VOTO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela responsável Débora Lopes de Araújo Bezerra de Menezes em face do Acórdão 2.099/2015 – Plenário, por meio do qual suas contas foram julgadas irregulares, com imputação de débito solidário e aplicada multas, além da penalidade de inabilitação, dentre outras providências.

2. Preliminarmente, consigno que os embargos devem ser conhecidos por este Tribunal, nos termos do art. 34, § 1º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do RI/TCU, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade ali previstos.

3. Quanto ao mérito, não assiste razão à embargante, que aponta, basicamente, omissão no julgado quanto ao exame da preliminar de ilegitimidade passiva em face de princípio de segregação de funções aduzida em alegações de defesa, bem como suposta premissa equivocada deste Relator, ao conduzir o julgado em divergência aos pareceres do titular da unidade técnica e do representante do Ministério Público/TCU. Tal premissa, aludida pela embargante, conduziu o feito à condenação em débito solidário de todos os responsáveis, indistintamente, em vez de simples aplicação de multa a membros da comissão de licitação.

4. Relativamente à suposta omissão, resta claro que não existiu. A instrução técnica conduzida pela secretaria cuidou de transcrever tais alegações preliminares, as quais constaram do relatório da deliberação embargada, conforme a seguir:

> "198. Preliminarmente, a responsável informou que, na qualidade de Secretária da Comissão de Licitação, não procedeu a análise das citadas propostas nem proferiu qualquer voto quanto à sua aceitabilidade, ou não, posto que, no exercício das funções de secretariar os trabalhos da Comissão, sempre lhe coube, como de direito, as seguintes tarefas: lavrar atas das reuniões da Comissão, rubricar os documentos de habilitação e os relativos às propostas; preparar, sob a orientação do Presidente da Comissão, correspondência a ser expedida, avisos e atos a serem publicados; controlar e certificar nos autos do processo licitatório os prazos; atender às determinações do Presidente da Comissão; e, em último caso, havendo necessidade, substituir o Presidente da Comissão em suas ausências ou impedimentos, ou quando assim determinado pela autoridade superior.
>
> 199. Reclamou que embora tenha sido individualizada a conduta de todos os agentes que participaram da execução do Contrato de Repasse em tela, no caso da Comissão de Licitação foram atribuídas a todos os seus integrantes condutas idênticas e a mesma penalidade.
>
> 200. Defende que a denominada 'denúncia genérica', que não individualiza a conduta de cada um dos acusados quando se trata de autoria coletiva (ou de crime societário), deve ser definitivamente abolida do nosso sistema jurídico.
>
> (...)
>
> 209. Solicita que seja acatada a Preliminar de ilegitimidade passiva sustentada, no entanto, se resolver adentrar no universo meritório, se pronuncie pela exclusão de sua responsabilidade, especialmente quando ao débito que lhe foi imputado, tendo em vista que os procedimentos levados a efeito pela Comissão de Licitação atenderam ao regramento legal atinente."

5. Na análise que fez, e que não foi acolhida por este Relator, concluiu a unidade técnica por acolher as alegações de defesa dos membros da comissão de licitação. Tal se deu já no mérito, vindo este Relator a divergir da análise.

6. Ao consignar tal divergência e os argumentos dos responsáveis, este Relator considerou que o contexto apresentado nos autos foi efetivamente de fraude com montagem do procedimento licitatório, razão pela qual, em relação à preliminar suscitada, as condutas de cada participante da fraude contribuíram, todas elas, para propiciar a concretização do dano. É irrelevante, portanto, se o membro da comissão de licitação participou de etapas posteriores ao da licitação para fins de sua

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

responsabilização pelo dano, na medida em que emprestou seu nome e sua função de secretariar a comissão licitatória em procedimento que efetivamente inexistiu, haja vista a contratação de empresa que atuou meramente de fachada, eis que materialmente inexistente. Lavrar atas das reuniões da comissão, rubricar os documentos de habilitação e os relativos às propostas; preparar, sob a orientação do Presidente da Comissão, correspondência a ser expedida, avisos e atos a serem publicados; controlar e certificar nos autos do processo licitatório os prazos, tudo dentro de suas funções de secretária da comissão, contribuíram para o dano, na medida em que não se pode reputar como válido o procedimento licitatório que resultaria na contratação de uma empresa de fachada. Logo, a participação conjunta dos membros, ainda que em segregadas funções, somente pode ter sido empreendida como meio de dissimular a contratação, propiciando dar ao processo aparente legalidade.

7. A fraude, como desenhada, precisou contar com a participação de todos os envolvidos, seguindo os trâmites e os princípios, inclusive, da segregação das funções, tendo cada um papel próprio na fraude, para fins de conferir ares de legalidade e ludibriar os controles sobre as verbas federais, de modo que cada um, a seu tempo, contribuiu para o desvio dos recursos públicos transferidos.

8. Toda a fundamentação do acórdão foi nesse sentido, conforme transcrição que faço a seguir:

> "5. Relativamente aos achados que deram ensejo a esta tomada de contas especial, foram eles descritos no item 3.2.1 do Relatório de Auditoria, no qual se imputou ter havido fraude e conluio na Tomada de Preços 10.003/2008-TP, vencida pela empresa Goiana Construção e Prestação de Serviços Ltda., para consecução do objeto do contrato de repasse. Além de restrição ao caráter competitivo da licitação, direcionamento e possível combinação de propostas entre os licitantes, o certame teria resultado na contratação de empresa sem capacidade operacional para executar efetivamente a obra, situação que implicaria na ausência de nexo causal entre os recursos repassados e a consecução do seu objeto e, por conseguinte, na não comprovação da regular aplicação dos recursos. De forma sintética, as irregularidades apontadas foram as seguintes:
>
> 5.1 – cláusulas restritivas encontradas no edital: exigência simultânea de capital social mínimo e garantia de proposta; exigência de realização de visita técnica por responsável detentor do acervo técnico da empresa, resultando na inabilitação de um dos três licitantes;
>
> 5.2 – coincidência total em todos os itens das propostas de preços (planilhas) das duas licitantes remanescentes (APBJ Construções Indústria e Comércio de Mão de Obra Ltda. e Goiana Construção e Prestação de Serviços Ltda.), com exceção de apenas um item, o de nº 20 e seus respectivos subitens;
>
> 5.3 – a empresa Goiana Construção não possuía empregados, segundo a Rais, no ano de 2008, em que realizada a licitação, ao passo que a outra concorrente, APBJ, só possuía 3 empregados;
>
> 5.4 – houve contratação de empresa sem capacidade operacional para executar a obra: a empresa vencedora da licitação, Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., não possuía estrutura operacional para executar a obra, pois, segundo pesquisa realizada à Rais, em 2008, ano da licitação e no qual foi iniciada a execução da obra a empresa não tinha nenhum empregado. Já no exercício de 2009, possuía somente 40 (quarenta) funcionários, conforme demonstram os relatórios de pesquisa à Rais juntados ao processo. Em 2009, ano em também houve serviços relativos ao Convênio medidos e pagos, a empresa Goiana também não tinha capacidade operacional para executar a obra, pois, em que pese tivesse 40 (quarenta) empregados, sagrou-se vencedora em inúmeras licitações em diversos municípios do Estado do Ceará, o que se faz inferir que não possuía estrutura de pessoal operacional para executar a obra oriunda da Tomada de Preços 10.003/2008-TP, conforme comprovam os demonstrativos extraídos do sítio do Tribunal de Contras dos Municípios;
>
> 5.5 – cláusula editalícia continha previsão de multa em caso de subcontratação da obra sem autorização prévia da prefeitura, e não consta que tal tivesse autorizado a subcontratação;
>
> 5.6 - inexistência da empresa nos endereços indicados: segundo dados do CNPJ da empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., o endereço da sede da empresa é Av. Eusébio de Queiroz, 2850, sala 04, Centro, Eusébio -CE. Contudo, em visita realizada por auditores do TCU, em 25/10/2011, naquele endereço consta apenas uma sala com a placa Almoxarifado Goiana, tendo os vizinhos informado que não há movimentação constante no local, pois raramente alguém aparece por lá. Apurou-se que nas notas fiscais

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

emitidas pela empresa para a obra, todas dos anos de 2008 ou 2009, anexadas aos autos, consta como endereço Avenida D. Luís, 500, Sala 918, Aldeota, Fortaleza/CE. No entanto, em visita realizada ao endereço por auditores do TCU, em 5/11/2011, foi verificado que não há identificação da empresa Goiana na porta da sala 918, embora o nome da sociedade aparecesse na relação constante no rol dos elevadores como se funcionasse na referida sala. Segundo a atendente do setor de informações do shopping em que fica o endereço, a empresa Goiana estaria funcionando provisoriamente na sala 1419 que, segundo a relação constante no rol dos elevadores, seria da empresa Cateto Construções Ltda. Não havia placa de identificação das empresas nas salas 918 e 1419, conforme demonstra o Relatório Fotográfico juntado aos autos. As empresas Goiana e Cateto têm interesses coincidentes, pois possuem um sócio em comum, o Sr. Miguel Ângelo Pinto Martins (CPF 478.715.123-15), e o contador Lucivaldo Sampaio do Nascimento (CPF 390.392.003-78), além de estarem sendo investigadas pela Polícia Federal, por meio da denominada Operação Gárgula, que busca apurar fraudes e conluios em licitações com recursos públicos, inclusive federais em diversos municípios cearenses, tendo a documentação relativa ao Contrato de Repasse sido apreendida por meio do Auto Circunstanciado de Busca e Apreensão, datado de 29/4/2010.

6. Esse conjunto de irregularidades motivou a citação solidária dos agentes públicos responsáveis, Srs. Roberto Soares Pessoa, Prefeito Municipal e Carlos Eduardo Bandeira de Mello, Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano, Marcos Barboza da Silva, engenheiro da prefeitura responsável pelo atesto das medições, Edson Pereira de Sousa, Presidente da Comissão de Licitação, Egídio Cordeiro de Abreu Filho, membro da Comissão de Licitação, e Débora Lopes de Araújo de Menezes, Secretária da Comissão de Licitação. Também as empresas privadas e seus sócios foram citados em solidariedade, após a desconsideração da personalidade jurídica determinada no acórdão, sendo eles: a A.P.B.J. Construções e seus sócios Francisco de Assis Pinto Bilhar Júnior e Francisco Eduardo Nascimento dos Santos; Goiana Construções e Prestações de Serviços e os sócios José Milton Lucio do Nascimento, Miguel Ângelo Pinto Martins e Suarez Leite Machado.

7. O contexto verificado na auditoria, e que conduziu à citação de todos os envolvidos, referiu-se exatamente à prática de fraude, mediante a preordenação de atos desde a licitação até a contratação das obras junto a uma empresa sem capacidade operacional para a execução do objeto, ou seja, uma empresa de fachada.

8. Em resposta às citações, compareceram apenas os agentes públicos, tornando-se revéis as empresas arroladas e seus respectivos sócios. Como visto no relatório precedente, em instrução de peça 67 as alegações de defesa receberam o acolhimento e, com os ajustes do titular da unidade técnica, a Secex/CE propôs julgar regulares com ressalva as contas de um responsável (presidente da comissão de licitação) e regulares as contas dos demais, proposta essa que recebeu como reforço o aval da representante do Ministério Público.

9. Ocorre que, ao ter presente os autos em meu Gabinete, entendi insuficientes os elementos em que se fundaram as propostas alvitradas e determinei a restituição do processo à secretaria para que complementasse com documentos obtidos junto à CGU, Polícia Federal, Ministério Público Federal e Justiça Federal, uma vez que não haviam sido até então utilizados nestes autos, apesar do compartilhamento do sigilo já autorizado pelo juiz federal. Embora transcrito no relatório precedente o teor do despacho que proferi, entendo pertinente a transcrição a seguir do seguinte trecho que embasou minha decisão:

‘(...)

6. Em que pese os posicionamentos uniformes da unidade técnica e do Ministério Público no sentido do afastamento do débito, entendo que os elementos presentes nos autos não autorizam o proferimento, desde logo, do julgamento de mérito destas contas, especialmente no sentido ora proposto pelos pareceres. Com as devidas vênias em relação a esses últimos posicionamentos, entendo haver necessidade de maior aprofundamento nos exames, bem assim, necessidade de se proceder à adoção de medidas saneadoras, antes de conduzir este feito à deliberação de mérito pelo Tribunal.

7. Diversas foram as fiscalizações realizadas nos municípios cearenses, e que envolveram, além das equipes deste Tribunal, órgãos como a CGU, a Polícia Federal, o Ministério Público, e a Justiça Federal, situação que enseja o compartilhamento das informações entre os órgãos, haja vista as suspeitas de fraude na aplicação dos recursos.

8. No ‘Relatório de Demandas Especiais 00206.001088/2009-17 Operação Gárgula’ a que a equipe de auditoria teve acesso (mas que não se encontra juntado a este processo, em que pese juntado a outras TCEs), a equipe da CGU anotou o seguinte:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

'A análise das licitações realizadas pelas prefeituras, tomadas em conjunto, comparada com os elementos colhidos da busca e apreensão de documentos em residências e em empresas permitiu identificar irregularidades na execução dos convênios, contratos de repasses e das transferências fundo a fundo e, o mais significativo, apontou para a existência de um esquema orquestrado para fraudar licitações e desviar os recursos transferidos às prefeituras, envolvendo possivelmente gestores e servidores das prefeituras, inúmeras empresas e seus sócios ou prepostos, que de maneira possivelmente articulada agiram de forma a culminar no direcionamento das licitações com importante participação de empresas fictícias – 'empresas de fachada' - inexistentes ou desprovidas de estrutura operacional, de empresas associadas e conectadas entre si e, eventualmente, com utilização de documentos fraudulentos.

Se a análise da farta documentação apreendida nas prefeituras, em residências e em empresas tivesse sido realizada de forma independente e desconexa é provável que muitas irregularidades não tivessem sido observadas. A existência de um esquema articulado abarcando um conjunto expressivo de entes públicos e privados, de pessoas físicas e jurídicas - teria passado despercebida. Assim, o exame de forma consolidada da documentação apreendida permitiu que se tivesse uma visão global das irregularidades encontradas e de como elas se relacionavam entre si, uma vez que muitas ocorrências só mostram seu caráter ilícito, e sua verdadeira dimensão, quando vistas em conjunto.

Assim, observamos que, à primeira vista, **muitas licitações eram conduzidas sob a proteção de uma aparente legalidade**. Contudo, em muitas situações a falta de competitividade restou demonstrada pela **presença nos certames quase sempre das mesmas empresas** que, possivelmente, mediante ação coletiva e pré-ordenada, obtinham a adjudicação dos objetos dos certames.' (destaquei)

9. Logo, o esquema revelado pelas investigações dava conta de procedimento elaborado com vistas a conferir ares de legalidade, muitas vezes não detectável pelos meios usuais de controle, baseados, por vezes, na documentação formal exigida em prestação de contas. Foi assim que as equipes de fiscalização da Secex/CE passaram a selecionar os municípios objeto de auditoria, efetuando-se, na fase de planejamento, a identificação do pool de empresas que sistematicamente participavam dos certames, ou neles agiam apenas de forma figurativa, para conferir aparência de legalidade e competitividade. Entretanto, limitações foram encontradas na auditoria, dentre as quais a busca e apreensão de documentos já efetuada pela polícia e o decurso de tempo desde a conclusão das obras, nem sempre sendo possível aferir quem foi o real executor.

10.Foi em razão das limitações usuais aos trabalhos de auditoria, e de forma a constituir amplo conjunto probatório, que essa Secex/CE alvitrou a este Relator que requeresse junto à Justiça Federal o compartilhamento do sigilo quanto às investigações, tendo se efetivado em autos específicos com o deferimento do magistrado encarregado. Como tais informações, que poderiam ser compartilhadas, não foram requeridas no curso da auditoria que deu origem a esta tomada de contas especial, propus, e o Tribunal acolheu, por meio do subitem 9.7.2 [9.7.6] do Acórdão 606/2012 – Plenário – que deu origem a este processo – determinação à Secex/CE no sentido de que, na medida do possível, considerando o compartilhamento de informações já autorizado pela Justiça Federal, colhesse junto às autoridades encarregadas da investigação policial, ou junto ao Ministério Público Federal ou à própria Justiça, outros elementos de prova capazes de reforçar os indícios de execução fraudulenta dos convênios e dos contratos de repasse, caso se revelassem necessários ao exame de mérito dos processos de tomada de contas especial.

13.Embora a meu ver existam fortes evidências de que as obras não foram executadas pela empresa contratada, haja vista a ausência de empregados registrados, bem assim, considerando a farta jurisprudência no sentido de que o ônus da prova da regular aplicação dos recursos, em Direito Financeiro, compete ao gestor, penso que se faz necessária a busca de mais elementos junto aos órgãos envolvidos nas operações desencadeadas, com vistas a que se possa identificar a extensão da fraude e se ela envolveu, no contrato de repasse em questão, todas, algumas ou nenhuma das empresas participantes.

14.De se ressaltar, ainda, alguns trechos (apenas alguns) do já referido Relatório de Demandas Especiais da CGU, que demonstram haver necessidade de aprofundamento dos exames realizados pela Secex/CE:

'O exame de extensa documentação apreendida nas empresas, especialmente ETAP, CEDISC, E&M, GMP, GOIANA e CATETO, permitiu colher provas inequívocas quanto a existência de um esquema de corrupção ora apontado voltado a burlar diversos certames em favor das empresas de um 'mesmo grupo'. Restou demonstrado que aquelas firmas constituíam um *pool* de empresas em conluio utilizadas para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

direcionar os certames sem disputas, configurando uma espécie de 'competição caseira' cuja ação de comando, tudo indica, se situava nas empresas dos irmãos Marcos Antônio e Francisco Ésio, como pode ser observado detalhadamente na Tabela 12 adiante.' (p. 84 daquele relatório)

'Na empresa **CEDISC** também foram encontrados diversos carimbos de empresas, entre elas CATETO, COUSINOS, CUBO, DARUMA, DIEGO Construções, E&M, ETAP, ÊXITO, GMP, GOIANA, J&A, MAVEL VEÍCULOS e V3 Construções, carimbo de MIGUEL ÂNGELO PINTO MARTINS, carimbos de diversas prefeituras cearenses e das comissões de licitações e de numeração de processos. Foram encontradas folhas em branco mas impresso no cabeçalho e/ou rodapé logotipo de várias empresas, dentre elas CUBO, ÉTICA, J&A, GOIANA, EXATA e GMP. Também foram descobertas diversas propostas de preços para participação em licitações, algumas acompanhadas dos contratos sociais e certidões de regularidade fiscal de muitas empresas das quais destacamos CATETO, CUBO, GOIANA. GMP, ETAP, MAVEL, ÉTICA. Também estavam em poder da CEDISC demonstrativos contábeis das empresas CATETO, CUBO, GOIANA e GMP, notas fiscais da empresa GOIANA, diversas folhas de selos de autenticação de cartório e folhas contendo carimbos e assinaturas de funcionários do cartório.' (p. 84 daquele relatório).

'Na **GOIANA** foram encontrados diversos blocos de notas fiscais de empresas, das quais destacamos CATETO, CUBO, GMP, J&A e MAVEL. Também foram encontrados documentos de habilitação para participar em licitações das empresas CATETO e J&A e muitos cheques em branco das empresas CATETO e MAVEL. Os canhotos dos cheques emitidos dos talões demonstram um grande número de cheques em favor da ETAP. Foram encontrados cheques emitidos em favor de Marcônio, Reginaldo, Humberto, Miguel e alguém identificado como M.A. (provavelmente Miguel Ângelo). Em poder da GOIANA também foram apreendidos diversos extratos de contas bancárias de algumas empresas, entre elas CATETO, CUBO, GMP, J&A e MAVEL.' (p. 85 daquele relatório)

'12. **Nas investigações foram observadas como empresas fantasmas que participam de licitações a serviço da ETAP as empresas GOIANA**, CATETO, MARVEL, GMP, VIA, CUBO, J&A, CARTESIANA, INSTITUTO PRAXIS e CEDISC, com diversos sócios, mas ligadas ao empregado da ETAP MIGUEL ÂNGELO PINTO MARTINS, procurador bancário, que recebe ordens diretamente de ÉSIO, bem como ao empreiteiro de nome ANTÔNIO MARCÔNIO PEREIRA RIBEIRO que se encarregava da execução de algumas obras que deveriam ser feitas pelas referidas empresas.' (p. 101, do relatório da CGU) (grifo meu)

'Conforme representação da Polícia Federal pelas prisões temporárias no Ceará (Operação Gárgula), de 13/11/2009, as empresas Cateto e Goiana estão na lista de empresas fantasmas que participam de licitações a serviço da ETAP, não possuindo funcionários registrados em seu nome, ou detendo os mesmos funcionários registrados em nome umas das outras, bem como mesmo endereço, também não tendo maquinário ou situação financeira compatível com o capital social declarado, nem recolhendo o imposto sobre serviço ou contribuições previdenciárias de empregados.' (p. 352 do relatório da CGU).

15.Dessarte, restituo os presentes autos à Secex/CE **determinando**, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992, que se dê efetivo cumprimento à determinação constante do item 9.7.2 [9.7.6] do Acórdão 606/2012 - Plenário, de forma a tentar obter elementos ali descritos junto às autoridades que deles dispõe (CGU, Polícia Federal, Ministério Público e Justiça Federal), no que tange ao Contrato de Repasse, à tomada de preços realizada para a seleção da empresa encarregada das obras, e ao contrato dela decorrente, incluindo eventuais depoimentos e escutas autorizadas pela Justiça, que possam elucidar a extensão da fraude e a efetiva realização da obra pela construtora, apontada como empresa fantasma pela CGU e pela equipe de auditoria dessa Secex/CE.

16.Assim, penso que de posse de novos elementos será necessário o aprofundamento dos exames aqui realizados, e, se for o caso, a realização de novo contraditório sobre os documentos e sobre os indícios e provas porventura coletadas. Determino, ainda, que se faça juntada a este processo do Relatório de Demandas Especiais da CGU, dele se extraindo outras evidências porventura capazes de robustecer as irregularidades constatadas, procedendo-se a nova citação dos responsáveis, para fins de garanti-lhes o contraditório e a ampla defesa sobre as imputações que lhes são feitas. Referido relatório consta de outras TCEs dessa Secex/CE, a exemplo dos TCs 012.604/2012-7 (peça 26), 012.312/2012-6 (peça 14) e 012.307/2012-2 (peça 55).'

10.Após o cumprimento das medidas determinadas, incluindo a anexação a estes autos de cópias dos inquéritos policiais pertinentes, da ação penal em curso e do já aludido Relatório de Demandas Especiais

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

– Operação Gárgula, elaborado pela CGU, a Secex/CE novamente instruiu o feito trazendo propostas de julgamento pela regularidade destas contas e quitação plena, no que foi acompanhada pela representante do Ministério Público/TCU.

11.Por relevante, e por entender equivocadas as conclusões e propostas da instrução em face das provas já coletadas anteriormente pela equipe de auditoria da própria Secex/CE, e com o contexto apuratório observado junto aos processos judiciais e inquéritos policiais, transcrevo o seguinte trecho dessa derradeira instrução:

"(...)

51. Sobre a empresa A.P.B.J Construções Ind.Com. e Serv. de Mão de Obra Ltda. (CNPJ 07.405.573/0001-44) cumpre informar que consta do IPL 1408-2011, Apenso I (peça 98, p.89) informação de que a referida empresa teria recebido valor para não participar competitivamente da Concorrência Pública 08.002/2007, que tinha por objeto a contratação de empresa de engenharia para execução dos serviços de ampliação e urbanização no Município de Maracanaú-CE.

II - Das informações sobre a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda., contratada para a execução da obra objeto do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628).

52. Com relação à empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. (CNPJ 07.192.755/0001-84), contratada pela Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE para execução da pavimentação em pedra tosca das ruas 04, 08, 09, 11, 12, 14, 15, 17 e 18, no trecho compreendido entre as Avenidas Lateral Sul e Oeste, no Bairro Sátiro, Município de Maracanaú,/CE, com recursos oriundos do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi nº 602628), verificou-se nas informações colhidas junto a Justiça Federal (11ª Vara Federal), na Denúncia 14279/2014 apresentada pelo MPF à Justiça Federal, que a mesma fazia parte de um grupo de empresas de fachada (Comercial Via, Cartesiana, Goiana, Via Construções, GMP, MSB, Mavel, Cateto, Conecta, J&A Construções e RC Construções) controladas pelo Senhor Miguel Ângelo Pinto Martins, que agiam de forma organizada, capitaneada pela empresa ETAP – Escritório Técnico de Assessoria e Planejamento Ltda., participando, que de forma organizada fraudavam licitações em vários municípios cearenses.

53. Verificou-se ainda, conforme consta da Denúncia 14279-2014, do Ministério Público Federal (peça 89, p.17) trecho transcrito abaixo, que as obras que deveriam ser executadas pelas empresas mencionadas acima, participantes do grupo controlado pelo Sr. Miguel Ângelo, eram na verdade executadas por empreiteiros como Antônio Marcônio Pereira Ribeiro, ou Manoel Humberto D'Alencar Júnior.

uma vez vencida a licitação por alguma das empresas controladas pelo grupo de Miguel Ângelo, normalmente com preços superfaturados, a obra, que em tese deveria ser executada pela vencedora, é realizada, na verdade, por pedreiros ou cooperativas dos municípios envolvidos, os quais são capitaneados por empreiteiros como Antônio Marcônio Pereira Ribeiro, ou por Manoel Humberto D'alencar Júnior, sempre com custos inferiores àqueles que constaram no processo licitatório, resultando no desvio de verbas e a consequente apropriação dos recursos por parte dos integrantes da organização criminosa, através de rateio.

54. A informação acima reforça os indícios apontados pela equipe de auditoria, de que a obra de pavimentação objeto do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628) não teria sido construída pela empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda.

55. Já no volume 11, fls. 3106/3107 do IPL 1005-2008 consta o Termo de Reinquirição do Sr. Antonio Marcônio Pereira Ribeiro, de 19/4/2012 (peça 84). Quando questionado qual o percentual do valor contratado pelas prefeituras municipais com as empresas do grupo (Cateto, Goiana, etc.) era destinado para a efetiva execução da obra, o Senhor Marcônio Pereira respondeu que o percentual girava em torno de setenta a oitenta por cento.

56. Também no volume 11 do IPL 1005-2008, pg 3109-3110 (peça 85), consta o Termo de Declarações do Sr. João Paulo Ursulino, informando que trabalhou na empresa Goiânia Construções, na função de contínuo e que, de vez em quando aparecia no escritório da Goiânia um engenheiro de nome Humberto, e um indivíduo de nome Marcônio, que provavelmente executavam as obras da Goiânia.

57. Pelas provas existentes nos autos restou demonstrado (peça 85) que o Senhor João Paulo Ursulino também era sócio-laranja do acusado Miguel Ângelo na empresa Cateto, recebendo salário de R$ 770,00 mensais, tendo confessado que realizou saques em dinheiro nas contas do esquema de Miguel Angelo e dos acusados Marcos Caracas e Francisco Ésio.

58. Ainda na Ação Penal n. 0002811-13.2014.4.05.8100 (peça 89, p. 48) consta que as ações da Organização criminosa iniciaram no ano de 2004 e perduraram até o ano de 2009 e início de 2010; que os

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

recursos eram depositados, inicialmente, na conta corrente da empresa que havia, supostamente, ganhado a licitação e realizado o objeto do contrato. Posteriormente, esses valores eram transferidos entre contas de outras empresas pertencentes à Organização visando à dissimulação da origem desses valores. Finalmente esses valores eram sacados na boca do caixa, em vários bancos, que abrigavam as contas das empresas de fachada, visando à definitiva ocultação da origem e localização desses recursos ilícitos.

59. Verificou-se nas informações constantes do depoimento da Senhora Fabiana da Costa Lopes, IPL 1005-2008, pg. 3239-3241 (peça 86), que trabalhou para o Sr. Miguel Ângelo entre 3/2008 e 12/2009 e que já figurou como sócia da empresa Cateto, que a empresa Goiana recebia ordens da ETAP relacionadas à emissão de notas fiscais de obras públicas nos municípios de Maracanaú, Aquiraz, Eusébio e Guaramiranga. Informe-se que a referida Senhora já figurou como sócia da empresa Cateto.

60. A ETAP - Escritório Técnico de Assessoria e Planejamento Ltda., cujos dirigentes estavam no comando do esquema de fraudes nas licitações, tinha como sócios os Senhores Marcos Caracas e seu irmão Francisco Ésio de Souza Júnior, também Diretor Financeiro da referida empresa.

61. Com relação ao Sr. Francisco Ésio de Sousa Júnior, cabe informar que o mesmo é genro do Sr. Roberto Pessoa, Ex-Prefeito de Maracanaú/CE, pois, apesar de ser legalmente divorciado da Sra. Fernanda Eneida Pessoa Caracas de Souza (filha do ex-prefeito), retomaram informalmente seu casamento passados apenas 6 ou 7 meses do divórcio, conforme informação fornecida à Polícia Federal constante do Auto de Qualificação e Interrogatório, IPL 1005-2008, volume III, p. 650-659 (peça 87).

62. Quanto à capacidade operacional da empresa contratada, consta em outro trecho da Ação Penal (peça 91, p. 197), que tanto a empresa Goiana quanto a empresa Cateto não possuem estrutura mínima para executar obras relativas às licitações sabidamente fraudulentas.

63. Um dos acusados na Ação Penal, Sr. Ricardo César Silva Castro, responsável pela empresa RC Instalações (CNPJ 00751209/0001-97), em seu depoimento de 14/12/2009, conforme Termo de Declarações à Polícia Federal constante do Volume 5 do IPL 1005-2008, p. 1210-1212 (peça 88), informou que foi subempreiteiro de Miguel Ângelo, ficando responsável por uma obra da empresa Goiana, em Maracanaú/CE, no exercício de 2009; que nunca participou de procedimentos licitatórios porque não possuía capital e nem documentação legal; que o declarante conta com a média de catorze funcionários; que, em meados de maio do ano de 2009, aceitou que seus funcionários tivessem suas carteiras de trabalho assinadas pela empresa Goiana a fim de que pudessem iniciar as obras no município de Maracanaú/CE, ficando Miguel Ângelo e Humberto com o recolhimento de encargos sociais; que as obras subempreitadas pelo declarante eram obras com recursos federais fiscalizadas pela CEF; que era pago através de TEDs para pessoa física em seu nome junto ao Banco Itaú, nunca tendo recebido dinheiro vivo de Miguel Ângelo ou de Humberto Júnior ou de qualquer outra pessoa ligada a essas empresas.

64. Essa obra a que se referia o Sr. Ricardo César Silva Castro pode ser a obra objeto do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628), pois a mesma envolve recursos federais e foi fiscalizada pela CEF, no entanto, não consta dos autos evidências/provas específicas relacionadas ao referido contrato de repasse.

65. Torna-se evidente no depoimento da Senhora Fabiana Lopes (peça 86), que havia uma orientação para que, nas comunicações entre as pessoas que atuavam na organização criminosa, se evitasse a todo custo mencionar informações que possibilitassem a identificação de qual obra, convênio ou contrato de repasse, estavam se referindo. Portanto, sabe-se que o esquema de fraudes também ocorreu no Município de Maracanaú/CE, mas não constam dos autos dos IPLs evidências/provas específicas relacionadas ao Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628).

66. Apesar das informações acima, acerca do funcionamento do esquema, não constam dos autos provenientes da Justiça, informações específicas acerca do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628) e do contrato dele decorrente (1000.08.05.12.01). Sabe-se no entanto, que a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. não possuía estrutura física para realização dos contratos celebrados com as Prefeituras Municipais do Estado do Ceará e que fazia parte de um esquema no qual repassava a execução das obras contratadas a empreiteiros que faziam parte do esquema e que realizavam efetivamente as obras utilizando para isso um percentual de 70 a 80% do valor do contrato assinado com a Prefeitura.

67. Também não constam dos processos examinados na Justiça nenhuma informação de ilícitos cometidos por nenhum dos agentes municipais arrolados como responsáveis nessa tomada de contas especial, a saber: Roberto Soares Pessoa (Prefeito Municipal de Maracanaú/CE), Carlos Eduardo Bandeira de Mello (Secretário de Infraestrutura e Controle Urbano), Marcos Barboza da Silva (Coordenador de Obras da Prefeitura) e os membros da Comissão Central de Licitação da Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

Débora Lopes de Araújo de Menezes; Edson Pereira de Sousa; Egidio Cordeiro de Abreu Filho e; Francisco Eduardo Nascimento dos Santos.

68. Com relação aos membros da Comissão de Licitação, serão intimados a depor em relação ao procedimento licitatório Tomada de Preços 10.003/2008 acerca de indícios de direcionamento da licitação por excesso de exigências no edital. No entanto, ressaltamos que tal direcionamento foi descartado em análise realizada por esta Unidade Técnica (peça 67), com concordância do Ministério Público (peça 70).

69. Não restou comprovado nos autos o nexo entre a execução da obra e o quantitativo de pessoal utilizado, conforme verificamos na análise constante dos itens 111 a 114 (peça 67), a partir das informações/documentos apresentados pela defesa (peça 41), tendo sido verificadas divergências nas informações relativas a pessoal fornecidas pela empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. (CNPJ 07.192.755/0001-84), constantes das notas fiscais (peças 106 a 117) e das folhas de pagamento (peça 41) referentes ao Contrato 1000.08.05.12.01."

12.Com base no exame consignado na instrução, concluiu a secretaria que:

a) a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. fazia parte de um grupo de empresas de fachada controladas pelo Senhor Miguel Ângelo Pinto Martins, que agiam de forma organizada, capitaneada pela empresa ETAP – Escritório Técnico de Assessoria e Planejamento Ltda., fraudando licitações em vários municípios cearenses, entre eles o Município de Maracanaú/CE;

b) com exceção do Senhor Miguel Ângelo Pinto Martins, sócio da empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda., não constam dos processos examinados na Justiça nenhuma informação de ilícitos cometidos por nenhum dos agentes municipais arrolados como responsáveis nessa tomada de contas especial;

b.1) com relação aos membros da Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE, responsável pela Tomada de Preços 10.003/2008 serão intimados a depor, conforme despacho constante do IPL 1408-2011 (peça 95, p.196-198) acerca de indícios de direcionamento na licitação TP 10.003/2008-TP em decorrência de excesso de exigências no edital. No entanto, o suposto direcionamento foi descartado em análise realizada pela unidade técnica à peça 67;

c) não restou evidenciado nos autos a ocorrência de fraudes no procedimento licitatório TP 10. 003/2008, realizado para contratação da empresa que executaria a obra prevista no Contrato de repasse 0231129-18 (Siafi 602628).

d) a execução da obra objeto do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628), pavimentação em pedra tosca no Bairro Santo Sátiro, Maracanaú/CE, foi acompanhada pela Caixa Econômica Federal, conforme Relatórios de Acompanhamento de Empreendimento – Setor Público (peça 102, p. 41-68), assinados pelo Engenheiro Osório Moreira da Justa, Crea-CE 9285/D-CE, que atestou a execução de 100% da obra em 25/8/2009 (peça, 102, p. 63-67), fato confirmado pela auditoria realizada no Município de Maracanaú/CE no exercício de 2011.

13.Assim, considerando que, apesar das informações colhidas na justiça e na Polícia Federal acerca do funcionamento de esquema no qual participava a empresa contratada, não constariam dos autos provenientes da Justiça informações específicas acerca do Contrato de Repasse 0231129-18 (Siafi 602628) e do contrato dele decorrente (1000.08.05.12.01), concluiu a secretaria que não existem nos autos informações suficientes para afirmar se, no âmbito específico do contrato de repasse em tela, a empresa contratada tivesse se utilizado do referido esquema, subempreitando a obra, e, assim, não haveria no processo informações capazes de evidenciar a ocorrência de dano ao Erário.

14.Sucintamente, em seu derradeiro parecer, a representante do Ministério Público também assentiu com o julgamento pela regularidade das contas alvitrado pela Secex/CE:

'2. Os elementos colacionados ao autos indicam que a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda., contratada pela Prefeitura Municipal de Maracanaú/CE para execução da obra objeto do Contrato de Repasse n.º 0231129-18, fazia parte de um grupo de empresas de fachada (Comercial Via, Cartesiana, Goiana, Via Construções, GMP, MSB, Mavel, Cateto, Conecta, J&A Construções e RC Construções) controladas pelo Senhor Miguel Ângelo Pinto Martins, que agiam de forma organizada para fraudar licitações em vários municípios cearenses.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

3. Conquanto existam fortes indícios da presença de uma organização criminosa no Estado do Ceará, as provas acostadas aos autos não permitem concluir que houve fraude à licitação ou desvio dos recursos do Contrato de Repasse n.º 0231129-18, objeto desta Tomada de Contas Especial, e, tampouco, o conluio de gestores municipais para consecução de ilícitos.

4. Cumpre realçar que houve a execução da obra objeto do contrato de repasse, devidamente acompanhada pela Caixa Econômica Federal, conforme Relatórios de Acompanhamento de Empreendimento – Setor Público (peça 102, p. 41-68), os quais atestam a realização de 100% da obra (peça, 102, p. 63-67), fato também confirmado pela auditoria realizada no Município de Maracanaú/CE no exercício de 2011. Ademais, não há nos autos qualquer evidência de superfaturamento da obra objeto do contrato de repasse, de tal forma que não restou caracterizado débito em sua execução.

5. Ante a inexistência de débito ou conduta reprovável dos agentes municipais, esta representante do Ministério Público manifesta sua concordância com a proposta principal formulada pela Secex-CE no sentido de acatar as alegações de defesa dos gestores e julgar suas contas regulares com quitação plena.'

15.Dissinto das conclusões e propostas consignadas nos pareceres. Entendo que há diversos equívocos no raciocínio empreendido, bem assim que estão sendo ignorados os indícios vários de inexistência de fato da empresa contratada, verificados pela equipe de auditoria, cujas alegações de defesa dos gestores e agentes públicos entendo sequer tiveram o condão de afastar. Além disso, o conjunto de elementos obtidos e a descrição contida no corpo dos pareceres somente corroboram a existência da fraude apontada pela equipe de auditoria na fiscalização que deu ensejo à instauração desta tomada de contas especial, o que demandaria, no mínimo, maior aprofundamento do exame por parte da secretaria. É o que procurarei demonstrar a seguir.

16.Antes, porém, consigno em antecipação a eventual questionamento sobre se em face do conjunto de elementos obtidos junto à Justiça Federal, em decorrência do atendimento ao despacho que proferi, haveria que se conduzir o processo a um novo contraditório, antes de deliberação de mérito por este Tribunal, em razão, por exemplo, da necessária observância do devido processo legal no uso da prova emprestada, que os elementos colhidos não se revestem fundamentais à formação de juízo pela irregularidade das contas. Mesmo sem tais elementos é possível chegar-se às mesmas conclusões sobre esta tomada de contas especial, de modo que entendo despicienda a renovação das citações. Com efeito, antes mesmo dessas informações colhidas pela Secex/CE, já se imputava fraude à execução do contrato de repasse pela realização de licitação em conluio e contratação de uma empresa sem capacidade operacional, o que significa dizer tratar-se de empresa de fachada, responsável apenas por dar ares de legalidade ao processo. Baseio-me nesses elementos, já integrantes dos autos à época das citações, para conduzir meu convencimento quanto ao mérito destas contas.

17.Retomo então a análise das alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis. Estou de acordo com a análise empreendida pela secretaria no sentido de que, conquanto verificada, no que tange especificamente à exigência excessiva de capital social e garantia de proposta, para fins de participação na licitação, infringência ao disposto no art. 31 da Lei de Licitações, essa irregularidade não seria suficiente para indicar direcionamento da licitação, em razão dos baixos valores exigidos no certame. Também considero de reduzido impacto no juízo das contas a questão relativa ao atestado de visita às obras, que culminou na desclassificação de uma das licitantes. Porém, não desconsidero a possibilidade de que tal artifício tivesse sido utilizado para afastar uma das empresas da disputa, de forma a possibilitar o acerto entre as duas empresas remanescentes. São questões, todavia, de menor importância, frente às demais irregularidades observadas, conforme a seguir.

18.Trato então da coincidência total dos preços dos itens das propostas apresentadas pelas duas únicas licitantes habilitadas. As planilhas apresentadas na licitação, pelas duas licitantes, constam das peças 46 e 47 do TC-030.943/2011-6, autos esses que deram origem a esta TCE, constituindo papéis de trabalho da auditoria. Nelas se observa que os itens componentes da planilha correspondem aos 'Serviços Preliminares', 'Movimento de Terra', 'Serviços Auxiliares', 'Obras de Drenagem', 'Fundações e Estruturas', 'Paredes e Painéis', 'Pavimentação do Sistema Viário', 'Conservação do Sistema Viário' e 'Muros e Fechamentos'. Em todos os itens, com exceção daquele de 'Pavimentação do Sistema Viário', que representa cerca de 50% das propostas, houve coincidência integral dos valores de custos unitários e total, em ambas as planilhas, o que conduziu a equipe a apontar o conluio na formulação das propostas. Vale ressaltar que cada item desses é composto por seus diversos subitens de serviços, cujos preços unitário e total também coincidiram.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

19.Nas alegações de defesa os responsáveis aduziram que a proposta da empresa A.P.B.J. apresentou um valor global de R$ 574.992,02, representando um desconto de 0,9606% sobre o valor estimado de R$ 580.569,24, enquanto a proposta da Goiana foi de R$ 568.160,08, representando um desconto de 2,1374% sobre o valor global estimado e que todos os itens e subitens da proposta foram cotados com a mesma composição da planilha orçamentária do edital TP 10.003/2008, com exceção do item 20 (Pavimentação do Sistema Viário), que consistia no item de maior valor.

20.Nessa linha, alegaram que a apresentação da proposta com o mesmo valor da planilha orçamentária do edital TP 10.003/2008, com exceção do item 20, não constitui por si só ilegalidade, fraude ou conluio, e que a constatação de que as propostas possuem essencialmente a mesma composição da planilha orçamentária do edital, implica reconhecer que os preços constantes do ato convocatório se mostravam muito próximos do valor mínimo praticado pelo mercado para a execução das obras.

21.Esclareceram que as empresas citadas não possuem sócios em comum, ou atuação em endereços coincidentes, ou, ainda, reiteradas participações conjuntas em licitações no âmbito do Município de Maracanaú/CE. E afirmam que não pode ser esquecido, também, que a apuração da existência de combinação de propostas entre licitantes é efetivamente providência à qual a Comissão de Licitação está incumbida, porém a partir de elementos concretos, palpáveis, e não meramente pela constatação de que as propostas possuem o mesmo valor da planilha orçamentária do edital TP 10.003/2008, com exceção do item 20, Pavimentação do Sistema Viário.

22.Entendem os responsáveis que a Comissão de Licitação deve agir quando constata a existência de indícios de combinação entre as propostas de preços, ou seja, quando as propostas apresentam algum mínimo elemento e/ou característica capaz de suscitar a presença de conluio entre os licitantes, a exemplo de propostas com redação idêntica, mesma formatação gráfica, e/ou iguais características de impressão, mas que não há o mais superficial indício de conluio entre os licitantes, razão pela qual não se pode exigir da comissão atuação que a lei não lhe impõe.

23.Por entender que não consta do Relatório de Auditoria a verificação de outro indício de conluio nas propostas apresentadas pelas empresas licitantes, tais como propostas com mesmo padrão gráfico, empresas com sócio em comum, atuação em endereços coincidentes, a secretaria acolheu as alegações de defesa apresentadas.

24.Entretanto, entendo não assistir razão à unidade técnica. É muitíssimo pequena a probabilidade de que empresas distintas, possuindo sócios diferentes como alegado pela defesa, tenham a idêntica ideia de cotar os mesmos valores para todos os demais itens constantes do orçamento apresentado pela administração e, em apenas um deles, que representa cerca de 50% da proposta, concentrar-se em efetivamente elaborar sua proposta.

25.Além do mais, uma das empresas era comprovadamente de fachada, haja vista que não foi localizada no endereço indicado pelos auditores do TCU: justamente, a que venceu a licitação. Ambas sequer possuíam empregados registrados e/ou registrados em número suficiente para a realização de obra, conforme evidências colhidas pela equipe, ao tempo da realização do certame. Nesse cenário, entende-se, pelos indícios, que houve efetivamente conluio na formulação das propostas, de forma a permitir que uma das empresas integrantes do esquema noticiado na imprensa, e que motivou a realização do procedimento fiscalizatório, vencesse a licitação, muito embora sabedora de que não executaria as referidas obras. Em ambiente concorrencial perfeito, como ocorre em licitações lícitas, as empresas em disputa conhecem bem umas às outras e são verdadeiros fiscalizadores das capacidades alheias de executarem os objetos. Neste caso específico, as propostas foram, a meu ver, efetivamente combinadas, e o resultado da licitação, conduzido à contratação da empresa Goiana.

26.Além do mais, outras duas irregularidades graves imputadas, além do alinhamento dos preços das propostas, são corroboradoras do indício de fraude na execução do contrato de repasse, quais sejam, a ausência de empregados registrados em ambas as empresas licitantes em número suficiente para a operação das empresas construtoras e a inexistência da empresa contratada no endereço indicado nos documentos e no CNPJ. Essas constatações conduzem a crer que a licitação fora montada, não tendo havido, portanto, concorrência entre licitantes, mas combinação entre eles e os agentes públicos.

27.Os responsáveis argumentam que os documentos passíveis de serem exigidos dos licitantes no tocante à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, se encontram disciplinados nos arts. 27 e seguintes da Lei 8.666/1993, e entre os referidos documentos não se encontra a Relação Anual de Informações Sociais – Rais, inexistindo fundamentação legal para se exigir tal documento,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

não havendo norma vigente disciplinando o número de empregados que a licitante deve possuir para a comprovação de que dispõe de estrutura operacional para executar a obra.

28.Alegam que foge inteiramente ao controle e à alçada do Município de Maracanaú suscitar a existência de irregularidade pelo fato de uma contratada obter vitórias em certames licitatórios realizados no ano seguinte ao do certame TP 10.003/2008 em 11 municípios do Estado do Ceará, e pelo fato de a contratada também possuir contratos em 29 municípios. Afirmam que o que importa é observar se as obras contratadas foram adequadamente executadas, dentro das condições estipuladas no edital, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias dos trabalhadores relacionados à execução das obras pactuadas. E os profissionais alocados pela contratada para a execução dos serviços se apresentavam à Fiscalização devidamente uniformizados, com os instrumentos de trabalho e equipamentos de proteção individual devidos, tendo sido os pagamentos efetuados em favor da contratada, precedidos da exigência de apresentação da documentação de praxe em casos dessa natureza, com a entrega por parte da empresa Goiana dos comprovantes de quitação das parcelas trabalhistas e previdenciárias.

29.Acerca da inexistência da empresa nos endereços indicados no sistema CNPJ/Receita Federal e nas notas fiscais, os responsáveis alegam que o Município não tem ingerência quanto à matéria e que inexiste norma que determine a identificação da empresa na porta da sala para considerar válido o endereço fornecido pela contratada.

30.Na análise empreendida sobre as alegações de defesa, a Secex/CE consignou que consta do processo informações que demonstram, a partir da Rais, que a empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda., vencedora da licitação TP 10.003/2008, não possuía, em 2008, nenhum funcionário, enquanto no exercício de 2009 contava com 40 funcionários em seu quadro de pessoal. No exercício de 2008 ocorreu o procedimento licitatório em exame, assim como a maior parte da execução das obras de pavimentação de dez ruas do Município de Maracanaú/CE. E, apesar dessa empresa não possuir funcionários, em 2008, ela teria realizado contratos com 30 Municípios Cearenses, totalizando negociações em torno de R$ 12.104.359,25, o que faz inferir que não possuía estrutura operacional para executar a obra.

31.Também consignou que *"é de conhecimento público que a referida empresa figura entre as firmas investigadas pela Superintendência da Polícia Federal, no Estado do Ceará, por meio da denominada Operação Gárgula."* Porém, apesar do envolvimento da empresa Goiana Construção e Prestações de Serviços Ltda. no esquema de fraudes e conluios em licitações com recursos públicos, bem como a falta de capacidade operacional dessa empresa para executar regularmente os contratos de obras assumidos com os diversos Municípios do Estado do Ceará nos exercícios de 2008 e 2009, ter-se-ia que levar em conta as informações que estavam ao alcance da comissão de licitação responsável pela Tomada de Preços 10.003/2008, no período em que estava sendo processada a licitação, de modo que a Comissão de Licitação não tinha, segundo a análise da Secex/CE, obrigação de ter conhecimento de informações além daquelas previstas pela Lei 8.666/1993, nem poderia exigir das licitantes tais informações, por falta de amparo legal.

32.Essa análise foi estendida aos demais gestores, haja vista que todos eles receberam proposta de julgamento pela regularidade das contas, esquecendo-se, portanto, que o esquema de fraude só seria possível com a colaboração dos agentes públicos com as empresas privadas e seus sócios, colaboradores ou laranjas. Com efeito, em situações normais de fraudes praticadas unicamente por empresas capacitadas para a execução de obras, com o único intuito de alinhar preços e conseguir a realização de obras a valores com descontos mínimos frente aos orçados, ou até mesmo com sobrepreços conhecidos em face de orçamentos mal elaborados, nos quais a frustração da competição tem o único intuito de obter obra em seu favor, para executá-la, a valores próximos aos orçados ou mediante loteamente de contratos entre várias empresas, por vezes não é possível atribuir responsabilidade a membros de comissão licitatória.

33.Ocorre que, no caso em questão, a fraude foi praticada de forma a conduzir o certame à contratação de uma empresa de fachada, tendo por única concorrente outra, sem capacidade operacional efetiva. De antemão é possível asseverar que todos quantos participaram do processo de contratação, desde a licitação até a realização de pagamentos e atestação da conclusão das obras, agiram de modo a contribuir para conferir ares de aparente legalidade aos procedimentos.

34.Veja-se, ademais, que conquanto os responsáveis tivessem alegado que as obras foram executadas e os pagamentos realizados inclusive com comprovação do recolhimento dos encargos, a própria secretaria, em item de instrução precedente, afirmou, em que pese o seu posicionamento pelo afastamento do débito, que *"114. Confrontando as informações constantes das folhas de pagamento anexadas pela defesa com as informações presentes nas Notas Fiscais (peças 29 a 41 do TC 030.943/2011-6 – RA), verificamos*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

divergências consideráveis nos gastos com mão-de-obra. Nas Notas Fiscais são informados valores que totalizam R$ 281.382,92 para gastos com mão-de obra, enquanto nas folhas de pagamentos, sintetizadas no quadro anterior, é informado o valor de R$ 51.967,00.".

35.Há evidências bastantes de que a empresa de fachada não executou as obras, porquanto não tinha pessoal, nem equipamentos para tanto, de modo que, apesar de terem sido atestadas pela Caixa como executadas, e verificadas pela equipe de fiscalização, não podem ser considerados regulares os atos de gestão dos recursos. A ausência de capacidade operacional, aliada aos demais indícios de graves irregularidades, dentre os quais o alinhamento de preços, redunda, a meu ver, na perda do nexo de causalidade entre o dinheiro repassado e as obras executadas. A propósito, as conclusões da secretaria acerca do pessoal empregado pela empresa recebedora dos recursos, corroboram essa conclusão:

'118. Então, a afirmação da defesa de que os pagamentos efetuados pelo Município em favor da contratada foram precedidos da exigência de apresentação da documentação de praxe, com a entrega por parte da Goiana dos comprovantes de quitação das parcelas trabalhistas e previdenciárias, não prova a regularidade das presentes contas uma vez que os pagamentos dessas obrigações incidiram sobre os valores referentes a quantidade de empregados constantes das folhas de pagamentos (peça 41), que divergem das informações/valores relativos aos gastos com pessoal constantes das notas fiscais.

119. Dessa forma, as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, juntamente com a documentação anexada aos autos, não comprovam perfeitamente o nexo entre a execução da obra e o quantitativo de pessoal utilizado.'

36.Certamente não se está diante do simples descumprimento da legislação fiscal e previdenciária, como suscitado na instrução. Efetivamente, a empresa não tinha funcionários nem era regular, haja vista que não fora encontrada em funcionamento no endereço indicado nos documentos fiscais formais e da licitação.

37.Não se pode ignorar o fato de que a prefeitura realizou procedimento licitatório e contratou uma empresa sem funcionários para realizar uma obra de meio milhão de reais à época, em 2008. A contratação, pois, foi uma fraude, e a execução das obras também. Conquanto aferidas pela Caixa, e sua existência verificada tempos depois pela equipe de auditoria deste Tribunal, não mais é possível afirmar que foram feitas com recursos do contrato de repasse, diante da perda do nexo de causalidade. Não é possível que a empresa recebedora dos recursos federais a tenha executado, se era empresa sem capacidade operacional, ou seja, meramente de fachada, conforme comprovou a própria equipe de fiscalização em visita aos endereços nos quais funcionariam a empresa Goiana.

38.A propósito, a jurisprudência deste Tribunal é farta no sentido de que a contratação de sociedade empresarial fictícia obstaculiza a comprovação da regular utilização dos recursos públicos canalizados para a consecução do objeto do mesmo contrato. Cito como exemplo os Acórdãos 802/2014-Plenário, 4703/2014-1ª Câmara, 6986/2014-1ª Câmara e 2246/2015-1ª Câmara e Acórdão 758/2015-Plenário.

39.Entendo, assim, tal qual o exame de responsabilidades realizado por ocasião do Acórdão 606/2012 – Plenário, a partir do qual se imputou a responsabilidade solidária dos membros da comissão de licitação, das empresas envolvidas na fraude, seus sócios, além do engenheiro fiscal das obras, que tinha o dever de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/1993, do prefeito e secretário municipal, que as contas desses responsáveis devam ser julgadas irregulares, com condenação em débito e aplicação de multa proporcional.

40.Considero apropriado, ainda, que o Tribunal aplique às empresas a sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, porquanto há, a meu ver, indícios bastantes de prática de fraude à licitação. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que *'indícios vários e coincidentes são prova'*, e tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações.

41.Obviamente não se exige que haja prova técnica do conluio, até porque, conforme defendido há muito no Acórdão 57/2003 – Plenário, *'prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido'*, visto que os licitantes fraudulentos vão sempre tentar simular uma competição verdadeira. Mas indícios vários e coincidentes servem como prova, a exemplo do alinhamento de preços da esmagadora maioria dos itens de planilha, da ausência de capacidade operacional das empresas, sem empregados em número suficiente para a execução das obras licitadas, e da efetiva inexistência da empresa vencedora nos endereços indicados, nos quais se achavam apenas escritórios fechados ou onde funcionariam também outras empresas integrantes do esquema, porém, sem condições operacionais, evidenciando-se apenas representação de fachada nos locais visitados. Ademais, a inexistência fática da empreiteira e/ou a ausência de capacidade operacional pressupõem a divulgação de dados e informações incompatíveis com a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.

realidade, pois com o fito de vencer/concorrer na licitação e firmar contrato, a empresa nessas condições fornece informações que buscam demonstrar sua existência de fato e sua capacidade técnica e financeira, não condizendo com a realidade.

42.Por considerar que são graves as imputações de fraude cometidas pelos agentes públicos e privados arrolados neste processo, considero ser adequada, ainda, a aplicação a eles da sanção prevista no art. 60 da Lei 8.443/1992."

9. Por consequência lógica do conjunto argumentativo motivador, empregado por este Relator, a preliminar de ilegitimidade passiva da embargante foi implicitamente rejeitada, embora do *decisum* não constasse, no voto que proferi, menção direta à preliminar suscitada. Todavia, vários dos trechos sinalizaram sobre a legítima inclusão da responsável, pelos atos praticados, na solidariedade para com o dano. Ademais, a omissão que enseja embargos de declaração deve se referir a questão que deixou de ser decidida pelo julgador, embora fosse essencial ao desfecho da lide. O relator não está obrigado a responder, um a um, todos os argumentos invocados pela parte, caso isso não seja imprescindível para a formação de seu convencimento acerca do julgamento a ser proferido.

10. Por fim, no tocante à suposta premissa equivocada que teria conduzido à condenação solidária em débito, percebe-se, da leitura da peça de embargos, que há confusão do embargante quanto à condenação em débito e à aplicação de sanção. O que se individualiza é a pena, em razão da conduta dos agentes. O débito solidário, todavia, é decorrente da participação direta da responsável pelo dano atribuído, uma vez que a participação de membro de comissão licitatória em procedimento simulado de licitação, que conduz à contratação de empresa inexistente, de fachada, é bastante para responsabilização pela integralidade dos valores desviados, porquanto sem essa contribuição, jamais se teria realizado contrato e realizado pagamentos por obras não executadas pela empresa inexistente.

11. Dessarte, não assiste razão à pretensão da embargante em apontar que as condutas por ela adotadas, no bojo da licitação, conduziriam tão-só à aplicação de multa, excluindo-se-lhe responsabilidade pelas consequências danosas que trouxe sua participação no contexto da fraude apontada.

12. Ao concluir, consigno que não se prestam os embargos ao aclaramento das questões suscitadas quando ausentes omissões, contradições ou obscuridades a serem sanadas por meio do referido remédio processual.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de maio de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55452749.