adunados aos autos e verificamos que não procedem as alegações de início de serviços e de esforços tempestivos para executar plano de trabalho a contento, conforme breve delineamento abaixo:*

i. *ancorado em inspeção in loco, realizada em 26/5/2005, após a protocolização da PCP, o representante técnico da Funasa verificou e atestou que os serviços não haviam sido iniciados, recomendando em Relatório a suspensão da liberação de parcelas subsequentes (peça 1, p. 143-149);*

ii. *o Parecer Técnico 105/2005, de 16/8/2005, não aprovou a PCP e corroborou a recomendação de suspensão dos repasses financeiros até a correção de irregularidades e início efetivo da obra (peça 1, p. 151-153);*

iii. *em ata de reunião reduzida a termo, realizada em 28/12/2005 entre o titular da pessoa jurídica contratada para a execução das obras e serviços, o mandatário municipal e advogados de ambas as partes, a construtora se compromete a, posteriormente a tal reunião, concluir a etapa correspondente ao valor da primeira parcela recebida, assumindo indiretamente que não executara os serviços então atestados na documentação alusiva à PCP datada de 31/12/2004. Por seu lado, o então prefeito registra que a obra de esgotamento sanitário precisa ser executada para o bem da própria municipalidade e que nada tem a opor para a conclusão pela empresa contratada (peça 1, p. 371);*

iv. *a CGU, em inspeção que subsidiou a Operação Covil, também registrou na fiscalização realizada em novembro de 2007 que as obras não haviam sido iniciadas (peça 7, p. 10, subitem 2.3.3);*

v. *a documentação apresentada pela construtora à Funasa, no propósito de comprovar ter realizado alguns serviços e ter sido impedida pelo prefeito de executar outros, é insubsistente, eivada de muitas fragilidades, dentre as quais anotamos:*

v1. *os recibos subscritos por pessoas físicas na tentativa de comprovar a realização de trabalhos braçais não identificam os nomes dos emitentes (na maioria dos casos nem a assinatura afixada permite identifica-los), não mencionam CPF ou outro documento de identificação, não decorrem de contrato de trabalho regular, ainda que por prazo determinado, não utilizam documento hábil para tanto, em caso de contratação eventual, como o recibo de pagamento a autônomo (RPA),*

nem aponta retenções tributárias e previdenciárias obrigatórias, ou até mesmo imposto sobre serviços, no caso da última hipótese (peça 2, p. 4-54, 58-68, 76-86);

v2. os supostos fretes de caminhão para transporte de uma retroescavadeira também se baseiam em recibos comuns, lavrados em editor de texto, em vez de conhecimento de transporte rodoviário ou nota fiscal de transporte de carga, ainda que fossem avulsos, desde que emitidos por repartição fiscal competente (peça 2, p. 56, 70, 74 e 90);

v3. os supostos pagamentos pela locação de uma retroescavadeira nunca utilizada supostamente por impedimento e embaraços impostos pelo prefeito de Cachoeirinha/TO, amparam-se também em recibos comuns, editados em computador, em vez de outro documento fiscal hábil e legítimo, como nota fiscal, fatura ou RPA (peça 1, p. 375; peça 2, p. 72 e 88);

v4. idêntica impropriedade afeta os supostos pagamentos pela confecção da placa da obra (peça 1, p. 399) e serviços topográficos (peça 1, p. 401);

v5. também não exprimem credibilidade as declarações de terceiros, subscritas em 2007 e de mesmo teor, dando testemunhos de que dois anos antes, em certos meses de 2005, por exatos dias, lembram de uma retroescavadeira que teria ficado parada na cidade para executar serviços da obra de esgotamento sanitário, sendo impedida de implementar tal intento pelo então prefeito (peça 2, p. 110-132);

v6. nem mesmo as supostas aquisições de materiais são corroboradas por notas fiscais idôneas, dispondo tão somente de lista descritiva (peça 1, p. 379-381), embora tanto representantes da Funasa, quanto do município (peça 1, p. 297, itens 3 e 4) e da CGU tenham verificado a presença de tubos de PVC armazenados na localidade (peça 7, p. 10, subitem 2.3.3).

22. Volvendo-nos às alegações de defesa, a transcrição de excertos do Parecer Técnico 105/2005, da Funasa, de 18/8/2005 (peça 34, p. 5), em vez de socorrerem o ex-prefeito Zélio agravam sua situação jurídica, eis que reforçam o contexto de irregularidades a ele atribuídas.

23. Os veementes e reiterados pedidos de inclusão do prefeito sucessor no polo passivo da presente TCE não deve prosperar porque essa situação decorre da análise fática e documental do caso em exame, caso venha a emergir um liame de responsabilidade entre a conduta comissiva ou omissiva do agente público e um ato reputado como irregular ou lesivo.

24. Como já consignado na instrução anterior, entre os mandatos de Zélio Herculano de Castro, 2001-2004 e 2009-2012 (peça 5, p. 295 e 295), dirigiu o município de Cachoeirinha/TO o senhor Messias Pereira de Oliveira (mandato 2005-2008, conforme peça 5, p. 297). Este, quando instado pela Funasa na condição de prefeito sucessor do suposto faltoso, demonstrou ter adotado medidas administrativas e judiciais pertinentes e suficientes para eximir-se de responsabilização por eventual omissão ou negligência no trato das irregularidades e pendências relacionadas ao convênio (peça 1, p. 155-161, 163-169 e 171-191).

25. Por último, também são descabidas as exigências para que o TCU produza provas documentais, testemunhais, periciais, dentre outras. O excerto abaixo, da Jurisprudência Seleccionada do TCU, rechaça tal pretensão do ex-gestor público:

‘Acórdão 3623/2015-TCU-Primeira Câmara (Relator José Múcio Monteiro)

Enunciado: Não cabe ao TCU produzir provas, organizar informações, realizar perícias ou adotar qualquer medida tendente a revelar o nexo de causalidade entre recursos transferidos e despesas efetuadas, pois compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos federais.’

CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES E FINAIS

26. O enredo das irregularidades começou demonstrado na Prestação de Contas Parcial (peça 1, p. 113-129). Nessa documentação fica evidenciado que os valores das ordenas bancárias emitidas em 29/12/2004 (ver tabela do item 5), a dois dias do fim do mandato do então prefeito Zélio Herculano de Castro (2001-2004, conforme peça 5, p. 295), foram creditados na conta bancária em 3/1/2005, quando aquele já não era mais titular do Poder Executivo municipal (peça 1, p. 125).

27. Não obstante, em 31/12/2004, último dia do seu mandato e sabendo da emissão das ordens bancárias pela Funasa, o ainda prefeito emitiu o cheque 850002, o qual foi compensado na mesma data do crédito dos repasses federais, incorrendo numa subtração financeira (R\$ 235.711,09) que deixou saldo de apenas noventa centavos na conta bancária. Formalmente, o cheque em questão teve a finalidade de pagar por serviços executados e cobrados pela pessoa jurídica Marco A. O. Prado (CNPJ 02.852.027/0001-19, Empresário que utilizava o nome de fantasia de Construtora Prado), acobertados no conteúdo e valor expressos na nota fiscal de prestação de serviços nº 323 (peça 1, p. 125-129).

28. Convém salientar, a Prestação de Contas Parcial (PCP) protocolizada por Zélio Herculano de Castro reportava-se ao período de execução de obras e serviços declaradamente realizados entre 29/12 a 31/12/2004, portanto, em meros três dias (peça 1, p. 113-129).

29. Com base em Relatório de Visita técnica realizada em 26/5/2005 (peça 1, p. 143-149), apurou-se que início dos serviços não tinha sido deflagrado mesmo depois de cinco meses após o período de execução apontado pelo ex-gestor municipal, recomendando-se a suspensão do repasse das demais parcelas pela Funasa. O Parecer Técnico 105/2005 não aprovou a PCP e corroborou a recomendação de suspensão dos repasses financeiros até a correção de irregularidades e início efetivo da obra (peça 1, p. 151-153).

30. A despeito de outras manifestações intermediárias, a exemplo do Parecer Técnico 106/2005 (peça 4, p. 96) e do Parecer Técnico 62/07 (peça 1, p. 297-299), o Parecer Técnico 1/2009, amparado em visita in loco realizada em 5/3/2009, reiterou que as obras para o sistema de esgotamento sanitário não haviam sido iniciadas (peça 2, p. 166).

31. Diante de tal cenário, ratificou-se o teor do Parecer Financeiro 24/2009 (peça 2, p. 228-236), por meio qual foi recomendada a não aprovação da PCP, cujo teor foi chancelado pelo então titular da Funasa/Suest/TO.

32. O contexto formal disponível nos autos direciona à conclusão de que não houve a execução de obras e serviços, ainda que fosse limitado ao valor parcial liberado pela Funasa, agravado pelos indícios de fraude mediante a apresentação de documentação ficta pelo ex-prefeito, com o concurso do Empresário que emitiu o documento de cobrança e foi favorecido com o recebimento do valor descontado via cheque 850002.

33. Como as práticas delitivas apuradas na Operação Covil é assunto conhecido pela Secex-TO, para corroborar nossa inferência de que houve desfalque juntamos as páginas 1 a 12, da peça 7, do TC 016.9215/2008-7 (PC/2008 da Funasa/Suest-TO), que constitui o Relatório de Fiscalização 202685 da CGU (peça 7), onde se discorre sobre robustos indícios de irregularidades, inclusive com declaração do Empresário construtor, obtidos em ação fiscalizatória que deu apoio técnico na Operação Covil e, posteriormente, passou a servir de suporte a uma série de ações civis públicas de improbidade administrativa e ações penais deflagradas na Justiça Federal por iniciativa do MPF (peça 7, p. 9).

34. Ora, sem esquecer da maquinação engendrada pelo gestor municipal no ocaso de seu primeiro mandato, conforme relato dos itens 27 e 28, o Empresário recebeu os recursos federais por meio da compensação do cheque emitido contra a conta bancária vinculada ao convênio, sem que fizesse jus a qualquer serviço efetivamente realizado, conforme os indícios apontam, circunstância que atrai sua responsabilidade solidária, nos termos do inciso II, do § 5º, do art. 209, do Regimento Interno do TCU, eis que concorreu para o cometimento do dano apurado.

35. O alcance de Marco Antônio Oliveira Prado decorre dos elementos indiciários de que, travestido da qualificação jurídica de Empresário (CNPJ 02.862.027/0001-19, Marco A. O. Prado - Construtora Prado), figura jurídica prevista no art. 966, da Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro - CCB), e em estreita articulação com o ex-gestor municipal, emitiu documento simulando ter executado parcela das obras e serviços de esgotamento sanitário previstos no Plano de Trabalho associado ao Convênio 1145/2004 (Siafi 515591).

36. A propósito, tanto o ex-gestor municipal quanto o contratado em questão foram condenados pelo TCU no âmbito do TC 30.677/2015-7 (TCE), por meio do Acórdão 10.922/2016-TCU-2ª Câmara, após apurações acerca de irregularidades similares às que ora se vislumbra no caso em exame, relacionadas à execução do Convênio 549/2003 (Siafi 490127), também investigado na propalada Operação Covil e envolvendo a Funasa, o município de Cachoeirinha/TO, bem como obras e serviços de esgotamento sanitário. Há, pois, muita semelhança nos casos.

37. Sobre a circunstância acima convém ressaltar que, tratando-se de pessoa jurídica da espécie Empresário - nomenclatura e modelo jurídico que o novo CCB adotou em substituição à denominação de 'Empresário Individual' utilizada no CCB de 1916 -, a jurisprudência do TCU firma-se no sentido de que não há necessidade de decidir sobre questão preliminar, qual seja, a desconsideração da personalidade jurídica, fundada no artigo 50 daquele Código, podendo ser expedida a citação diretamente ao titular, pelos seguintes fundamentos:

Voto que integra o Acórdão 2737/2013-TCU-Plenário

[...] 14. Como consta da manifestação do Secretário da Serur, o empresário é pessoa física, titular da empresa, e, no caso de empresário individual não há personalidade jurídica diversa, "logo, não há que se falar em pessoa jurídica, mas, apenas, em pessoa física."

15. Nesse sentido, conforme consignado nos Acórdãos 1563/2012 - Plenário, 1870/2010 - Primeira Câmara e 615/2008 - Segunda Câmara, a empresa individual não tem personalidade diversa e separada do titular, constituindo uma única pessoa e um único patrimônio.

16. Não cabe, portanto, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para casos da espécie.

Voto que condutor do Acórdão 1563/2012-Plenário:

[...]11. Os empresários individuais respondem com seus bens particulares pelas dívidas decorrentes da atividade empresarial, integral e solidariamente, pois, segundo a doutrina e a jurisprudência, a empresa individual não tem personalidade diversa e separada de seu titular, constituindo uma única pessoa e um único patrimônio, conforme ilustram o Acórdão n. 1.870/2010-TCU-Primeira Câmara e os Acórdãos nº 446/2007 e 615/2008-TCU-Segunda Câmara.'

38. Embora a Tomada de Contas Especiais da Funasa tenha no correspondente Relatório feito alusão a fundamento normativo da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127/2008 (peça 5, p. 333, item 9), em 16/4/2015, ocasião em que tal documento foi subscrito (peça 5, p. 337), estava em vigor desde 1º/1/2012 a Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 507/2011, que revogou aquela e passou a disciplinar inteiramente o assunto.

39. Por outro lado, o convênio foi celebrado sob a égide da Instrução Normativa 1/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional (IN STN 1/1997), havendo diversos dispositivos do ajuste que fazem remissão expressa à regência do normativo mais antigo nas questões derivadas e afetas a tal instrumento convenial (peça 1, p. 47-67). Nas circunstâncias que vislumbramos nessa concatenação o caso é de enquadramento na conjugação das alíneas 'a' e 'c', do inciso II, do art. 38, da IN STN 1/1997. Em caso de futura condenação, por irregularidade das contas, seria caso de enquadramento na hipótese prevista no inciso IV, do art. 209, do Regimento Interno do TCU.

40. Outra questão que precisa ficar bem situada, desde já, relaciona-se ao prazo paradigmático estatuído no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que uniformizou a jurisprudência desta Corte de Contas convencionando prazo para aferição da hipótese de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

41. Como ficou bem esclarecido no Relatório, no voto do Relator, no Voto do Revisor e em diversas Declarações de Voto que acompanharam aquele aresto, tal prazo refere-se à pretensão de caráter sancionatório, decorrente do disposto no art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, cingindo-se às prerrogativas do TCU com tal caráter, previstas na Lei 8.443/1992, em especial aquelas discriminadas nos arts. 57 e 58 desse diploma legal.

42. Não vislumbro qualquer alteração no entendimento que versa sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de prejuízo causado ao erário, fundado no

§ 5º, do art. 37, da Carta Magna, referendado pelo Supremo Tribunal Federal (MS 26.210-9/DF), pelo Superior Tribunal de Justiça (por exemplo, REsp 991.102/MG, RMS 30.510/RJ, EDcl no REsp 1.159.147/MG, REsp 909.446/RN, REsp 894.539/PI) e pelo próprio TCU (Acórdão 2709/2008-TCU-Plenário), eis que a natureza de tais ações é indenizatória, despida de qualquer caráter punitivo.

43. Essa preleção é suscitada porque as irregularidades cometidas teriam ocorrido antes e até a data em que houve a concretização do dano (3/1/2005) na conta bancária destinada ao suporte financeiro do convênio, materializando o desvio de recursos federais (peça 1, p. 125), de maneira que na presente data tem-se um interregno que já excedeu o prazo prescricional para a aplicação de sanções pelo TCU.

44. Todavia, o débito ora presumido remanesce e, caso imputado em julgamento de mérito a ser proferido nestes autos, incorporar-se-á ao patrimônio jurídico e econômico dos responsáveis.

45. Embora as transferências financeiras da Funasa tenham ocorrido em 29/12/2004 e, considerando que restou um saldo simbólico de R\$ 0,90 que jamais foi devolvido (peça 1, p. 125 e peça 7, p. 10, subitem 2.3.2), reputamos ser medida apropriada, simplificadora e favorável aos responsáveis indiciários que lhes sejam imputada a totalidade do repasse federal efetivado (R\$ 235.711,99), adotando-se como data de referência para efeitos de atualização monetária e incidência de juros moratórios aquela na qual operou-se o crédito das disponibilidades na conta bancária, qual seja, 3/1/2005.

EXAME DA BOA-FÉ

46. Consoante §§ 2º e 3º, do art. 202, do Regimento Interno o TCU, c/c o teor da Decisão Normativa TCU 35/2000, na resposta à citação deve ser examinada a ocorrência de boa-fé nas condutas dos responsáveis e, na hipótese de que essa premissa seja verificada, desde que não haja outra irregularidade, permite-se a concessão de um novo e improrrogável prazo para o recolhimento do débito sem a incidência de juros.

47. Outro fator pertinente a considerar é que a sólida jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que a boa-fé deve ser aferida objetivamente, sendo necessária a constatação de algum ato ou fato capaz de caracterizar a conduta zelosa e diligente do responsável. Desse modo, apenas quando há nos autos evidências de atitudes concretas do responsável tendentes a atenuar ou impedir a irregularidade que lhe foi imputada, concede-se novo prazo para o recolhimento do débito (Voto que integra o Acórdão 2399/2014-TCU-Plenário).

48. Em relação ao ex-prefeito Zélio Herculano de Castro a profusão de ardis perpetrados de forma orquestrada com o concurso de agente privado revela conduta improba, somada a incúria para observar e fazer cumprir a legislação, bem como vários princípios jurídico-administrativos relevantes aos quais todos os que integram a Administração Pública estão jungidos, o que levaria à concretização do projeto ajustado no convênio, promovendo o bem comum. Tudo isso foi relegado e recursos públicos foram desviados. Não há, pois, como inferir boa-fé ante tais posturas.

49. Tendo Marco Antônio Oliveira Prado optado pela revelia inviabiliza assim a análise do aspecto supra assumindo, portanto, as consequências disso, tendo em vista que somente existindo resposta à citação é possível analisar a ocorrência de boa-fé (Acórdão 2465/2014-TCU-Plenário).

50. Nestas bases, rejeitadas as alegações de defesa e não se podendo reconhecer a boa-fé por parte de qualquer dos implicados nestes autos o TCU pode, desde logo, proferir o julgamento de mérito pela irregularidade das contas, nos termos do §6º, do art. 202, do Regimento Interno desta Corte de Contas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

51. Sem olvidar da necessidade de prévio trânsito pelo Ministério Público junto ao TCU (art. 62, inciso III, do Regimento Interno) e, considerando os documentos, fatos e razões consignados precedentemente, propomos a adoção das seguintes deliberações processuais:

51.1. rejeitar integralmente as alegações de defesa interpostas em nome de Zélio Herculano de Castro (CPF 038.945.501-63);

51.2. com fundamento no § 3º, do art. 12, da Lei n. 8.443/92, c/c o § 8º, do art. 202, do Regimento Interno do TCU, considerar revel Marco Antônio Oliveira Prado (CPF 160.142.946-00), sem que tal circunstância obste o prosseguimento do processo;

51.3 com fundamento no art. 1º, inciso I e § 1º, art. 10, § 2º, art. 16, inciso III, alínea 'd' e § 2º, alíneas 'a' e 'b', e art. 19, caput, parte inicial, todos da Lei 8.443/1992, c/c o art. 1º, inciso I e § 1º, art. 201, § 2º, art. 202, §§ 2º e 6º, art. 209, inciso IV, § 5º, incisos I e II, e § 6º, inciso II e, ainda, o art. 210, parte inicial do caput, todos do Regimento Interno do TCU, julgar irregulares as contas de Zélio Herculano de Castro (CPF 038.945.501-63), relativamente ao Convênio 1145/2004 (Siafi 515591), firmado entre a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e o município de Cachoeirinha/TO, condenando-o solidariamente com Marco Antônio Oliveira Prado (CPF 160.142.946-00) ao pagamento em favor da Fundação Nacional de Saúde (Funasa) da importância abaixo discriminada, a qual deve ser atualizada monetariamente e incidir juros de mora, calculados a partir da data indicada até a do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor:

Data	Valor (*)
3/1/2005	R\$ 235.711,99

(*) Valor atualizado monetariamente e com incidência de juros calculados até 19/1/2018: R\$ 922.213,05 (peça 36)

51.4 com espeque no art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU, fixar para ambos os responsáveis discriminados nos subitens precedentes o prazo de quinze dias, contados do recebimento das respectivas notificações, para que comprovem perante este Tribunal o recolhimento do débito imputado;

51.5 com amparo no art. 217, caput, do Regimento Interno do TCU, autorizar desde logo o parcelamento da importância devida, em até trinta e seis vezes, fixando o vencimento da primeira em quinze dias após o recebimento das respectivas notificações, caso isso seja solicitado por quaisquer dos responsáveis solidários;

51.6 com amparo no art. 219, inciso II, do Regimento Interno do TCU, autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não comprovado o recolhimento da dívida em favor da entidade federal credora ou não seja formalizado pedido de parcelamento pelos devedores;

51.7 com fundamento no 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, encaminhar cópia da deliberação que vier a ser adotada à Procuradoria da República no Estado do Tocantins.”

3. Enfim, por intermédio do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, o MPTCU manifestou a sua concordância em relação ao referido parecer da unidade técnica, sem prejuízo de, adicionalmente, sugerir a inabilitação temporária dos responsáveis para o exercício de função pública no âmbito da administração federal, consignando, para tanto, o seu parecer à Peça 40, nos seguintes termos:

“Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) em desfavor do Sr. Zélio Herculano de Castro, ex-prefeito de Cachoeirinha/TO, em razão da inexecução total do objeto do Convênio nº 1.145/2004, cuja finalidade era a implantação de sistema de esgotamento sanitário na sede daquele Município.

2. Para a consecução dos objetivos pactuados, foram previstos R\$ 448.898,65, dos quais R\$ 435.431,69 seriam transferidos pela União. Os repasses, entretanto, foram paralisados logo após a primeira parcela, de R\$ 235.711,99, creditada na conta específica do convênio em 03/01/2005.

3. O dano discutido nesta TCE advém da constatação de que todo o valor repassado ao Município foi desviado. Os recursos transferidos foram integralmente utilizados no dia em que se tornaram disponíveis ao gestor, mediante o pagamento de fatura apresentada pela empresa Construtora Prado (peça 1, p. 127-129). Segundo a prestação de contas parcial elaborada pelo ex-prefeito (peça 1, p. 113-129), datada de 31/12/2004, toda a primeira parcela das obras teria sido executada nos três dias que transcorreram desde a emissão da ordem bancária da Funasa (29/12/2004) e o último dia do mandato do Sr. Zélio Herculano de Castro como prefeito de

Cachoerinha/TO. Entretanto, ao vistoriar o local das obras em 26/05/2005, a concedente constatou que nenhum serviço havia sido sequer iniciado (peça 1, p. 143-149).

4. Ao recepcionar o feito no TCU, a Secex/TO arrolou como responsável solidário pelo dano o Sr. Marco Antônio Oliveira Prado, empresário individual titular da pessoa jurídica Marco A. O. Prado, denominada Construtora Prado. Sua responsabilidade está fundamentada na nota fiscal emitida, em que declarou fraudulentamente a execução da primeira parcela das obras, e no recebimento do pagamento por serviços não executados.

5. Ambos os responsáveis foram regularmente citados (peças 16, 17, 25 e 28), porém somente o ex-mandatário municipal submeteu alegações de defesa (peça 34), mantendo-se revel o empresário. Por se tratar de empresa individual, em que o patrimônio da pessoa jurídica se confunde com o do seu titular, a citação do empresário pôde ser feita em seu nome, sendo desnecessário recorrer à desconsideração da personalidade jurídica. Tal medida se mostra em consonância com a jurisprudência desta Corte (Acórdãos n^{os} 10922/2016-2^a Câmara, Rel. Min. André Luís de Carvalho; 4784/2014-1^a Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler; 2737/2013-Plenário, Rel. Min. José Jorge; 1563/2012-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer).

6. O exame das alegações de defesa resultou na refutação dos argumentos do responsável pela unidade técnica (peça 37). A Secex/TO observou, ainda, que a pretensão punitiva do TCU se encontra prescrita, dado que a citação somente foi autorizada depois de transcorridos mais de dez anos desde a data dos fatos. Dessa forma, o encaminhamento proposto envolve julgar irregulares as contas do ex-prefeito e condená-lo em solidariedade com o empresário ao recolhimento do débito equivalente à integralidade da parcela repassada ao Município.

7. Considerando adequadas as análises efetuadas pela unidade técnica, alinho-me ao encaminhamento alvitrado. Adicionalmente, verificando-se a alta reprovabilidade da conduta dos responsáveis, que abrangeu a apresentação de documentos com informações inverídicas no intuito de encobrir o desvio dos recursos, declarando a conclusão de serviços que sequer tinham sido iniciados, sugiro que o Tribunal avalie a gravidade da infração cometida e a possibilidade de inabilitar os responsáveis para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal.

8. Ante o exposto, este representante do Ministério Público de Contas manifesta concordância com as propostas da Secex/TO (peça 37), no sentido de julgar irregulares as contas do Sr. Zélio Herculano de Castro e de condená-lo em solidariedade com o Sr. Marco Antônio Oliveira Prado ao recolhimento do débito indicado, sugerindo acrescentar deliberação de considerar graves as infrações cometidas e inabilitar ambos os responsáveis para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, nos termos do art. 60 da Lei n^o 8.443/92.”

É o Relatório.