

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 014.148/2014-5.

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

Entidade: Município de Cascavel – CE.

Recorrentes: Fábio Cavalcante de Albuquerque (846.805.983-87), Fabrício Falcão Lopes (907.852.583-53), Joaquim Nunes Dourado (074.770.151-20), Construtora C & A Ltda. (08.222.396/0001-23) e Nunes & Cia Ltda. (06.019.939/0001-84).

Representação legal: Antônio Flávio Pedrosa Holanda (OAB/CE 37.125), João Gustavo Magalhães Fontenele (OAB/CE 15.502) e outros.

SUMÁRIO: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONHECIMENTO. PROVIMENTO INTEGRAL PARA UM DOS RECORRENTES. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. PROVIMENTO INTEGRAL PARA OUTROS DOIS RECORRENTES. CONTAS REGULARES COM RESSALVA. QUITAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL PARA OUTROS DOIS RECORRENTES. DÉBITO E MULTA. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir, com os ajustes de forma pertinentes, a instrução de mérito elaborada pela Secretaria de Recursos – Serur (peça 398), que contou com a anuência do diretor da subunidade técnica (peça 399):

INTRODUÇÃO

Trata-se dos recursos de reconsideração interpostos pela empresa Nunes & Cia Ltda. e Joaquim Nunes Dourado (peça 244-255), Construtora C & A Ltda. e Fábio Cavalcante de Albuquerque (peça 274) e Fabrício Falcão Lopes (peça 260-271) contra o Acórdão 988/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro André de Carvalho (peça 187), transcrito na íntegra abaixo:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial autuada como apartado ao TC 015.160/2012-2 por força dos Acórdãos 1.298/2014 e 1.510/2014, do Plenário do TCU, com vistas a apurar os indícios de fraude na aplicação dos recursos repassados pelo Ministério do Turismo ao Município de Cascavel – CE por intermédio do Contrato de Repasse 280319/2009 (Siafi 650276) celebrado pela Caixa Econômica Federal (Caixa) para a pavimentação, em pedra tosca, de vinte ruas no referido município sob o valor de R\$ 1.539.500,00, tendo a vigência do ajuste sido estipulada para o período de 25/2/2009 a 30/9/2012;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões apresentadas pelo Relator, em:

9.1. excluir da presente relação processual os Srs. Carlos Nunes Dourado e Antônio Joab Cavalcante de Albuquerque e a Sra. Margarida de Alacoc Diniz Dourado;

9.2. considerar revel o Sr. Joaquim Ciriaco Ramires, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

9.3. julgar irregulares as contas de Décio Bonilha Munhoz, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Fabrício Falcão Lopes, Walimir Queiroz Sampaio Júnior, Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa, nos termos dos arts. 1º, I, 16, III, alínea “c”, e 19, caput, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-los, em solidariedade com a Construtora C&A Ltda. (sucessora da Compact Construções e Projetos Ltda.), a Nunes & Cia. Ltda. e a Construtora Costa Machado Ltda., ao pagamento do débito apurado nos autos, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora calculados desde as datas informadas até o efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprovem perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do Regimento Interno do TCU – RITCU), o recolhimento da referida dívida em favor do Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor, sob as seguintes condições:

Valor Original (em R\$)	Data da Ocorrência
335.669,98	21/6/2010
262.637,27	9/11/2010
249.433,45	14/2/2011
333.394,49	5/10/2010
161.881,00	4/8/2011
194.385,97	9/12/2011

9.4. aplicar, individualmente, em desfavor de Décio Bonilha Munhoz, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Fabrício Falcão Lopes, Walimir Queiroz Sampaio Júnior, Nunes & Cia. Ltda.; Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa, além da Construtora C&A Ltda. (sucessora da Compact Construções e Projetos Ltda.), da Nunes & Cia. Ltda. e da Construtora Costa Machado Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, sob o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RITCU), o recolhimento das referidas dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas fixadas por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.6. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas fixadas por este Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendida a notificação;

9.7. declarar a inidoneidade da Construtora C&A Ltda. (sucessora da Compact Construções e Projetos Ltda.), da Construtora Costa Machado Ltda. e da Nunes & Cia. Ltda. para participarem de licitação na administração pública federal ou nos certames promovidos pelos Estados, DF e Municípios com a aplicação de recursos federais, pelo período de 3 (três) anos, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992;

9.8. considerar, preliminarmente, graves as infrações cometidas Décio Bonilha Munhoz, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Fabrício Falcão Lopes, Walimir Queiroz Sampaio Júnior, Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 270, § 1º, do RITCU;

9.9. inabilitar os responsáveis (Décio Bonilha Munhoz, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio

de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Fabrício Falcão Lopes, Walmir Queiroz Sampaio Júnior, Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa), pelo período de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo em comissão e de função de confiança no âmbito da administração federal, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 270 do RITCU;

9.10. determinar que a Controladoria-Geral da União adote as providências cabíveis para o efetivo cumprimento dos itens 9.7 e 9.9 deste Acórdão; e

9.11. determinar que a unidade técnica envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, à Controladoria-Geral da União, para o cumprimento do item 9.10 deste Acórdão, e à Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

HISTÓRICO

2. Esta tomada de contas especial foi autuada como apartado ao TC 015.160/2012-2 por força dos Acórdãos 1.298/2014 e 1.510/2014, do Plenário desta Corte de Contas, com vistas a apurar os indícios de fraude na aplicação dos recursos repassados pelo Ministério do Turismo ao Município de Cascavel-CE por intermédio do Contrato de Repasse 280319/2009 (Siafi 650276) celebrado pela Caixa Econômica Federal para a pavimentação, em pedra tosca, de vinte ruas no referido município sob o valor de R\$ 1.539.500,00, tendo a vigência do ajuste sido estipulada para o período de 25/2/2009 a 30/9/2012.

3. A auditoria realizada pela Secex-CE apontou os seguintes indícios de irregularidade: (a) licitação simulada; (b) conluio para a formação e alinhamento de preços; (c) contratação de empresa sem a devida capacidade operacional e (d) ausência de nexo causal entre os recursos repassados e a execução do objeto pactuado.

4. Os responsáveis apresentaram suas alegações de defesa (peças 35, 37, 46, 48, 50, 56, 58, 67-71, 72-73, 76, 168 e 176), diante das citações (peças 6-23, 146 e 169), assim como o Ministério do Turismo, a Caixa Econômica Federal e a Receita Federal do Brasil (peças 104, 108, 150) apresentaram as informações requeridas nas diligências (peças 125-134, 135 e 156).

5. A análise final da unidade técnica propôs excluir os sócios das empresas (Carlos Nunes Dourado, Margarida de Alacoc Diniz Dourado e Antônio Joab Cavalcante de Albuquerque) da relação processual, sem prejuízo de julgar irregulares as contas do ex-prefeito, ex-secretários, membros da comissão de licitação, construtoras e seus sócios-gerentes e engenheiros fiscais, para condená-los solidariamente ao pagamento do débito integral e aplicar-lhes multa, declarando a inidoneidade de empresas (peças 178-180).

6. O Ministério Público junto ao TCU - MPTCU propôs a regularidade das contas do ex-prefeito e a exclusão da responsabilidade dos demais agentes públicos e das empresas, vislumbrando que não havia evidências suficientes de fraude à licitação e de débito (peça 182).

7. O Relator original e o Tribunal acolheram, em essência, o parecer da unidade técnica, nos termos do Acórdão 988/2019-TCU-Plenário (peças 187 a 189).

8. Os embargos de declaração opostos por Daniely Silva de Souza, Décio Paulo Bonilha Munhoz, Francisca Silva Rodrigues, Giane Santos Almeida, Jean Arruda Nunes, José Airton de Lima e José Cláudio de Castro Lima (peça 242) foram rejeitados no Acórdão 2188/2019-TCU-Plenário (peça 279).

9. O recurso de reconsideração desses responsáveis (peça 292) não foi conhecido por intempestividade e ausência de fatos novos, a teor do Acórdão 1392/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo (peça 363).

10. O requerimento formulado pela Construtora Costa Machado Ltda., Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa (peça 311) foi respondido pelo Ministro Vital do Rêgo, ao esclarecer que o efeito suspensivo conferido pelo despacho de peça 307 beneficiava a todos os devedores solidários indicados no item 9.3 do acórdão recorrido, entre os quais a Construtora Costa

Machado Ltda. e os responsáveis Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa (peça 319).

11. Passa-se ao exame dos recursos de reconsideração (peças 244-255, 260-271 e 274).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

12. O Ministro Vital do Rêgo admitiu os recursos, atribuindo efeito suspensivo aos itens 9.3, 9.4, 9.6, 9.7, 9.8 e 9.9 do Acórdão 988/2019-TCU-Plenário (peça 307).

EXAME DE MÉRITO

13. Constitui objeto desta análise definir se houve:

13.1. A prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário e do regime da Lei 9.873/1999.

13.2. A constatação da fraude licitatória e da respectiva responsabilização.

13.3. A constatação da incapacidade operacional da contratada, do dano ao erário e da devida responsabilização.

Argumentos de prescrição quinquenal de Fabrício Falcão Lopes (peça 260, p. 2-4)

14. O recorrente alega a prescrição quinquenal fundamentada nos seguintes dispositivos legais: arts. 1º e 2º do Decreto 20.910/1932; arts. 168, 173 e 174 da Lei 5.172/1966; art. 1º da Lei 6.838/1980; art. 142, I, da Lei 8.112/1990; art. 2º da Lei 8.429/1992; Lei 9.784/1999; art. 1º da Lei 9.873/1999; art. 46 da Lei 12.529/2011 e art. 25 da Lei 12.846/2013.

15. O Supremo Tribunal Federal tem firmando o entendimento de que a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é quinquenal, nas decisões proferidas nos processos MS 35.971/DF, MS 32.201/DF, MS 35.294/DF e MS 36.054/DF (peça 260, p. 4-6).

Da análise da prescrição alegada e apoiada no Decreto 20.910/1932 e nas Leis 5.172/1966, 6.838/1980, 8.112/1990, 8.429/1992, 9.784/1999, 12.529/2011 e 12.846/2013

16. Não há como acolher a alegada prescrição, apoiada nesses normativos, pelos seguintes motivos.

16.1. A prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/1932 não se aplica aos casos em que o TCU responsabiliza determinado agente por ato de que resulte dano ao erário, uma vez que a referida norma tem como objeto as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal (v.g. Acórdão 2279/2007-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Guilherme Palmeira).

16.2. O TCU não dispõe de competência para decidir sobre decadência e prescrição tributárias e inscrição de crédito tributário em dívida ativa da União (v.g. Acórdão 2105/2009-TCU-Plenário, rel. Min. André de Carvalho).

16.3. A tomada de contas especial é uma ação de ressarcimento contra os agentes causadores de danos ao erário e tem natureza diversa da ação disciplinar, que redundará, exclusivamente, em ato de imposição de penalidades em caso de violação de proibição constante do art. 117, da Lei 8.112/1990, de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, e nos casos previstos no art. 132 do Regime Jurídico Único. No caso sob análise, não se busca a imposição de penalidades por violação a deveres ou obrigações funcionais, mas a recomposição do dano ao erário causado por ato ilegal, nos termos dos arts. 1º, I, 16, III, alínea “c”, e 19, caput, da Lei nº 8.443 /1992. Assim, não há como aplicar a prescrição definida no art. 142, I da Lei 8.112/1990 ao presente caso.

16.4. A decadência indicada no 54 da Lei 9.784/1999 não tem aplicabilidade aos processos de controle externo (v.g. Acórdãos 1606/2010-TCU-Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, e 1614/2010-TCU-1ª Câmara, rel. Min. José Mucio Monteiro).

16.5. Não se aplicam ao caso os prazos de prescrição a seguir apontados, diante da ausência de competência do Tribunal de Contas da União para decidir sobre a questão, bem como porque tratam de ações de natureza distinta do processo de controle externo, regulado pela Lei 8.443/1992:

16.5.1. A prescrição quinquenal da pretensão punitiva de profissional liberal (Lei 6.838/1980).

16.5.2. A prescrição quinquenal da pretensão punitiva de agente público em ação de improbidade administrativa (art. 23 da Lei 8.429/1992).

16.5.3. A prescrição quinquenal da pretensão punitiva de infração prevista na Lei Anticorrupção (art. 25 da Lei 12.846/2013).

16.5.4. A prescrição quinquenal da pretensão punitiva de infração cometida contra a ordem econômica prevista no art. 46 da Lei 2.846/2013.

Da análise da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória

17. A análise da prescrição assume particular relevância, dado o recente julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos deste julgamento foram objeto de análise pela Serur nos autos do TC 027.624-2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 392) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur naquele processo, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que *“é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”*;

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas qualificáveis como ato de improbidade;

c) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil, a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do tribunal de contas deve observar o regime Lei 9.873/1999;

e) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636.886 foi objeto de oposição de embargos declaratórios, pendentes de julgamento, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (notadamente quanto aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial até então vigente;

f) assim, nos casos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), o desfecho do processo não se alterará, qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999), viabilizando-se o imediato julgamento. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, é recomendável que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

17.1. As manifestações da Serur juntadas à peça 392 foram elaboradas quando ainda não estava disponibilizado o inteiro teor do acórdão do RE 636.886. Em nova análise após a publicação da decisão (DJe de 24/6/2020), inclusive mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas indicadas acima, cabendo destacar dois aspectos relevantes.

17.2. O primeiro diz respeito à ressalva aos atos dolosos de improbidade. Observa-se que tanto na manifestação do TCU, como *amicus curiae* (peça 35 do RE 636.886), como na manifestação do Ministério Público Federal na condição de fiscal da ordem jurídica (peça 38), o tema 897 foi invocado com o fim de preservar a atuação dos tribunais de contas no caso de prejuízos causados dolosamente, mediante condutas típicas de improbidade administrativa. Todavia, o pedido não foi acolhido. No ponto, não houve divergência quanto ao entendimento do relator, de que “as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa”.

17.3. O segundo aspecto diz respeito à não incidência do Código Civil no regime de prescrição do ressarcimento. Nos votos em que a questão do prazo prescricional foi abordada, a referência foi sempre ao prazo quinquenal, usualmente adotado pelas normas de direito público.

17.4. Com essas explicações adicionais, passa-se à análise da prescrição no caso em exame, considerando-se as premissas indicadas anteriormente.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário

18.No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

18.1. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

18.2. Aplicando essas balizas, verifica-se o seguinte:

Décio Bonilha Munhoz (ex-prefeito, gestão 2009-2012)

Prescrição da pretensão punitiva não caracterizada				
Termo inicial - pagamentos realizados	Tempo	Ordem de citação (interrupção do prazo)	Tempo	Acórdão 988/2019-Plenário
23/6, 14/10, 17/11/2010, 23/2, 9/8 e 13/12/2011 (peça 127, p. 28, 30)	4 anos	21/5/2014 (peça 1)	5 anos	30/4/2019 (peça 187)

José Airton de Lima (secretário de obras)

Prescrição da pretensão punitiva não caracterizada				
Termo inicial - pagamentos realizados	Tempo	Ordem de citação (interrupção do prazo)	Tempo	Acórdão 988/2019-Plenário
23/6, 14/10 e 17/11/2010 e 23/2/2011 (peça 127, p. 28)	4 anos	21/5/2014 (peça 1)	5 anos	30/4/2019 (peça 187)

Joaquim Ciriaco Ramires (secretário de obras)

Prescrição da pretensão punitiva não caracterizada				
Termo inicial - pagamentos realizados	Tempo	Ordem de citação	Tempo	Acórdão 988/2019-

		(interrupção do prazo)		Plenário
9/8 e 13/12/2011 (peça 127, p. 30)	3 anos	21/5/2014 (peça 1)	5 anos	30/4/2019 (peça 187)

Fabício Falcão Lopes (engenheiro fiscal da prefeitura)

Prescrição da pretensão punitiva não caracterizada				
Termo inicial - atestados dos boletins de medição da obra 7/1 e 5/4/2010 (peça 8, p. 1-15, TC 015.160.2012-2)	Tempo 7 anos	Ordem de citação (interrupção do prazo) 12/9/2017 (peça 97)	Tempo 2 anos	Acórdão 988/2019- Plenário 30/4/2019 (peça 187)

Walmir Queiroz Sampaio Junior (engenheiro fiscal da prefeitura)

Prescrição da pretensão punitiva não caracterizada				
Termo inicial - atestados dos boletins de medição da obra 10/5, 10/6, 12/8/2010, 25/2 e 8/9/2011 (peça 8, p. 16-89, TC 015.160.2012-2)	Tempo 7 anos	Ordem de citação (interrupção do prazo) 12/9/2017 (peça 97)	Tempo 2 anos	Acórdão 988/2019- Plenário 30/4/2019 (peça 187)

Jean Arruda Nunes (secretário de obras), Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima e Giane Santos Almeida (membros da comissão de licitação), empresa Nunes & Cia. Ltda. e sócio Joaquim Nunes Dourado, Construtora C&A Ltda. e sócio Fábio Cavalcante de Albuquerque, Construtora Costa Machado Ltda. e sócios Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa

Prescrição da pretensão punitiva não caracterizada				
Termo inicial - adjudicação da licitação 2009.07.23.01 21/9/2009 (peça 11, p. 118 TC 015.160.2012-2)	Tempo 5 anos	Ordem de citação (interrupção do prazo) 21/5/2014 (peça 1)	Tempo 5 anos	Acórdão 988/2019- Plenário 30/4/2019 (peça 187)

18.3. Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se pela possibilidade da aplicação de multa, como também da condenação ao ressarcimento, conforme os parâmetros definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, visto que não se operou a prescrição decenal em relação a quaisquer dos responsáveis.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

19. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, e mesmo considerando-se o prazo geral, de cinco anos, observa-se que igualmente não teria ocorrido a prescrição. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

19.1. A Lei 9.873/1999, art. 1º traz previsão expressa a respeito do início do prazo como a data da prática do ato. Neste caso, considera-se as seguintes datas:

Responsável	Data
Décio Bonilha Munhoz (ex-prefeito)	23/06/2010
José Airton de Lima (secretário de obras)	23/06/2010
Joaquim Ciriaco Ramires (secretário de obras)	09/08/2011
Fabício Falcão Lopes (engenheiro fiscal da prefeitura)	07/01/2010
Walmir Queiroz Sampaio Junior (engenheiro fiscal da prefeitura)	10/05/2010
Jean Arruda Nunes (secretário de obras)	21/09/2009
Daniely Souza, Francisca S. Rodrigues, José C. Lima e Giane Almeida (comissão de licitação)	21/09/2009
Construtora Nunes, C&A e C. Machado, Fábio Albuquerque, Joaquim Dourado, Jayme e Raysa Costa	21/09/2009

b) Prazo:

19.2. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”. Porém, o Superior Tribunal de Justiça possui sólida jurisprudência no sentido de que a “pretensão punitiva da Administração Pública em relação à infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal”

(REsp 1116477/DF, relator Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 22/8/2012; MS 15462/DF, relator Min. Humberto Martins, 1ª Seção, DJe 22/3/2011; e MS 14446/DF, relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, DJe 15/2/2011, entre outros).

19.3. Como não se tem notícia da propositura de ação penal contra o responsável acerca dos fatos de que se trata no presente processo, fica afastada essa possibilidade. Dessa forma, será considerado o prazo geral de cinco anos.

19.4. Não obstante, as causas interruptivas indicadas abaixo evidenciam que a prescrição não teria ocorrido, mesmo que se aplicasse o prazo geral de cinco anos.

c) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

19.5. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II). Exemplos típicos, no caso em exame, são: as portarias de fiscalização 1461, 1462, de 29/5/2012 e 1814, de 2/7/2012 (peças 1-3 do TC 015.160/2012-2), o relatório de fiscalização de 29/6/2012 (peça 46 do TC 015.160/2012-2), os Acórdãos 1298 e 1510/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Sherman, de 21/5/2014 e 11/6/2014 (peças 49 e 53 do TC 015.160/2012-2), as citações de 18 e 20/6/2014, de 19/4 e 25/6/2018 (peças 6-23, 146 e 169), o Acórdão 8497/2017-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro André Luís de Carvalho, de 12/9/2017 (peça 97), as análises técnicas de 8/6/2017, 26/3/2018 e 4/2/2019 (peças 82, 138, 178). Com esse fundamento, houve a interrupção do prazo prescricional nestas datas até o acórdão condenatório de 30/4/2019 (peça 187).

d) Interrupções pela citação dos responsáveis:

19.6. A prescrição também é interrompida “pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital”, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve também a interrupção do prazo prescricional em:

Responsável	Data	Peças
Décio Bonilha Munhoz (ex-prefeito)	10/07/2014	6 e 43
José Airton de Lima (secretário de obras)	08/07/2014	11 e 52
Joaquim Ciriaco Ramires (secretário de obras)	30/06/2014	12 e 30
Jean Arruda Nunes (secretário de obras)	30/06/2014	10 e 29
Daniely S. de Souza (comissão de licitação)	03/07/2014	9 e 34
Francisca S. Rodrigues (comissão de licitação)	02/07/2014	8 e 31
José Cláudio de C. Lima (comissão de licitação)	11/07/2014	7 e 42
Giane S. Almeida (comissão de licitação)	11/07/2014	16 e 39
Nunes & Cia. Ltda.	30/06/2014	15 e 26
Joaquim N. Dourado	30/06/2014	21 e 26
Construtora C&A Ltda.	09/07/2014	14 e 40
Fábio C. Albuquerque	09/07/2014	41 e 40
Construtora Costa Machado Ltda.	01/07/2014	13 e 27
Jayme R. M. Costa	01/07/2014	16 e 28
Raysa M. M. Costa	01/07/2014	23 e 24
Fabrizio Falcão Lopes (engenheiro fiscal da prefeitura)	16/05/2018	146 e 154
Walmir Queiroz Sampaio Junior (engenheiro fiscal da prefeitura)	23/07/2018	169 e 171

19.7. Cabe destacar, por oportuno, que, em se tratando de devedores solidários, a interrupção da prescrição feita a um aproveita aos demais. Incide, nesse caso, regra própria da teoria geral das obrigações, segundo a qual “a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais” (art. 204, § 1º, do Código Civil). São consequências próprias da solidariedade (a exemplo da regra de que o credor pode demandar qualquer dos devedores, art. 275 do Código Civil), que não precisam ser repetidas em cada diploma legal específico.

e) Interrupção pela decisão condenatória recorrível:

19.8. Por fim, a prescrição também se interrompe “pela decisão condenatória recorrível” (art. 2º, III, da Lei 9.873/1999). Com esse fundamento, houve a interrupção em 30/4/2019, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 187). Essa interrupção é relevante, por

estabelecer prazo para julgamento do recurso.

f) Da prescrição intercorrente:

19.9. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”.

19.10. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

19.11. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

19.12. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

19.13. Em muitas situações o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos.

19.14. Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal **contemplem informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento** (como, por exemplo, declaração do órgão instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

19.15. Especificamente quanto a esta TCE, verifica-se que as próprias causas de interrupção elencadas acima evidenciam que o processo teve andamento regular, não se operando a prescrição intercorrente.

19.16. Logo, há informações suficientes nos autos para evidenciar o regular andamento do feito, não se verificando a prescrição intercorrente prevista na Lei 9.873/1999.

g) Conclusão:

19.17. Independentemente da existência de outras causas interruptivas não elencadas acima, cujo levantamento não se fez necessário, observa-se, pelos eventos indicados, que em nenhum momento transcorreu prazo suficiente para se operar a prescrição (nem mesmo se se considerasse o prazo geral de cinco anos), tomando-se por referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelo TCU.

19.18. Partindo-se da premissa de que a pretensão reparatória segue as mesmas balizas, enquanto não houver norma específica a respeito, a demonstração de que não se operou a prescrição punitiva impõe, como consequência, a conclusão de que também é viável a condenação ao ressarcimento do prejuízo apurado nos autos, segundo o regime da Lei 9.873/1999.

Alegações recursais da empresa Nunes & Cia Ltda. e de Joaquim Nunes Dourado (peça 244-255)

20. Os recorrentes alegam que sua responsabilização fundamentou-se exclusivamente em dois supostos fatos, inexistentes e não provados pelo Tribunal: o conluio entre licitantes e a incapacidade operacional da empresa para executar a obra contratada.

21. A respeito do conluio entre licitantes, os recorrentes sustentam que:

- 21.1. A licitação contou com a presença de 21 licitantes, das quais 5 foram habilitadas, o que demonstra a livre concorrência preconizada no art. 3º da Lei 8.666/1993 (peça 244, p. 5).
- 21.2. Não há provas de que os recorrentes interviram ou conheciam as razões e a metodologia da composição das propostas ofertadas pelas construtoras Costa Machado e Compact (peça 244, p. 5-6).
- 21.3. Não há prova mínima de que os recorrentes tenham agido, mediante ajuste ou combinação, de forma a fazer com que as construtoras Costa Machado e Compact Construições formulassem propostas homogêneas e superiores à vencedora Nunes & Cia Ltda., ressaltando que a homogeneidade dos percentuais da composição de preço fora praticada exclusivamente por tais construtoras (peça 244, p. 5-7).
- 21.4. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado - art. 5º, XLV, CF/88 (peça 244, p. 7).
- 21.5. O Tribunal criou o fato da fraude à licitação porque inexistiu indício de inferência dos recorrentes na formulação das propostas das construtoras Costa Machado e Compact (peça 244, p. 6).
- 21.6. A jurisprudência do TCU é no sentido de que a caracterização de conluio exige a conjunção de indícios vários e coincidentes que apontem para a ocorrência de fraude à licitação, consubstanciada na prática de atos capazes de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e de promover o direcionamento do certame, a teor do Acórdão 2.649/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro André de Carvalho (peça 244, p. 7-8).
22. A respeito da incapacidade de executar a obra contratada, os recorrentes afirmam que:
- 22.1. O Tribunal presumiu a incapacidade da empresa Nunes & Cia da executar os serviços contratados, em razão do baixo número de empregados registrados na Relação Anual de Informações Sociais (Rais). Todavia, esse número não faz presumir a sua incapacidade operacional e, na pior das hipóteses, configuraria infração à norma trabalhista e não à Lei 8.666/1993. Ademais, o objeto contratado, 'pavimentação em pedra tosca', trata-se de obra de fácil execução, que não requeria mão de obra qualificada (peça 244, p. 8-9).
- 22.2. A questão da incapacidade está superada porque a obra foi fiscalizada pela Caixa e recebida pelo município em 23/11/2011 (peça 244, p. 8).
- 22.3. Não houve prejuízo ao município, diante da conclusão das obras (peça 244, p. 9).
- 22.4. A empresa Nunes & Cia Ltda., fundada em 1980, tinha por objeto social inicial a comercialização de peças e acessórios para veículos e material de construção. Com a alteração do objeto social de 2008, a empresa passou a prestar serviços no ramo da construção civil (peça 244, p. 9).
- 22.5. A empresa Nunes & Cia realizou diversas obras de construção civil, conforme se verifica nas DIPJs, balanços e notas fiscais em traslado, o que afasta qualquer questionamento sobre a idoneidade e a probidade das atividades exercidas pela empresa por dez anos no seguimento da construção civil (peça 244, p. 9).
- 22.6. O MPTCU manifestou-se pela regularidade das contas dos recorrentes e dos membros da comissão de licitação, afirmando que:
- 22.6.1. A existência do alinhamento de preços entre as propostas de três das cinco empresas habilitadas no certame é insuficiente, por si só, para se afirmar que houve fraude à licitação.
- 22.6.2. O fato de a empresa ter número reduzido de empregados (formalmente registrados) não é determinante para o estabelecimento de nexos entre os recursos transferidos e a execução física do objeto, mormente porque: inexistiu indícios e vedação à subcontratação de serviços; a vigência inicial do contrato (180 dias) era exígua para contratação que resultaria em demissão em curto espaço de tempo; e o relatório de vistoria da Caixa (peça 70, p. 25) informou que a obra foi integralmente executada, sem a indicação de problemas quanto à capacidade da contratada de executar os serviços previstos (peça 244, p. 12).

22.6.3. A existência de baixa numeração das notas fiscais foi justificada pela alteração de 2008 da atividade empresarial para a construção civil (peça 67, p. 13-14), cerca de um ano e dois meses antes da assinatura da avença em análise (peça 244, p. 13).

22.6.4. A empresa Nunes & Cia recebeu no período do contrato firmado com a prefeitura de Cascavel-CE (21/9/2009 a 29/11/2011), R\$ 1.768.153,10, além de outros R\$ 822.154,05 da prefeitura de Trairi-CE, totalizando R\$ 2.590.307,15, conforme indica o portal da transparência do TCM-CE (peça 35 do TC 015.160/2012-2). O valor, portanto, é significativamente inferior ao considerado pela unidade técnica como parâmetro para avaliar a capacidade operacional da empresa, sem contar que a receita deve ser pulverizada ao longo de dois exercícios, ponderando-se, além disso, que sua utilização visa a custear diversas outras despesas, como utilização e manutenção de equipamentos e aquisição de material a ser empregado na obra (peça 244, p. 13-14).

22.7. A obra foi fiscalizada pela Caixa e recebida pelo município e a prestação de contas aprovada. Assim, inexistente dano ao erário, mas o enriquecimento sem causa do município, caso prevaleçam os termos do acórdão recorrido. Em caso similar, o TCU entendeu que: (i) a obra executada parcialmente ou em desconformidade com o projeto, que pode ser aproveitada ao fim a que se destinava, não caracteriza, necessariamente, dano ao erário (v.g. Acórdãos 9083/2017-TCU-1ª Câmara e 3459/2019-TCU-2ª Câmara); (ii) a empresa contratada somente deve ressarcir ao erário o montante correspondente ao valor recebido e não executado (v.g. Acórdãos 346/2017-TCU-1ª Câmara e 1460/2018-TCU-2ª Câmara) (peça 244, p. 15-16).

23. Os recorrentes anexam os autos seguintes documentos:

23.1. O registro de empregados na Rais, 2010 a 2018 (peça 244, p. 9 e 28-42, peças 245 e 246).

23.2. Relatório da Caixa e termo de recebimento da obra (peça 244, p. 15, 24-27).

23.3. Notas fiscais eletrônicas (peças 247 e 248, p. 1-20, 38-41 e 71) e certificados de encerramento da escrituração fiscal de serviço eletrônico (peça 248, p. 21-37, 42-70, 72-78, peça 249).

23.4. Certidão de acervo técnico e atestado de capacidade técnica (peça 244, p. 22-23).

Argumentos recursais da Construtora C&A (Compact Construções) e de Fábio C. de Albuquerque (peça 274)

24. Os recorrentes alegam que não há provas do suposto alinhamento de preços entre as construtoras C&A e Costa Machado, bem como inexistem tais evidências em relação à licitante vencedora. Para tanto, afirmam que:

24.1. A proposta da Compact Construções (Construtora C&A) seguiu os padrões do ato convocatório, com preços unitários exequíveis, elaborados pelo setor de engenharia da empresa (peça 274, p. 2-3).

24.2. A Compact Construções não teve ingerência sobre as propostas das demais licitantes, assim como não houve o compartilhamento de informações com as concorrentes, pois a apresentação dos custos unitários é de caráter eminentemente pessoal da empresa (peça 274, p. 2-3).

24.3. Não há que se falar em conluio de dois licitantes, entre cinco classificados e 21 participantes do certame (peça 274, p. 3).

24.4. A Secex-CE não identificou (peça 189, p. 10-11): (i) evidências adicionais de conluio das empresas desclassificadas; (ii) elementos adicionais do direcionamento da licitação; (iii) informação de fraude no exame da prestação de contas final; (iv) endereços fictícios nas visitas realizadas a empresas licitantes; (v) sobrepreço na proposta vencedora; e (vi) irregularidade na autenticação de documentos de licitantes (peça 274, p. 3-5).

24.5. A Secex-CE identificou equivocadamente a participação da Compact Construções em processos do TCU e na ação penal 0002811-13.2014.4.05.8100 (peça 274, p. 5).

24.6. As suposições do TCU não podem condenar os recorrentes porque: (i) os recursos foram integralmente utilizados nos serviços executados, vistoriados e aprovados pelo conveniente; (ii) a prestação de contas foi aprovada pelos órgãos competentes; (iii) não houve desfalque de recurso, superfaturamento ou inexecução da obra, que resultasse em dano ao erário; (iv) a má-fé das partes não foi comprovada (peça 274, p. 4-6).

24.7. A manutenção do acórdão recorrido configura o enriquecimento sem causa da Administração Pública, vez que a obra foi integralmente executada, atendendo à comunidade local (peça 274, p. 6).

24.8. O MPTCU manifestou-se pela regularidade das contas dos responsáveis, porquanto não identificou nenhuma prova material e robusta que configurasse conluio ou outra irregularidade grave (peça 274, p. 5).

24.9. A Compact Construções não utilizou autenticação digital de cartórios com sede em outro Estado, mas entende que tal autenticação é lícita e não comprova a ocorrência de conluio entre licitantes (peça 274, p. 4).

24.10. Não cabe aos recorrentes apresentar qualquer informação acerca da emissão de notas fiscais em caráter sequencial e de numeração baixa pela empresa vencedora do certame (peça 274, p. 5).

Argumentos recursais de Fabrício Falcão Lopes, engenheiro fiscal (peça 260-271)

25. O recorrente alega que:

25.1. A obra objeto do contrato de repasse foi efetivamente executada, em conformidade com os critérios físicos e objetivos contratuais (quantitativos e qualitativos), verificados na rigorosa fiscalização procedida pela Caixa (peças 126 a 134) e nas instruções e julgados juntados aos autos (peça 260, p. 10-11).

25.2. A responsabilização do recorrente decorre, por exclusão, do fato de a obra ter sido executada por terceiro e que na condição de engenheiro fiscal da obra deveria ter relatado a suposta e desautorizada intermediação. A instrução técnica concluiu que a fiscalização da higidez da obra, de responsabilidade do fiscal da obra, referia-se a critérios subjetivos do contrato, ou seja, que somente a contratada poderia executar a obra, sem a possibilidade de subcontratação. Todavia, a higidez da obra refere-se à sua execução física (peça 260, p. 11).

25.3. A qualidade do material empregado na obra não foi contestada e, dessa forma, eventual deterioração prematura da obra não pode ser atribuída ao recorrente (peça 260, p. 11-12).

25.4. A responsabilização por não ter detectado a subcontratação irregular dos serviços não merece prosperar porquanto: (i) a pessoa identificada *in loco* como executora da obra durante as 15 fiscalizações de campo empreendidas pelo recorrente fora a empresa Nunes & Cia Ltda., conforme atestado nos boletins de medição (peça 262); (ii) as atribuições contratuais do recorrente se limitaram à fiscalização da higidez operacional da executante e da higidez física da obra e não da higidez geral da empresa (cláusula 2.1 do contrato à peça 261); e (iii) a fiscalização da higidez econômica-financeira-fiscal-trabalhista-jurídica da executante exorbita o poder do fiscal de campo, cabendo à comissão de licitação a análise da aptidão dos licitantes (art. 27 da Lei 8.666/1993) e a um auditor-fiscal na fase de execução (peça 260, p. 12-14).

25.5. Em oito dos quinze boletins de medição, o recorrente comunicou a Administração que a obra executada não estava 100% compatível com o projeto de locação da obra, resultando em pequenos saldos a favor do município, o que representa sinal de honestidade, retidão e zelo profissional, o que refuta a tese de que o recorrente teria agido em conluio com a contratada (peça 260, p. 15).

25.6. Era impossível atentar para as nuances da obra e da empresa executante, pois eram precárias as condições ofertadas pela Prefeitura de Cascavel-CE para que o recorrente realizasse a fiscalização em campo. O recorrente não dispunha de instalações ou de equipamentos de engenharia adequados, de veículos para locomoção e nem de auxiliares qualificados, a teor da

defesa apresentada à peça 168 e do entendimento assentado no Acórdão 839/2011–TCU-Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, que elidiu a responsabilidade do fiscal do contrato naqueles autos. Diante desse quadro de desídia por parte da administração local em proporcionar condições de trabalho, o recorrente rescindiu o contrato unilateralmente, depois de pouco mais de um ano de trabalho (peça 260, p. 15-19).

25.7. A realística conjuntura de má administração pública dos municípios brasileiros autoriza a presunção de veracidade nas alegações do recorrente, quanto às precárias condições de trabalho no município de Cascavel-CE nos anos de 2009-2010 (peça 260, p. 17-18).

25.8. Decorrido quase uma década dos fatos em tela, o recorrente não recorda bem de maiores detalhes, restando comprometida a prova material que, em parte, está em poder da administração local (peça 260, p. 16).

25.9. É de se presumir que a deterioração das ruas pavimentadas possa ter decorrido do abandono ou da falta de manutenção. Além disso, a manutenção das ruas em boas condições de uso não era atribuição do fiscal da obra (peça 260, p. 17-18).

25.10. As imagens de algumas das ruas pavimentadas, obtidas no ‘google maps’ de 2012 (peça 271), apontam a deficiente manutenção por parte do poder público local e a falta de cuidado da população local com as vias e calçadas (peça 260, p. 18).

25.11. O MPTCU (peça 182) manifestou-se pela exclusão da responsabilidade dos engenheiros fiscais pelo débito, em razão da falta denexo entre o atesto nos boletins de medição e a incapacidade operacional da contratada (peça 260, p. 13 e 20).

25.12. A condenação solidária à devolução de valor superior a 2 milhões de reais e ao pagamento de multa de R\$ 80.000,00 afigura-se desproporcional em relação à conduta do recorrente e ao seu padrão de vida. Apesar da responsabilização do recorrente por conduta culposa, o Tribunal o condenou com a mesma régua dos que agiram com dolo. Assim, requer a observância do princípio da proporcionalidade na aplicação e quantificação da multa dos artigos 57 e 58 da Lei 8.443/1992 (peça 260, p. 19, 21, 22).

25.13. O fato da empresa Nunes & Cia não possuir registros formais de trabalhadores em seus quadros é insuficiente para concluir que o recorrente agiu com negligência, pois o aspecto documental restava ofuscado pelo aspecto material da execução da obra, a qual transcorria e correspondia quase sempre a 100% do projeto repassado ao recorrente pela secretaria de obras municipal (peça 260, p. 21).

26. O recorrente acostou aos autos os seguintes documentos: contrato 2009113 (peça 261); boletins de medição (peça 262); ofício da CEF, encaminhando a prestação de contas do contrato de repasse (peça 263); relatórios de prestação de contas parcial (peças 264-268); relatório de prestação de contas (peça 269); e relatório de acompanhamento de engenharia da Caixa Econômica Federal (peça 270).

Análise

27. A auditoria foi realizada no município de Cascavel/CE com objetivo de verificar a regular aplicação de recursos federais, inclusive aqueles referentes ao contrato de repasse 280319, que objetivava a pavimentação de ruas municipais. Os valores das obras foram estimados em R\$ 1.539.500,00 e tiveram por base a Concorrência 2009.07.23.01.

28. A equipe de auditoria identificou as seguintes irregularidades: licitação simulada, contratação de empresa sem capacidade operacional, ausência de nexode causalidade entre os recursos repassados e a execução do objeto e ausência de manutenção de parte de obra executada (peça 5). Assim, os responsáveis foram chamados nos autos e, entre eles, os recorrentes, pelos seguintes motivos:

28.1. A empresa Nunes & Cia Ltda. e o sócio Joaquim Nunes Dourado foram citados pela: (i) participação no conluio entre as empresas habilitadas, caracterizando a ilicitude do art. 90 da Lei 8.666/1993; e (ii) celebração de contrato sem a quantidade de empregados suficientes para

realizar os serviços contratados com municípios de Cascavel/CE e Trari/CE, avaliados em R\$ 4.160.488,32, visto que a construtora não tinha vínculo trabalhista entre 2007 a 2009 e somente 4 e 3 vínculos em 2010 e 2011, respectivamente (peças 15 e 21).

28.2. A empresa Compact Construções Ltda. (Construtora C & A) e o sócio Fábio C. Albuquerque foram citados pela participação no conluio entre as três habilitadas na Concorrência 2009.07.23.01, mediante alinhamento de preços (peças 14 e 18).

28.3. Fabrício Falcão Lopes, engenheiro municipal e fiscal da obra, foi citado porque atestou boletins de medição e recebeu obra executada pela empresa Nunes & Cia Ltda., que não detinha capacidade operacional para a realização dos serviços contratados (peças 140 e 146).

29. O Tribunal (peças 187 e 188, p. 3-6) concluiu que as alegações de defesa desses responsáveis (peças 67-70, 72 e 168) não afastaram a constatação da fraude licitatória e da incapacidade operacional da contratada, pelos seguintes motivos:

29.1. Fraude à licitação.

29.1.1. O número de 21 licitantes não foi suficiente para evidenciar competitividade, porque a maioria desses licitantes foi inadequadamente inabilitada, ante a falha superável na apresentação de documentos, sem que nenhuma delas tenha sequer se insurgido contra a inabilitação.

29.1.2. O elevado número de participantes, detectado na Operação Gárgula da Polícia Federal, foi usado como estratégia das empresas fraudadoras para criar uma aparente legalidade nas licitações conduzidas em vários municípios cearenses.

29.1.3. A unidade técnica evidenciou a participação conjunta de algumas dessas licitantes em outros certames, com os mesmos indícios de fraude, estando os ilícitos em avaliação em processos autuados no TCU (006.175/2013-9, 030.951/2011-9, 012.077/2012-7, 030.943/2011-6, 024.946/2017-6 e 016.283/2012-0), ao passo que algumas dessas empresas, entre elas, a Compact Construções, estariam envolvidas nas fraudes investigadas no âmbito da ação penal 2811-13.2014.4.05.8100, processada na Justiça Federal no Estado do Ceará.

29.1.4. As propostas da empresa Costa Machado (preços idênticos aos do orçamento-base), da Compact Construções (redução linear de 2% em relação ao orçamento-base) e da Nunes & Cia. Ltda. (desconto com variação de 2% ligeiramente inferior ao orçamento da Compact Construções) demonstraram inexpressiva margem de desconto, bem como similaridade dos preços unitários, retratando o alinhamento de preços indicado na tabela de peça 5, p. 7.

29.1.5. A fraude na execução do contrato de repasse só poderia ter ocorrido com a participação dos gestores, da comissão de licitação e das empresas, desde o processo licitatório até o pagamento à empresa contratada.

29.2. Capacidade operacional da contratada não demonstrada.

29.2.1. A empresa Nunes & Cia. Ltda. não justificou a ausência de capacidade operacional durante o período contratual, uma vez que não possuía empregados cadastrados na Relação Anual de Informações Sociais (Rais), antes de 2009 e, em 2010 e 2011, possuía, respectivamente, somente 4 e 3 empregados registrados na Rais.

29.2.2. A empresa Nunes & Cia subcontratou integralmente a execução da obra, sem ter apresentado prova de eventual regularidade dessa subcontratação, dando ensejo à presunção de dano ao erário, ante a ausência do nexos causal entre os recursos federais aportados e os supostos pagamentos dos serviços incorridos na execução do ajuste.

29.2.3. A contratada deixou de justificar a emissão das notas fiscais com baixa numeração (provenientes do mesmo talonário confeccionado em 17/3/2009, com a validade até 17/3/2012 – peças 128 a 133), apesar de a empresa ter sido criada em 1980 e de ter firmado contratos no período com os municípios de Cascavel e de Trairi no montante total superior a R\$ 4 milhões, conforme os dados obtidos junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

29.2.4. Os engenheiros fiscais do contrato deveriam não apenas verificar a quantidade e a qualidade dos itens de serviço apontados nos boletins de medição, mas também a higidez da obra conduzida pela empresa contratada, em consonância com as condições fixadas pelo correspondente contrato, já que caberia aos fiscais da Caixa promover apenas o atesto da execução física do objeto previsto no plano de trabalho inerente ao aludido contrato de repasse.

30. O cerne da questão é verificar a constatação da fraude licitatória, da incapacidade operacional da contratada, do dano ao erário e dos respectivos responsáveis.

31. Passa-se à análise dos indícios da fraude licitatória.

32. O primeiro indício trata da desclassificação de um número considerável de empresas na etapa inicial do certame licitatório, também identificado em outras auditorias realizadas no âmbito da Rede de Controle.

32.1. No presente caso, compareceram vinte e uma empresas à Concorrência 2009.07.23.01, das quais, dezesseis, de pronto, foram inabilitadas pela comissão de licitação: Construtora CHC, Mozaiko Empreendimentos, RPC Engenharia, A.P.B.J Construções, Falcon Construtora, VAP Construções, Conduta Construções, Opção Locadora, FW Carvalho Construções, Serra Verde & Construções, Diógenes Construções, Karatius Construções, Construtora Brilhante, A. Leite Construção, CEP Construtora e Construtora Múltipla.

32.2. Os motivos que levaram a inabilitação das empresas encontram-se no TC 015.160/2012-2, peça 7 c/c peça 15, p. 42-45 e versam sobre a falta de documentos **rotineiramente apresentados em qualquer certame**. Neste caso, não se apresentaram documentos como: procuração com firma reconhecida em cartório, certidão de registro junto ao CREA, comprovante de regularidade com a Fazenda Pública, comprovante de possuir engenheiro civil no quadro permanente, declaração de visita *in loco* emitida pela administração municipal, balanço patrimonial e demonstrativos contábeis, comprovante do recolhimento da garantia de participação, declaração de concordância com as normas editalícias e declaração da inexistência de impedimento de licitar com a administração pública (itens 2.3, 3.2.3, 3.3.1, 3.3.2.1, 3.3.3, 3.4.1, 3.4.5, 3.5.1 e 3.5.2 do edital), entre outros.

32.3. Atente-se para o fato de que a comissão de licitação inabilitou as empresas **sem promover diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório**, assim como **não lhes concedeu o direito recursal**, pois tais empresas sequer estavam presentes no julgamento dos documentos, como se depreende das assinaturas contidas na ata da reunião (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 5-6).

32.4. Note que **nenhuma das inabilitadas demonstrou interesse recursal em face dos erros sanáveis** identificados no julgamento da documentação.

32.5. É oportuno registrar que somente os representantes das empresas Compact, Nunes, Mozaiko e FW Carvalho estavam presentes na entrega dos envelopes de habilitação e propostas de preços, conforme assinaturas apostas na ata de reunião (TC 015.160./2012-2, peça 15, p. 111-112). A ausência dos representantes das empresas Construtora CHC, RPC Engenharia, A.P.B.J Construções, Falcon Construtora, VAP Construções, Conduta Construções, Opção Locadora, Serra Verde & Construções, Diógenes Construções, Karatius Construções, Construtora Brilhante, A. Leite Construção, CEP Construtora e Construtora Múltipla **sinaliza incomum desinteresse desses licitantes naquela importante reunião do procedimento licitatório**.

32.6. Na fase de julgamento das propostas, as empresas JPL Construções e Daruma Construções foram desclassificadas por não atenderem às exigências dos itens 4.9 (composição dos preços unitários) e 4.10 do edital (composição do BDI detalhado com a composição dos encargos sociais e obrigações trabalhistas), conforme o disposto na ata da reunião (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 7-8 c/c peça 15, p. 46).

32.7. As irregularidades formais que afastaram muitas licitantes poderiam ter sido saneadas com a promoção de diligências a cargo da comissão de licitação. Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar

necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame, a teor do que dispõe o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993. Nesse sentido são os Acórdãos 3340/2015-TCU-Plenário e 2730/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas, 3418/2014-TCU-Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer, 2873/2014-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Sherman, 5857/2009-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, e 4827/2009-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz.

32.8. Acrescente-se a todas as circunstâncias acima descritas o fato de que, entre os licitantes desclassificados na Concorrência 2009.07.23.01, constam seis empresas que, em outros processos deste Tribunal, foram **declaradas inidôneas** para participar de licitação que envolva recursos públicos federais:

Nº	Empresa	Processo	Acórdão*
1	Falcon Construtora e Serviços Ltda.	011.858/2012-5	832/2019-TCU-Plenário
2	RPC Locações e Construções	012.077/2012-7	1550/2018-TCU-Plenário
3	Mozaiko Empreendimentos Ltda.	012.077/2012-7	1550/2018-TCU-Plenário
4	A. P. B. J. Construções Ind. Com. Serv. de Mão de Obra Ltda.	021.085/2013-7 007.720/2012-2	2818/2017-TCU-Plenário 2099/2015-TCU-Plenário
5	Daruma Construções Ltda.	012.307/2012-2	3515/2014-TCU-Plenário
6	Construtora CHC Ltda.	011.875/2012-7 012.077/2012-7 045.577/2012-9	2529/2019-TCU-Plenário 1550/2018-TCU-Plenário 1277/2017-TCU-Plenário

*Relatoria do Ministro Augusto Sherman

32.9. Conclui-se, portanto, que a presença inicial de 21 licitantes na concorrência não é suficiente para caracterizar a competitividade preconizada no art. 3º da Lei 8.666/1993. Ao contrário, há evidências de que as empresas inabilitadas e desclassificadas se apresentaram apenas para conferir legalidade e aparente competitividade ao procedimento.

33. O segundo indício da fraude remete ao alinhamento de preços propostos pelas três empresas classificadas: Nunes & Cia (R\$ 1.499.320,41), Compact Construções (R\$ 1.504.095,84) e Construtora Costa Machado (R\$ 1.539.499,39). As propostas foram elaboradas a partir de um desconto padrão sobre o orçamento base da prefeitura de Cascavel/CE, demonstrado na tabela do relatório de fiscalização (peça 5, p. 7).

33.1. A proposta da Construtora Costa Machado constitui-se de simples reprodução do orçamento sugerido pela prefeitura de Cascavel/CE, ou seja, não contém desconto (0%), o que denota que a empresa estava comprometida tão somente a participar da licitação para dar ares de legalidade a esta, para, no momento seguinte, ser desclassificada.

33.1.1. Presentes outros indícios de fraude, a apresentação de proposta com custos unitários idênticos aos contidos no orçamento estimativo da licitação denota participação apenas formal das empresas, no intuito de conferir aparência de legitimidade ao processo e de simular uma competição, evidenciando atuação em conluio para fraudar o certame (v.g. Acórdão 2018/2017-TCU-Plenário, rel. Min. Bruno Dantas).

33.2. A proposta da Compact Construções incluía um desconto linear de 2% sobre todos os itens, enquanto a oferta da empresa Nunes & Cia Ltda. compunha-se de reduções próximas a 2%, suficientes para vencer o certame e conferir-lhe ares de competitividade (peça 5, p. 7). Portanto, resta claro que as três classificadas de forma intencional macularam a licitação, objetivando com que uma delas lograsse vencedora.

33.3. A Secex-CE examinou a questão da seguinte forma (peça 82, p. 7-8):

36. Ao contrário do que se poderia pensar, ao apresentarem preços com a mesma variação percentual (próximos a 2%, 2% e 0%), as licitantes terminaram por dar evidências que, de alguma forma, celebraram acordo de cujos atos participaram, incorrendo em ato atentatório contra a Lei de Licitações (arts. 3º, 90 da Lei de Licitações). Assim, o alinhamento das propostas e a aplicação de desconto padrão, não pode ser considerado sinônimo da competitividade entre as empresas (peça 5, p. 7) como alegou o responsável, porém, quebra de

sigilo das propostas entre elas (art. 3º da Lei 8666/93), visto ser pouco provável haver licitantes com idênticas cestas de custos, dada a diversidade dos componentes que lhe são intrínsecos e ao mesmo renunciarem a diminuição de preços sob os mesmos patamares (próximos a 2%, 2% e 0%).

[destaques acrescidos]

33.4. O Ministro André de Carvalho deixou assente no voto condutor do Acórdão 988/2019-TCU-Plenário o seguinte (peça 188, p. 3-4):

11. Incorporo o parecer da unidade técnica a estas razões de decidir.

[...]

18. A então Secex-CE assinalou que, a despeito de a proposta vencedora não relevar o eventual superfaturamento em alguns itens de serviço, quando comparados com o correspondente sistema Sicro, o exame das propostas de preço pela CPL não teria sido desenvolvido com a mesma rigidez adotada em relação à falta de documentos corriqueiros na etapa de habilitação, já que a Compact Construções e Projetos Ltda. teria aplicado a redução linear de apenas 2% nos seus preços e a Construtora Costa Machado Ltda. teria apresentado os seus preços em patamares praticamente idênticos aos do orçamento-base da prefeitura, ao passo que a Nunes & Cia. Ltda. teria aplicado os descontos com a variação de aproximadamente 2% em relação ao orçamento de referência e, assim, a sua proposta teria ficado ligeiramente inferior às supostas propostas das falsas concorrentes (tabela à Peça 5, p. 7), não se mostrando sequer razoável que a participação das aludidas empresas, se habilitadas, pudesse redundar nessa estranha margem de desconto (tão inexpressiva), nem, tampouco, admitir que a robusta similaridade dos preços unitários, para as três únicas licitantes classificadas, pudesse ser vista como “mera coincidência”, em face de o aludido alinhamento de preços denotar a segurança dessas licitantes sobre o já esperado resultado do certame.

[destaques acrescidos]

33.5. Ainda que ocorresse a possibilidade de custos similares entre as licitantes, bastaria que as empresas Nunes & Cia, Construtora C&A (Compact Construções) e Construtora Costa Machado as comprovasse nos autos para afastar a irregularidade a elas atribuídas, o que não foi feito.

33.6. Reforça o indício da fraude licitatória a **incapacidade operacional** da empresa contratada (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 120 e peça 13, p. 1-3), verificada pela falta de força de trabalho no período contratual (21/9/2009 a 21/11/2011), conforme registro da Rais de 2007 a 2011 (TC 015.160/2012-2, peça 13, p. 3; peça 14, p. 15 e peças 37 a 41).

33.7. Conclui-se, portanto, que não há como acolher as alegações da empresa Nunes & Cia Ltda. e de Joaquim Nunes Dourado de que: (i) inexistem provas de que interviram ou conheciam a metodologia da composição das propostas ofertadas pelas concorrentes; (ii) inexistem provas mínimas de que tenham agido em combinação com outras licitantes; (iii) a homogeneidade dos percentuais da composição de preço fora praticada exclusivamente pelas construtoras Costa Machado e Compact; e (iv) o TCU criou o fato da fraude à licitação porque inexistem indícios de inferência dos recorrentes na formulação das propostas das concorrentes.

33.8. Da mesma forma, não se pode acolher as alegações da Construtora C&A e de Fábio C. de Albuquerque de que: (i) inexistem provas do suposto alinhamento de preços entre as construtoras Compact, Costa Machado e Nunes & Cia; (ii) a proposta da Compact Construções, elaborada pelo seu setor de engenharia, seguiu os padrões do ato convocatório; (iii) a Compact Construções não teve ingerência sobre as outras propostas e não compartilhou informações com as concorrentes; (iv) inexistem evidências de conluio das empresas desclassificadas; (v) inexistem provas do direcionamento da licitação; (vi) inexistem informações de fraude na prestação de contas final e (vii) inexistem sobrepreço na proposta vencedora.

33.9. Isto porque a **prova indiciária**, constituída do somatório de indícios que apontam na mesma direção, **é suficiente para caracterizar fraude à licitação** decorrente do conluio de licitantes, não se exigindo prova técnica inequívoca para tanto. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal assentada nos Acórdãos do Plenário do TCU 333/2015 e 823/2019 (rel. Min. Bruno

Dantas), 1732/2015 (rel. Min. Marcos Bemquerer), 2649/2015 e 2687/2020 (rel. Min. André de Carvalho), 80/2020 (rel. Min. Ana Arraes), 3163/2020 e 2841/2020 (rel. Min. Vital do Rêgo).

33.10. A alegação de que o Ministério Público junto ao TCU manifestou-se a favor dos recorrentes, por si só, não os favorece, porque esse parecer não vincula o Relator ou o Tribunal (v.g. Acórdãos 6294/2018-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Vital do Rêgo, 78/2017-TCU-Plenário, rel. Min. Bruno Dantas, 8645/2011-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz, e 2160/2010-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Sherman).

33.11. A alegação da empresa Nunes & Cia Ltda. de que não pode ser punida por fato alheio não merece prosperar, em razão de existir evidências de sua participação na fraude à licitação e de que, ao final do procedimento, a empresa sagrou-se vencedora do certame, com a consequente contratação.

33.12. Remanesce, assim, o conjunto de indícios caracterizadores da fraude licitatória e a consequente responsabilização dos membros da comissão de licitação Daniely Silva de Souza, Giane Santos Almeida, José Cláudio de Castro Lima, responsáveis pela condução dos trabalhos da Concorrência 2009.07.23.01 (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 6, 8; peça 15, p. 112); do ex-secretário de obras Jean Arruda Nunes, que homologou o resultado da licitação (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 118); do ex-prefeito municipal Décio Bonilha Munhoz, por culpa *in vigilando* da conduta da comissão de licitação; das construtoras C&A Ltda. (sucessora da Compact Construções), Nunes & Cia. Ltda. e Costa Machado Ltda. e de seus representantes legais Jayme Renan Machado Costa, Raysa Mara Machado Costa, Fábio Cavalcante de Albuquerque e Joaquim Nunes Dourado, por fraude licitatória.

33.13. A Sra. Francisca Silva Rodrigues, membro da comissão de licitação, foi citada por ter assinado a ata de julgamento do certame licitatório (peça 8) e foi responsabilizada por ter participado dos atos que culminaram na contratação da empresa Nunes & Cia Ltda. (peça 5, p. 12; peças 8, 48, 187 e peça 188, p. 1).

33.14. Ocorre que a Sra. Francisca Silva Rodrigues não assinou as atas de julgamento da Concorrência 2009.07.23.01 (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 6, 8). Sua participação como membro da comissão de licitação se limitou à certificação das empresas A Leite Construções, FW Carvalho Construções, Nunes & Cia, Costa Machado e JPL Construções no atendimento à exigência legal para inscrição de cadastro de fornecedores da prefeitura de Cascavel/CE e à declaração de que a Construtora CHC prestou garantia de participação na licitação (TC 015.160/2012-2, peça 12, p. 46; peça 22, p. 28, 32; peça 24, p. 70 e peça 25, p. 36, 77).

33.15. Em obediência aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, **propõe-se a exclusão de Francisca Silva Rodrigues da relação processual**, afastando-a da responsabilização atribuída nos itens 9.8 e 9.9 do acórdão recorrido.

33.16. Por outro lado, os Srs. Raimundo Azevedo Bessa e Maria Joselita Cruz, na qualidade de membros da comissão licitatória, assinaram as atas de reunião de julgamento de documentos e das propostas (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 6, 8), que levaram à contratação da empresa Nunes & Cia., mas não foram chamados ao feito. Neste momento, não se proporá a citação dos responsáveis diante do longo transcurso de tempo entre os atos praticados e uma futura citação e da possibilidade da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória do Tribunal.

33.17. É oportuno registrar que:

33.17.1. Não há notícias de que a Compact Construções e Projetos Ltda. conste da Ação Penal 0002811-13.2014.4.05.8100 ou de algum processo deste Tribunal de Contas. Assim, assiste razão à Construtora C&A (Compact Construções) quanto à questão. Isto, todavia, não é suficiente para afastar as evidências da sua participação na fraude licitatória.

33.17.2. A unidade técnica (peça 138, p. 5-6) esclareceu que não houve fraude documental com o uso de serviço de reconhecimento de documentos via internet (autenticação), oferecido por cartório de João Pessoa-PB. Essa situação foi similar àquela observada no TC 030.653/2015-0, que verificou a legalidade do procedimento adotado.

33.17.3. A sede da empresa Nunes & Cia foi visitada pela equipe da Secex/CE, o que afastou a possibilidade da existência de endereço fictício (peça 138, p. 7).

33.17.4. A não constatação de fraude pela Caixa na análise da prestação de contas final (peça 34 peça 269, p. 1-17) não vincula o exame realizado pelo Tribunal de Contas da União.

33.17.5. A verificação de que os preços ofertados pela empresa contratada eram compatíveis com os valores de referência de mercado (peça 138, p. 7-8) não afasta a constatação da fraude licitatória, porquanto sua caracterização independe da existência de sobrepreço na proposta vencedora (v.g. Acórdãos 1262/2007-TCU-Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer, 2374/2015-TCU-Plenário, rel. Min. André de Carvalho, e 337/2019-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Nardes).

33.17.6. A responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa stricto sensu, sendo desnecessária a caracterização de má-fé.

34. Passa-se à análise da **capacidade operacional** da contratada para executar a obra, objeto do contrato de repasse 280319/2009 (Siafi 650.276), da Concorrência 2009.07.23.01 e do Contrato 20090465.

35. A incapacidade operacional da contratada Nunes & Cia restou demonstrada diante da ausência/restrita de força de trabalho existente no período contratual de 21/9/2009 a 21/11/2011, apontada na Relação Anual de Informações Sociais (Rais) dos exercícios de 2007 a 2011 (TC 015.160/2012-2, peça 13, p. 3, peça 14, p. 15 e peças 37 a 41).

36. A empresa não possuía registro de vínculo empregatício na data da autorização do início das obras (21/9/2009), segundo a Rais 2009 (TC 015.160/2012-2, peça 13, p. 4 e peça 39) e somente 4 e 3 vínculos laborais nos anos de 2010 e 2011, respectivamente, sendo que 2 desses vínculos eram sócios da empresa (TC 015.160./2012-2, peça 5, p. 8 e peças 40 e 41).

37. O **quantitativo de funcionários era incompatível com o volume de serviços contratado**, referente à pavimentação de ruas em pedra tosca de uma área de 38.122,85 m², a se realizar em 180 dias (TC 015.160./2012-2, peça 11, p. 91, 102, 120 e peça 113, p. 1-3).

38. A execução integral do serviço, aprovada pela Caixa em 25/11/2011(peça 270), destoa do quantitativo de empregados registrado na Rais de 2009 a 2011 (TC 015.160./2012-2, peças 39-41).

39. Segundo a unidade técnica, tal incongruência é reforçada pela verificação de que a empresa Nunes & Cia havia celebrado outros contratos com os municípios de Cascavel/CE e Trairi/CE no montante total de R\$ 4.160.488,32 (TC 015.160/2012-2, peça 5, p. 8 e peça 42, p. 2-3).

40. Na consulta realizada ao Portal do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (29/11/2020) (www.tce.ce.gov.br) verificou-se que a empresa Nunes & Cia celebrou contratos com os municípios de Cascavel/CE e Trairi/CE entre 2009 a 2011 nos seguintes valores:

Município	Licitação	Data do edital	Valor total contratado
Cascavel/CE	2009.07.23.01	31/08/2009	1.499.320,91*
Trairi/CE	2009.11.10.01	06/11/2009	1.518.388,59
Trairi/CE	2011.01.13.01	13/01/2011	1.039.576,24
Cascavel/CE	2011.03.24.01	24/03/2011	1.077.430,70
Cascavel/CE	2011.12.05.01	05/12/2011	498.491,13
Total			5.633.207,57

* contrato de repasse 280319/2009 (Siafi 650.276)

41. Na consulta realizada aos portais da Caixa Econômica Federal (webp.caixa.gov.br) e da Plataforma Mais Brasil (<http://plataformamaisbrasil.gov.br/acesso-livre>), verificou-se a existência de cinco contratos de repasse nos anos de 2009 a 2011, em que os municípios de Cascavel/CE e Trairi/CE contrataram a empresa Nunes & Cia:

Município	Contrato de repasse (Siafi)	Assinatura do contrato	Valor do contrato
Cascavel/CE	650.276	10/02/2009	1.606.088,32*

Cascavel/CE	719.754	29/12/2009	1.099.400,00
Cascavel/CE	745.883	10/12/2010	415.000,00
Cascavel/CE	745.112	14/12/2010	112.365,08
Trairi/CE	724.985	31/12/2009	1.040.000,00
Total			4.272.853,40

* contrato de repasse 280319/2009 (Siafi 650.276)

42. Observe que o inexistente/reduzido número de empregados da empresa Nunes & Cia no período compreendido entre 2009 e 2011 é incompatível com os serviços supostamente prestados pela empresa e o volume de recursos auferidos em todas essas obras.
43. É oportuno ressaltar que a incapacidade operacional da empresa é presumida (cabendo prova em contrário) e fundamenta-se nas informações acostadas no processo.
44. A empresa Nunes & Cia. Ltda. manifestou-se na fase instrutória (peças 67-71), bem como nesta fase recursal (peças 244-255), sem explicar como teria executado os serviços previstos no Contrato de Repasse 280319 (Siafi 650.276), a despeito de não possuir a força de trabalho requerida para a pavimentação das ruas em pedra tosca.
45. Caso houvesse a contratação de empregados em ato contínuo ao recebimento da ordem de serviços de 21/9/2009 (TC 015.160/2012-2), isto poderia ter sido demonstrado, inclusive com o registro na Rais dos exercícios de 2009 a 2011, o que não ocorreu.
46. Na suposição de que a empresa Nunes & Cia subcontratou parcialmente a execução dos serviços, a recorrente deveria ter apresentado os documentos necessários à sua comprovação, o que também não aconteceu.
47. Remanesce, por exclusão, o entendimento de que houve a subcontratação total da execução dos serviços da obra. Nessa linha, o Relator original asseverou que a empresa Nunes & Cia não apresentou prova de eventual regularidade dessa subcontratação, dando ensejo à presunção de dano ao erário, por falta do nexo de causalidade entre os recursos federais recebidos pela contratada e os valores por ela supostamente pagos na subcontratação (item 21 da peça 188, p. 4-5).
48. A subcontratação total é expressamente vedada pelo art. 72 da Lei 8.666/1993, dispositivo que só considera legítima a subcontratação de “partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração” (v.g. Acórdãos 2189/2011-TCU-Plenário, rel. Min. José Jorge, 8657/2011-TCU-2ª Câmara e 2093/2012-TCU-Plenário, rel. Min. André de Carvalho, 983/2012-TCU-Plenário e 774/2007-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Sherman).
49. A comprovação da execução física das obras, objeto do contrato de repasse 280319/2009 (Siafi 650276), demonstrada nos relatórios da Caixa (peça 127, p. 6; peça 134, p. 1-5) e no termo de recebimento definitivo das obras, assinado pelo secretário municipal de obras (peça 67, p. 27), não é suficiente para afastar a responsabilidade da contratada pelo débito, ainda que o serviço executado cumpra sua finalidade e atenda o interesse da comunidade local.
50. A empresa Nunes & Cia permanece entre os responsáveis solidários pelo débito porque **concorreu para o dano ao erário, ao emitir notas fiscais** (peça 128, p. 5; peça 129, p. 5; peça 130, p. 8; peça 131, p. 5; peça 132, p. 5 e peça 133, p. 5) **e recibos** (peça 130, p. 9; peça 131, p. 6; peça 132, p. 6 e peça 133, p. 6) **para dar aparência de que pessoalmente executou o empreendimento**, sem, contudo, ter explicado como executou os serviços sem dispor de força laboral para executá-los.
51. Caso fosse confirmada a subcontratação dos serviços, o valor do débito poderia ser reduzido à diferença entre os pagamentos recebidos pela contratada e os valores por ela pagos à subcontratada.
52. Assim, por todos motivos expostos, não há como acolher os argumentos recursais de que: (i) a incapacidade operacional da contratada foi presumida; (ii) o número reduzido de empregados na Rais configuraria apenas infração à norma trabalhista; (iii) o serviço de pavimentação em pedra tosca não requer mão de obra qualificada; (iv) a obra foi fiscalizada, executada e recebida, com a prestação de contas aprovada pelos órgãos competentes; (v) não houve

desfalque de recursos ou superfaturamento (vi) os recursos foram integralmente utilizados nos serviços contratados; e (vii) o acórdão recorrido promove o enriquecimento sem causa da administração municipal.

53. Com o objetivo de demonstrar a lisura de suas atividades, a empresa Nunes & Cia acosta ao apelo o registro de empregados da Rais de 2010 a 2018 (peça 244, p. 28-42, peças 245 e 246), o relatório de execução físico-financeira da Caixa, o termo de recebimento da obra (peça 244, p. 24-27), notas fiscais eletrônicas (peças 247 e 248, p. 1-20, 38-41 e 71), certificados de encerramento da escrituração fiscal de serviço eletrônico (peça 248, p. 21-37, 42-70, 72-78 e peça 249) e certidão de acervo técnico e atestado de capacidade técnica (peça 244, p. 22-23).

54. Esses documentos são insuficientes para comprovar a capacidade operacional da empresa durante a vigência do contrato celebrado com o município de Cascavel/CE, que foi de 21/9/2009 a 21/11/2011 (TC 015.160/2012-2, peça 13, p. 3; peça 14, p. 15).

55. Os vínculos empregatícios demonstrados na Rais de 2010 e 2011 (peça 244, p. 28-42) apenas ratificam a falta de força de trabalho para a execução dos serviços contratados.

56. As notas fiscais eletrônicas (peças 247 e 248, p. 1-20, 38-41 e 71) e os certificados de encerramento da escrituração fiscal de serviço eletrônico (peça 248, p. 21-37, 42-70, 72-78 e peça 249) referem-se a diversos serviços executados pela empresa nos exercícios de 2012 a 2019, fora do período contratual (21/9/2009 a 21/11/2011).

57. Observe que o item 3.3.2 do edital da Concorrência 2009.07.23.01 exigia do licitante, entre outros documentos de habilitação, o comprovante de capacidade técnico operacional do responsável técnico da licitante para o desempenho de atividade pertinente compatível com o objeto da licitação, por meio de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado junto ao CREA, acompanhado da respectiva certidão de acervo técnico (TC 015.160/2021-2, peça 15, p. 43).

58. Todavia, **não há prova de que o atestado de capacidade técnico operacional foi apresentado pela empresa Nunes & Cia** na reunião de julgamento dos documentos de habilitação de 1º/9/2009 (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 5-6).

59. Os atestados emitidos pelas prefeituras de Trairi/CE e de Cascavel/CE, acompanhados das certidões de acervo técnico (peça 70, p. 21-24 e peça 244, p. 22-23), não comprovam a capacidade técnico operacional da empresa Nunes & Cia na Concorrência 2009.07.23.01, porquanto se referem a serviços executados (5/4/2011 a 30/9/2011 e 9/10/2009 a 9/4/2010) em período posterior ao julgamento dos documentos de habilitação, ocorrido em 1º/9/2009 (015.160/2012-2, peça 11, p. 5-6).

60. Este fato reforça o entendimento de que a contratada, desprovida de capacidade operacional, subcontratou veladamente a execução dos serviços, rompendo-se o nexo de causalidade dos recursos federais. Quanto ao débito, remanesce a responsabilização dos membros da comissão de licitação Daniely Silva de Souza, Giane Santos Almeida, José Cláudio de Castro Lima, responsáveis pela condução dos trabalhos da Concorrência 2009.07.23.01 (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 6, 8; peça 15, p. 112); do ex-secretário de obras Jean Arruda Nunes, que homologou o resultado da licitação (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 118); do ex-prefeito municipal Décio Bonilha Munhoz, por culpa in vigilando da conduta da comissão de licitação; das construtoras C&A Ltda. (sucessora da Compact Construções), Nunes & Cia. Ltda. e Costa Machado Ltda. e de seus representantes legais Jayme Renan Machado Costa, Raysa Mara Machado Costa, Fábio Cavalcante de Albuquerque e Joaquim Nunes Dourado, por fraude licitatória que permitiu a contratação de empresa desprovida de capacidade operacional para executar os serviços previstos no ajuste.

61. Desse modo, conclui-se, no que concerne à Comissão de Licitação, não haver evidências de que Francisca Silva Rodrigues, membro da comissão de licitação, tenha concorrido para a contratação da empresa Nunes & Cia e, por consequência, para o dano ao erário. Assim, **propõe-se a exclusão de Francisca Silva Rodrigues da relação processual**, afastando-a da responsabilização atribuída nos itens 9.3, 9.4 do acórdão recorrido.

62. Os ex-secretários de obras José Airton de Lima (22/6/2010 a 21/2/2011) e Joaquim Ciriaco Ramires (22/2/2011 a 28/6/2012) foram responsabilizados pela contratação da empresa Nunes & Cia; autorização do pagamento em favor da construtora; recebimento das notas fiscais com baixa numeração; e pela falta de conservação das ruas pavimentadas (peças 11, 12 e peça 188, p. 5).
63. José Airton de Lima e Joaquim Ciriaco Ramires assinaram o 2º, 5º, 6º e 7º termos aditivos ao contrato 20090465, que reduziram o valor do ajuste e prorrogaram a sua vigência (TC 015.160/2012-2, peça 13, p. 64 e peça 14, p. 9, 11, 13 e 15). Eles também autorizaram o pagamento dos serviços descritos nas notas fiscais 003 (21/6/2010), 005 (5/10/2010), 006 (09/11/2010), 009 (14/2/2011), 010 (4/8/2011) e 013 (9/12/2011).
64. A responsabilização de José Airton de Lima e de Joaquim Ciriaco Ramires pela assinatura dos termos aditivos e pela autorização dos pagamentos é de excessivo rigor, em razão da aparente regularidade da execução física dos serviços contratados, exposta nos boletins de medição (TC 015.160/2012-2, peça 8) e nas vistorias de acompanhamento da Caixa (peças 128-133, p. 1 e peça 134, p. 1-5), que impedia o conhecimento da incapacidade operacional da contratada. Além disso, os responsáveis não participaram do procedimento licitatório e nem da contratação da empresa Nunes & Cia, o que os afasta da possibilidade de envolvimento com a fraude licitatória.
65. A empresa Nunes & Cia, constituída em 25/4/1980 (peça 67, p. 10-11), justificou a baixa numeração das notas fiscais 003 (21/6/2010), 005 (5/10/2010), 006 (09/11/2010), 009 (14/2/2011), 010 (4/8/2011) e 013 (9/12/2011), com a alteração do contrato social da empresa, realizada em 31/7/2008 (peça 67, p. 13-14), com vistas ao ingresso no mercado de construção civil.
66. A mudança da atividade empresarial, de fornecedora de mercadoria para prestadora de serviços (peça 67, p. 10-11 e 13-14), requer, a princípio, a alteração do modelo de nota fiscal, o que explica a emissão de poucas notas fiscais até a contratação da empresa Nunes & Cia, ocorrida em 21/9/2009 (TC 015.160/2012-2, peça 11, p. 120 e peça 13, p. 1-3).
67. Desse modo, propõe-se a **exclusão da relação processual de José Airton de Lima**, afastando-o da responsabilização atribuída nos itens 9.3, 9.4, 9.8 e 9.9 do acórdão recorrido e a **regularidade, com ressalvas, das contas de Joaquim Ciriaco Ramires**, por remanescer a conduta, de baixa reprovabilidade, de não atentar para a conservação das ruas executadas, exigida pela cláusula 3ª, item 3.2, letra “q” do contrato de repasse, afastando-o da responsabilização atribuída nos itens 9.3, 9.4, 9.8 e 9.9 do acórdão recorrido.
68. Os Srs. Fabrício Falcão Lopes e Waldir Queiroz Sampaio, engenheiros civis e fiscais de obra do município de Cascavel/CE, atestaram os serviços executados no âmbito do contrato de repasse, no período de 16/11/2009 a 5/4/2010 e de 5/4/2010 a 8/9/2011, respectivamente, conforme os boletins da 1ª a 8ª medições (TC 015.160/2012-2, peça 8).
69. O Tribunal os responsabilizou por terem atestado a execução de serviços da empresa Nunes & Cia Ltda., que não detinha capacidade operacional para realizá-los, o que teria rompido o nexo entre a origem e a aplicação dos recursos.
70. Fabrício Falcão Lopes e Waldir Queiroz Sampaio Júnior não participaram do procedimento licitatório e da contratação da empresa Nunes & Cia, o que os afasta da possibilidade de envolvimento na fraude licitatória.
71. Não há evidência nos autos de que os engenheiros tinham ciência da incapacidade operacional da contratada, que somente poderia ser constatada pelos fiscais, caso os serviços de pavimentação não fossem executados. A aparente regularidade dos serviços executados e medidos (boletins de medição), confirmada pelas vistorias de acompanhamento da Caixa (peças 128-133, p. 1 e peça 134, p. 1-5), não permitia que os engenheiros identificassem a incapacidade operacional da contratada (por falta de força de trabalho). Alie-se a isso a ausência de condições adequadas de trabalho, indicadas pelo recorrente Fabrício Falcão Lopes desde as alegações de defesa (peça 168), como instalações e transporte precários, falta de acesso a histórico de serviços de obras em andamento, uso de computador próprio e reclamações junto à Secretaria de Obras municipais que culminaram em seu pedido de exoneração.

72. A esse respeito, o Tribunal tem asseverado que a ausência de condições de trabalho adequadas devem ser ponderadas no momento de atribuir integral responsabilidade ao fiscal das obras, o que, aliado à aparente impossibilidade de atestar a incapacidade operacional da contratada e à existência de atestes da Caixa, corroboram a proposta de afastar o débito e a multa impostos aos recorrentes. Nessa linha, transcrevem-se ementas da jurisprudência selecionada do TCU:

“O fiscal do contrato não pode ser responsabilizado caso não lhe sejam oferecidas condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições. Na interpretação das normas de gestão pública, deverão ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo (art. 22, caput, do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)” (Acórdão 2973/2019-TCU-2ª Câmara, Min. Ana Arraes);

“O fiscal do contrato não pode ser responsabilizado, caso não possua condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições” (Acórdão 839/2011-TCU-Plenário, Min. Raimundo Carreiro)

73. Como as obras foram integralmente concluídas (peça 270, p. 1) e a contratada não possuía a força de trabalho necessária para sua execução (TC 015.160/2012-2, peças 39 a 41), é de se concluir que os serviços foram discretamente subcontratados, sem o conhecimento dos fiscais da obra.

74. Desse modo, propõe-se a **exclusão da relação processual de Fabrício Falcão Lopes e Walmir Queiroz Sampaio Júnior**, afastando-os da responsabilização atribuída nos itens 9.3, 9.4, 9.8 e 9.9 do acórdão recorrido.

75. Por fim, o débito deve limitar-se aos repasses federais de R\$ 318.881,03, R\$ 316.719,35, R\$ 249.356,25, R\$ 236.925,00, R\$ 153.855,00 e R\$ 184.665,53, que totalizaram R\$ 1.460.402,16 (peça 127, p. 6, 33-34 e peças 128-133). Assim, **propõe-se a retificação dos valores descritos no item 9.3 do acórdão recorrido**, com os ajustes às datas dos pagamentos verificados no extrato bancário da conta do contrato de repasse (peça 127, p. 6, 33-34), conforme a tabela abaixo:

Valor Original (em R\$)	Data da Ocorrência
318.881,03	22/06/2010
316.719,35	14/10/2010
249.356,25	17/11/2010
236.925,00	23/02/2011
153.855,00	08/08/2011
184.665,53	13/12/2011

CONCLUSÃO

76. A prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário e do regime da Lei 9.873/1999, não restou caracterizada nos autos.

77. A prova indiciária, constituída do somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude à licitação decorrente do conluio de licitantes.

78. São indícios da fraude na Concorrência 2009.07.23.01: (i) a inabilitação de várias empresas por falta de documentos rotineiramente apresentados em qualquer licitação; a inabilitação sem a promoção de diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório; (iii) a não concessão por parte da comissão de licitação do direito recursal às inabilitadas; (iv) a falta de interesse recursal das inabilitadas em face dos erros sanáveis identificados no julgamento da documentação; (v) o incomum desinteresse de diversos licitantes em participar da reunião de entrega dos envelopes de habilitação e propostas de preços; (vi) a inidoneidade declarada em outros processos do Tribunal de seis licitantes desclassificados na Concorrência 2009.07.23.01; (vii) a apresentação de três propostas classificadas com desconto padrão sobre o orçamento base; (viii) a apresentação de proposta com custos unitários idênticos aos do orçamento estimativo da licitação, denotando participação apenas formal da empresa, no intuito de conferir aparência de legitimidade ao processo e de simular uma competição; (ix) a apresentação de proposta com desconto linear de 2% sobre todos os itens, semelhante a outra proposta de reduções próximas a 2%, suficientes para

vencer o certame e conferir-lhe ares de competitividade; (x) a incapacidade operacional da contratada por falta de força de trabalho, registrada na Rais no período contratual; e (xi) a ausência de prova de que o atestado de capacidade técnico operacional da licitante Nunes & Cia fora apresentado para o julgamento dos documentos de habilitação.

79. O reduzido número de empregados da empresa Nunes & Cia no período compreendido entre 2009 e 2011 é incompatível com o volume de serviços supostamente prestados pela empresa e com os recursos auferidos na execução de obras nos municípios de Cascavel/CE e Trairi/CE.

80. A incapacidade operacional da empresa para executar os serviços no âmbito do Contrato de Repasse 280.319 (Siafi 650.276) sugere a ocorrência da subcontratação total, expressamente vedada no art. 72 da Lei 8.666/1993.

81. A falta de elementos probatórios de eventual regularidade da subcontratação enseja à presunção do débito integral, por falta do nexo de causalidade entre os recursos federais recebidos pela empresa contratada e os valores por ela supostamente pagos à subcontratada. A empresa Nunes & Cia concorreu para o dano ao erário, ao emitir notas fiscais e recibos para dar aparência de que a empresa pessoalmente executou o empreendimento.

82. Francisca Silva Rodrigues não participou dos atos praticados pela comissão de licitação que levaram a adjudicação do objeto licitado à empresa Nunes & Cia. Assim, propõe-se a exclusão da responsável da relação processual.

83. Raimundo Azevedo Bessa e Maria Joselita Cruz assinaram as atas de reunião de julgamento de documentos e das propostas, que levaram à contratação da empresa Nunes & Cia, mas não foram chamados ao feito. Neste momento, não se proporá a citação dos responsáveis diante do longo transcurso de tempo entre os atos praticados e uma futura citação e da possibilidade da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória do Tribunal.

84. José Airton de Lima, Joaquim Ciriaco Ramires, Fabrício Falcão Lopes e Walmir Queiroz Sampaio Júnior não participaram do procedimento licitatório e nem da contratação da empresa Nunes & Cia, o que os afasta da possibilidade de envolvimento com a fraude licitatória. Não há evidências de que tinham conhecimento da incapacidade operacional da empresa contratada. Havia condições precárias para o trabalho de fiscalização, bem como existia atesto de vistorias in loco da Caixa. Assim, propõe-se a exclusão da relação processual de José Airton de Lima e dos fiscais Fabrício Falcão Lopes e Walmir Queiroz Sampaio Júnior e a regularidade, com ressalvas, das contas de Joaquim Ciriaco Ramires, por remanescer a conduta, de baixa reprovabilidade, de não atentar para a conservação das ruas executadas, exigida pela cláusula 3ª, item 3.2, letra “q” do contrato de repasse.

85. O débito limita-se aos repasses federais de R\$ 318.881,03, R\$ 316.719,35, R\$ 249.356,25, R\$ 236.925,00, R\$ 153.855,00 e R\$ 184.665,53. Assim, propõe-se a retificação do valor de débito descrito no item 9.3 do acórdão recorrido.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

86. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a análise dos recursos de reconsideração interpostos pela empresa Nunes & Cia Ltda., Joaquim Nunes Dourado, Construtora C & A Ltda., Fábio Cavalcante de Albuquerque e Fabrício Falcão Lopes contra o Acórdão 988/2019-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no artigo 33, da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer os recursos da empresa Nunes & Cia Ltda., Joaquim Nunes Dourado, Construtora C & A Ltda. e Fábio Cavalcante de Albuquerque para, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) conhecer o recurso de Fabrício Falcão Lopes e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da relação processual Fabrício Falcão Lopes, Walmir Queiroz Sampaio, Francisca Silva Rodrigues e José Airton de Lima, com fulcro no art. 161, do RITCU, e julgar regulares, com ressalvas, as contas de Joaquim Ciriaco Ramires;
- c) retificar, de ofício, o item 9.3 do acórdão recorrido, passando a ter os seguintes valores e datas:

Valor Original (em R\$)	Data da Ocorrência
-------------------------	--------------------

318.881,03	22/06/2010
316.719,35	14/10/2010
249.356,25	17/11/2010
236.925,00	23/02/2011
153.855,00	08/08/2011
184.665,53	13/12/2011

d) dar ciência às partes, à Procuradoria da República no Estado do Ceará, aos órgãos/entidades interessados, bem como aos demais cientificados do acórdão recorrido.

2. O Secretário da Serur, em pronunciamento divergente, sugeriu o encaminhamento nos termos que se seguem (peça 400):

Apreciam-se recursos de reconsideração interpostos por empresa Nunes & Cia Ltda. e Joaquim Nunes Dourado (peça 244-255), Construtora C & A Ltda. e Fábio Cavalcante de Albuquerque (peça 274) e Fabrício Falcão Lopes (peça 260-271) contra o Acórdão 988/2019-TCU-Plenário (rel. Min. Subst. André de Carvalho).

2. Peço licença para discordar parcialmente do exame empreendido pelo auditor desta Secretaria de Recursos (peça 398), que contou com o aval do diretor (peça 399), no ponto em que se presume a subcontratação total do objeto do Contrato de Repasse 280.319/2009 pela sociedade empresária Nunes & Cia Ltda., ante suposta ausência de capacidade operacional da contratada, conforme evidencia o seguinte trecho da instrução:

29.2. Capacidade operacional da contratada não demonstrada.

29.2.1. A empresa Nunes & Cia. Ltda. não justificou a ausência de capacidade operacional durante o período contratual, uma vez que não possuía empregados cadastrados na Relação Anual de Informações Sociais (Rais), antes de 2009 e, em 2010 e 2011, possuía, respectivamente, somente 4 e 3 empregados registrados na Rais.

29.2.2. A empresa Nunes & Cia subcontratou integralmente a execução da obra, sem ter apresentado prova de eventual regularidade dessa subcontratação, dando ensejo à presunção de dano ao **erário**, ante a ausência do nexo causal entre os recursos federais aportados e os supostos pagamentos dos serviços incorridos na execução do ajuste.

29.2.3. A contratada deixou de justificar a emissão das notas fiscais com baixa numeração (provenientes do mesmo talonário confeccionado em 17/3/2009, com a validade até 17/3/2012 – peças 128 a 133), apesar de a empresa ter sido criada em 1980 e de ter firmado contratos no período com os municípios de Cascavel e de Trairi no montante total superior a R\$ 4 milhões, conforme os dados obtidos junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

3. A referida presunção de subcontratação total do objeto contratado serviu de fundamento para a imputação de débito pelo valor total repassado ao município (subitem 9.3 do acórdão recorrido).

Como a empresa não trouxe comprovação de que a subcontratação foi parcial, o que poderia reduzir o débito à diferença entre o valor pago à subcontratada e o recebido pela contratada – segundo a jurisprudência do TCU –, a condenação se deu pelo valor integral.

4. No recurso, a empresa alega, entre outras coisas, que:

“(…) O Tribunal presumiu a incapacidade da empresa Nunes & Cia da executar os serviços contratados, em razão do baixo número de empregado registrados na Relação Anual de Informações Sociais (Rais). **Todavia, esse número não faz presumir a sua incapacidade operacional e, na pior das hipóteses, configuraria infração à norma trabalhista e não à Lei 8.666/1993.** Ademais, o objeto contratado, ‘pavimentação em pedra tosca’, trata-se de obra de fácil execução, que não requeria mão de obra qualificada (peça 244, p. 8-9)”.

5. Considero plausíveis os argumentos. É possível que a recorrente não tenha subcontratado outra empresa de maneira integral, mas mantido trabalhadores sem vínculo empregatício, o que configuraria ofensa à legislação trabalhista, matéria alheia à competência do TCU.

6. Ainda que o cenário seja de fraude à licitação, tal fato não se sobrepõe à necessidade de evidenciação do prejuízo por parte do TCU, sob pena de enriquecimento sem causa da União.

Exigir que a contratada faça prova de que não subcontratou integralmente os serviços seria equivalente a lhe impor o ônus de produzir prova negativa.

7. Neste ponto, para finalizar, assumo as considerações lançadas pelo MPTCU (peças 87 e 182), em manifestação pretérita nos autos, ocasião em que **concluiu pela fragilidade da condenação:**

a) o fato de a empresa ter número reduzido de empregados formalmente registrados não constitui aspecto determinante no estabelecimento denexo de causalidade entre os recursos transferidos e a execução física do objeto, mormente ante a argumentação da defendente no sentido de que inexistia, no edital ou no contrato, vedação à subcontratação de serviços;

b) o prazo inicial previsto para vigência do contrato era de 180 dias, interregno exíguo para que a empresa adotasse política de contratação que resultaria em demissão dos empregados num curto espaço de tempo;

c) a Caixa, na qualidade de intermediadora do repasse, realizou o acompanhamento do ajuste, cuja natureza exige a correta execução para fins de desbloqueio dos recursos utilizados para pagamento à contratada;

d) a obra foi integralmente executada e as autorizações de saque foram precedidas das correspondentes vistorias, inexistindo relato de problemas quanto à capacidade da contratada de executar os serviços.

e) no que se refere à baixa numeração das notas fiscais, a empresa comprovou que fez alteração contratual com vistas ao ingresso no mercado de construção civil em 2008, o que justifica a emissão de poucos documentos até a prestação dos serviços decorrente do contrato firmado com o município de Cascavel-CE, em 21/9/2009;

f) de acordo com o portal da transparência do TCM-CE, a empresa Nunes & Cia Ltda. recebeu, no período do contrato firmado com o município de Cascavel-CE, o montante de R\$ 2.590.307,15, bem inferior ao apontado nas citações dos responsáveis (R\$ 4.160.488,32); e

g) a análise comparativa dos custos contratados com os preços registrados no Sicro revelou que os valores pagos eram compatíveis com os parâmetros registrados no mencionado sistema (grifei).

8. Relativamente à prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento do TCU, dada a relevância da matéria e a necessidade de uniformizar os entendimentos no âmbito interno, **esta unidade técnica tem adotado os entendimentos detalhados na peça 397, que contém estudo e pronunciamentos da secretaria.** Nessas manifestações estão desenvolvidas as seguintes premissas, que serão utilizadas no presente exame:

a) ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

b) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

c) até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.

9. No caso em tela, ao examinar a matéria segundo os critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário e ainda pelo regime da Lei 9.873/1999, a subunidade considerou termos iniciais diferentes para contagem do prazo, em função das condutas praticadas pelos responsáveis. Entendo que esse critério não deve ser utilizado em se tratando de relação jurídica sujeita à prestação de contas específica, como é o caso do contrato de repasse sob análise.

10. Neste tipo de relação, a contagem deve ser realizada, nos termos do Código Civil (Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário), a partir da data de entrega da prestação de contas ou do dia seguinte ao término do prazo final para a entrega da prestação de contas, o que ocorrer primeiro. A prestação de contas final poderia ter sido apresentada até 29/11/2012 (peça 127, p. 2), mas foi entregue em 15/3/2012 (peça 127, p. 2), de modo que o termo inicial da prescrição pelos parâmetros estabelecidos no referido acórdão deve ser o dia 15/3/2012.

11. Como não houve atraso ou omissão na apresentação das contas, o mesmo termo inicial deve ser considerado quando se considera o regime da Lei 9.873/1999.

12. Em que pese a alteração nos termos iniciais, a conclusão pela inoccorrência da prescrição de acordo com os regimes considerados não se modifica, haja vista as datas de interrupção da contagem do prazo levantadas pelo auditor.

13. Feitas essas considerações, submeto o feito à consideração superior, proponho que os presentes recursos sejam conhecidos e, no mérito, providos parcialmente, de modo a:

- a) tornar sem efeito a condenação em débito e as multas a que se referem os subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 988/2019-TCU-Plenário;
- b) julgar irregulares as contas dos agentes públicos, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992 e aplicar-lhes multa.

3. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, representado pelo Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, anuiu à proposta apresentada pelo secretário da unidade técnica, ressaltando os seguintes pontos (peça 401):

Trata-se de tomada de contas especial instaurada em cumprimento ao Acórdão 1.298/2014-Plenário, proferido em sede do TC-015.160/2012-2, que cuidou de auditoria realizada para apurar a regularidade da aplicação de recursos federais repassados ao Município de Cascavel/CE.

Nestes autos, cuida-se especificamente do Contrato de Repasse 280319/2009, celebrado entre a União, por intermédio do Ministério do Turismo – Mtur, e o referido município, com a interveniência da Caixa Econômica Federal – CEF. No valor de R\$ 1.539.500,00, o referido contrato teve por objeto a pavimentação, em pedra tosca, de vinte ruas localizadas no aludido município.

Mediante o Acórdão 988/2019-Plenário, o Tribunal decidiu, em essência: julgar irregulares as contas de Décio Bonilha Munhoz, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Fabrício Falcão Lopes, Walmir Queiroz Sampaio Júnior, Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa; condená-los solidariamente em débito, juntamente com as empresas Construtora C&A Ltda. (sucessora da Compact Construções e Projetos Ltda.), Nunes & Cia. Ltda. e Construtora Costa Machado Ltda., pelas quantias de R\$ 335.669,98 (21/6/2010), R\$ 262.637,27 (9/11/2010), R\$ 249.433,45 (14/2/2011), R\$ 333.394,49 (5/10/2010), R\$ 161.881,00 (4/8/2011) e R\$ 194.385,97 (9/12/2011); aplicar, a cada uma das referidas pessoas físicas e jurídicas, multa no valor de R\$ 80.000,00; declarar a inidoneidade das referidas pessoas jurídicas para participarem de licitação na administração pública federal ou nos certames promovidos por estados, Distrito Federal e municípios com a aplicação de recursos federais, pelo período de 3 anos, nos termos do artigo 46 da Lei 8.443/1992; e, considerando graves as infrações cometidas pelas referidas pessoas físicas, inabilitá-las, pelo período de 5 anos, para o exercício de cargo em comissão e de função de confiança no âmbito da administração federal, nos termos do artigo 60 da Lei 8.443/1992.

Por meio do Acórdão 1.392/2020-Plenário, o Tribunal decidiu não conhecer, por se revelarem intempestivos e desprovidos de fatos novos, os recursos de reconsideração interpostos por Daniely Silva de Souza Amorim, Decio Paulo Bonilha Munhoz, Francisca Silva Rodrigues, Giane Santos Almeida, Jean Arruda Nunes, José Airton de Lima e José Cláudio de Castro Lima em face do mencionado Acórdão 988/2019-Plenário.

Cuida-se, nesta oportunidade, dos recursos reconsideração interpostos em face do mesmo Acórdão 988/2019-Plenário pela empresa Nunes & Cia Ltda. e por Joaquim Nunes Dourado (peça 244), pela Construtora C&A Ltda. e por Fábio Cavalcante de Albuquerque (peça 274) e por Fabrício Falcão Lopes (peça 260).

No âmbito da Serur, houve divergência quanto ao encaminhamento a ser dado aos recursos ora em exame. O auditor instrutor propõe ao Tribunal, em substância: conhecer dos recursos interpostos pela Nunes & Cia Ltda., por Joaquim Nunes Dourado, pela Construtora C&A Ltda. e por Fábio Cavalcante de Albuquerque para, no mérito, negar-lhes provimento; conhecer do recurso interposto por Fabrício Falcão Lopes para, no mérito, dar-lhe provimento, excluindo-se, da presente relação processual, além do recorrente, Walmir Queiroz Sampaio, Francisca Silva Rodrigues e José Airton de Lima, e julgando-se regulares com ressalvas as contas de Joaquim Ciriaco Ramires; e retificar, de ofício, o item 9.3 do acórdão recorrido, corrigindo-se as quantias que compõem o débito envolvido nesta TCE para o seguinte: R\$ 318.881,03 (22/06/2010), R\$ 316.719,35 (14/10/2010), R\$ 249.356,25 (17/11/2010), R\$ 236.925,00 (23/02/2011), R\$ 153.855,00 (8/8/2011) e R\$ 184.665,53 (13/12/2011) (páginas 26-27 da peça 398). O diretor alinha-se ao posicionamento do auditor instrutor (peça 399). O titular da Serur, por sua vez, propõe ao Tribunal tornar sem efeito a condenação em débito e as multas a que se referem os subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 988/2019-Plenário e, com fundamento no que dispõe o artigo 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas dos agentes públicos, aplicando-lhes multas (página 3 da peça 400).

- II -

Quanto ao recurso de reconsideração interposto por Fabrício Falcão Lopes, posiciono-me de acordo com o encaminhamento proposto pelo auditor instrutor da Serur, uma vez que as razões de recurso apresentadas logram afastar a participação do recorrente nas irregularidades tratadas nesta TCE. Além disso, resta também evidenciado que também Walmir Queiroz Sampaio, Francisca Silva Rodrigues, José Airton de Lima e Joaquim Ciriaco Ramires não tiveram participação naquelas irregularidades, remanescendo, porém, relativamente a este último, a impropriedade de não ter ele atentado para a adequada conservação das ruas pavimentadas, conforme previsto no Contrato de Repasse 280319/2009, justificando-se, assim, que o mérito de suas contas seja alterado de irregulares para regulares com ressalva.

Em relação aos recursos de reconsideração interpostos pela Nunes & Cia Ltda., por Joaquim Nunes Dourado, pela Construtora C&A Ltda. e por Fábio Cavalcante de Albuquerque, manifesto-me favoravelmente ao desfecho proposto pelo titular da Serur. Com efeito, os elementos constantes dos autos, reforçados pelas razões recursais, não apontam para a configuração de débito no caso presente, ainda que o processo de licitação e contratação das obras que compuseram o objeto do Contrato de Repasse 280319/2009 tenha se realizado envolto em grave irregularidade, consistente em fraude na seleção da empresa que se encarregaria da execução daquelas obras. Como bem observado pelo titular da Serur, “Ainda que o cenário seja de fraude à licitação, tal fato não se sobrepõe à necessidade de evidenciação do prejuízo por parte do TCU, sob pena de enriquecimento sem causa da União.” (página 2 da peça 400).

Os elementos constantes dos autos indicam que as obras previstas no Contrato de Repasse 280319/2009 foram executadas sem que tenham sido apontados indícios de desvios, de superfaturamento ou de que a execução daquelas obras possa ter sido custeada com recursos públicos que não os provenientes da União, por meio daquela avença. Isso é suficiente para descaracterizar a ocorrência de dano aos cofres federais no caso em tela.

As condenações em débito ocorridas nesta TCE fundaram-se principalmente na percepção de que a empresa Nunes & Cia Ltda., selecionada para executar as obras, não demonstrava capacidade operacional para tanto e, em razão disso, realizou a subcontratação total daquelas obras, o que teria redundado na perda do nexo de causalidade entre os recursos públicos federais e a execução das consideradas obras.

De fato, há evidências de que a Nunes & Cia Ltda. não contava com quadro de empregados suficiente para a execução das obras. No entanto, essa situação não permite concluir inequivocamente pela incapacidade operacional daquela empresa nem que, em decorrência dessa

presumida incapacidade, tenha aquela empresa subcontratado a integralidade da execução das obras. Afinal, há de considerar a possibilidade de a referida empresa ter se valido, na execução das obras, de trabalhadores informais. Isso configuraria, sem dúvida, uma infração trabalhista, mas não se poderia concluir que essa infração tenha implicado dano aos cofres públicos federais.

De mais a mais, deve-se tem em conta que a subcontratação de uma obra pública, ainda que total, não implica necessariamente a perda do nexo de causalidade entre os recursos públicos destinados àquela obra e sua execução física. O que realmente caracteriza a perda do nexo de causalidade na execução de uma obra pública é a impossibilidade de se comprovar que a obra foi realmente custeada com os recursos públicos que lhe foram especificamente destinados, e não com recursos públicos de origens outras.

- III -

Diante do exposto, este representante do Ministério Público junto ao TCU propõe, em essência, que o Tribunal conheça dos recursos de reconsideração ora em exame para, quanto a seus méritos, dar parcial provimento aos interpostos pela empresa Nunes & Cia Ltda. e por Joaquim Nunes Dourado (peça 244) e pela Construtora C&A Ltda. e por Fábio Cavalcante de Albuquerque (peça 274) e provimento ao interposto por Fabrício Falcão Lopes (peça 260), de forma a promover as seguintes alterações no Acórdão 988/2019-Plenário, mantendo-se inalteradas todas as demais disposições daquela deliberação:

- 1º) excluir da relação processual Fabrício Falcão Lopes, Walmir Queiroz Sampaio, Francisca Silva Rodrigues e José Airton de Lima;
- 2º) alterar o julgamento de mérito das contas de Joaquim Ciriaco Ramires para regulares com ressalva, excluindo-se todas as sanções que lhe foram cominadas;
- 3º) tornar sem efeito as condenações em débito (item 9.3) e as aplicações de multas fundadas no artigo 57 da Lei 8.443/1992 (item 9.4); e
- 4º) manter o julgamento de mérito, pela irregularidade, das contas de Décio Bonilha Munhoz, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, José Cláudio de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa, alterando-se, porém, o fundamento legal desse julgamento para o artigo 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, e cominando-se, aos referidos responsáveis, multas individualizadas com base no que dispõe o artigo 58, inciso I, da mesma lei.

É o relatório.