

Voto

Em exame tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 1.298/2014-Plenário (peça 1), alterado pelo Acórdão 1510/2014-Plenário (peça 3), acerca de auditoria realizada no Município de Cascavel/CE, com cerca de 85.000 habitantes (TC 015.160/2012-2), com vistas à verificação da aplicação dos recursos repassados mediante Contrato de Repasse 233293-55, celebrado mediante o Ministério das Cidades, representado pela Caixa Econômica Federal, tendo por objeto a construção de 39 unidades habitacionais no valor de R\$ 742.800,00, sendo que R\$ 705.660,00 seriam repassados pelo Ministério e R\$ 37.140,00 a título de contrapartida municipal.

2. O trabalho originador desta TCE consistiu em auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Cascavel - CE, no primeiro semestre de 2012, tendo como objetivo verificar, no âmbito da Rede de Controle, a regular aplicação de recursos federais relativos aos programas federais e transferências voluntárias descentralizadas pela União ao Município de Cascavel, no Estado do Ceará, em especial ao exame de três contratos de repasse (280319/2009, 233293-55 e 330081-54/2010). No relatório da equipe de auditoria (peça 5), evidenciaram-se indícios de irregularidades graves relacionadas à licitação simulada, conluio para formação e alinhamento de preços, contratação de empresa sem capacidade operacional, ausência de nexo de causalidade entre os recursos repassados e a execução do objeto e ausência de manutenção de parte de obra executada, o que fundamentou a conversão daqueles autos nesta TCE e a citação dos responsáveis, inclusive dos sócios das empresas envolvidas (Construtora Criativa Ltda. e Construtora Panamá Ltda.), mediante a desconsideração das respectivas personalidades jurídicas.

3. Relembro que todo o procedimento licitatório referente ao Contrato de Repasse 233293-55, estimado em R\$ 473.258,83 para cada um dos dois loteamentos (TC 015.160/2012-2, peça 5, p. 33), foi realizado na gestão do ex-prefeito Sr. Eduardo Florentino Ribeiro (gestão 2005-2008), no entanto, a obra só teve início na gestão do Sr. Décio Paulo Bonilha Munhoz (gestão 2009-2012).

4. Três empresas participaram da licitação (Construtora Panamá Ltda., Construtora Criativa Ltda. e Trevo Construções), sendo que a primeira fora vencedora da tomada de preços 2008.09.23.01, ao valor inicial global de R\$ 726.422,67 (TC 015.160/2012-2, peça 6, p. 81), e a última fora inabilitada em razão de apresentar documentos sem autenticação (TC 015.160/2012-2, peça 5, p. 47).

5. Na mesma data em que o resultado foi proclamado, 14/10/2008 (TC 015.160/2012-2, peça 5, p. 48), a Secretária do Trabalho e Ação Social, Sra. Maria Jane Dantas de Sousa Silva, e o Ordenador de Despesas da Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Infraestrutura, Sr. César Rogério Lima Cavalcante, assinaram o termo de homologação e adjudicação do certame (TC 015.160/2012-2, peça 6, p. 76), tendo sido celebrado o contrato com a Construtora Panamá, em 10/11/2008 (TC 015.160/2012-2, peça 6, p. 84), mesma data em que a ordem de serviço foi assinada (TC 015.160/2012-2, peça 6, p. 85).

6. A Caixa, no entanto, somente autorizou o início das obras em 17/8/2009, já durante a gestão do Sr. Décio Paulo Bonilha Munhoz. A despeito das diversas solicitações recebidas para autorização de saque dos recursos do Contrato de Repasse, houve a liberação apenas de duas parcelas, em 14/9/2010 e em 14/4/2011 (peça 97, p. 1, 2, 25 e 45).

7. De acordo com proposta contida já no relatório de auditoria apreciado pelo Acórdão 1.298/2014-Plenário (peça 1), foram promovidas as citações de dezessete responsáveis, a saber: Antônio Marcos Félix da Silva e Willami de Sousa Paiva (CPF 653.945.853-34), respectivamente, sócio-administrador e sócio da Construtora Panamá Ltda.; Maria de Fátima Lima Nobre, sócia-administradora da Construtora Criativa Ltda.; Eduardo Florentino Ribeiro, ex-prefeito municipal (gestão 2005-2008); Maria Jane Dantas de Sousa Silva, Secretária municipal de Trabalho e Ação Social (gestão 2005-2008); César Rogério Lima Cavalcante, ordenador de Despesa da Secretaria de

Desenvolvimento Urbano e Infraestrutura (gestão 2005-2008); Francisca Silva Rodrigues, presidente da comissão de licitação; José Cláudio de Castro Lima e Maria Joselita Cruz, ambos membros da comissão de licitação (gestão 2005-2008); Décio Paulo Bonilha Munhoz, ex-prefeito municipal (gestão 2009-2012); Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos, também sócio-administrador da Construtora Panamá Ltda.; Júlia Maria Martins Boto, sócia da Construtora Criativa Ltda.; Construtora Criativa Ltda. e Construtora Panamá Ltda.; além de Edvaldo Cunha Fontenelle, José Maria de Vasconcelos e Veríssimo Aguiar dos Santos, todos sócios da Construtora Criativa Ltda.

8. Dos responsáveis citados, nove apresentaram alegações de defesa, sendo que permaneceram silentes os Srs. Antônio Marcos Félix da Silva e Willami de Sousa Paiva, sócios da Construtora Panamá, e a Sra. Maria de Fátima Lima, sócia administradora da Construtora Criativa, bem como os Srs. César Rogério Lima Cavalcante, ordenador de despesa, e José Cláudio de Castro Lima, membro da CPL, e a Sra. Francisca Silva Rodrigues, presidente da CPL.

9. Aproveito para destacar que, após Despacho de peça 86, foram realizadas novas tentativas de citação pela via postal dos três responsáveis citados na parte inicial do parágrafo anterior, as quais novamente mostraram-se infrutíferas, consoante sintetizado às peças 177 e 187, ensejando-se citações pelas vias editalícias (peças 178-181).

10. Após ter examinado as defesas dos responsáveis à luz dos elementos constantes dos autos, a unidade técnica manteve a proposta anterior (peças 79-81) e, com a chancela do *Parquet* especial (peça 195), propõe, em síntese excluir da presente relação processual os Srs. Edvaldo Cunha Fontenelle, José Maria de Vasconcelos e Veríssimo Aguiar dos Santos, todos sócios da Construtora Criativa Ltda.; julgar irregulares as contas dos demais, condenando-os ao pagamento de débito apurado no valor de R\$ 168.184,73, em valores históricos; bem como a declaração da inidoneidade das Construtoras Panamá e Criativa (peças 187-189).

11. Acolho a essência da referida proposta de encaminhamento e a respectiva análise, a qual adoto como razões de decidir, à exceção da condenação em débito dos membros da comissão de licitação, da Construtora Criativa (empresa não contratada) e respectivos sócios, consoante ressalvado nos itens 27, 40 e 41 do presente Voto.

12. Quanto às irregularidades identificadas, ganha destaque a significativa semelhança em vários dos preços ofertados, inclusive em centavos, pelas duas únicas empresas que participaram da etapa classificatória do certame: Construtoras Panamá e Criativa (peças 72-73).

13. A mencionada coincidência de preços pode ser visualizada a partir dos Anexos I e II da instrução transcrita no relatório que acompanha este Voto e, por exemplo, nas propostas de preço para o loteamento novo Cascavel, em itens como “Limpeza do Terreno” a R\$ 103,60, “Locação da Obra - execução de Gabarito” a R\$ 100,91, “Tubo PVC Esgoto 40 MM” a R\$ 53,52, para ambas as empresas.

14. Considero que a menção à adoção de índices, aplicados a partir do orçamento-base elaborado pela Administração, não minimiza a constatação instrutória, dada a homogeneidade entre os deflatores aplicados (peças 72-73).

15. Além disso, a estrutura operacional da empresa contratada, Construtora Panamá Ltda., sinalizava ausência da necessária capacidade técnico-operacional. A este respeito, a unidade técnica relata que, mediante pesquisa realizada junto à RAIS (peça 36), no exercício 2008, a licitante possuía apenas um empregado e, nos anos de 2009-2011, somente dois. Por outro lado, a empresa havia sido contratada para execução de outras obras vencidas de municípios cearenses (peças 26-28), consoante descreve a Secex-CE:

(Carnaubal - 2007 – R\$ 431.095,37; Carnaubal, Tamboril, Uruburetama, Graça, Croatá, Sobral e Ibiapina – 2008 - R\$ 1.035.451,14; Uruburetama – 2009 - R\$ 144.133,49), consoante dados extraídos do site do Tribunal de Contas dos Municípios (www.tcm.ce.gov.br), comprova-se

efetivamente que a empresa não detinha as condições para execução da obra analisada e, portanto, demonstra a sua plena incapacidade operacional (item 3.2.1).

16. Além do mais, à luz da incompatível quantidade de empregados registrados e da farta jurisprudência no sentido de que o ônus da prova da regular aplicação dos recursos, em Direito Financeiro, compete ao gestor, considero robustas as evidências de que as obras não foram executadas pela empresa contratada.

17. Observo, a propósito, que a contratação de empresa sem capacidade operacional constituía o cerne do *modus operandi* da organização criminosa que teria se instalado no Estado do Ceará, revelada pela Operação Gárgula.

18. Aproveito para lembrar que foram identificadas irregularidades semelhantes na contratação decorrente do Contrato de Repasse 280319/2009 celebrado com o município de Cascavel/CE, também avaliado na auditoria seminal e resultante na tomada de contas especial a que se refere o TC 014.148/2014-5, sob relatoria do Ministro André Luís de Carvalho.

19. Sigo portanto, em linhas gerais, o entendimento consignado na derradeira instrução lançada aos autos (peça 187), segundo o qual não restou elidido o entendimento acerca da ausência denexo de causalidade entre os recursos e as obras realizadas, devido à falta de capacidade operacional da empresa executora, pois possuía formalmente apenas um único funcionário durante a execução da obra, contratado em período anterior à celebração do contrato, tampouco foi demonstrada, por ocasião das alegações de defesa, essa capacidade operacional ou os empregados relacionados, por meio de documentação hábil, como contratos de trabalho, guias de recolhimento previdenciário e do FGTS, cópias de rescisões de contratos de trabalho etc.

20. No que diz respeito às responsabilidades, em primeiro lugar, restou claro que os Srs. Edvaldo Cunha Fontenele, José Maria Vasconcelos e Veríssimo Aguiar dos Santos ingressaram no quadro societário da Construtora Criativa respectivamente em 5/7/2011, 16/3/2010 e 16/3/2010 (peça 38, p. 26-29), ou seja, em data posterior aos fatos imputados como irregulares. Dessa forma, tais responsáveis devem ser excluídos da presente relação processual, consoante proposta pela Sec-CE.

21. Em sentido oposto, devem ser declarados revéis, nos termos sugeridos pela unidade técnica, os Srs. Antônio Marcos Félix da Silva, Willami de Sousa Paiva e a Sr. Maria de Fátima Lima Nobre e, a despeito da omissão instrutória, os Srs. César Rogério Lima Cavalcante e José Cláudio de Castro Lima e a Sra. Francisca Silva Rodrigues, nos termos do art. 12, §3º, da Lei Orgânica.

22. Em outro giro, quanto ao Sr. Eduardo Florentino Ribeiro e à Sra. Maria Jane Dantas de Sousa Silva, vale destacar que, a despeito do silêncio da unidade técnica, em resposta ao ofício citatório, tais responsáveis apresentaram peça intitulada “Recurso de Reconsideração” (peças 35 e 63), a qual foi integralmente considerada para fins de alegações de defesa.

23. Quanto aos membros da comissão de licitação, Sras. Francisca Silva Rodrigues e Maria Joselita Cruz e Sr. José Cláudio de Castro Lima, considero que, a partir do exame visual das duas únicas propostas de preço sob análise, seria possível a constatação do alinhamento entre elas, as únicas a participarem da etapa classificatória do certame.

24. Assim, ao contrário do que afirma a Sra. Maria Joselita da Cruz em sua defesa (peças 163-164), tal averiguação não representaria extrapolação das exigências licitatórias ou atribuições da comissão previstas na legislação. Não se pode afastar o poder-dever da comissão ou da autoridade superior de realizarem diligências visando esclarecer ou complementar a instrução do procedimento administrativo (Lei 8.666/1993, art. 43, § 3º) ou a necessidade de se avaliar a coerência dos preços ofertados (art. 48, inciso II).

25. Ainda em razão da análise das alegações de defesa apresentadas, à análise instrutória acresço que considero suficientes os indícios presentes nos autos que apontam para a contratação de empresa sem capacidade operacional mediante fraude à licitação. A este respeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que “*indícios vários e coincidentes são prova*”, e tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações.
26. Destarte, considero inafastada a responsabilidade dos membros da Comissão de Licitação pela irregularidade em tela.
27. No entanto, dada a insuficiência de documentos nestes autos que comprovem de forma inequívoca a montagem da licitação pelos membros em conluio com os demais agentes, para o fim de desviar os recursos, e considerando que não atuaram na fase de liquidação da despesa como os ex-secretários municipais, atenho-me a considerar que foram partícipes, de forma omissiva ou comissiva, apenas da fraude à licitação, de modo que proponho a este Tribunal julgar irregulares as contas, no que tange a esses responsáveis, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “b”, e 19 da Lei 8.443/1992, e aplicar-lhes a multa prevista no art. 58, incisos I, da referida lei, deixando assim de responsabilizá-los pelo débito, cingindo o julgamento à grave infração a norma legal a eles atribuída na condução da licitação, em linha com o que tenho adotado em casos similares, a exemplo do Acórdão 1.921/2017-Plenário.
28. Também não foi afastada a responsabilidade da Secretária de Trabalho e Ação Social e do ordenador de despesa, em razão da adjudicação, da homologação da TP 2008.09.23.01 e da celebração do respectivo contrato.
29. Entendo que é exigível de tais autoridades maior diligência na verificação do procedimento licitatório, sobretudo ante a existência de apenas duas empresas participando da etapa classificatória do certame e da notoriedade da semelhança entre os preços oferecidos. Nesse sentido, não se pode afastar o fato de a homologação e adjudicação do certame (TC 015.160/2012-2, peça 6, p. 76) ter ocorrido na mesma data em que o resultado foi proclamado, 14/10/2008 (TC 015.160/2012-2, peça 5, p. 48).
30. Assim, ao contrário do afirmado pela Sra. Maria Jane, Secretária de Trabalho e Ação Social, não se requer a existência de sobrepreço, superfaturamento ou violação ao princípio da economicidade para que seja reconhecido o dano ao erário. Trata-se, no presente caso, da inexistência de nexo causal entre os recursos federais geridos e as despesas declaradas, em razão da ausência de capacidade operacional da contratada, além de sua responsabilidade em razão da homologação de certame licitatório com indícios de fraude.
31. Com efeito, não merecem ser acatadas as alegações de defesa apresentadas pela responsável, tampouco ser afastada a responsabilidade do ordenador de despesa, revel no presente feito.
32. Ocorre que, em consulta às bases de dados custodiadas por esta Corte, há notícias do falecimento do Sr. César Rogério Lima Cavalcante, ordenador de despesa, em 14/10/2018 (peça 202) – momento posterior à citação (19/7/2018 – peça 149). Assim sendo, descabe a aplicação de multa ao responsável, mantendo-se, no entanto, o julgamento pela irregularidade de suas contas e direcionando a seu espólio a condenação em débito, nos termos do inciso XLV do art. 5º da CF/88.
33. No mesmo sentido, entendo que deve responder pela irregularidade destacada a Construtora Panamá (contratada) e os respectivos sócios à época dos fatos, Srs. Antônio Marcos Félix da Silva, Willami de Sousa Paiva e Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos, ante a citação decorrente da desconsideração da personalidade jurídica (Acórdão 1.298/2014-Plenário).
34. A empresa contratada, bem como a Construtora Criativa, e os respectivos sócios que se defenderam nos presentes autos apresentaram argumentos semelhantes, em síntese, no sentido de reforçar a liberdade empresarial para a definição dos preços a serem propostas e a suposta fragilidade dos indícios de conluio (peças 37, 38 e 45).

35. Muito embora a policitização esteja reconhecidamente imersa na autonomia empresarial, tal faculdade não pode ser utilizada como ardil para frustrar o caráter competitivo das licitações, consoante apontam os indícios presentes nos autos.
36. Assim sendo, considero que ambas as empresas devem receber a censura esculpida no art. 46 da Lei Orgânica, dada a irregularidade constatada na Tomada de Preços 2008.09.23.01.
37. Por outro lado, divirjo dos pareceres precedentes quanto à condenação em débito da Construtora Criativa e suas sócias.
38. Em relação à falta de capacidade técnica, a Construtora Panamá (contratada) não trouxe quaisquer evidências no sentido de justificar a incompatível quantidade de trabalhadores constante da RAIS, prevalecendo os indícios obtidos pela unidade técnica.
39. Com efeito, ante o rompimento no vínculo causal entre os recursos federais transferidos e a parcela da obra executada, a empresa contratada e os respectivos sócios devem também responder pela integralidade dos valores repassados, em solidariedade com os gestores envolvidos, bem como pela multa estatuída no art. 57 da Lei Orgânica.
40. Quanto à Construtora Criativa, no entanto, ante a inexistência de evidências quanto ao recebimento de valores federais por parte dela e a ausência de celebração do contrato com esta sociedade empresária, é possível concluir que não há nexos suficientemente robustos entre sua conduta e o dano apurado, devendo responder apenas pela conduta praticada durante o procedimento licitatório.
41. Defendo, assim, que ambas as empresas devam ser declaradas inidôneas, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, porquanto há, a meu ver, indícios bastantes de prática de fraude à licitação, embora apenas a Construtora Panamá (e seus sócios) responda pelo dano apurado.
42. O Sr. Eduardo Florentino Ribeiro, prefeito municipal à época da realização do certame, a seu turno, possuía o dever de supervisão das atividades realizadas pelos secretários municipais, mesmo considerando-se o cenário de delegação de competências, sugerido pelo ato normativo constante à peça 193 (Lei 1.088/2002 do município de Cascavel).
43. As falhas na supervisão da condução da máquina pública permitiram a contratação de empresa sem capacidade operacional, em meio a indícios de fraude à licitação, o que inegavelmente concorreu para a ocorrência do dano.
44. Assim, ainda que não tenha atuado na gestão municipal durante a execução contratual, entendo que o Sr. Eduardo Florentino Ribeiro deve responder pelo dano em solidariedade aos demais gestores, bem como deve-se lhe aplicar a multa legal.
45. O prefeito sucessor, Sr. Décio Paulo Bonilha Munhoz (gestão 2009-2012), muito embora não haja evidências de que tenha participado da gênese da contratação, comandou a gestão municipal à época da efetivação dos pagamentos à empresa sem capacidade operacional, segundo elementos constantes dos autos.
46. O reconhecimento da execução do objeto conveniado, por parte da Caixa, ante o cenário de rompimento de nexos de causalidade dos recursos federais geridos pelo então prefeito é insuficiente para afastar a constatação quanto à existência de dano ao erário.
47. No que diz respeito à invocação dos atuais termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, por parte do Sr. Décio Paulo Bonilha Munhoz (peça 190), considero oportuno reproduzir trecho do Voto condutor do Acórdão 2.391/2018 – Plenário, relatado pelo e. Ministro Benjamin Zymler:

82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo

de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

Gradação do Erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária - acima do normal	Não anulável

84. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam” (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169).

85. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual a culpa grave é “a culpa crassa, magna, nímia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis”. (PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 72).”

48. Considerando tais balizas, entendo que os elementos constantes dos autos permitem a conclusão de que o Sr. Décio atuou, no mínimo, com culpa grave, sobretudo se considerarmos a inegável tangibilidade da construção de unidades habitacionais com recursos geridos pela prefeitura.

49. Nesse sentido, mesmo em um cenário de delegação de competência (Lei 1.088/2002 – peça 193), o então gestor municipal detinha o dever de supervisionar a atuação das pastas municipais. O ateste da execução das obras, levado a cabo pela administração conduzida pelo ex-prefeito, deveria tomar por base comprovantes de pagamentos de salários e demais encargos trabalhistas e previdenciários, cuja ausência confirmou os indícios de dano ao erário ensejadores da atuação da presente TCE.

50. Assim, o ex-prefeito também deve responder pelo dano observado, em solidariedade aos demais responsáveis, bem como deve ser aplicada a ele a multa prevista no art. 57 da Lei Orgânica.

51. No que diz respeito ao valor do dano, a diligência realizada à Caixa em atendimento ao Despacho de peça 86 (peça 97), permitiu a confirmação de que houve a liberação de duas parcelas, nos valores de R\$ 132.381,81 e R\$ 52.995,00, além da devolução da monta de R\$ 17.192,08, resultando na retificação do valor anteriormente proposto pela unidade instrutiva (peça 79, p. 18).

52. Nesse sentido, a despeito de ter sido constatada a execução dos serviços, friso que a ausência de capacidade operacional da contratada para a execução dos serviços, confirmada pela não apresentação de documentos que pudessem demonstrar a execução das obras por meio de

trabalhadores da empresa contratada, rompe o nexo de causalidade entre a origem e a aplicação dos recursos, dando azo à imputação da integralidade dos valores transferidos à municipalidade.

53. Lembro que, dada a determinação para promoção das citações constante do Acórdão 1.298/2014-Plenário e as irregularidades remontarem ao ano de 2008, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva desta Corte, nos termos do entendimento constante do item 9.1.3 do Acórdão 1.441/2016-Plenário.

54. Por fim, vale destacar que os memoriais apresentados à peça 169, ainda que suprida a falha de representação destacada pela unidade técnica à peça 187, p. 17, item 25, não têm o condão de alterar o juízo instrutório.

55. Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de setembro de 2019.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator