

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 009.212/2011-6

Natureza: Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial.

Unidade: município de Caxias/MA.

Recorrentes: Vinícius Leitão Machado (CPF 062.679.553-20), Humberto Ivar Araújo Coutinho (CPF 027.657.483-49), Alexandre Henrique Pereira da Silva (CPF 530.620.353-15), Arnaldo Benvindo Macedo Lima (CPF 282.935.843-00) e Neuzelina Compasso da Silva (CPF 127.993.003-91).

Representação legal: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Sofia Rodrigues Silvestre Guedes (OAB/DF 27.635) e outros representando Humberto Ivar de Araújo Coutinho, Alexandre Henrique Pereira da Silva, Neuzelina Compasso da Silva, Arnaldo Benvindo Macedo Lima e Vinícius Leitão Machado; James Lobo de Oliveira Lima (OAB/MA 6.679) representando a Santos Correa Construção e Empreendimentos Ltda., a Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda., Ítalo Anderson Mendes Barros e Tayanne Mayara Mendes Barros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO APARTADA DE PROCESSO DE SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. CONTRATO DE REPASSE. PROGRAMA DE URBANIZAÇÃO, REGULARIZAÇÃO E INTEGRAÇÃO DE ASSENTAMENTOS PRECÁRIOS. CITAÇÕES E AUDIÊNCIAS. ALEGAÇÕES DE DEFESA NÃO ACOLHIDAS E RAZÕES DE JUSTIFICATIVA ACOLHIDAS EM PARTE. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES RECURSAIS EM RELAÇÃO A UMA DAS IMPUTAÇÕES. DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL DO VALOR DA MULTA. NÃO PROVIMENTO PARA UM DOS RECORRENTES. PROVIMENTO PARCIAL PARA OS OUTROS QUATRO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório instrução elaborada por auditor federal de controle externo da Secretaria de Recursos - Serur, com a qual se manifestaram de acordo os dirigentes daquela unidade (peças 250/252):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Vinícius Leitão Machado (ex-secretário municipal de Infraestrutura, peça 219), Humberto Ivar Araújo Coutinho (ex-Prefeito de Caxias/MA, peça 220), Alexandre Henrique Pereira da Silva, Arnaldo Benvindo Macedo Lima e Neuzelina Compasso da Silva (membros da comissão de licitação, peça 221) contra o Acórdão 1.778/2015-TCU-Plenário (peça 151), mantido pelo Acórdão 3.306/2015-TCU-Plenário (peça 193).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (itens em negrito correspondem ao reconhecimento do efeito suspensivo recursal):

9.1 rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Humberto Ivar Araújo Coutinho, Vinícius Leitão Machado, Ítalo Anderson Mendes Barros, Tayanne Mayara Mendes Barros e pela empresa Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda.;

9.2 com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, 19, caput, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 23, inciso III, da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do RITCU, julgar irregulares as contas dos Srs. Humberto Ivar Araújo Coutinho (027.657.483-49), Vinícius Leitão Machado (062.679.553-20), Ítalo Anderson Mendes Barros (027.967.443-02) e Tayanne Mayara Mendes Barros (016.782.183-08), bem como da empresa Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda. (05.027.998/0001-31), condenando-os, solidariamente, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até o efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea ‘a’, da citada lei c/c o art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno do TCU:

VALOR ORIGINAL (R\$) DATA DA OCORRÊNCIA

89.772,54 8/2/2007

507.315,00 31/5/2007

278.766,40 3/9/2007

70.841,51 6/3/2008

9.3 aplicar aos Srs. Humberto Ivar Araújo Coutinho, Vinícius Leitão Machado, Ítalo Anderson Mendes Barros e Tayanne Mayara Mendes Barros, bem como à empresa Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda., individualmente, multa no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno do TCU, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4 acatar parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Humberto Ivar Araújo Coutinho, Arnaldo Benvindo Macedo Lima, Neuzelina Compasso da Silva e Alexandre Henrique Pereira da Silva e pelas empresas Santos Correia Construção e Empreendimento Ltda. e Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda.;

9.5 aplicar aos Srs. Humberto Ivar Araújo Coutinho, Arnaldo Benvindo Macedo Lima, Neuzelina Compasso da Silva e Alexandre Henrique Pereira da Silva, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do Regimento Interno do TCU, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para o primeiro e R\$ 12.000,00 (doze mil reais) para os demais, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6 declarar a inidoneidade das empresas Santos Correia Empreendimento Ltda. (05.255.469/0001-95) e Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda. (05.027.998/0001-31) para participarem de licitação na Administração Pública Federal pelo prazo de três anos, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992;

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

9.8 autorizar desde já, caso venha a ser solicitado, o pagamento das dívidas em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno do TCU, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, na forma da legislação em vigor;

9.9 encaminhar cópia da presente deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentaram, à Secretaria e Logística da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Controladoria-Geral da União, para que adotem as providências necessárias em relação à declaração de inidoneidade das empresas Santos Correia Empreendimento Ltda. (05.255.469/0001-95) e Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda. (05.027.998/0001-31);

9.10 encaminhar cópia da presente deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentaram, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Maranhão, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis; e

9.11 dar ciência e remeter cópia do presente acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentaram, aos responsáveis, à Prefeitura Municipal de Caxias/MA, à Caixa Econômica Federal e à Presidência da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial oriunda de processo de representação (Solicitação do Congresso Nacional – Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados) com peças constituídas a partir do anexo 3 do TC 013.939/2009-5 (peças 2-11) em decorrência da determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 2.678/2010-TCU-Plenário (peça 1). Assinale-se que foram constatadas diversas irregularidades no Contrato de Repasse 192809/2006 (Siafi 559136) cujo objeto envolvia construção habitacional, regularização fundiária e implantação de esgotamento sanitário no Município de Caxias/MA mediante a aplicação de recursos públicos da ordem de R\$ 9.750.000,00, por parte da concedente, e de R\$ 520.408,30, a título de contrapartida municipal.

2.1. Dessa forma, diversas citações e audiências dos responsáveis foram realizadas pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Maranhão (Secex/MA), conforme as seguintes irregularidades (peça 1, p. 3):

a) citação do prefeito Humberto Ivar Araújo Coutinho, do secretário municipal de infraestrutura Vinicius Leitão Machado e da sociedade empresarial Barros Construções e Empreendimentos Ltda., pelo valor do débito indicado, para, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência da citação, apresentar alegações de defesa ou recolher aos cofres do Tesouro Nacional a quantia devida, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, nos termos da legislação vigente, em razão das ocorrências detalhadas a seguir:

a.1) ocorrência: indícios de fraude nos documentos comprobatórios de despesas, na forma relatada no item 9.1 do relatório de fls. 151/259:

Data Valor do débito

8/2/2007 89.772,54

31/5/2007 507.315,00

3/9/2007 278.766,40

a.2) ocorrência: indícios de pagamento de serviços que não foram executados pela contratada, consoante item 9.4 do relatório de fls. 151/259:

- Valor do débito: R\$ 57.000,00;

- Data da ocorrência: 6/3/2008;

b) audiência do prefeito Humberto Ivar Araújo Coutinho, relativa à falta de publicidade devida ao contrato/aditivo, conforme relatado no item 9.3 do relatório de fls. 151/259;

c) audiências dos membros da comissão de licitação condutora da Concorrência nº 008/2006 e Tomada de Preços nº 014/2006, Alexandre Henrique Pereira da Silva, Arnaldo Benvindo Macedo Lima e Neuzelina Compasso da Silva, do prefeito Humberto Ivar Araújo Coutinho, e das licitantes Barros Construções e Empreendimentos Ltda. e Santos, Correia Construção e Empreendimento Ltda. em relação aos indícios de procedimentos fraudulentos na condução do processo licitatório indicando possível ocorrência de conluio, direcionamento de licitação ou licitação montada (item 9.2 do relatório de fls. 151/259).

2.2. Ao proceder à análise das defesas apresentadas, a Secex/MA propôs rejeitar todas as alegações de defesa apresentadas e acolher, parcialmente, as razões de justificativa invocadas. Dessa forma, foram propostas, a cada um dos responsáveis, conforme as impropriedades constatadas: a imputação de débito, a aplicação de multa e da declaração de inidoneidade da empresa Santos Correia Empreendimentos Ltda. para licitar com a administração pública pelo prazo de até cinco anos (peça 110, p. 23-24).

2.3. Em dissonância, o Ministério Público junto a este Tribunal (MP/TCU) emitiu parecer propondo que se fizesse nova citação dos responsáveis, tendo em vista a majoração de uma das parcelas de débito contida nas citações até então realizada. Sucessivamente, se manifestou favorável ao encaminhamento proposto pela

unidade técnica de origem, retificando-se o item referente à incidência de juros de mora sobre a multa a ser aplicada e alterando-se a redação do item referente à declaração de inidoneidade da mencionada empresa (peça 115, p. 20-21).

2.4. Por meio de despacho, o relator *a quo*, Ministro Benjamin Zymler, acolhendo a preliminar do MP/TCU, determinou a realização das novas citações (peça 116). Sobrevieram novas alegações de defesa e, em última análise, a unidade técnica de origem manteve, no essencial, suas propostas originárias incorporando a elas as proposições exaradas pelo MP/TCU (peça 145, p. 26-28). Também, em última manifestação o MP/TCU se alinhou, no essencial, à proposta da Secex/MA (peça 147, p. 8).

2.5. O voto condutor do acórdão recorrido acompanhou os posicionamentos adotados pela Secex/MA e pelo MP/TCU. Assim sendo, em 22/7/2015, foi prolatado o Acórdão 1.778/2015-TCU-Plenário, julgando irregulares as contas dos responsáveis, com as respectivas imputações de débitos, aplicação de multas e declaração de inidoneidade das empresas arroladas, nos termos transcritos no subitem 1.1 deste Exame.

2.6. Irresignados com a conclusão daquele julgado, diversos responsáveis interpuseram recursos de embargos de declaração (peças 172-174), alegando omissões que não teriam sido suficientemente enfrentadas no acórdão recorrido. A Secex/MA procedeu à análise dos recursos e concluiu pela inexistência de quaisquer omissões a serem supridas (peça 191, p. 16), posicionamento que foi acolhido integralmente por meio do Acórdão 3.306/2015-TCU-Plenário, que conheceu os recursos para, no mérito, rejeitá-los (peça 193).

2.7. Ainda inconformados com as conclusões dos dois julgados acima mencionados, os responsáveis, ora recorrentes, interpõem recursos de reconsideração (peças 219-221) os quais se passam a analisar.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames de admissibilidade (peças 224-227) onde se propôs o conhecimento dos recursos e a concessão de efeito suspensivo aos subitens 9.2, 9.3, 9.5 e 9.7 do acórdão recorrido. Por meio de despacho (peças 229), aqueles exames foram ratificados pela relatora dos recursos, Ministra Ana Arraes.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente exame analisar:

- a) em sede preliminar, se dois dos recorrentes são partes legítimas para figurar nestes autos;
- b) no mérito:

b.1) se, em relação a dois dos recorrentes, há fundamentos de fato e de direito para que lhe sejam imputados os respectivos débitos e multas; e

b.2) se, em relação a quatro dos recorrentes, é cabível a aplicação de multa em face das impropriedades verificadas nos procedimentos licitatórios.

5. Ilegitimidade passiva

5.1. Vinícius Leitão Machado, na qualidade de Secretário de Infraestrutura do Município de Caxias/MA, assevera, em sede preliminar, sua ilegitimidade passiva para figurar nestes autos asseverando que (peça 219, p. 2-3):

a) praticou apenas um único ato: o ateste do recebimento de materiais e execução dos serviços nas notas fiscais;

b) à míngua da discussão sobre a inexecução dos serviços atrelados nas notas fiscais reemitidas ou a ausência de recebimento de materiais, não havia motivos para que o recorrente não as atestasse. Fato é, de acordo com o acórdão recorrido, os materiais e serviços forem efetivamente recebidos e executados;

c) houve falha na reemissão de notas fiscais, fato esse não atribuível ao recorrente;

d) a responsabilidade atribuída ao recorrente quanto ao ateste não pode ser objetiva, mas sim subjetiva, nos termos do Acórdão 2.006/2006-TCU-Plenário. Assim, só pode haver sua responsabilização se houver ato ilícito (praticado com dolo ou culpa) e dano, ambos ligados por um 'nexo de causalidade'; e

e) na hipótese de se entender que a reemissão das notas fiscais se configura em ato ilícito culposos, inexistente dano e nexo de causalidade. A existência de um ilícito, por si só, não gera automaticamente dano nem configura o mencionado nexo.

5.2. Defendendo a mesma tese, Humberto Ivar de Araújo Coutinho, então Prefeito do Município de Caxias/MA, elenca outros fundamentos (peça 220, p. 4):

a) como agente político, praticou ato baseado nas notas fiscais devidamente atestadas, indicativas da realidade dos fatos e a correção dos pagamentos realizados à contratada, bem como do termo de recebimento

definitivo da obra, que indica que a totalidade dos recursos pagos remuneraram a execução de serviços de engenharia;

b) sua conduta se pauta no conceito de administrador médio, considerando que a análise de R\$ 70.000,00 se insere na gestão municipal dos recursos que somam R\$ 10 milhões; e

c) não lhe era exigível conduta diversa em relação à inspeção *in loco* de todas as obras efetuadas no município durante sua gestão, de sorte que não agiu com culpa nem dolo. Sua responsabilização foi objetiva, o que não encontra amparo na jurisprudência deste Tribunal (Acórdão 675/2006-TCU-Plenário).

Análise:

5.3. A preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelos recorrentes não pode prosperar.

5.4. Segundo o Professor Luiz Flávio Gomes, define-se a legitimidade *ad causam* como sendo o ‘(...) atributo jurídico conferido a alguém para atuar no contraditório e discutir determinada situação jurídica litigiosa’. Aplicando esse conceito ao processo de TCE, para alguém ser nele parte legítima deve ter, em tese, praticado ato, comissivo ou omissivo, de que resulte dano ao Erário, asseverando-se que a delimitação da situação litigiosa se perfaz com os elementos e requisitos contidos na citação do responsável.

5.5. Conforme se verá adiante, além de não apresentar quaisquer documentos que se contrapõem aos que já constam dos autos, os dois recorrentes praticaram atos que guardam correlação de nexo causalidade com a ocorrência de débito e as hipóteses que autorizaram a aplicação das penas contidas no acórdão recorrido, conjunto esse que se materializa, no presente caso concreto, na ‘situação jurídica litigiosa’ e, por via de consequência, na correta legitimidade *ad causam* deles para figurar nestes autos.

5.6. Com relação a Vinícius Leitão Machado, então Secretário de Infraestrutura e Desenvolvimento Urbano de Caxias/MA, compulsando os elementos contidos nos autos, constata-se que:

a) não há controvérsia sobre o fato de que ele atestou as Notas Fiscais 432 (peça 3, p. 9, e peça 3, p. 45), 525 (peça 3, p. 12, e peça 3, p. 46) e 526 (peça 3, p. 13, e peça 3, p. 47) no âmbito da Concorrência 8/2006, nem em relação à Nota Fiscal 217 (peça 3, p. 49, e peça 3, p. 49), referente à Tomada de Preços 14/2006. Tais documentos serviram de substrato documental para a comprovação do débito que se discute os quais estão caracterizados como notas fiscais duplicadas, espelhadas ou paralelas;

b) no relatório de execução físico-financeira da prestação de contas do Contrato de Repasse 192809/2006 consta sua assinatura como responsável pela execução do projeto (peça 2, p. 11). Consta, também, sua assinatura no relatório de cumprimento e aceitação do objeto (peça 2, p. 12), na declaração de aceitação definitiva da obra (peça 2, p. 22) e na relação de bens (adquiridos, produtivos ou construídos com os recursos federais em discussão – peça 2, p. 23);

c) assinou os Ofícios 271/2006 (peça 5, p. 5) e 272/2006 (peça 8, p. 5), ambos, de 20/4/2006, que solicitou a autorização de abertura das licitações que deram origem, respectivamente, à Concorrência 8/2006 e Tomada de Preços 14/2006;

d) se omitiu quanto à regularidade das despesas referentes à rubrica ‘trabalho social’ da contratação referente à Tomada de Preços 14/2006;

e) assim, conforme se verifica, resta sobejamente comprovada a legitimidade do recorrente para figurar nestes autos haja vista que praticou diversos atos de ofício que comprovam que suas condutas, comissivas e omissivas, restam comprovadas pelos diversos documentos assinados e juntados nestes autos de TCE;

f) é importante assinalar que, ao contrário de seus argumentos, que tentam limitar a sua atuação à mera assinatura das notas fiscais, sua participação se deu de forma ampla e em diversos momentos – antes, durante e depois – da realização das despesas ocorridas no âmbito dos procedimentos licitatórios da Concorrência 8/2006 e Tomada de Preços 14/2006 que materializaram os gastos referentes ao contrato de repasse em discussão;

g) ademais, não é nesse momento processual que devam ser analisadas as questões de mérito quanto ao débito a ele imputado, mas, tão somente, à verificação dele ser o detentor do interesse de exercer o contraditório sobre a situação litigiosa a ele imposta nesta TCE;

h) de outro lado, há que se ressaltar que as citações do recorrente se deram de forma válida, fato esse que estabelece, de forma definitiva, o legitimado (o recorrente), a controvérsia jurídica (dano ao Erário a ele imputado) e a relação de nexo causalidade entre um e outro (atesta sobre duas notas fiscais paralelas, espelhadas ou duplicadas); e

i) dessa forma, observando as premissas do conceito mencionado no subitem 5.4 deste Exame, inexistente ilegitimidade *ad causam* por parte do recorrente.

5.7. Em relação a Humberto Ivar de Araújo Coutinho, então Prefeito do Município de Caxias/MA, analisando seu caso sob os mesmos aspectos processuais, constata-se que:

a) foi o signatário do Contrato de Repasse 192809/2006 (peça 2, p. 4-10) e responsável pela regularidade da prestação de contas;

b) na qualidade de autoridade responsável pelo contrato, atestou as informações contidas no relatório da execução físico-financeira da prestação de contas sobre a integralidade dos recursos aplicados (peça 2, p. 11), bem como do relatório de cumprimento e aceitação do objeto (peça 2, p. 12) e da relação de bens (adquiridos, produzidos ou construídos – peça 2, p. 23), tendo encaminhado o processo de prestação de contas sobre os recursos do contrato de repasse em discussão (peça 2, p. 2);

c) nomeou, em 2/1/2006, o Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Alexandre Henrique Pereira da Silva (peça 5, p. 13) e designou os demais membros daquela comissão, Arnaldo Benvindo Macedo Lima (peça 5, p. 14) e Neuzelina Compasso da Silva (peça 5, p. 15). Ademais, homologou a Concorrência 8/2006 (peça 7, p. 1) e a Tomada de Preços 14/2006 (peça 11, p. 11);

d) se omitiu quanto à regularidade da aplicação de recursos referentes à rubrica ‘trabalho social’ da contratação no âmbito da Tomada de Preços 14/2006. Também de forma omissiva, agiu de forma negligente em relação à adoção de medidas que pudessem evitar as diversas irregularidades referentes aos itens pelos quais foi ouvido em audiência;

e) assim sendo, da reanálise dos elementos contidos nos autos, resta configurada sua legitimidade para figurar na presente TCE;

f) de outro lado, seus argumentos não podem ser aceitos, uma vez que, além dos atos comissivos praticados, incorreu nas modalidades das culpas *in eligendo* (nomeando servidores e funcionários de sua confiança que, em tese, não zelaram pela regularidade na aplicação de recursos públicos) e *in vigilando* (deixando de adotar mecanismos de controle e de aferição sobre a lisura sobre as condutas de seus subordinados);

g) ademais, o aporte de recursos para o contrato de repasse em discussão superou a quantia de R\$ 10 milhões, de sorte que não se pode admitir a alegação do recorrente de que não tinha condições de acompanhar a regularidade na aplicação desses recursos sendo que, ante a materialidade desse montante, era de se esperar que sua conduta se desse com maior grau de acuridade;

h) também não se admite a alegação de que sua responsabilização se deu de forma objetiva, uma vez que todas as irregularidades objeto de suas citações e audiências foram acompanhadas do devido suporte documental e obedecendo a todas as formalidades processuais; e

i) dessa forma, observando as premissas do conceito mencionado no subitem 5.4 deste Exame, inexistente a alegada ilegitimidade *ad causam* do recorrente.

6. Inexistência de débito

6.1. No mérito, Vinicius Leitão Machado e Humberto Ivar de Araújo Coutinho (peça 220, p. 2-3 e 4-7) argumentam não existir débito uma vez que (peça 219, p. 3-7, e peça 220, p. 2-3 e 4-7):

a) no âmbito da Concorrência 8/2006:

a.1) apesar da reemissão das notas fiscais, ‘houve pagamentos únicos para os valores nelas discriminados’;

a.2) a divergência nos valores das notas lançadas na prestação de contas e no processo de pagamento é meramente formal uma vez que a soma das notas 432, 525 e 526, conduz ao mesmo resultado, o que denota ter havido uma ‘pequena confusão na inclusão dos valores individuais’;

a.3) pela conferência dos extratos bancários é possível verificar a efetivação do débito em relação aos valores indicados nos processos de pagamentos e nas respectivas notas fiscais (que são os mesmos);

a.4) enfim, esses foram os únicos pagamentos efetuados com base nas mencionadas notas fiscais que refletem os materiais efetivamente fornecidos pela empresa contratada;

b) na Tomada de Preços 14/2006 foram localizadas vias distintas da Nota Fiscal 217, no valor de R\$ 89.772,54, de 31/1/2011. São válidos os mesmos fundamentos da justificativa anterior, uma vez que ‘o único pagamento dessa Nota Fiscal foi efetuado em 8/2/2007, conforme extrato bancário’;

c) não se discute nestes autos a existência de superfaturamento ou inexecução de serviços, sendo certo que há larga prova da realização dos serviços contratados, como atesta o relatório final de trabalho técnico social, inclusive os registros fotográficos, bem como aprovação das contas pela Caixa Econômica Federal (CEF);

d) o acórdão deixa claro que foi ilícita a reemissão das notas fiscais, mas não indicou onde estaria configurado o dano ao Erário e não apontou o nexo de causalidade entre os dois elementos. Inexiste, assim, substrato jurídico apto a embasar a cobrança do débito;

e) quanto ao item de despesa ‘trabalho social’:

e.1) em nenhum momento o recorrente atestou nas notas fiscais a execução daquele serviço. Ao contrário, os atestes dizem respeito à aquisição de materiais e execução de obras de engenharia não existindo ilícito praticado;

e.2) não há a demonstração por parte deste Tribunal sobre qual ato do recorrente que indique ‘indícios de fraude nos documentos comprobatórios de despesas’;

e.3) o item de despesa em questão foi executado pela prefeitura. Por equívoco foi inserido no objeto da licitação e acabou refletindo em outros documentos do processo, a exemplo do ‘relatório de cumprimento e aceitação do objeto’. O valor inicialmente destinado a ‘trabalho social’ foi revertido para a execução de serviços de engenharia objeto do contrato conforme atestam notas fiscais, relação de pagamentos e extratos de contas bancárias específicas, conforme já detalhado nas anteriores alegações de defesa;

e.4) a soma das notas fiscais coincide com o que foi pago à empresa contratada e discriminam unicamente a execução de serviços de engenharia e atestadas pelo recorrente. Como exemplo, cita-se a nota fiscal referente à primeira medição da execução dos serviços, onde não consta a indicação de trabalho social;

e.5) corrobora esse entendimento o exposto na declaração de aceitação definitiva da obra feita pelo Secretário de Infraestrutura e Desenvolvimento Urbano do Município. Além disso, não consta menção a trabalho social na relação de bens, o que denota que todos os pagamentos foram efetivados com base em serviços efetivamente prestados na área de engenharia.

Análise:

6.2. Também não assiste razão aos recorrentes.

6.3. Antes de analisar os argumentos apresentados, hão que ser retomadas as fundamentações que levaram ao entendimento de que são devidas as imputações das parcelas de débito aos recorrentes.

6.3.1. Conforme consta no subitem 9.1.1 do relatório de fiscalização da Secex/MA no âmbito do TC 013.939/2009-5, a descrição quanto à constituição das parcelas de débitos se deu da seguinte forma (peça 249, p. 35-36):

(...)

a) No que tange ao contrato decorrente da Concorrência 008/2006, constatou-se a existência de notas fiscais paralelas, espelhadas ou duplicadas (talão duplo em relação àquele autorizado pelo Fisco por meio da AIDF nº 3655000848), quando comparam-se os documentos fiscais insertos na prestação de contas do contrato de repasse (fls. 2/97) com aqueles constantes nos processos de pagamentos disponibilizados para a equipe de fiscalização, conforme discriminação a seguir:

Nº NF/Data NF Valor/NF Prestação de Contas/Valor NF Processo de Pagamento

432 (fls. 61 e 97) 14/5/2007 507.315,00 507.315,00

525 (fls. 64 e 98) 22/8/2007 244.800,00 217.773,92

526 (fls. 65 e 99) 22/8/2007 33.966,40 60.992,48

Total 786.081,40

Quanto aos documentos fiscais de nº 432, não obstante apresentarem os mesmos valores e a mesma discriminação de itens, verificam-se diferenças quanto à tipologia do número das notas, à grafia dos itens discriminados e à ocupação do espaço disponível para a descrição dos produtos, entre outras.

b) Relativamente ao contrato resultante da Tomada de Preços 014/2006, ocorrência com características semelhantes às supra descritas foi detectada em relação à Nota Fiscal 00217, de 31/01/2007, no valor de R\$ 89.772,54 (fls. 40 e 101), mais especificamente diferença de tipologia do número das notas, ocupação do campo disponível para a discriminação do serviço, no qual também foi omitida em um dos formulários a identificação do contrato.

6.3.2. No que tange ao critério adotado para a responsabilização, remete-se (no subitem 9.1.4 do mencionado relatório – peça 249, p. 36), por similitude, ao mesmo critério adotado no subitem 8.1.4 do mesmo relatório (peça 249, p. 27):

Como responsáveis solidários, devem ser arrolados o prefeito municipal signatário do termo do contrato (*omissis*), portanto responsável por demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos federais

recebidos, Sr. Humberto Ivar Araújo Coutinho; o agente público que atestou o recebimentos de materiais nas notas fiscais relacionadas, Sr. Vinicius Leitão Machado, Secretário Municipal de Infraestrutura; e a beneficiária dos recursos, a Barros Construções e Empreendimentos Ltda.

6.3.3. Já quanto à parcela de débito no valor de R\$ 70.841,51 ('trabalho social'), a descrição e a quantificação do débito se deu nos seguintes termos (peça 249, p. 36-37):

(...)

Relativamente à Tomada de Preços 014/2006, registra-se, inicialmente, que não obstante o seu objeto ser a '*execução dos serviços de mão-de-obra de engenharia no apoio à melhoria das condições e habitabilidade de assentamentos precários*' (item 2.1 do edital), foi incluída, no detalhamento desse objeto, a execução de 'trabalho social', no valor estimado de R\$ 60.000,00.

Consoante o Plano de Trabalho do ajuste, as ações para o trabalho social seriam: (1) Participação, mobilização e organização comunitária; (2) geração de trabalho e renda e capacitação profissional; e (3) educação ambiental e sanitária.

Claro está que essas ações são incompatíveis com a natureza das atividades desenvolvidas por empresas fornecedoras de mão de obra de serviços de engenharia. Efetivamente, em análise dos relatórios que o Executivo Municipal apresentou à Caixa Econômica Federal sobre os trabalhos sociais, conclui-se que as ações foram executadas diretamente pela Prefeitura, sendo que nada há neles que relacione as atividades desenvolvidas com a empreiteira Barros Construções e Empreendimentos Ltda.

Nesse diapasão, na 'Avaliação Final do Trabalho Técnico Social' produzido pela Caixa está registrado como 'Regime de execução do PTTS' o de administração direta, como 'Entidade Executora' a Prefeitura Municipal de Caxias, e como 'Técnico responsável' a Sra. Maria de Fátima Ligouri Trinta', Secretária Municipal de Ação Social desde 04/2006.

Ainda nessa esteira, no projeto detalhado do trabalho técnico social consta que a equipe técnica seria composta por duas assistentes sociais, uma responsável pela Coordenação Geral, Sra. Maria de Fátima Legoury Trinta, e outras pela coordenação e execução dos trabalhos de campos, Sra. Elizabeth Guimarães Noleto Sousa.

Como mais uma evidência do achado em foco, anota-se a questão dos custos incorridos relativos ao trabalho social. Antes de prosseguir, observa-se que nos demonstrativos elaborados pela Caixa e Prefeitura ocorre uma troca entre os números dos contratos de repasses 192.809-02/2006 e 192.808-02/2006 quando comparados com os existentes nos processos licitatórios, sendo que o presente relato leva em conta os dados existentes nos documentos da licitação.

Feita essa observação, constata-se que o relatório final sobre o desenvolvimento do trabalho social registra que o custo total das ações importou em R\$ 60.000,00, valor esse compatível com o orçamento inicial, porém totalmente divergente do valor contratado com a Barros Construções, R\$ 74.625,00 (valor original de R\$ 59.700,00 aditivado de R\$ 14.925,00).

Assim, evidenciam-se duas realidades distintas: uma, em relação aos recursos que teriam sido realmente desembolsados para as ações de trabalho social, no valor de R\$ 60.000,00, relativos a material de consumo, transporte, eventos, serviços de terceiros e pagamento de assistente social/mobilizadores sociais, cuja fonte não se pode precisar; e a outra, concernente a desembolsos no valor de R\$ 74.625,00, por meio de verbas federais e próprias, pagos a Barros Construções, os quais seriam relativos a serviços contratados que não foram efetivamente prestados pela citada empreiteira, consoante infere-se a partir do anteriormente exposto.

Consigna-se que os processos de pagamentos examinados estavam desprovidos de relatórios de medições e que nas notas fiscais consta texto praticamente padronizado que informa que se trata de serviços de mão de obra de engenharia, bem como o número da medição supostamente realizada.

6.3.4. No que tange ao critério adotado para a responsabilização, remete-se (no subitem 9.4.4 do mencionado relatório – peça 249, p. 37), por similitude, ao mesmo critério adotado no subitem 8.4.4 do mesmo relatório (peça 249, p. 31):

Como responsáveis solidários, devem ser arrolados o prefeito municipal signatário do termo do contrato (*omissis*), portanto responsável por demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos federais recebidos, Sr. Humberto Ivar Araújo Coutinho; o agente público que atestou a prestação dos serviços nas notas fiscais correspondentes (*omissis*), Sr. Vinicius Leitão Machado, Secretário Municipal de Infraestrutura; e a beneficiária dos recursos, a Barros Construções e Empreendimentos Ltda.

6.4. Dessa forma, os recorrentes teriam que apresentar, no âmbito das notas fiscais da Concorrência 8/2006 (vide rol no subitem 6.3.1 deste Exame) e da Nota Fiscal 217 da Tomada de Preços 14/2006, justificativas comprovadas que motivaram a emissão em duplicidade daqueles comprovantes de despesas.

6.5. Em vez disso, os recorrentes alegam que houve falha na reemissão das notas fiscais, perdas dos documentos originários junto à CEF, dentre outras. Preliminarmente, tais justificativas não podem ser aceitas pelo fato de que não foram devidamente comprovadas pelos recorrentes com base na inteligência do brocardo jurídico: *allegatio et non probatio, quasi non allegatio*.

6.6. Fato é que, se existem, injustificadamente, dois comprovantes de despesas, com mesma identificação fiscal, mas com grafias diferentes ou outros elementos distintos, apresentados em momentos ou ocasiões diferentes, e se a finalidade é atestar a boa e fiel aplicação de recursos públicos federais transferidos, ambos os comprovantes se tornam inválidos porquanto inidôneos. Também não se pode aceitar o argumento de falha formal porque havia a possibilidade de obter a segunda via das notas fiscais a partir da documentação enviada à CEF.

6.7. Além disso, quanto à alegação de que houve pagamento único para o valor nela discriminado, entende-se que aceitar esse tipo de argumento seria equivalente a atestar a regularidade de gastos públicos por presunção administrativa, o que não é previsto nas normas que regem o direito administrativo. Ademais, reitera-se a mesma análise da unidade técnica de origem e do MP/TCU, que entenderam que se perdeu o vínculo de nexos causalidade entre recursos recebidos e despesas aplicadas, nos seguintes termos (peça 115, p. 12):

(...) As inconsistências verificadas nas notas fiscais mencionadas comprometem a fidedignidade desta documentação e impedem o estabelecimento do nexo de causalidade entre os recursos recebidos e os supostos gastos efetuados. A unidade técnica bem assinalou o seguinte (peça 110, p. 6):

‘A existência de duas notas fiscais, de mesma numeração, mas com algumas diferenças, quanto à tipologia do número, à grafia dos itens discriminados e à ocupação do espaço disponível para a descrição dos produtos, entre outras, invalida a comprovação dos recursos nelas discriminados. Verifica-se ainda que, em uma das emissões, a Nota Fiscal 432 identifica o processo licitatório como Concorrência 7/2006 (peça 3, p. 9), quando se tratou da Concorrência 8/2006.

O alegado erro humano no envio indevido nas notas fiscais à Caixa para análise das medições não pode ser acatado, e a conduta correta para corrigi-lo seria recuperar o documento junto à instituição bancária oficial (Caixa Econômica Federal), e não reemitir documento fiscal. Assim, não se acatam as alegações de defesa apresentadas’.

6.8. Quanto à parcela de débito referente ao item ‘trabalho social’, melhor sorte não socorre aos recorrentes.

6.8.1. É irrelevante o fato de não haver atestes em notas fiscais em que constem esse item de gasto. A lógica é reversa, houve atestes em notas fiscais cujo somatório não poderia incluir o valor referente à rubrica ‘trabalho social’.

6.8.2. Ao contrário do alegado pelos recorrentes, conforme lançado no subitem 6.3.3 deste Exame, este Tribunal indicou todos os elementos que constituem a inexecução quanto ao item de despesa em discussão.

6.8.3. Com relação à alegação de que o trabalho social foi executado pela Prefeitura de Caxias/MA e de que houve equívoco na prestação de contas, novamente, além de não houver a necessária comprovação documental sobre essas alegações, as informações constantes do plano de trabalho excluem essas possibilidades. Caso se admitisse como verdadeiras as alegações lançadas pelos recorrentes, haveria ocorrência de superfaturamento, haja vista que não houve a redução do montante global do contrato de repasse no exato valor alocado para a parcela destinado ao item ‘trabalho social’.

6.8.4. Aliás, a unidade técnica de origem, além de ter asseverado a incompatibilidade das atividades empresariais da empresa executora com as previstas no ‘trabalho social’, já rebateu esses mesmos argumentos asseverando que: aquele item já estava contido no plano de trabalho; não foram apresentadas provas documentais suficientes sobre os argumentos; e, permanece a irregularidade, nos seguintes termos (peça 110, p. 8), *verbis*:

46. O plano de trabalho (peça 8, p. 6-11) apresentou o objeto como instalação do canteiro de obra, trabalho social, substituição de unidades habitacionais, regularização fundiária e ampliação da rede de distribuição de água, em ação complementar ao PT 192.809-02/2006, que implanta o sistema de esgotamento sanitário. Assim, foi incluído o trabalho social, com as seguintes ações: participação, mobilização e organização comunitária (para criar uma comissão de moradores para acompanhamento

de obra e pós obra; capacitar a comissão de moradores; contribuir para o desenvolvimento de uma ação intersecretarias; sensibilizar os jovens como agentes multiplicadores para preservação das melhorias trazidas pela urbanização; organizar reuniões gerais e com a omissão; atender no plantão social); geração de trabalho e renda e capacitação profissional através da execução dos serviços; e educação sanitária e ambiental (para sensibilizar a população sobre os problemas ambientais e suas consequências na gestão de saúde e qualidade de vida).

47. Os advogados dos responsáveis alegam que esse projeto foi executado pela secretaria municipal de ação social, conforme notas fiscais e outros documentos já juntados aos autos. No momento, não apresentam qualquer documento para embasar suas alegações, que são contrárias ao que conta na documentação anexa a este processo.

48. Na prestação de contas, há a informação da execução das metas do contrato (esgotamento sanitário; trabalho social; produção de unidades habitacionais e regularização fundiária), no valor total de R\$ 10.270.408,30 (peça 2, p. 11), pago totalmente à Barros Construções Empreendimento Ltda., conforme Relação de Pagamentos, no total de R\$ 10.270.411,42 (peça 2, p. 25-26). Assim, se todo o valor foi pago à construtora, incluído a quantia relativa às ações do trabalho social, que, por sua natureza, deveriam ser produzidas pela prefeitura, persiste a irregularidade de que as mesmas não foram executadas pela empresa, apesar de a ela pagas.

6.9. Por fim, tendo em vista que não se reconheceu a desconstituição, total ou parcial, do débito imputado aos recorrentes, entende-se que deva ser mantida a multa a ele aplicada com base no art. 57 da Lei 8.443/1992.

7. Regularidade dos procedimentos licitatórios

7.1. O ex-gestor municipal prossegue alegando que (peça 220, p. 7-8):

a) a sua atuação se restringiu a homologar os certames com base nas informações constantes das adjudicações. Pela Teoria dos Motivos Determinantes, seu juízo de valor de legalidade estava vinculado ao seu *staff* técnico em consonância com o posicionamento do administrador médio;

b) tal posicionamento tem base na repartição das funções, segue o senso comum e tem amparo na jurisprudência deste Tribunal;

c) a aplicação de multa com base em infringência a princípios insculpidos na lei de licitações, fere o Estado Democrático de Direito. Aplicar pena com base principiológica afronta os princípios da legalidade e da reserva legal, sem levar em consideração que as situações de fato em relação ao recorrente descritas nos autos não são sequer vedadas pela Lei 8.666/1993;

d) a ausência de publicidade dos extratos de contrato configura falha meramente formal, mormente o fato de que o objeto foi integral e regularmente cumprido; e

e) enfim:

Os preceitos jurídicos são as armas da condescendência ou do autoritarismo; basta adaptá-lo à situação, quando inexistentes parâmetros concretos e objetivos. Deve haver um mínimo liame entre a falha e o resultado danoso. A suposta amizade e antiga coincidência de endereços entre as empresas, bem como as demais supostas questões apontadas, não provocou nenhum resultado de favorecimento.

7.2. Alexandre Henrique Pereira da Silva, Arnaldo Benvindo Macedo Lima e Neuzelina Compasso da Silva alegam, adicionalmente que (peça 221, p. 3-13):

a) da legalidade da Concorrência 8/2006:

a.1) a ausência de numeração do processo constitui falha meramente formal que não gerou dano ao Erário, a exemplo do que foi decidido no Acórdão 79/2010-TCU-Plenário;

a.2) a publicidade oficial foi devidamente efetuada, seja no DOU, seja no Diário Oficial do Município. Além disso, houve a afixação no quadro mural de avisos da Prefeitura de Caxias/MA;

a.3) é aceitável que apenas um interessado tenha participado da licitação, não havendo interpretação na lei que obrigue a sua revogação. Não há correlação entre a compatibilidade de preços cotados e o número de interessados na licitação, sobretudo pelo fato de não se tratar de convite. Ademais, a proposta estava regular e com oferta de preço adequado;

a.4) a lei de licitação não obriga a Administração a exigir a qualificação econômico-financeira com a apresentação de capital ou patrimônio líquido mínimos para fins de habilitação, nem que sejam esgotados todos os incisos do art. 31 da Lei 8.666/1993. Nos termos do que foi julgado no RESP 402.711/SP, tal requisito pode ser aferido com outros documentos, o que, no presente caso, se deu com a apresentação do certificado de registro cadastral emitido pelo Sicafe, certidões negativas de falência e balanço patrimonial

encerrado em 31/12/1995 (onde constou receita operacional líquida com 10% de valor superior à proposta oferecida), não tendo sido objeto de impugnação por nenhum interessado;

a.5) segundo o conceito estipulado para o ativo circulante da Deliberação CVM 488/2005 (itens 54 e 64), a empresa que se sagrou vencedora detinha o valor aproximado de R\$ 511 mil naquela rubrica. A par disso, não é sustentável a afirmação de que a participante não possuía nenhuma mercadoria para revenda em seu estoque. Além disso, a não exigência de qualificação técnica restou sanada pela Certidão do Sicafe (que compreende os seguintes níveis: credenciamento, habilitação jurídica, regularidade fiscal federal, regularidade fiscal estadual/municipal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira);

b) Da legalidade da Tomada de Preços 14/2006:

b.1) houve regularidade quanto à publicidade do certame na medida em que o aviso foi publicado no DOU, no Diário Oficial do Município e o edital foi afixado no quadro mural de avisos da municipalidade. Por se constituir em falha formal, a ausência de publicação em jornal de grande circulação deve ser relevada, a exemplo do que foi decidido no Acórdão 1.605/2003-TCU-Primeira Câmara;

b.2) a habilitação jurídica da empresa licitante resta devidamente atendida na medida em que a Certidão Simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado do Maranhão informa todos os elementos necessários à análise de sua idoneidade jurídica. Tal documento foi acompanhado pelas cédulas de identidade e de CPF de seus representantes, devidamente autenticados. Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 797.170/MT, firmou entendimento que rigorismos extremos não se coadunam com a finalidade da lei de licitações quando a presença do maior número de licitantes é benéfica para a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa;

b.3) com relação à documentação coincidente apresentada pelas empresas. Tal fato se justifica, tendo em vista que:

b.3.1) a documentação apresentada pelas empresas é obrigatória na maioria dos certames em que participam com objetos semelhantes ao do procedimento em discussão;

b.3.2) essas mesmas empresas já possuem em seu inventário de habilitação toda a documentação acima citada e fazem a juntada delas nos certames em que participam;

b.3.3) tal fato é comum e não pode caracterizar: violação aos termos do edital por representar garantias extras às exigidas; prova de conluio; ou, responsabilidade da comissão de licitações;

b.3.4) as regras do edital são claras e a documentação apresentada pelas empresas é de total responsabilidade de seus representantes legais;

b.4) com relação à autenticidade da certidão do CREA apresentada pela vencedora da licitação, a unidade técnica de origem, apesar de transcrever análise realizada pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão - que registra que o vencimento da mesma se daria em 1/5/2006 e não em 31/12/2006 - não foi juntado o necessário suporte documental o que infringe o direito à ampla defesa e ao contraditório. Aliás, a Resolução/Confea 266/1979 dispõe, em seu art. 3º, que as certidões serão válidas sempre um exercício;

b.5) da inexistência de vinculação entre as empresas licitantes:

b.5.1) na época da licitação, as licitantes não possuíam contadores em comum. O registro cadastral da Receita Federal está desatualizado e consta informações antigas que não refletem a realidade. Tânia Maria foi a responsável, apenas, pelo ingresso da documentação para a abertura das duas empresas nos registros competentes, ficando seu nome registrado como se fosse a contadora de ambas;

b.5.2) ainda que assim não se entenda, inexistente restrição legal para essa situação. É prática comum na administração pública a habilitação de empresas, na mesma licitação, com fornecedores, advogados e outros profissionais, se aplicando a mesma premissa para os contadores;

b.5.3) num pequeno município é justificável ocorrências como a que se constatou;

b.5.4) aliás, nem eram os mesmos contadores. Fábio Roberto era técnico em contabilidade da Santos, Correia Construção e Empreendimentos Ltda., ao passo que Tânia Maria, técnica em contabilidade da Barros Construções e Empreendimentos Ltda. O fato deles serem irmãos não é relevante para a aferição da qual pretende se valer a equipe técnica;

b.5.5) mesmo entendimento em relação à semelhança da estrutura dos formulários de balanço que se dá pelo uso de modelos pré-existentes, que é comum no meio profissional;

b.5.6) não há nenhum registro nos autos de nenhuma sanção, perante o órgão representativo da categoria, que desabone a conduta ética dos mencionados profissionais, constituindo grave sofisma a tentativa de caracterizar a alegada fraude;

b.5.7) a coincidência de endereços se justifica pelo fato das referidas empresas terem ocupado o mesmo espaço em períodos de tempo distintos;

b.5.8) a existência pretérita de sociedade entre os representantes das empresas licitantes, 'não mais existentes na época da realização do procedimento licitatório', não tem o condão de macular o certame. Nem mesmo o fato do sócio-administrador da licitante Santos, Correia Construção e Empreendimentos Ltda., ter assinado como testemunha o contrato de constituição e a segunda alteração contratual da licitante Barros Construções e Empreendimento Ltda. Inexiste vedação na Lei de Licitações quanto à possibilidade de existência de bons relacionamentos entre representantes de empresas licitantes;

b.5.9) todas as ocorrências acima, pelo princípio da livre concorrência e da disputa saudável, não são indicadoras de conluio. Aliás, sob tais circunstâncias, se eximir da participação de licitações pública acarretaria comprometimento do princípio da competitividade;

b.5.10) o que este Tribunal veda é a participação simultânea de empresas com sócios comuns na mesma licitação, não sendo essa a hipótese do presente caso concreto. Em síntese, à época da licitação, as duas empresas licitantes: não possuíam contadores comuns, não estavam estabelecidas no mesmo endereço e não possuíam sócios comuns.

Análise:

7.3. Assiste, em parte, razão aos recorrentes.

7.4. A tese invocada pelo ex-prefeito de Caxias/MA, a despeito de que seus atos nos certames se deram na condição de agente político/superior hierárquico, não pode ser aceita conforme análise já lançada na alínea 'f' do subitem 5.7 deste Exame.

7.5. Também não pode ser aceito o argumento de que a pena de multa foi aplicada, exclusivamente, com base na infringência de princípios. A uma, que o fundamento legal da multa aplicada se deu com base no que dispõe o inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992 e não em algum princípio implícito constitucional, legal ou normativo. A duas, que as imputações se pautaram em atos concretos que redundaram na infringência aos princípios explícitos da administração pública: da legalidade (quanto à ausência de numeração das folhas dos processos de licitação) e da publicidade (ao não publicar os o aviso dos certames em jornal de grande circulação, bem como dos extratos de contratos e aditivos). A três, que, segundo renomado administrativista brasileiro, condutas que violem princípios tem grau de reprovabilidade maior que a transgressão de normas, com efeito:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema subversão aos seus valores fundamentais. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Elementos de direito administrativo, 1986, p. 230).

7.6. Por fim, a última argumentação relativa ao ex-prefeito de Caxias/MA diz respeito à falta de publicação dos extratos dos contratos e dos aditivos, no qual se argumenta tratar de falha meramente formal e pelo fato do contrato ter sido cumprido. Também não se acolhem tais argumentos, pois a análise sobre a gravidade dessa impropriedade está atrelada ao contexto das demais irregularidades e, no presente caso concreto se verifica que não houve numeração dos processos, ocorreu pouca competitividade entre empresas no certame e havia materialidade nas contratações, o que, dito por outras palavras, não se tratava de irregularidade isolada. Já o fato do contrato ter sido cumprido não tem eficácia para sanear esse tipo de irregularidade, já que a publicação do extrato é uma das condições de eficácia da contratação.

7.7. Tendo em vista que unidade técnica de origem acolheu parte das razões de justificativas apresentadas e que, em razão disso, foram invocadas razões recursais desnecessárias, deve-se delimitar, preliminarmente, quais achados controversos que de fato, fundamentam, a aplicação das multas.

7.7.1. As impropriedades remanescentes objeto da audiência dos responsáveis, ora recorrentes (ex-membros da CPL e ex-prefeito do Município de Caxias/MA), constaram nos ofícios de notificações às peças 12, 13, 16 e 17 – irregularidades referenciadas no subitem 9.2 do Relatório de Auditoria do TC 013.939/2009-5 (peça 249, p. 35-36) e que remetem, por similitude, às mencionadas no subitem 8.2 do mesmo relatório. Em síntese (peça 249, p. 27-29):

- a) ausência de numeração de folhas de processo administrativo de licitação;
- b) restrição do caráter restritivo da licitação por ausência de publicação em jornal de grande circulação;
- c) não exigência de qualificação econômico-financeira;

- d) não exigência de qualificação técnica;
- e) ausência de habilitação jurídica da empresa que se sagrou vencedora no certame;
- f) indícios de apresentação de documentação com mesmo formato de duas empresas que participaram do procedimento licitatório;
- g) apresentação de certidão de registro e quitação de pessoa jurídica vencida; e
- h) indícios de vinculação entre duas licitantes.

7.7.2. Dessas irregularidades, as mencionadas nas alíneas 'c', 'd', 'f' e 'g' foram acolhidas pela unidade técnica de origem (peça 110, p. 17-19), permanecendo para análise recursal as aviltadas nas alíneas 'a', 'b', 'e' e 'h'. Conclui-se, assim que as razões recursais invocadas pelos responsáveis às alíneas 'a.4', 'a.5', 'b.3' (e subalíneas) e 'b.4' do subitem 7.2 deste Exame perderam seu objeto motivo pelo qual não serão objeto de apreciação.

7.8. Em relação à ausência de numeração de folhas de processo administrativo de licitação:

7.8.1. Ao contrário do alegado pelos recorrentes, foi apurado, posteriormente, dano ao Erário não sendo aplicável o precedente por eles invocado. Ademais, entende-se que, ainda que não se constatasse a ocorrência de débito, a materialidade da contratação envolvida no âmbito da Concorrência 8/2006 afasta qualquer alegação de ocorrência de falha formal.

7.8.2. Há que se ressaltar, também, que a ausência de numeração de folhas devidamente rubricadas em processos administrativos desse porte abre brechas para que documentos sejam incluídos ou retirados sem qualquer tipo de controle e não permite identificar quais servidores foram responsáveis por essa ou aquela inclusão de peças processuais. Assim, era de se esperar, por parte dos responsáveis, conduta diversa em relação à irregularidade em discussão.

7.9. Quanto à restrição do caráter competitivo da licitação:

7.9.1. No presente caso concreto, a gravidade dessa impropriedade (ausência de publicação em jornal de grande circulação) se relaciona diretamente aos efeitos materiais que dela decorreram.

7.9.2. Não se conhecem os motivos pelos quais os membros da CPL não se atentaram sobre a observância do princípio da publicidade e que poderia ter ampliado o rol de empresas licitantes. No entanto, a partir do momento em que acudiram às licitações apenas uma empresa (no caso da Concorrência 8/2006) e duas empresas (no caso da Tomada de Preços 14/2006), era dever deles o competente saneamento dos autos, com a revogação das licitações, o que não foi por eles providenciado.

7.9.3. A alegação de que houve publicação nos diários dos órgãos oficiais não suprem a irregularidade em questão, pois, além dessas, o Lei de Licitações obriga a sua publicidade, também, em jornal de grande circulação, nos termos do inciso III de seu art. 21 (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994), *verbis*:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. [grifos]

7.9.4. Também não é aceitável a participação de apenas uma ou duas empresas em licitações de médio e grande porte quando seu objeto não guarda características singulares ocasião em que se optou em não se publicar seus respectivos resumos em jornal de grande circulação. Tais características são, justamente, as hipóteses que se verificam nas duas licitações do presente caso concreto.

7.9.5. Por fim, não se pode acolher a alegação de que a proposta estava regular e os preços adequados posto que a infringência à lei não se relaciona apenas à obtenção do melhor preço pela Administração Pública, mas à oportunidade de outras empresas poderem participar do certame.

7.10. Em relação à falta de habilitação jurídica de empresa licitante:

7.10.1. No item 7.1.1 do Edital da Tomada de Preços 14/2006 consta o rol, taxativo, dos documentos referentes à habilitação jurídica (peça 9, 39):

- a) requerimento de empresário, no caso de empresa individual;
- b) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedade por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; e
- c) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício.

7.10.2. Sagrou-se vencedora nessa licitação a empresa Barros Construções e Empreendimentos Ltda. que apresentou, tão somente, Certidão Simplificada emitida pela Junta Comercial do Estado do Maranhão acompanhada de cópias autenticadas das cédulas de identidade e de CPF de seus representantes.

7.10.3. A Lei 8.666/1993 estabelece os requisitos atinentes ao reconhecimento da habilitação jurídica para empresa comercial participar de licitações públicas, dentre os quais, o que dispõe o inciso III de seu art. 28: 'ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores'.

7.10.4. É certo que, no ordenamento jurídico brasileiro, a lei não contém palavras inúteis. Fato é que as exigências de habilitação têm por objetivo atestar se os pretendentes em participar de determinado certame detêm personalidade e capacidade jurídica suficientes para serem titulares de direitos e obrigações perante a Administração Pública.

7.10.5. Nesse contexto, entende-se que a certidão simplificada emitida por junta comercial não supre a documentação referida na parte inicial do inciso III do art. 28 da Lei 8.666/1993 (repisada no Edital da Tomada de Preços 14/2006), posto que inexistente outro normativo legal que autorize, validamente, a substituição de um pelo outro.

7.10.6. Em tese, até se poderia entender a aplicabilidade do precedente judicial invocado pelos recorrentes (Resp 797.170/MT) se ocorresse cumulativamente duas situações: a licitação em discussão tivesse ampla participação de interessados (o que no presente caso concreto não ocorreu) e desde que nenhum daqueles (que apresentaram regularidade na habilitação jurídica) interpusesse recurso contra a participação do beneficiário que apresentou somente a certidão simplificada de junta comercial, ocasião em que o ato poderia se convalidar.

7.11. Com relação à existência de vinculação entre empresas participantes de mesmo procedimento licitatório, assiste razão aos recorrentes:

7.11.1. Os indícios de conluio trazidos pela unidade técnica de origem entre as empresas Barros Construções e Santos Correia Construção (contrapostos pelas alegações dos recorrentes) não se mostram suficientes para o caracterizar possível vinculação entre licitantes como ato que tivesse infringido ao princípio da moralidade administrativa.

7.11.2. A moralidade administrativa é um princípio jurídico de definição subjetiva cuja infringência dever ser constatada de pronto sob as circunstâncias concretas em que se deram os fatos. Entende-se não ser essa a hipótese que se verifica nos presentes autos, uma vez que:

- a) inexistente ilegalidade quanto ao contador das empresas licitantes serem a mesma pessoa;
- b) também não há vedação para que irmãos assinem os respectivos documentos contábeis de duas empresas participantes do mesmo certame;
- c) a par de padronizações existentes no mercado, é possível a apresentação de estruturas de balanços idênticas; e

d) a par da documentação trazida por ambas as empresas na Tomada de Preços 14/2006, entende-se que há dúvidas se os membros da CPL, conduzindo o certame na conceituação do administrador público médio, detinham os instrumentos legais necessários e ferramentas administrativas suficientes que possibilitariam a verificação de sócios em comum no histórico de constituição de empresas diversas, o cruzamento de informações de testemunhas em contratos de constituição empresarial e as possíveis coincidências de endereços.

7.11.3. Assim sendo, acolhem-se, em parte, os argumentos dos recorrentes em relação à imputação quanto à existência de vinculação de empresas licitantes, propondo-se redução proporcional das multas a eles aplicadas.

CONCLUSÃO

8. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) o ex-prefeito municipal, como responsável pela regularidade da prestação de contas, e o ex-secretário de infraestrutura, por ter atestado notas fiscais duplicadas, são partes legítimas para figurar nestes autos;

b) comprovado que foram emitidas notas fiscais duplicadas, espelhadas ou paralelas, com mesmos atestes, não se pode considerar idôneos nenhum desses documentos, para atestar a regularidade na aplicação de recursos públicos federais transferidos por meio de contrato de repasse. Também não se pode considerar regular rubrica de gasto incompatível com objeto social da empresa executora; e

c) sopesada uma das imputações, objeto da oitiva dos responsáveis em audiência, há que ser reconhecida redução proporcional no valor da multa a eles aplicada.

8.1. Com base nessas conclusões, propõe-se que os recursos interpostos por:

a) Vinícius Leitão Machado não seja provido;

b) Alexandre Henrique Pereira da Silva, Arnaldo Benvindo Macedo Lima, Neuzelina Compasso da Silva e Humberto Ivar Araújo Coutinho sejam parcialmente providos, de forma que a multa aplicada a eles, com base no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992, seja reduzida.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, propõe-se, com base nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer os recursos, para, no mérito:

a.1) negar provimento ao recurso interposto por Vinícius Leitão Machado;

a.2) dar provimento parcial ao recurso interposto por Alexandre Henrique Pereira da Silva, Arnaldo Benvindo Macedo Lima, Neuzelina Compasso da Silva e Humberto Ivar Araújo Coutinho, reduzindo o valor da multa aplicada com base no item 9.4 do acórdão recorrido;

b) dar ciência aos recorrentes, aos demais interessados e ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Maranhão do acórdão que vier a ser proferido.”

2. O representante do Ministério Público junto ao TCU anuiu às conclusões da Serur e sugeriu, apenas, alguns ajustes de redação na proposta de encaminhamento (peça 253).

É o relatório.