

VOTO

Em julgamento recurso de reconsideração interposto em conjunto por Antônio Carlos Alves de Lima, Daniely Silva de Souza, Décio Paulo Bonilha Munhoz, Giane Santos Almeida e Raimundo Nonato Dias contra o Acórdão 2.818/2017-TCU-Plenário, por meio do qual este Tribunal julgou irregulares as contas dos recorrentes, condenando-os em débito e aplicando-lhes multa, no âmbito de tomada de contas especial (TCE).

2. Esta TCE foi instaurada por determinação do Acórdão 62/2013-TCU-Plenário, proferido no processo de representação TC 018.660/2012-6, em razão de irregularidades verificadas durante auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Cascavel/CE, envolvendo a execução do Contrato de Repasse 330081/2010, celebrado entre o Município e o Ministério das Cidades, por intermédio da Caixa Econômica Federal, com vistas à execução de pavimentação de avenidas na localidade.

3. A execução foi estimada em R\$ 513.645,83, dos quais R\$ 493.100,00 corresponderiam aos recursos federais e o restante, R\$ 20.545,83, contrapartida municipal. No âmbito do contrato de repasse foram realizados os seguintes pagamentos (peça 109, p. 4):

| Valor (R\$) | Data da OB |
|-------------|------------|
| 326.925,30 | 27/6/2012 |
| 98.620,00 | 27/12/2012 |
| 35.700,44 | 28/12/2012 |

4. Além das constatações da equipe de auditoria, estes autos incorporaram informações e dados compartilhados pelo Poder Judiciário (11ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do Ceará), inclusive sigilosos, oriundos das investigações realizadas pelo Departamento de Polícia Federal acerca do esquema de fraudes sob investigação no Ceará (Operação Gárgula).

5. Diante dos indícios de execução fraudulenta do Contrato de Repasse 330081/2010, notadamente a constatação de que a contratada não tinha condições de realizar o objeto, com o consequente pagamento a empresa sem que restasse comprovado ser ela a executora das obras, o Tribunal decidiu preliminarmente desconsiderar a personalidade jurídica da contratada (Etecon) e da licitante (APBJ), a fim de responsabilizar seus sócios/administradores, em regime de solidariedade com os agentes públicos envolvidos com as irregularidades identificadas.

6. Analisadas as alegações de defesa, os responsáveis foram condenados diante das seguintes irregularidades:

6.1. Fraude à licitação evidenciada por (a) conluio entre licitantes (propostas com similitude de preços), (b) desclassificação injustificada da empresa APBJ e (c) classificação indevida da empresa Etecon;

6.2. Contratação de empresa sem capacidade operacional para execução do objeto;

6.3. Ausência de nexo de causalidade entre os recursos despendidos e o objeto executado.

7. Nesta oportunidade, os recorrentes buscam impugnar a decisão desta Corte aduzindo, em síntese, as seguintes teses:

7.1. A existência de **nulidade** da decisão decorrente da indevida declaração de revelia da recorrente Daniely Silva de Souza, a qual havia apresentado alegações de defesa;

7.2. O **procedimento licitatório** teria sido regular, tendo em vista os seguintes argumentos:

7.2.1. Foram corretos os atos da comissão de licitação de desclassificar a APBJ e classificar a Etecon;

- 7.2.2. A não interposição de recurso por parte da empresa desclassificada não é suficiente para demonstrar o conluio;
- 7.2.3. Não havia conexão dos responsáveis com os fatos objeto de apuração da Operação Gárgula;
- 7.2.4. Não havia conluio entre os licitantes, sendo prática comum em licitações ofertar o preço com base em percentual sobre o valor orçado pela administração. A semelhança entre as propostas seria decorrência de a base de cálculo ser a mesma – o orçamento constante do edital;
- 7.2.5. Indício não é sinônimo de certeza.
- 7.3. A obra teria sido **executada** pela contratada, com base nos seguintes argumentos:
- 7.3.1. Haveria equívoco quanto ao domicílio da executora, apontada como oriunda do Estado do Rio Grande do Norte;
- 7.3.2. Não foi apontado, em fundamento à tese de ausência de nexo de causalidade entre os recursos dispendidos e o objeto executado, quem seriam os terceiros executores;
- 7.3.3. A contratada teria capacidade técnica para executar a obra, conforme demonstrariam outros contratos celebrados entre ela e municípios cearenses, bem como guias de recolhimento enviadas;
- 7.4. A impossibilidade de **responsabilizar** os membros da comissão de licitação e o ex-prefeito por atos relativos à execução contratual.
8. Examinadas as razões recursais, a Serur propõe, em pareceres uniformes (peças 213 a 215), **dar provimento aos recursos**, para julgar regulares as contas dos recorrentes, dando-lhes quitação.
9. O Ministério Público de Contas, em parecer de lavra do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, divergiu da proposta da unidade instrutora, manifestando-se pela manutenção da responsabilização dos recorrentes.
10. Estando os autos em meu gabinete, Décio Paulo Bonilha Munhoz apresentou documento expedido pela Caixa Econômica Federal (peça 219) e memoriais (peça 223).
11. Feita essa breve contextualização, passo a decidir.

II

12. Preliminarmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que o presente recurso deve ser conhecido, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos na Lei 8.443/1992.

III

13. Com relação à preliminar de nulidade, concordo com a análise empreendida pela secretaria especializada, transcrita no relatório precedente.
14. De fato, o relator *a quo* considerou revel a recorrente Daniely Silva de Souza (alínea “e” do item 9 do voto condutor do acórdão recorrido). Contudo, suas alegações de defesa foram devidamente analisadas pela unidade instrutora *a quo*, transcritas no relatório da decisão recorrida (peça 100, p. 7-10), cujos fundamentos foram, posteriormente, incorporados às razões de decidir do Tribunal, conforme registrado no item 12 do voto.
15. Assim, apesar desse aparente equívoco, não houve prejuízo à defesa da recorrente, visto que seus argumentos foram devidamente analisados e considerados pelo Tribunal. Em complemento, ressalto que, segundo a jurisprudência desta Corte, “não há omissão quando a matéria é analisada na instrução da unidade técnica que consta do relatório e que integra as razões de decidir da deliberação.” (Acórdão 131/2015-1ª Câmara, de minha relatoria).

16. A par do exposto, com fundamento no art. 171 do Regimento Interno desta Corte, segundo o qual nenhum ato será declarado nulo se do vício não resultar prejuízo para a parte, rejeito a alegação de nulidade.

IV

17. Com relação à segunda tese recursal, acerca da regularidade do **procedimento licitatório**, cumpre, inicialmente, distinguir as condutas ora analisadas e os respectivos responsáveis. Nesse contexto, a fraude à licitação deve ser atribuída aos licitantes fraudadores, precipuamente, e aos agentes públicos, desde que, no caso, reste demonstrado que estes concorreram com aqueles nessa irregularidade; já as demais, atinentes ao processamento e julgamento da licitação, devem ser atribuídas aos membros da comissão de licitação.

18. No caso, três irregularidades foram imputadas à comissão de licitação (peça 100, p. 7).

19. A **primeira irregularidade** refere-se à indevida desclassificação da empresa proponente APBJ, por não atender aos seguintes itens do edital (peça 3, p. 46):

“4.7-Prazo de execução das obras que não poderá ser superior a 150 dias, contados a partir da data fixada na Ordem de Serviços;”

“4.9-As planilhas de orçamento e o Cronograma Físico-Financeiro deverão ser assinadas, solidariamente, pelos responsáveis técnicos e pelo representante legal do licitante;”

20. Em sua defesa, os recorrentes sustentam a correção dessa decisão. Em fundamento, afirmam que teria havido equívoco na transcrição da ata de julgamento com relação à inobservância do item 4.9 do edital, visto que os documentos teriam sido assinados pelo sócio e pelo engenheiro responsável. No tocante ao item 4.7, alegam que a empresa teria registrado o prazo de 120 dias para execução da obra, quando o estimado no orçamento seria de 150 dias, nos seguintes termos:

“No entanto, o que ocorreu foi que aludida empresa, ao invés de apresentar como prazo de execução da obra, estimado no orçamento em 150 dias, apresentou prazo de execução de 120 dias, divergindo do cronograma físico-financeiro onde colocou prazo de execução de 150 dias.

Desta forma, resta demonstrado que a empresa não apresentou proposta de preços coerente com o cronograma, tendo sido, portanto corretamente desclassificada, conforme se depreende da documentação que já foi anexada ao Processo (...).”

21. Não há como acolher os argumentos recursais.

22. Em primeiro lugar, com relação à inobservância do item 4.9 do edital, os próprios recorrentes reconhecem a falha no procedimento de avaliação das propostas, ao sustentarem ter havido equívoco na transcrição da ata de julgamento.

23. Em segundo, com relação ao item 4.7, apresentam argumento acerca de suposta divergência de prazos executórios – a licitante teria previsto a execução em 120 dias quando o projeto previa em 150 – o qual não legitimaria a desclassificação da proposta da empresa APBJ. Quanto ao tema, vale lembrar que a execução em prazo inferior ao previsto, além de atender aos anseios da administração, em especial a eficiência, era permitida pela cláusula editalícia, a qual exigia, apenas, que o prazo de conclusão da obra não fosse **superior** a 150 dias. Não há, portanto, como acolher a tese de que fora regular a desclassificação da proposta da APBJ.

24. A **segunda irregularidade** refere-se à indevida classificação da empresa contratada (Etecon). Segundo a unidade instrutora *a quo*, deveriam os membros da comissão permanente de licitação desclassificar a empresa, por descumprimento do item 4.7 do edital (prazo de execução não superior a 150 dias). Contudo, como bem observou a Serur, foi indicado na proposta de preços da empresa vencedora o prazo de execução de 150 dias, mesmo prazo constante do cronograma físico-financeiro, não havendo, portanto, violação ao edital.

25. A **terceira irregularidade** refere-se à conduta omissiva da comissão permanente de licitação, a qual, ao se deparar com propostas com preços similares, teria deixado de atuar no sentido de evitar fraude ao certame, nos seguintes termos (peça 100, p. 9):

“47. Neste sentido, vale frisar que as relações percentuais apresentadas pela equipe de auditoria demonstraram ato de cunho intencional na similitude de preços das propostas apresentadas em relação ao orçamento-base. Ao contrário do declarado, tanto a empresa Etecon, quanto à empresa A.P.B.J., elaboraram suas planilhas de preços com **margens muito próximas aos valores sugeridos pela prefeitura**, de maneira a preservarem os seus ganhos. Tal assertiva é comprovada devido ao fato de que ambas **não apresentaram grandes variações percentuais entre si**, mas se situaram em margens muito próximas, chegando a maior cotação a 1,75% do preço base.

48. Assim, não se justifica a defesa de que os preços levaram em conta os custos praticados pelas ofertantes, dado que inexistem, nem custos uniformes por parte de empresas distintas, muito menos custos idênticos entre itens diversos (grifo nosso), como se quis demonstrar as licitantes por meio dos orçamentos-propostas apresentados, como se pode observar por intermédio dos itens concreto e pavimentação que tiveram reduções similares (TC 018.660/2012-6, peça 34, p. 3) em relação ao orçamento-base.

49. Ao que se constata, houve ato intencional das participantes em reduzirem os preços ofertados em relação ao orçamento base **utilizando-se de percentuais semelhantes ou iguais**, o que denota a combinação dos preços, logo a quebra de sigilo das propostas, situação contrária a que se declarou. Enquanto a empresa A.P.B.J. empregou como índice **algo em torno de 1,005%, aplicando-o a vários itens, a empresa Etecon optou por utilizar aos itens da sua proposta diversos percentuais, que variaram entre 0,96% e 1,75%** (exceto para o item Esc. Carga e transporte de material 1ª. categoria DMT=5Km cujo valor orçado foi de 3,12097 inferior ao cotado pela prefeitura). Como tais condutas relevam atitudes semelhantes entre as empresas, há de se concluir da existência de ajuste por parte das licitantes como o fito de fraudar o caráter competitivo do certame, cuja prática se amolda perfeitamente ao tipo contido no art. 90 do Estatuto Licitatório.”

26. Com base nessa irregularidade, os membros da comissão de licitação foram responsabilizados, em solidariedade com os demais responsáveis, pelo dano ao erário (peça 100, p. 9-10):

“50. Defende-se que **a comissão poderia atuar no sentido de evitar fraude ao certame**, haja vista ser de fácil percepção, não dependendo de nenhum tipo de análise de maior complexidade. Ou seja, um simples cálculo matemático como o realizado pela equipe seria suficiente para identificar o alinhado dos preços praticados pelas licitantes. Ademais, **ao não fazê-lo carregou para si o ônus da prova que não atuou de forma a pactuar com o ilícito**.

51. Válido lembrar que a própria lei de licitações estabelece o dever de cuidado por parte dos participantes das comissões de licitações ao estabelecer no § 3º do art. 43 ‘(...) a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta’. Portanto, o exame da documentação é atividade inerente à atuação da CPL como se observa da definição estabelecida na lei para a CPL, no art. 6º, XVI: comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar (grifo nosso) todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

52. Diante do exposto, rejeitam-se as alegações apresentadas por Daniely Silva de Souza e consideram-se revéis Giane Santos Almeida e Antônio Carlos Alves de Lima.”

27. Reanalizando o caso, não me parece que fosse perceptível, pelos membros da comissão de licitação, a fraude com base tão somente na mencionada similitude dos preços, os quais apresentavam percentuais próximos. Segundo a unidade instrutora *a quo*, enquanto a empresa APBJ adotou o índice de 1,005%, a empresa Etecon empregou diversos percentuais, que variaram entre 0,96% e 1,75%.

28. Apesar da proximidade de valores, não há outros elementos, tais como equivalência de índices, coincidências de elementos gráficos, vícios comuns de grafia ou composição societária

comum das licitantes que, no conjunto, possibilitassem à comissão de licitação constatar a existência de conluio entre os proponentes.

29. Ademais, conforme destacou a Serur, uma vez que as propostas foram elaboradas com base no orçamento básico da Prefeitura, com lançamento de descontos para os diversos itens cotados, é possível, em tese, a existência de propostas próximas aos preços de referência do edital.

30. Cabe lembrar que a modalidade licitatória sob exame é a tomada de preços, situação distinta, portanto, de outras tomadas de contas especiais instauradas a partir da Operação Gárgula, em que as fraudes foram verificadas em convites. Nestes casos, o fato de os interessados serem escolhidos e convidados pelo poder público motivou o Tribunal a responsabilizar os gestores e os membros da comissão de licitação em face das escolhas manifestamente inadequadas que fizeram.

31. Resta, portanto, somente a impropriedade relativa à desclassificação indevida da empresa APBJ, a qual, ressalto, não possibilita a conclusão de que os membros da comissão de licitação tenham atuado em conluio com as licitantes, razão pela qual não vislumbro fundamento para a responsabilizá-los solidariamente com os demais pelo dano apurado.

32. Entendo que essa impropriedade, por caracterizar uma falta de natureza formal a qual não deu causa ao dano apurado nos autos, não justifica o julgamento pela irregularidade das contas dos membros da comissão de licitação, enquadramento que possui consequências jurídicas por demais gravosas para a conduta sob exame.

33. Desse modo, considero adequado reformar a decisão recorrida para, com fundamento no art. 16, inciso II, da Lei 8.443/1992, julgar regulares com ressalva as contas dos membros da comissão de licitação, tornando, por consequência, insubsistentes as multas que lhe foram cominadas.

V

34. Com relação à **capacidade operacional da contratada**, verificou-se que a empresa Etecon não a possuía, segundo dados obtidos a partir da Relação Anual de Informações Sociais (Rais), empregados em diversos anos (2007, 2009, 2010), incluso o período da execução contratual (2011), apresentando vínculo empregatício somente de dois empregados em 2008 (peça 100, p. 3).

35. Nesta etapa processual, os recorrentes sustentam ter havido erro de informação da Rais, cuja retificação dos dados fora acostada aos autos.

36. Examinados os argumentos recursais, a Serur chama atenção para a impossibilidade de se exigir da contratada empregados cadastrados em período anterior à execução das obras, 2011, ano para o qual a empresa teria demonstrado a existência de 23 vínculos laborais. Por fim, como a obra fora concluída, haveria, segundo a Serur, uma “presunção natural” “de que os funcionários empregados na obra tinham relação laboral com a empresa contratada, não sendo possível asseverar a ausência de capacidade operacional da empresa contratada” (peça 213, p. 8).

37. O Ministério Público de Contas defende posicionamento diverso, no sentido de que as 23 pessoas contratadas durante 2011 seriam insuficientes “para justificar o volume de recursos recebidos por obras supostamente executadas nos anos de 2010 (R\$ 753.374,50), 2011 (R\$ 1.942.392,03) e 2012 (R\$ 1.443.340,35)”.

38. Em relação a esse ponto, dissinto da unidade instrutora, alinhando-me à análise empreendida pelo Ministério Público junto ao TCU.

39. A Serur adota uma premissa equivocada de que, se a obra foi concluída, então os funcionários empregados na obra tinham relação laboral com a contratada. Contudo, a conclusão da obra não necessariamente implica a relação de vínculo empregatício entre os funcionários e a contratada, pois a obra pode simplesmente ter sido executada por outra empresa. E, neste caso, surgem diversos problemas, como: (a) a executora, ao não participar da licitação, não demonstrou estar

habilitada para a execução da obra; (b) a possibilidade de a executora ter sido paga por outra fonte de recursos, diversa do contrato de repasse sob exame.

40. Nesses casos, é pacífico o entendimento de que a ausência de vínculo entre a contratada e o executor, conjugada ao pagamento efetuado àquela, impossibilita o estabelecimento do nexo de causalidade financeiro. Esse entendimento é sintetizado no seguinte enunciado da jurisprudência selecionada desta Corte (acórdãos 2.800/2019-Plenário, 4.509/2018-Segunda Câmara, 5.796/2017-Segunda Câmara, 2.496/2016-Plenário):

“A utilização de empresa de fachada para a realização do objeto do convênio não permite o estabelecimento do necessário nexo entre os recursos repassados e o objeto avençado, ainda que este esteja, comprovadamente, executado.”

41. Há, ainda, enunciado similar, referente ao Acórdão 2.044/2016-Primeira Câmara (Rel. Ministro Benjamin Zymler):

“A contratação de empresa de fachada por entidade conveniente rompe o nexo de causalidade entre os recursos federais repassados e o objeto executado, pela impossibilidade fática de a obra ter sido executada por empresa que não existia de fato.”

42. No caso, a ausência da capacidade operacional da contratada restou adequadamente caracterizada, conforme exposto pelo Ministério Público de Contas no excerto a seguir transcrito, conclusão à qual me alinho:

“Quanto à tentativa de demonstrar capacidade operacional por meio da retificação de dados da RAIS do ano 2011, com indicação de 23 pessoas contratadas (peça 56, p. 52 do TC-018.660/2012-6), avaliamos que **essa mão de obra parece insuficiente para justificar o volume de recursos recebidos** por obras supostamente executadas nos anos de 2010 (R\$ 753.374,50), 2011 (R\$ 1.942.392,03) e 2012 (R\$ 1.443.340,35), informações trazidas pelos recorrentes (Anexo V - peça 153, p. 49-51) e constante no Portal de Transparência do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará. Isso reforça a suspeita de fraude em licitações levantada pela Polícia Federal no Estado do Ceará, inclusive com execução de projetos por pessoa diversa da contratada.

A propósito, às páginas 34 a 43 da peça 56 do TC 018.660/2012-6 percebe-se que **a Etecon só empregou 23 pessoas entre os meses de julho e outubro de 2011, sendo que em março era 1 funcionário, em abril 4, em maio 7, em junho 19 e em novembro 22.**

Ainda sobre a receita de 2011, a empresa Etecon recebeu o total de R\$ 1.942.394,03 dos municípios de Tauá, Cascavel, Barroquinha e Salitre, ou seja, com 23 pessoas a construtora executou ao longo de curto período do ano obras em quatro municípios.

Oportuno anotar ainda que a empresa A.P.B.J., segundo o referido portal da transparência, recebeu dos municípios cearenses nos anos de 2010, 2011 e 2012, respectivamente, R\$ 4.771.993,08, R\$ 8.765.521,86 e R\$ 13.596.699,83. Construtora igualmente suspeita de participar de fraudes em licitações no Estado.

Quanto à tentativa de justificar a indicação pela população de que a executante da pavimentação das ruas foi uma firma do Rio Grande do Norte, o CNPJ da empresa que subscreve o Contrato 20/20017 (CNPJ 13.290.835/0001-75) (peça 153, p. 27-29) pertence à Casais Brasil, Engenharia e Construção Ltda. Segundo consulta nos sistemas de informações do TCU, empresa aberta em 9/2/2011 no endereço Rua Xavier da Silveira 45 – salas 404 e 405, Bairro de Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, informação que não permite afastar de plano o registro de que as obras atinentes ao Contrato de Repasse 0330081-54 teriam sido conduzidas por empresa do Rio Grande do Norte. Ademais, as obras desta segunda contratação deveriam ser executadas em 150 dias a partir da data de assinatura, que ocorreu em 3/1/2012, descabendo falar em concomitância em relação à obra que está em discussão nesta TCE, porquanto o termo firmado com a Etecon (peça 153, p. 31-33), a ser executado também em 150 dias após a assinatura (3/12/2010), distancia no aspecto temporal do Contrato 20/20017 em quase um ano.

Ao confrontar as placas de páginas 24 e 25 da peça 153 com as informações contratuais apresentadas anteriormente, percebemos algumas inconsistências. Em relação à placa da obra a ser executada pela Etecon não estão legíveis informações como data de início, término e empresa responsável. Quanto à segunda obra, também não consta o nome da empresa executante, mas a data de início (25/6/2012) e de término (30/3/2013) não são coincidentes com as datas definidas no Contrato 20/20017.” (destaquei)

43. Verifico, do exposto, que os elementos trazidos aos autos demonstram uma incongruência entre o quadro de empregados da empresa e o objeto do contrato de repasse sob exame, razão pela qual rejeito os argumentos recursais apresentados.

VI

44. Com relação ao conluio entre os licitantes, o Tribunal considerou suficientes os indícios apontados pela unidade instrutora *a quo*. Considero que os argumentos recursais quanto a esse ponto não afastam as principais ocorrências, razão pela qual rejeito a defesa.

45. Destaco, em complemento, que, pelo fato de o conluio ser uma conduta de difícil comprovação por **meios diretos** de prova, a jurisprudência tem admitido a utilização de **meios indiretos**, isto é, elementos que possibilitam alcançar uma conclusão acerca do fato mediante a realização de operações inferenciais. O indício, nesse contexto, é todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de uma inferência (raciocínio indutivo-dedutivo).

46. A possibilidade de utilizar indícios como meio de prova é bem sintetizada no seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 57/2003-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar:

“5. (...) Entendo que **prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido**, uma vez que, quando ‘acertos’ desse tipo ocorrem, não se faz, por óbvio, qualquer tipo de registro escrito. Uma outra forma de comprovação seria a escuta telefônica, procedimento que não é utilizado nas atividades deste Tribunal. Assim, possivelmente, se o Tribunal só fosse declarar a inidoneidade de empresas a partir de provas inquestionáveis, como defende o Analista, o art. 46 se tornaria praticamente letra morta.

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que **indícios vários e coincidentes são prova**. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos-Plenário nºs 113/95, 220/99 e 331/02. Há que verificar, portanto, no caso concreto, quais são os indícios e se eles são suficientes para constituir prova do que se alega.”
(destaquei)

47. Nessa linha, para a comprovação da fraude, deve haver pluralidade de indícios correlacionados entre si, além da existência, por óbvio, de razões dedutivas entre os indícios e os fatos que destes se inferem, no caso, a existência de conluio entre os licitantes com a finalidade de frustrar o caráter competitivo do certame. Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência desse Tribunal, conforme mostram os Acórdãos 1.293/2011, 1.618/2011, 159/2012 e 2596/2012, todos do Plenário.

48. No caso concreto, os indícios que apontaram para a fraude ao certame foram a proximidade dos preços ofertados pelas duas empresas, a ausência de irrisignação da licitante quanto à indevida desclassificação e, em especial, a falta de capacidade técnica das proponentes para execução do ajuste.

49. O Ministério Público de Contas reforça a ligação deste caso com a Operação Gárgula, em que ocorrências semelhantes foram constatadas mediante a investigação de esquema de desvio de recursos públicos, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro em municípios cearenses a partir de fraudes e conluios em procedimentos licitatórios.

50. O voto condutor do acórdão recorrido apresenta a relação entre as empresas no âmbito da referida Operação (peça 109, p. 1):

“5. Visando a complementar sua instrução, a equipe de auditoria retornou ao município com vistas a averiguar se a obra efetivamente havia sido realizada pela licitante vencedora. Em consulta a pessoas que mantinham atividades nas ruas beneficiadas pelas obras de pavimentação, foram informados que a empreiteira executora seria oriunda do Estado do Rio Grande do Norte, informação essa que não se coaduna com os dados da empresa contratada, cujo domicílio fiscal é o Município de Fortaleza/CE.

6. Adicionalmente, a equipe de auditoria deixou registrado que consta do Relatório da Operação Gárgula da Polícia Federal, que investigou esquema de desvio de recursos públicos, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro em municípios cearenses a partir de fraude em procedimentos licitatórios, a apreensão de diversos carimbos junto ao Cedisc - Centro de Desenvolvimento Integrado Social e Cultural/Instituto Praxis de Educação, Cultura e Ação Social (Peça 22, p.661/662), entre eles o da empresa Etecon. Consta, também do referido relatório, que a empresa Etecon participou de licitações investigadas pela Polícia Federal, embora sem lhe atribuir diretamente responsabilidade por irregularidades (Peça 23, p. 360/372). Por outro lado, no que se refere à licitante A.P.B.J, sabe-se que a empresa participou de licitação com indícios de fraude, conforme processo autuado no TCU, TC-030.943/2011-6 (Registro Fiscalis 889/2011), assim como foi mencionada em operação fraudulenta apontada no mencionado Relatório da Operação Gárgula (Peça 24, p. 237/239), (Peça 25, p.274/275) e (Peça 26, p. 371/385).”

51. Entendo que não foram apresentados, nesta etapa recursal, elementos aptos a afastar os indícios verificados na primeira decisão, razão pela qual não merecem prosperar os argumentos sob exame.

VII

52. Diferentemente é a perspectiva acerca dos agentes e da condição que eles tinham de verificar essas ocorrências de conluio entre as empresas quando ainda não eram conhecidas as informações da mencionada operação da Polícia Federal.

53. Os recorrentes sustentam a impossibilidade de **responsabilizar** os membros da comissão de licitação e o ex-prefeito por atos relativos à execução contratual.

54. Conforme expus em itens precedentes deste voto, entendo não ser cabível a responsabilização dos membros da comissão de licitação pelo dano.

55. Quanto ao ex-prefeito, tampouco verifico, nos autos, a existência de elementos suficientes para caracterizar a sua culpa no caso concreto. Explico.

56. Foi imputada ao recorrente uma conduta culposa em sentido estrito, relacionada ao dever de supervisão e controle, conforme se observa do seguinte excerto da instrução da unidade *a quo* (peça 100, p. 3):

“Décio Paulo Bonilha Munhoz, prefeito municipal de Cascavel/CE (Ofício 202/2014 e 745/2014, peças 44 e 74):

a) Irregularidade: **não realizou adequadamente a supervisão** sobre a atuação dos membros da Comissão Permanente de Licitação e do secretário de Infraestrutura e Serviços Públicos, procedendo assim em **culpa in vigilando**, em relação à Tomada de Preços 2010.11.09.01 e ao contrato dela resultante, que objetivava a colocação de piso intertravado nas Avenidas Padre Valdevino Nogueira e Chanceler Edson Queiroz oriunda do Contrato de Repasse 330081-54/2010, permitindo a ocorrência de:

- desclassificação injustificada da empresa A.P.B.J. Construções Indústria, Comércio e Serviços de Mão de Obra Ltda., quando não foi observado, como alegado pela CPL, a inobservância dos itens 4.7 e 4.9 (Peça 28, p. 1/3) da norma editalícia (itens 4.7 e 4.9), e classificação da empresa Etecon como vencedora, quando esta deveria ter sido desclassificada em razão do descumprimento do item 4.7 do edital, em infringência ao art. 37, caput da CF/1988 c/c 3º da Lei 8.666/1993;

- inexistência de capacidade operacional por parte da licitante vencedora, haja vista que o relatório da Rais, exercício de 2010, evidenciou que a empresa não possuía empregados nesse ano, data da realização da licitação, sendo que, nos demais anos pesquisados (2007, 2009 e 2011), não apresentou vínculos empregatícios e, em 2008, somente dois empregados, em infringência ao art. 30, inc. II, c/c o art. 78, inc. II, da Lei de Licitações, verificando-se, ainda, de acordo o Sistema Rais do Ministério do Trabalho, que a outra participante também não tinha, no exercício de 2010, pessoal suficiente para executar as obras, constando a empresa A.P.B.J., em 2010, com apenas seis empregados (Peças 20 e 21, p. 1), e, em 2008, com apenas três;
- cotação de preços pelas licitantes de valores praticamente iguais, para todos os itens, sendo constatado que os preços das empresas A.P.B.J. e Etecon (vencedora) tiveram a diferença ínfima a menor de 0,5% e 1,03%, respectivamente, em relação ao orçamento-base da prefeitura, conforme tabela constante do subitem 9.9 abaixo”

57. Nesse mesmo sentido apontou o relator no voto condutor do acórdão recorrido:

“13. Com efeito, a alegação de ilegitimidade passiva apresentada pelo Sr. Décio Paulo Bonilha Munhoz, então Prefeito Municipal, sob o argumento da delegação de competência, não se sustenta. Conforme lembrado pela unidade técnica, já há entendimento sedimentado no âmbito desta Corte no sentido da configuração de responsabilidade solidária entre os gestores públicos e aqueles a quem hajam descentralizado competências (vide, *e.g.*, Acórdãos 296/2011 - TCU - 2ª Câmara, 1190/2009 - TCU - Plenário, 1715/2008 - TCU - Plenário, 3765/2011 - TCU - Plenário e 2603/2011 - TCU - Plenário), **tendo em vista seus deveres de escolher adequadamente aqueles a quem atribuirão funções e de supervisionar os atos por eles praticados.**

14. O contrato de repasse em questão, além de haver sido firmado pelo próprio Sr. Décio Paulo Bonilha Munhoz (vide fls. 8/14, peça 3, e peça 27), envolvia o emprego de pouco mais de meio milhão de reais (R\$ 493.100,00 + R\$ 20.545,83 = R\$ 513.645,83), o que exigiria do então Prefeito **atenção ao controle de sua execução.** Em quadros como esse, ademais, mesmo que a função de ordenador de despesas houvesse sido por ele delegada, condição que o responsável alega mas não comprova, ainda lhe competiria o **dever de acompanhar o bom andamento do ajuste.** Poder-se-ia até questionar, aliás, em que medida a delegação do poder de ordenar despesas, caso de fato haja sido levada a efeito, não constituiu supressão de valiosa instância de controle, circunstância que, uma vez mais, implicaria a responsabilidade solidária do titular do executivo municipal.” (destaquei)

58. No plano teórico, a culpa, elemento nuclear da responsabilidade civil, apresenta como pressuposto o dolo, consubstanciado na intenção do agente em praticar o ilícito, ou a culpa em sentido estrito, como a que ora se imputa ao recorrente, caracterizada pela violação de um dever jurídico diante da falta de cautela (inobservância do dever de cuidado).

59. Em apertada síntese, a culpa em sentido estrito pode ser definida como uma conduta que produz um resultado ilícito não desejado pelo agente, mas previsível. Trata-se aqui da previsibilidade objetiva, isto é, da possibilidade de o resultado ser antevisto por um gestor de prudência mediana.

60. A demonstração da culpa perpassa, portanto, por duas etapas.

61. Na primeira, verifica-se qual o modelo geral de comportamento seria esperado para a atividade na qual se insere o agente, ou seja, o comportamento adotado por uma pessoa diligente, segundo parâmetros sociais ou profissionais de conduta (critério do homem médio).

62. Na segunda, procede-se ao cotejo entre o modelo geral de comportamento (aquilo que era esperado do agente) e a conduta do caso concreto. Inobservado esse critério, ou seja, não sendo previsto por parte do agente algo que seria razoável prever, haverá a culpa.

63. No caso em exame, conforme afirmei anteriormente, não identifiquei elementos suficientes para afirmar que os membros da comissão de licitação soubessem, ou mesmo tivessem condição de prever o conluio entre os licitantes. Não seria esse o modelo geral de comportamento esperado. Ora, se não era exigível por parte dos responsáveis pelo processamento da licitação prever o resultado lesivo,

tampouco o seria por parte do prefeito, ocupante do cargo hierarquicamente mais elevado da administração municipal.

64. Da mesma forma, não seria razoável exigir do prefeito a detecção da ausência de capacidade operacional da contratada, haja vista ter sido ela habilitada para prestar o serviço pela comissão de licitação e ter sido o objeto executado, sem que houvesse apontamentos de inadimplência por parte da Caixa Econômica Federal. Não se pode esquecer que a obra não era execução complexa (assentamento de bloquete intercalado, conforme destaca o recorrente) e o principal indício de fraude à execução foi obtido a partir do Relatório da Rais, pesquisa que extrapola as atividades esperadas de um prefeito no exercício da supervisão administrativa.

65. Em memorial apresentado junto ao meu gabinete o ex-prefeito argumenta que a condução dada a este processo acabou sendo influenciada pelas ocorrências da chamada Operação Gárgula:

“Na realidade, o d. parquet parte de um pré-conceito que vem envenenando a presente TCE, porquanto a todo momento se fala da ‘Operação Gárgula’, **sendo que até hoje não apareceu qualquer mínimo indício de existência dessa com o presente caso e nem muito menos com os recorrentes.** É como se os recorrentes já estivessem condenados antecipadamente e se buscasse a todo custo corroborar com a prematura conclusão.

(...)

Quanto à impugnação à capacidade operacional da empresa vencedora, o MP busca justificar seu parecer com base em outras obras executadas em outros municípios nos anos de 2010 — 2011 e 2012, período que na maior parte do tempo não corresponde ao tempo objeto do presente recurso. O MP desconsidera fato relevante apontado pelo setor técnico do TM, **a obra de Cascavel era de simples execução, eis que se referia a tão somente assentamento de bloquete intercalado.**

O MP chega ao absurdo, com todo o respeito, de levantar dados da empresa A.P.B.J., assentando que a mesma é suspeita de participar de fraudes, **sendo que a mesma não é objeto da presente TCE, foi desclassificada e JAMAIS foi contratada pelos recorrentes.** Referido pedido de condenação com base nessa insinuação desconsidera as garantias mínimas do devido processo legal, descuidando igualmente de questão importantíssima, que se tratou de Tomada de Contas, onde a convocação é para todos. Se houve conluio foi entre as empresas.”

66. Considerando ainda que, neste caso concreto, tratou-se de tomada de preços, e não convite, e que é razoável supor que o prefeito não tivesse condições de, à época dos fatos, identificar as ocorrências e o conluio entre as empresas, considero adequado afastar sua responsabilidade, em linha com a proposta da Serur.

67. Com efeito, a partir das circunstâncias do caso, entendo que não está suficientemente caracterizada a culpa do prefeito pelas fraudes perpetradas.

68. O mesmo entendimento deve ser aplicado ao então Secretário de Infraestrutura e Serviços Públicos, José Airton de Lima. Embora revel e não tendo interposto recurso contra o acórdão condenatório, os fundamentos ora apresentados possibilitam a alteração do julgamento em relação a este responsável, por aplicação direta do disposto no art. 281 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

69. Feitas essas considerações, entendo que deve ser dado provimento parcial ao presente recurso para, com fundamento no art. 16, inciso II, da Lei 8.443/1992, julgar regulares com ressalva as contas dos membros da comissão de licitação. Ademais, entendo que as contas do ex-prefeito e do ex-Secretário Infraestrutura e Serviços Públicos devam ser julgadas regulares.

VIII

70. Incluído em pauta o julgamento deste caso, Décio Paulo Bonilha Munhoz, ex-prefeito, apresentou novos memoriais registrando, em essência, o seguinte (peças 224 e 225, com destaques acrescidos):

“03. Reforçando ainda mais a necessidade de sustentação oral, importa destacar que o d. MP-TCU (peça 217) rebateu o contundente Parecer Técnico da SERUR (peça 213), partindo, permissa maxima venia, de um pré-conceito que vem envenenando a presente Tomada de Contas Especial, porquanto a todo momento se reporta à ‘Operação Gárgula’, como se o caso em tela estivesse inserido no referido esquema de ilícitos, o que não está.

04. Ocorre Exa., que após todos esses anos de investigações, **o ex-prefeito, ora peticionante, jamais foi sequer réu na esfera criminal e muito menos foi demandado em qualquer ação de improbidade administrativa quanto ao caso da Operação Gárgula.**

05. Exa., **houve ampla investigação por parte da CGU e da Polícia Federal, inclusive com quebra de sigilo telefônico, fiscal, de e-mail, sendo que nunca apareceu o mínimo indício que seja, de envolvimento de qualquer agente da administração do Município de Cascavel daquela época com o esquema fraudulento praticado pela ETECON.**

06. E não apareceu Exa., porque nunca existiu. A maior prova de que NUNCA houve cumplicidade entre o ora peticionante e a ETECON é que ao emergir as denúncias contra a empresa e a investigação perante a CGU, o então prefeito, ao tomar ciência, não informou à empresa, deixando-a continuar a obra, ao mesmo tempo em que NÃO pagou mais nenhuma medição.

07. É preciso destacar Exa. que o peticionante, médico, foi Prefeito uma única vez, de 2009 até 2012 e sequer postulou a reeleição, sendo que de lá até os dias de hoje, NUNCA foi réu em nenhum processo criminal. Já na esfera administrativa, **apesar de responder por algumas Ações de Improbidade Administrativa de menor gravidade – nenhuma que se reporte ao presente objeto! – não há uma condenação de mérito sequer.** Todas essas alegações podem muito bem ser constatadas com uma rápida pesquisa no seu CPF.

(...)

11. Quanto à impugnação à capacidade operacional da empresa vencedora, o MP busca justificar seu parecer com base em outras obras executadas em outros municípios nos anos de 2010 – 2011 e 2012, período que na maior parte do tempo não corresponde ao tempo objeto do presente recurso. O MP desconsidera fato relevante apontado pelo setor técnico do TCU, a obra de Cascavel era de simples execução, eis que se referia a tão somente assentamento de bloquete intercalado. Vale lembrar que não houve superfaturamento, pois o valor da obra atendia aos parâmetros de valores fixados pelo sistema do Estado do Ceará.

12. O MP chega ao absurdo, com todo o respeito, de levantar dados da empresa A.P.B.J., assentando que a mesma é suspeita de participar de fraudes, sendo que a mesma não é objeto da presente TCE, foi desclassificada e JAMAIS foi contratada pelos recorrentes. Referido pedido de condenação com base nessa insinuação desconsidera as garantias mínimas do devido processo legal, descuidando igualmente de questão importantíssima: tratou-se de Tomada de Contas, onde a convocação foi ampla e irrestrita. Se houve conluio foi entre as empresas.

13. Aduz o MP que ‘o CNPJ da empresa que subscreve o Contrato 20/20017 (CNPJ 13.290.835/0001-75) (peça 153, p. 27-29) pertence à Casais Brasil, Engenharia e Construção Ltda (...) aberta em 9/2/2011 no (...) Rio de Janeiro/RJ, informação que não permite afastar de plano o registro de que as obras atinentes ao Contrato de Repasse 0330081-54 teriam sido conduzidas por empresa do Rio Grande do Norte’. Exa., basta uma rápida leitura do contrato 20/2017, anexo III do Recurso de Reconsideração para constatar que o endereço da empresa é realmente no Rio Grande do Norte.

14. Quanto ao argumento de que ‘no tocante à execução, não há explicação nos autos para que um contrato celebrado em 2010, com duração estimada de 150 dias, tenha sido incluído para pagamento em 6/5/2011 e liquidado por OB de 27/6/2012, 27/12/2012, 28/12/2012 e 13/1/2015 (peça 213, p. 8).’ Eis que mais uma vez o MP desconsidera a burocracia no serviço público e a dificuldade que é tocar obra pública.

15. Para comprovar a concomitância das obras basta analisar o espelho da CEF (peça 219), onde consta autorização da obra somente em JULHO de 2011 (fl. 01), vistorias da obra em MARÇO de

2012 e medições em JUNHO e DEZEMBRO de 2012 (fl. 02). A fim de reforçar o requerente requer a juntada do espelho do SICOV 742570, ref. Ao Contrato 20/20017, onde se comprova que aquela obra foi autorizada em JUNHO de 2012 (doc. em anexo).

DO PEDIDO

16. Por tudo, a necessidade de provimento do recurso é evidente posto que **NÃO HÁ UM PONTO SEQUER QUE DEMONSTRE QUAL ATO ILEGAL** teria sido **PRATICADO** pelo recorrente ora peticionante, muito pelo contrário, toda a condenação baseia-se no pré-conceito da operação gárgula, que em nada se insere no caso presente, **TUDO** a exigir que a análise do presente recurso seja feita presencialmente, de modo a oportunizar que o causídico ora signatário exerça seu direito de fazer sustentação oral pessoalmente junto ao d. Plenário do e. TCU, nos termos previstos no art. 3º, § 1º da Resolução 311 de 19 de março de 2020.”

Em linhas gerais, reforça o ex-prefeito a ideia de que a ligação do caso à Operação Gárgula seria inapropriada, visto que não foi réu em nenhum processo decorrente da referida Operação. Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de março de 2020.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator