

VOTO

Atendidos os requisitos de admissibilidade definidos nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conheço dos recursos de reconsideração interpostos por Marcos Barboza da Silva, Egídio Cordeiro de Abreu Filho, Francisco Eduardo Nascimento dos Santos, Edson Pereira de Sousa, Roberto Soares Pessoa, Carlos Eduardo Bandeira de Mello e Débora Lopes de Araújo Bezerra de Menezes contra o Acórdão 2.099/2015-TCU-Plenário, que julgou suas contas irregulares, com imputação de débito, multa e pena de inabilitação.

2. A decisão recorrida resultou de tomada de contas especial instaurada em decorrência de auditoria realizada no Município de Maracanaú/CE (TC 030.943/2011-6), que quantificou dano ao erário no Contrato de Repasse 0231129-18, decorrente de irregularidades na Tomada de Preços 10.003/2008-TP, relacionadas à restrição ao caráter competitivo, ao direcionamento da licitação e à combinação de propostas, ocasionando contratação de empresa sem capacidade operacional para execução da obra e afastando o nexo causal entre os recursos e o objeto.

3. Os recorrentes alegaram, em síntese, que: i) teria havido cerceamento de defesa, pela juntada de documentos posteriores à citação, em relação aos quais não puderam se manifestar; ii) as cláusulas inseridas no edital do certame não tiveram o objetivo de restringir a competição e estavam de acordo com a legislação; iii) a coincidência em valores das propostas se deu em função do alinhamento dos preços ofertados com os valores do orçamento-base, contidos no edital; iv) a condenação se fundamenta em mera presunção, por não haver provas do conluio entre as propostas apresentadas pelas empresas; v) o contrato da obra de pavimentação foi corretamente executado, com a entrega do objeto contratual; portanto, não haveria elementos para caracterização de improbidade administrativa e lesão ao erário.

4. Após analisar os elementos trazidos pelos recorrentes, a Secretaria de Recursos - Serur concluiu por duas possíveis linhas decisórias: a primeira seria reconhecer o prejuízo ao contraditório e anular a decisão condenatória, em vista das provas trazidas aos autos em decorrência da “Operação Gárgula”, juntadas após a manifestação dos responsáveis; a segunda, acolher as alegações e afastar as penalidades.

5. O Ministério Público junto ao TCU - MPTCU divergiu da primeira alternativa, por entender que os documentos acostados posteriormente não exerceram influência no julgamento. Sugeriu o desentranhamento das peças, o provimento do recurso e a insubsistência do acórdão recorrido.

6. Embora as conclusões da Serur e do MPTCU difiram em relação à preliminar de nulidade, assemelham-se quanto ao acolhimento das alegações dos recorrentes. Por argumentos ligeiramente diferentes, propuseram soluções com efeitos semelhantes. Estou parcialmente de acordo com o encaminhamento proposto e, a seguir, passo às considerações que embasam minhas pontuais divergências.

7. Tanto o entendimento da unidade técnica quanto o do *Parquet* admitem, de forma implícita, que, ao acolher as alegações dos recorrentes, automaticamente seria necessário invalidar todo o teor do acórdão atacado.

8. Observo, primeiramente, que as empresas arroladas no processo não são recorrentes nessa fase do processo; aliás, sequer responderam às citações.

9. De todo o relatado na defesa dos recorrentes e das análises até então realizadas, observo que a existência da fraude a licitação não foi descartada, mas apenas que a participação dos agentes públicos não foi comprovada, pois não há evidências, neste processo específico, de que contribuíram de forma comissiva ou omissiva na atuação fraudulenta das empresas.

10. Concordo com as análises da Serur e da representante do *Parquet* de que, realmente, não há elementos capazes de atribuir responsabilidade aos agentes públicos.

11. As informações oriundas da “Operação Gárgula” não citam expressamente o contrato de repasse em tela, nem os agentes públicos do Município de Maracanaú/CE, mas trazem farta comprovação de que as empresas que competiram no certame integravam grupo que atuava de forma criminosa no estado do Ceará, fraudando licitações. Assim, embora os documentos não tenham relação direta com estes autos, foram relevantes para reforçar a convicção sobre a existência de fraude. Em tendo contribuído como elemento de convicção, deveriam ser submetidos àqueles diretamente prejudicados pelo seu conteúdo.
12. Conforme se depreende do voto que conduziu à deliberação atacada, o relator *a quo* discordou do encaminhamento inicial proposto pela unidade técnica, que sugeria a regularidade das contas, justamente por entender que a análise da documentação compartilhada da “Operação Gárgula” traria evidências para decidir com mais propriedade.
13. Compreendo a cautela do relator. Diante de quadro de atuação criminosa do grupo de empresas, de largo alcance no estado do Ceará, era prudente, de fato, avaliar em detalhe cada um dos contratos em que essas empresas atuavam.
14. Vale ponderar, contudo, que a fundamentação do voto que conduziu à prolação do Acórdão 2.099/2015-TCU-Plenário, ora recorrido, não fez referências diretas aos novos documentos acostados.
15. Assim, a despeito da plausibilidade de possível nulidade por não ter sido facultada a audição dos responsáveis após a inserção dos novos documentos no processo, o fato é que, quando foram citados, em 2012, o relatório e o voto do Acórdão 606/2012-Plenário – que determinou a citação – já faziam referência à operação. Desse modo, a influência da “Operação Gárgula” já estava presente; não era um fato novo para os responsáveis. A documentação acostada acabou por não agregar novas evidências além das já identificadas antes da citação. Portanto, entendo não ter havido ofensa ao contraditório e, por isso, em linha com as conclusões do MPTCU, rejeito a preliminar de nulidade.
16. Passando à análise do contrato propriamente, concordo com o relator de que há indícios fortes de ter existido conluio. Porém, tais indícios não eram visíveis à época. Depois de entender o *modus operandi* do grupo de empresas, tais estratégias parecem óbvias, mas, na época em que ocorreram, não suscitariam desconfiança por parte das comissões de licitação.
17. É inequívoca a atuação fraudulenta do grupo de empresas, mas não me convenci de que os agentes públicos estivessem envolvidos nos procedimentos que culminaram com a contratação de empresas do grupo. Uma série de apontamentos contidos nos documentos da “Operação Gárgula” indica que tais empresas se esmeravam em buscar toda a aparência de legalidade à sua participação nos certames, inclusive com a cooptação de eventuais possíveis concorrentes legítimas.
18. O fator crucial para exigir a devolução integral dos recursos do contrato de repasse foi considerar que houve perda do nexo de causalidade entre o dinheiro repassado e as obras executadas, uma vez que a empresa contratada, Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. - ME, tem características de empresa de fachada, dado o reduzido número de empregados e inexistência de funcionamento no endereço indicado. Assim, a perda do nexo foi provocada exclusivamente pelas empresas envolvidas, uma vez que não foi comprovada a conivência dos agentes públicos com a fraude perpetrada. Não havendo prova de que atuaram de forma ilegal, não há como exigir que os agentes públicos recomponham o erário no montante equivalente ao valor total da obra. Assim, a imputação do débito deverá recair apenas sobre as empresas.
19. O Tribunal acumula diversas decisões no sentido de que a realização de obra por empresa de fachada para consecução do objeto do convênio não permite estabelecer o necessário nexo entre os recursos repassados e o que foi avençado, ainda que se comprove a execução. Os Acórdãos 2.800/2019-Plenário e 4.509/2018-2ª Câmara demonstram a prevalência desse entendimento.
20. No caso examinado, a obra foi concluída. Porém, em vista dos fortes indícios de que a contratada é empresa de fachada, suscita-se toda uma série de possíveis irregularidades, como a

execução, de fato, ter sido transferida para executor alheio ao contrato, a realização da obra por valor inferior ao contratado, a emissão de documentos fiscais inidôneos.

21. A possibilidade de responsabilizar apenas o agente privado, sem a solidariedade com agentes públicos, tem também sido posição recorrente neste Tribunal. O Acórdão 321/2019-Plenário, ao versar sobre incidente de uniformização de jurisprudência, firmou a seguinte decisão:

“9.1. deixar assente o entendimento de que, de acordo com os artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, compete ao TCU julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato, contrato administrativo ou instrumento congênere sujeitos ao Controle Externo; e”

22. Ainda sobre a responsabilidade dos agentes públicos, é importante resgatar que, na defesa apresentada à peça 41, os responsáveis comprovaram ter exigido da empresa contratada documentação referente à entrega dos comprovantes de quitação das parcelas trabalhistas e previdenciárias. Na análise dessas informações, realizada pela então Secretaria de Controle Externo no Ceará (peça 67), concluiu-se que os valores referentes à folha de pagamento divergiram dos gastos de pessoal constantes das notas fiscais, porém tal divergência não faria prova cabal de incapacidade para realizar a obra, uma vez que a parcela referente a gastos de pessoal nas notas fiscais não se refere unicamente ao salário dos funcionários, mas também a outros encargos, portanto, esses elementos não seriam indicativos para os supervisores da obra inferirem sobre possível falta de capacidade operacional da empresa.

23. A A.P.B.J. Construções e Serviços Ltda. e a Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. - ME, por outro lado, no momento de suas participações no certame, tinham pleno conhecimento da própria condição. A ausência de capacidade operacional das empresas, sem empregados em número suficiente para a execução das obras licitadas, e a inexistência da empresa vencedora no endereço indicado (Goiana Construções) demonstram que agiram de má-fé; logo, resta adequada a responsabilização de tais empresas, tanto em relação ao débito quanto no tocante à declaração de inidoneidade.

24. Ainda no tocante à responsabilidade das empresas, nem mesmo o fato de convicção indireta oriunda da “Operação Gárgula” ter surgido após a realização da citação invalidaria a decisão. A conduta que demonstra terem agido de forma fraudulenta foi objeto explícito do conteúdo dos ofícios de citação. Às peças 4 e 16, na parte do expediente que detalha as irregularidades, consta expressamente “combinação de propostas, tendo por consequência a contratação de empresa sem capacidade operacional para executar efetivamente a obra”. Este ponto é a essência da ação fraudulenta cometida pelas empresas e constou do ofício que suscitou o contraditório das empresas. Não se pode dizer que era de conhecimento dos agentes públicos, mas, sendo as empresas as autoras das propostas, deveriam estas ter se manifestado sobre o ponto; no entanto, foram revéis no processo.

25. Em suma, as razões então apostas pelos recorrentes podem ser aproveitadas em relação às irregularidades que lhes foram imputadas. A principal linha de argumentação é quanto ao cumprimento das medidas legais exigidas para conduzir o processo licitatório e à demonstração de que se guiaram pelas regras exigidas na legislação. Eventual direcionamento teria sido, então, cometido entre as próprias licitantes. Nesse sentido, a combinação de preços, por exemplo, era prática difícil de identificar espontaneamente, haja vista que os preços então propostos eram próximos daqueles previstos no edital.

26. Assim, entendo que os argumentos eximem a responsabilidade dos agentes públicos, mas não excluem a conduta atribuída às empresas. Essas, sim, eram conhecedoras da própria situação: de não ter pessoas suficientes no quadro para realização da obra e não manter estrutura física no endereço indicado.

27. Sendo assim, em consonância com as propostas do MPTCU e da Serur, com as alterações ora sustentadas, conheço dos recursos para, no mérito, considerá-los procedentes, alterar o teor dos subitens 9.1 e 9.2, para excluir os recorrentes do débito imputado, considerar insubsistente o subitem 9.5 e manter inalterados os demais.

Ante essas considerações, voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação do Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de junho de 2020.

ANA ARRAES
Relatora