

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 022.809/2012-0 [Apenso: TC 025.664/2009-4]

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

Entidade: Município de Bacabeira – MA.

Recorrente: Consent - Construtora Serviços e Terraplanagem Ltda. (02.865.068/0001-69).

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. DEFESA SUFICIENTE PARA ALTERAR O ACÓRDÃO RECORRIDO. PROVIMENTO. EXCLUSÃO DA RECORRENTE DA RELAÇÃO PROCESSUAL.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pela empresa Consent - Construtora Serviços e Terraplanagem Ltda., contra o Acórdão 1.080/2016/TCU-Plenário, que, em atendimento ao disposto no art. 69, inciso I, do Regimento Interno do TCU, transcrevo, na íntegra:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 12, § 3º, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 19, 23, inciso III, 28, inciso II, 46, 57 e 58, inciso II, da Lei 8.443/92, c/c os arts. 209, incisos II e III, 210 e 214, inciso III, alínea “a”, 267, 268, inciso II, e 271 do Regimento Interno, em:

9.1 rejeitar as razões de justificativa de Wendell Marcel Calvet Almeida, Regina Maria Coelho e Kanter Engenharia e Consultoria Ltda.;

9.2 rejeitar as alegações de defesa de Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda.;

9.3 julgar irregulares as contas de José Reinaldo da Silva Calvet, Nicon – Construções e Comércio Ltda., Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda. e Inconstrel – Incorporação, Construção, Terraplanagem e Eletrificações Ltda., condenando-os a pagar as quantias discriminadas abaixo, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a data do recolhimento, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Fundeb de Bacabeira/MA, na forma prevista na legislação em vigor;

9.3.1 José Reinaldo da Silva Calvet em solidariedade com Nicon – Construções e Comércio Ltda.:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
45.000,99	15/12/2003

9.3.2 José Reinaldo da Silva Calvet em solidariedade com Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda.:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
----------------------	--------------------

25.620,00	18/3/2003
-----------	-----------

9.3.3 José Reinaldo da Silva Calvet em solidariedade com Inconstrel – Incorporação, Construção, Terraplanagem e Eletrificações Ltda.:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
19.273,27	22/4/2003

9.3.4 José Reinaldo da Silva Calvet:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
16.251,25	13/2/2003
36.250,00	29/8/2003
53.037,11	31/12/2003

9.4. aplicar a José Reinaldo da Silva Calvet, Nikon – Construções e Comércio Ltda., Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda. e Inconstrel – Incorporação, Construção, Terraplanagem e Eletrificações Ltda., com base no art. 57 da Lei 8.443/92, multas individuais nos valores indicados abaixo, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação para que comprovem perante o TCU o recolhimento do respectivo valor aos cofres do Tesouro Nacional, o qual deverá ser atualizado monetariamente, desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se pago após o vencimento:

Responsável	Multa (R\$)
José Reinaldo da Silva Calvet	50.000,00
Nicon	10.000,00
Consent	6.000,00
Inconstrel	5.000,00

9.5. aplicar a José Reinaldo da Silva Calvet, Francisco Nivaldo Silva Ribeiro, Regina Maria Coelho e Wendell Marcel Calvet Almeida, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6 declarar as empresas Nikon – Construções e Comércio Ltda. e Kanter Engenharia e Consultoria Ltda. inidôneas para participarem de licitação na Administração Pública Federal, por 2 (dois) anos;

9.7. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.8. remeter cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e voto:

9.8.1 à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para as medidas que entender cabíveis;

9.8.2 à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Controladoria-Geral da União para as providências necessárias em relação à declaração de inidoneidade das empresas Nikon – Construções e Comércio Ltda. e Kanter Engenharia e Consultoria Ltda.

2. Em preliminar, a Serur propôs o conhecimento do recurso e, quanto ao mérito, inclinou-se pelo seu provimento, por meio da instrução que reproduzo a seguir, com os ajustes de forma

pertinentes, com cujas conclusões e encaminhamento manifestaram-se de acordo os dirigentes da unidade (peças 107/109):

HISTÓRICO

2. Originalmente, estes autos tratavam de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 582/2012/TCU–Plenário, proferido em sede de representação acerca de irregularidades na aplicação de recursos do Fundef pelo município de Bacabeira - MA, no exercício de 2003 (TC 025.664/2009-4, apensado).

3. Nos termos do Relatório (peça 56) que subsidiou o Voto (peça 55) do Acórdão recorrido (peça 54), foram identificadas diversas irregularidades assim descritas:

Foi constatado amplo leque de irregularidades, compreendendo fraude à licitação, pagamentos antecipados, pagamentos sem a prestação dos serviços contratados, recolhimento parcial de contribuição ao INSS descontada de professores, não recolhimento de contribuição ao INSS devida na execução de serviços de reforma de unidades escolares, gastos a maior no transporte escolar, pagamento indevido de combustível a veículos de transporte escolar e registro, em documentos de despesa, de pagamentos, não efetivados, a título de abonos e férias aos professores.

4. O Acórdão atacado tratou da responsabilização de diversas pessoas físicas e jurídicas. Assim, serão discriminados fatos e fundamentos referentes tão-somente ao ora recorrente, sem prejuízo do efeito devolutivo pleno de que se reveste o Recurso de Reconsideração em exame.

5. A partir da instrução que insere no Relatório e Voto que subsidiaram o Acórdão atacado, devem-se extrair alguns excertos que fundamentarão a proposta *in fine*.

6. A recorrente foi condenada em débito solidário com José Reinaldo da Silva Calvet em razão de recebimento de valores sem a contraprestação, ou seja, por serviços não realizados. Contudo, deve-se colacionar excerto do Relatório (peça 56) que subsidiou o Voto condutor do Acórdão atacado:

IV.1. Situação encontrada: pagamento à empresa Consent - Construtora Serviços e Terraplanagem Ltda. do valor de R\$ 25.620,00, mediante cheque 850.158, em 18/3/2003, para execução da reforma das unidades escolares Padre Possidônio Monteiro, São Pedro e Cristo Redentor, sem projeto básico e/ou executivo, orçamentos, planilhas de quantitativos e preços unitários, processo licitatório, contrato e nota fiscal. A CGU consignou, ainda, ter colhido informações junto ao corpo docente, alunos e agentes administrativos dessas escolas de que não foram realizados os serviços contratados. O cheque 850.158, datado de 18/03/2003, comprova o saque à conta do Fundo de R\$ 25.620,00, destinado ao pagamento da Nota Fiscal 615, da mesma data. No âmbito do Ministério Público Federal, os proprietários da Consent, Sr. Raimundo Afonso Ribeiro e Sra. Márcia, sua esposa, afirmaram nunca ter prestado quaisquer serviços ao Município em questão, tendo apresentado na ocasião a Nota Fiscal 615 em branco, nunca tendo sido utilizada.

.....

29. Embora afirme que não emitiu a Nota Fiscal 615, ela consta dos autos, juntamente com a nota de empenho e a ordem de pagamento, emitidas pela prefeitura de Bacabeira (MA) (peça 8, pp. 13-15 e peça 26, pp. 43-46, apenso). No momento, a empresa, apesar de contestar o referido documento, não mostrou ao Tribunal a mencionada nota fiscal em branco, que fora apresentada junto ao Ministério Público. Assim, não houve comprovação da afirmativa, ressaltando-se que o TCU preza pelo princípio da independência das instâncias, ou seja, a apuração na Justiça Federal não impede a apuração nesta Corte de Contas; portanto, as provas deveriam ser trazidas a este processo. Além disso, é importante salientar que o Processo 2857-31.2008.4.01.3700 (número original 2008.37.00.002966-0), em tramitação na 5ª Vara da Justiça Federal do Maranhão ainda não foi concluído, tendo sido intimadas as partes em 16/4/2015 para apresentação de alegações finais.

30. Sobre não ter sido a beneficiária do cheque em comento, da mesma forma, não houve a comprovação de que a empresa não fora a destinatária do cheque, tendo em vista que não foram

juntados ao processo documentos como extrato da conta corrente da Consent no período ou lançamentos em sua contabilidade. O fato de o cheque ter sido sacado diretamente no caixa, sem compensação, não demonstra, por si só, que os recursos não foram para a empresa.

31. Como o TCU se utiliza de prova documental e a Consent não apresentou qualquer documento capaz de confrontar a nota fiscal constante dos autos, como também a nota de empenho e a ordem de pagamento, persiste o indício de que recebeu os recursos federais do Fundef sem que tenha executado os serviços, como demonstrado em vistoria e afirmado pela própria responsável.

IV.9. Desfecho: conclui-se pela declaração da revelia de José Reinaldo da Silva Calvet e pela rejeição das alegações de defesa da Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda., cabendo-lhes a imputação do débito solidário no valor de R\$ 25.620,00, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora cabíveis, calculados a partir de 18/3/2003.

7. Em decorrência dessas irregularidades, a empresa Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda. foi citada por meio Ofício constantes da peça 33 do apenso, apresentou suas alegações de defesa constantes da peça 52 do apenso, cuja análise concluiu pela não comprovação da regular aplicação dos recursos em análise, motivo por que houve o julgamento pela irregularidade das contas da ora recorrente, condenando-a em débito solidário com o Sr. José Reinaldo da Silva Calvet no valor de R\$ 25.620,00, além de ser-lhe aplicada multa de R\$ 6.000,00, tudo nos termos do Acórdão 1080/2016/TCU-Plenário, descrito no primeiro item desta instrução.

8. Irresignado com o *decisum* proferido pelo Tribunal, Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda. interpôs Recurso de Reconsideração (peças 92-93), que passa a ser analisado nos aspectos de admissibilidade e de mérito.

ADMISSIBILIDADE

9. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 95-96), ratificado pelo Relator (peça 98), que concluiu pelo conhecimento do recurso interposto por Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda., suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.3.2, 9.4 e 9.7 do Acórdão 1080/2016/TCU-Plenário.

MÉRITO

10.Delimitação.

10.1. Constitui objeto do presente recurso verificar se houve a realização de despesa no valor de R\$ 25.620,00, pago à empresa Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda., ocorrido em 18/3/2001, sem a contraprestação dos serviços contratados, inclusive no que tange à idoneidade da Nota Fiscal 615, supostamente emitida por essa empresa.

11.Da inexistência de participação da recorrente no débito apurado.

11.1. A recorrente praticamente reproduziu os argumentos já apresentados em sede do processo de tomada de contas especial originária do débito e multa contra os quais se insurge nesse momento processual.

11.2. Além disso, colacionou os seguintes documentos, a fim de afastar os fatos ensejadores do julgamento pela irregularidade de suas contas, do débito e da multa que lhe foram imputados:

- a) extratos bancários da conta corrente da empresa compreendendo o período de 31/12/2002 a 31/12/2003 (peça 92, p. 14-26, e peça 93, p. 1-13);
- b) nota de empenho – peça 93, p. 15;
- c) nota fiscal 615, emitida, supostamente pela recorrente, no exato valor. (peça 63, p. 16);
- d) nota fiscal 615 em branco da empresa Consent (peça 63, p. 22);
- e) Termo de Depoimento de Testemunha na Justiça Federal, Seção Judiciária do Maranhão – 5ª Vara (peça 63, p. 25-26).

Análise

11.3. A análise dos argumentos apresentados em sede do presente Recurso de Reconsideração será procedida de acordo com o confronto entre os argumentos apresentados pela recorrente e os documentos constantes dos autos.

11.4. O Termo de Depoimento de Testemunha na Justiça Federal, Seção Judiciária do Maranhão – 5ª Vara, colacionado à peça 63, p. 25-26, *de per si*, não possui o condão de afastar as irregularidades que são imputadas ao recorrente. Qualquer termo de depoimento ou declaração assinada identifica tão-somente o signatário da informação, mas não necessariamente faz prova das informações ali declaradas. Ademais, vige no ordenamento jurídico brasileiro a independência entre as instâncias civil, penal e administrativa. A partir dessa independência, é possível que uma pessoa seja responsabilizada simultaneamente nas três instâncias por um mesmo fato, sem que dessa responsabilização emergja a vedação ao *bis in idem*.

11.5. Ainda que haja essa independência, pode a esfera penal repercutir nos âmbitos cível ou administrativo em razão de duas hipóteses: inexistência dos fatos ou negativa de autoria. Assim, em processo penal, quando restar afastada a responsabilidade de agente público em processos perante o TCU por negativa de autoria ou inexistência dos fatos, restará também afastada sua responsabilidade perante o TCU, tudo em harmonia com o princípio de inafastabilidade do Poder Judiciário em razão de lesão ou ameaça a direito, conforme preceituado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

11.6. Uma vez não juntada sentença absolutória decorrente de inexistência dos fatos ou negativa de autoria, esse documento, por si só, não elide as irregularidades atribuídas à empresa Consent.

11.7. Um dos fundamentos ensejadores do acórdão consiste exatamente no fato de a empresa Consent não haver juntado documentos probatórios do afastamento de sua responsabilização, que a seguir se transcreve novamente em razão da pertinência e da proposta que se pretende formular *in fine* (peça 56 e item 6 desta instrução):

Como o TCU se utiliza de prova documental e a Consent não apresentou qualquer documento capaz de confrontar a nota fiscal constante dos autos, como também a nota de empenho e a ordem de pagamento, persiste o indício de que recebeu os recursos federais do Fundef sem que tenha executado os serviços, como demonstrado em vistoria e afirmado pela própria responsável.

11.8. Parece não haver dúvidas acerca dos indícios de fraude apurados pela Unidade Técnica e que fundamentou o acórdão recorrido. Contudo, deve haver o liame subjetivo do nexo de causalidade da empresa recorrente entre o fato irregular e o dano causado, sob o trinômio da teoria de responsabilização: fato, dano e nexo entre a conduta da pessoa e o dano causado. Sob esse aspecto, passa-se a analisar os documentos agora juntados pela empresa Consent.

11.9. Consta nos autos cópia da Ordem de Pagamento nº 7, emitida pelo município de Bacabeira/MA (peça 8, p. 13, do processo apenso), em que não consta a assinatura do recebedor do suposto pagamento. Embora o extrato de p. 15, da peça 8, do apenso, contenha a especificação do cheque 850.158 no valor de R\$ 25.620,00, não é possível atribuir esse valor à empresa Consent. Também consta nos autos extrato da conta da empresa Consent (peça 92, p. 14-26, e peça 93, p. 1-13), em que não se verifica depósito de igual valor.

11.10. Outro fato que milita a favor do recorrente consiste em nota de empenho, pagamento e nota fiscal emitidas no mesmo dia, o que é pouco comum e acena no sentido de fraude. Contudo, ainda que existam esses indícios, a partir dos documentos constantes nos autos, não há possibilidade de preempitoriamente atribuir essa possível fraude à empresa Consent.

11.11. Também fundamentou o julgamento contra o qual se insurge a recorrente o fato de não haver trazido aos autos a nota fiscal nº 615 em branco, como mencionou que apresentara à Justiça Federal. Agora traz tal documento (peça 63, p. 22). É bastante comum haver a fraude instrumentalizada por meio de “nota fiscal calçada”, onde empresa e terceiro emitem diferentes

notas fiscais a partir de uma única nota, mas utilizando-se de vias diferentes. Ainda que tenha sido esse o caso, não há documentos nos autos que permitam estabelecer nexos entre a Consent e a irregularidade apurada.

11.12. Além disso, deve ser consignado excerto da Nota Técnica 66/2006, emitida pela Procuradoria da República no Estado do Maranhão, no âmbito do efeito devolutivo pleno que norteia a atuação desta Corte de Contas no caso concreto (peça 2, p. 25, do apenso), *in verbis*:

2. CONSENT CONSTRUTORA SERVICOS E TERRAPLANAGEM LTDA - CNPJ 02.865.068/0001-69

Visitamos o endereço constante na nota fiscal nº 615, às fls. 245, Rua 5/Edmundo Calheiros no bairro do São Francisco e fomos informados que a CONSENT havia se mudado para o edifício Century no bairro de São Marcos.

No novo endereço, à Av. dos Holandeses, nº 14 – sala 307 - Edf. Century Multiempresarial, no bairro de São Marcos, fomos recebidos pelo proprietário da CONSENT, Sr. Raimundo Afonso Ribeiro e sua esposa, Sra. Márcia, que nos informaram estarem em fase de instalação no novo endereço.

Informaram, ainda, que não prestaram serviços para a Prefeitura de Bacabeira e apresentaram o bloco de notas fiscais, onde consta a nota fiscal nº 615 sem ter sido emitida ou retirada do bloco, conforme cópia reprográfica anexa, produzida em minha presença.

A cópia da cópia da nota fiscal nº 615, juntada às fls. 245 e a do bloco original, sem uso, apresentada pela CONSENT, são idênticas.

Em virtude da semelhança entre as notas, cremos tratar-se de blocos de notas paralelas - documento emitido por empresa constituída regularmente, com numeração e série idênticas às de talonário de impressão autorizada.

O Sr. Raimundo Afonso Ribeiro, forneceu o seu telefone residencial (...) e do escritório de sua esposa, Sra. Márcia (...), no caso de necessidade de outras informações. (grifou-se)

11.13. Ainda que se trate de blocos de notas paralelas, como mencionado pelo Ministério Público no Maranhão, sem desconsiderar a inversão do ônus da prova, aplicada no caso concreto, os documentos constantes nos autos, analisados em conjunto e em confronto, acenam no sentido de possibilitar o acolhimento dos argumentos recursais, uma vez não caracterizada, em princípio o liame subjetivo da conduta da empresa Consent e as irregularidades que lhes são imputadas.

11.14. Registre-se que o provimento ao presente Recurso de Reconsideração não afasta a obrigação do outro responsável condenado solidariamente com a empresa Consent recolher o valor que lhe fora imposto, motivo por que remanesce observado o princípio da indisponibilidade do patrimônio público que deve nortear a ação de toda a Administração Pública, onde se inclui esta Corte de Contas.

CONCLUSÃO

12. Desta forma, devem ser acolhidos os argumentos apresentados por Consent - Construtora Serviços e Terraplanagem Ltda., a fim de julgar suas contas regulares com ressalva, tornando insubsistente a multa que lhe fora aplicada por meio do Acórdão 1.080/2016/TCU-Plenário, motivo por que se deve dar provimento ao Recurso de Reconsideração em análise.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo com fundamento nos art. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, combinado com o art. 281 do RI/TCU, nos seguintes termos:

a) conhecer do Recurso de Reconsideração interposto por Consent - Construtora Serviços e Terraplanagem Ltda., para, no mérito, dar a ele provimento;

b) dar nova redação ao item 9.2 do Acórdão 1.080/2016/TCU-Plenário, que passa a ter a seguinte redação:

“9.2 acolher as alegações de defesa de Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda.”;

c) julgar regulares com ressalva as contas da empresa Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda., excluindo-a do item 9.3 do Acórdão 1.080/2016/TCU-Plenário;

d) excluir dos itens 9.3.2 e 9.4 a menção à empresa Consent – Construtora, Serviços e Terraplanagem Ltda. do Acórdão 1.080/2016/TCU-Plenário;

e) comunicar à recorrente e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte, acompanhada do relatório e voto que a subsidiarem.

3. O Ministério do Público junto a este Tribunal, representando nos autos pela Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, manifestou de acordo com a unidade técnica, nos seguintes termos (peça 110):

(...)

8. Esta representante do Ministério Público coloca-se de acordo com as conclusões da Serur. O conjunto de elementos trazidos no recurso (nota fiscal a indicar fraude contra a empresa, extratos bancários e conclusões periciais do MPF) demonstra a não culpabilidade pelos fatos irregulares imputados à recorrente. Tudo leva a crer que a empresa foi usada por terceiros para o desvio dos recursos do Fundef. Ademais, observa-se que na ação civil pública de improbidade administrativa que investiga os mesmos fatos figura como réu apenas o Senhor José Reinaldo da Silva Calvet, e não a empresa recorrente (peça 93, pp. 24).

9. Em relação ao encaminhamento, porém, entende-se que a empresa deva ser excluída da relação processual ao invés de ter suas contas julgadas regulares com ressalva, como propõe a Serur. A Consent – Construtora Serviços e Terraplanagem Ltda. foi arrolada como responsável porque sobre ela recaíram dúvidas quanto a ser a efetiva recebedora dos recursos de uma despesa não executada. No entanto, demonstrado agora que sua responsabilidade estava alicerçada em uma nota fiscal falsa, não há porque julgar suas contas pelo objeto deste processo quando se evidencia que nenhuma relação a empresa manteve com o ente municipal.

10. Pelo exposto, esta representante do Ministério Público opina para que, além do conhecimento e provimento do Recurso de Reconsideração, com afastamento do débito e multa, seja a empresa Consent – Construtora Serviços e Terraplanagem Ltda. excluída da relação processual, sem julgamento de contas. Nos termos do art. 161 do Regimento Interno, a defesa da recorrente não aproveita ao outro responsável solidário pelo débito de R\$ 25.620,00 do subitem 9.3.2 do acórdão recorrido, dado que a matéria do recurso se revestiu de circunstâncias objetivas.

É o relatório.