

TC 013.348/2017-5

Natureza: Tomada de Contas Especial

Unidade Jurisdicionada: Município de Eusébio - CE.

Responsáveis: Acilon Gonçalves Pinto Júnior (091.881.853-20); Antonia Valnia Silva da Fonseca (263.165.103-06); Glenda Guerra de Assis Ferreira (740.891.613-04); Mega Construções Projetos e Servicos Ltda (05.521.664/0001-10)

DESPACHO

Trata-se de pedido de prorrogação de prazo para apresentação de alegações de defesa e vista integral dos autos formulado por Acilon Gonçalves Pinto Júnior (peça 64).

2. O responsável informa que não teve acesso à íntegra do processo, motivo pelo qual não conseguiria exercer com plenitude suas garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, mormente por não saber o teor dos documentos que subsidiariam sua citação nos presentes autos.

3. Ao examinar o pedido, a unidade instrutora sugeriu a prorrogação de prazo e o indeferimento do acesso às peças 3-9 e 36-39 do presente processo, obtidas mediante compartilhamento de provas pelo Poder Judiciário. Sugere que o acesso a tais peças seja solicitado pelo responsável à autoridade remetente (peça 65).

4. Por meio de minha Assessoria, solicitei que a unidade instrutora examinasse a pertinência ou não dos documentos apontados como sigilosos na instrução com a defesa do responsável antes de me pronunciar quanto aos pedidos formulados, o que foi atendido (peça 67).

5. O exame complementar concluiu que as peças 3-9 e 37-39 possuem alto grau de relevância à defesa do responsável. Já a peça 36 conteria relatório da CGU referente a outros assuntos, não possuindo a mesma relevância que aqueles.

6. É indubitoso que o exercício do direito de defesa requer o pleno acesso aos documentos que lhe sejam pertinentes, conforme garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Afinal, só se defende daquilo que se conhece. No caso em exame, a pertinência das peças 3-9 e 37-39 para o exercício de defesa já foi demonstrada. Contudo, a solução encontrada pela unidade instrutora não me parece apropriada, pelas razões aduzidas seguir.

7. De início, observo que, anteriormente, já havia deferido o pedido de acesso às peças 3-9 por meio do despacho de peça 20, no qual me manifestei de acordo com a proposta da unidade instrutora (peça 19). Restaria, portanto, analisar o pleito quanto às peças 37-39. Contudo, a partir do exame do conteúdo desses documentos, em cotejo com os ofícios de citação dos responsáveis, verifico vícios de duas ordens: (a) citação e (b) competência. Explico.

8. Como se sabe, a citação é a comunicação processual dirigida para que o responsável apresente defesa quanto à ocorrência de uma irregularidade com dano quantificado, ou comprove o recolhimento do débito. Para tanto, deve trazer, em juízo de cognição sumária, os elementos que caracterizem a responsabilização, de forma a oportunizar ao responsável contraditar as provas, bem como apresentar os elementos de defesa. Há a necessidade, portanto, de especificar, minimamente,

a irregularidade, com a descrição da norma infringida, a conduta praticada (ação ou omissão, dolosa ou culposa), o nexos de causalidade entre esta e o ilícito e a quantificação do dano.

9. Conforme descrito no ofício de peça 46, o responsável, então prefeito municipal à época dos fatos, foi citado em razão da seguinte irregularidade:

9.1. “**licitação direcionada e pagamentos irregulares** à empresa Mega Construções Projetos e Serviços Ltda., com recursos do convênio MS/FNS 802/2005, celebrado com o Município do Eusébio/CE, Siafi 555877, o qual teve como objeto a construção de sistema de esgotamento sanitário na localidade de Precabura, naquele município, em consequência de contrato decorrente da Tomada de Preços 2006.02.01.0003, tendo em vista **indícios de que a empresa contratada não tinha existência efetiva**, conforme o Relatório de Demandas Especiais 00190.027281/2008-13 da Controladoria-Geral da União (CGU);” (destaquei)

10. A conduta apontada pela unidade técnica foi:

10.1. “na qualidade de Prefeito Municipal do Município do Eusébio/CE, não supervisionou adequadamente a Tomada de Preços 2006.02.01.0003 e nem a execução do contrato com a Mega Construções Projetos e Serviços Ltda., referentes aos serviços em tela;”

11. Observa-se, do exposto, que a citação se fundamentou em direcionamento de licitação e “indícios de que a empresa contratada não tinha existência efetiva”, apontados no Relatório de Demandas Especiais 00190.027281/2008-13 da Controladoria-Geral da União (CGU).

12. Quanto ao direcionamento, caberia à unidade instrutora apontar quais atos, praticados nas fases interna e externa do certame licitatório, possibilitaram fraudar a competição do certame e, assim, induzir a contratação da empresa. Contudo, a instrução que precede a citação dos responsáveis não traz esses elementos.

13. Em relação à inexistência efetiva da contratada (empresa de fachada), segundo jurisprudência desta Corte, nessas hipóteses, não há como se demonstrar o nexos de causalidade entre os recursos repassados ao ente federativo (execução financeira) e a execução física do objeto ajustado, tendo em vista que, por se tratar de empresa fictícia, terceiro executou a obra. Presume-se, nesses casos, o dano, diante da impossibilidade de comprovação da regular aplicação dos recursos.

14. Em geral, a inexistência efetiva da contratada é demonstrada por meios indiretos de prova, indícios, tais como incompatibilidade entre a estrutura administrativa e operacional da empresa com a dimensão dos serviços contratados, ausência de sede ou de empregados declarados na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), ausência de registro no Cadastro Específico do INSS (CEI), tempo de funcionamento, entre outros.

15. A citação, para esse ilícito, deveria apontar justamente os indícios que embasam a conclusão de que a empresa de fato não existe, especificando os elementos de prova que sustentam esta constatação, de forma a possibilitar o efetivo contraditório.

16. A par do exposto, verifico que a necessidade de acesso às peças 3-9 e 36-39 do presente processo, obtidas mediante compartilhamento de provas pelo Poder Judiciário, decorreu de falhas na citação, que não possibilitou o exercício de um dos três sub-direitos provenientes do princípio do contraditório, direito a informação, conforme, inclusive, dispõe o enunciado da Súmula TCU 98:

“Em processo de tomada ou prestação de contas, ao ser citado o responsável, para os fins de direito, impõe-se que lhe sejam presentes os dados ou elementos indispensáveis à caracterização da origem ou proveniência do débito apurado.”

17. Quanto ao vício de competência, a unidade instrutora decidiu desconsiderar a personalidade jurídica da contratada para realizar a citação de seus sócios, diante dos indícios de que havia um esquema envolvendo empresas fictícias para fraudar a licitação.

18. Conforme disposto no § 1º do art. 157 do Regimento Interno do TCU, pode o relator delegar ao titular da unidade técnica a realização de atos de natureza ordinatória, pois desprovidos de conteúdo decisório propriamente dito. Assim são os atos que ordenam a citação e a audiência de responsáveis, por exemplo. Conquanto tragam algum tipo de decisão, trata-se de um juízo provisório, preliminar, de chamar o responsável para que apresente defesa, ato processual que precede o julgamento desta Corte de Contas.

19. Não é esse o caso da desconsideração da personalidade jurídica, decisão que não pode ocorrer por delegação de competência, uma vez que pressupõe um julgamento sobre a ocorrência de “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial” (art. 50 do Código Civil).

20. Com base nesse entendimento, a instrução de peça 44 propôs:

“Autorizar, nos termos do Acórdão 2.589/2010-TCU-Plenário (item 9.9), a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Mega Construções Projetos e Serviços Ltda. (CNPJ 05.521.664/0001-10), a fim de alcançar e responsabilizar os sócios (Sr. Glenda Guerra de Assis Ferreira, CPF 740.891.613-04, e Sr. Antônia Valnia Silva da Fonseca, CPF 263.165.103-06), haja vista que apurações no âmbito da Polícia Federal e do Ministério Público Federal levam a concluir tratar-se de empresa fantasma ou de fachada, usada pelos sócios e terceiros, para fraudar licitações e desviar recursos federais.”

21. O item 9.9 do Acórdão 2.589/2010-TCU-Plenário, mencionado na instrução preliminar de citação, expediu determinação à Segecex para que “oriente as unidades técnicas que lhe são subordinadas no sentido de que a citação de sócios ou administradores de empresa mediante desconsideração da personalidade da pessoa jurídica **depende de prévia concordância do relator do feito**, não se encontrando inserida no rol de competências a elas delegadas com base no art. 157, § 1º, do Regimento Interno/TCU”.

22. Contudo, não obstante o alerta trazido na instrução de peça 44, quanto à observância da orientação consignada no Acórdão 2.589/2010-TCU-Plenário, o Diretor, por meio do pronunciamento de peça 45, deu prosseguimento ao feito, autorizando a citação dos sócios da contratada (peças 48 e 50).

23. Em face do exposto, retorno os autos à unidade instrutora para que promova o devido saneamento do processo, diante das falhas verificadas na citação do responsável e da impossibilidade de decretação da desconsideração da personalidade jurídica por delegação de competência.

Brasília, 12 de julho de 2019.

(Assinado Eletronicamente)

Ministro BRUNO DANTAS

Relator