

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 014.153/2014-9

Natureza: I Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade: Município de Cascavel - CE

Responsáveis: Antônio Marcos Felix da Silva (448.468.863-87); Construtora Criativa Ltda - Me (07.663.109/0001-58); Construtora Panama Ltda - Me (04.128.259/0001-73); César Rogério Lima Cavalcante (165.955.643-00); Decio Paulo Bonilha Munhoz (310.971.540-68); Eduardo Florentino Ribeiro (054.414.983-15); Francisca Silva Rodrigues (468.359.703-91); Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos (806.190.613-91); José Cláudio de Castro Lima (390.594.803-68); Julia Maria Martins Boto (267.399.843-87); Maria Jane Dantas de Sousa Silva (713.997.393-87); Maria Joselita Cruz (246.381.703-82); Maria de Fátima Lima Nobre (031.713.563-50); Willami de Sousa Paiva (653.945.853-34).

Interessado: Secretaria de Controle Externo do Tcu/ce (00.414.607/0006-22).

Representação legal: José Vanderlei Marques Veras (22.795/OAB-CE), representando Maria Jane Dantas de Sousa Silva; Francisco Artur de Souza Munhoz (18458/OAB-CE), Alanna Castelo Branco Alencar (6854/OAB-CE) e outros, representando Decio Paulo Bonilha Munhoz; José Vanderlei Marques Veras (22.795/OAB-CE), representando Eduardo Florentino Ribeiro.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. FRAUDE AO CARATER COMPETITIVO DO CERTAME. NÃO COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE OPERACIONAL. IRREGULARIDADE NÃO FACILMENTE PERCEPTÍVEL. AUSÊNCIA DE DESÍDIA OU ERRO GRAVE. PROVIMENTO PARCIAL EM RELAÇÃO AOS GESTORES DO MUNICÍPIO.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a instrução constante da peça 312, com a qual anuiu o diretor da unidade técnica (peça 313):

“Cuidam-se de recursos de reconsideração em processo de tomada de contas especial apresentados por Décio Paulo Bonilha Munhoz (peças 245-248), Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos/Construtora Panamá-ME (peça 253), Eduardo Florentino Ribeiro (peças 257-259), Maria Jane Dantas de Sousa Silva (peça 263-265), Maria Joselita Cruz (peça 252) e José Cláudio de Castro Lima (peça 271), buscando impugnar o Acórdão 2.250/2019-TCU-Plenário (peça 203), por meio do qual os responsáveis tiveram suas alegações de defesa rejeitadas, com julgamento de irregularidade, imputação de débito, multa e sanção de inidoneidade, em função de irregularidades na execução do Contrato de Repasse 0233293-55/2007, para construção de 39 unidades habitacionais no Município de Cascavel/CE.

2. *Eis o extrato da decisão recorrida (Acórdão 2.250/2019-TCU-Plenário - peça 203):*

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 1298/2014-Plenário, em face da conversão de relatório de auditoria realizada na Prefeitura de Cascavel/CE (TC 015.160/2012-2), em relação à execução do Contrato de Repasse 0233293-55/2007 (Siafi 614572), que tinha por objeto a construção de 39 unidades habitacionais no município, com a previsão de repasses federais da ordem de R\$ 705.660,00,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. excluir da relação processual os Srs. Edvaldo Cunha Fontenelle, José Maria de Vasconcelos e Veríssimo Aguiar dos Santos, todos sócios da Construtora Criativa Ltda.;

9.2. considerar revéis os Srs. Antônio Marcos Félix da Silva, Willami de Sousa Paiva, César Rogério Lima Cavalcante e José Cláudio de Castro Lima e as Sras. Francisca Silva Rodrigues e Maria de Fátima Lima Nobre;

9.3. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Eduardo Florentino Ribeiro, Sra. Maria Jane Dantas de Sousa Silva, Sra. Maria Joselita Cruz, Sr. Décio Paulo Bonilha Munhoz, Sr. Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos, Sra. Júlia Maria Martins Boto, Construtora Criativa Ltda. e Construtora Panamá Ltda.;

9.4. julgar irregulares as contas do Sr. Willami de Sousa Paiva (CPF 653.945.853-34), Sr. Antônio Marcos Félix da Silva (CPF 448.468.863-87), Sr. Eduardo Florentino Ribeiro (CPF 054.414.983-15), Sra. Maria Jane Dantas de Sousa Silva (CPF 713.997.393-87), Sr. César Rogério Lima Cavalcante (CPF 165.955.643-00), Sr. Décio Paulo Bonilha Munhoz (CPF 310.971.540-68), Sr. Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos (CPF 806.190.613-91) e da Construtora Panamá Ltda. (CNPJ 04.128.259/0001-73), com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c” da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19, parágrafo único, e 23, inciso III, da mesma Lei;

9.5. condenar, nos termos do item 9.4 supra, em solidariedade, os Srs. Willami de Sousa Paiva (CPF 653.945.853-34), Antônio Marcos Félix da Silva (CPF 448.468.863-87), Eduardo Florentino Ribeiro (CPF 054.414.983-15), a Sra. Maria Jane Dantas de Sousa Silva (CPF 713.997.393-87), os Srs. Décio Paulo Bonilha Munhoz (CPF 310.971.540-68) e Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos (CPF 806.190.613-91), a Construtora Panamá Ltda. (CNPJ 04.128.259/0001-73) e o espólio do Sr. César Rogério Lima Cavalcante (CPF 165.955.643-00), ao pagamento da quantia a seguir especificada, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculada desde a data indicada até o efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de quinze dias para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas importâncias aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a”, da citada Lei c/c o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU (RITCU), abatendo-se na oportunidade as quantias eventualmente ressarcidas, na forma prevista na legislação em vigor:

<i>Tipo (D/C)</i>	<i>Data</i>	<i>Valor (R\$)</i>
<i>Débito</i>	<i>24/9/2010</i>	<i>132.381,81</i>
<i>Débito</i>	<i>14/4/2011</i>	<i>52.995,00</i>
<i>Crédito</i>	<i>1º/6/2012</i>	<i>17.192,08</i>

9.6. julgar irregulares as contas da Sra. Francisca Silva Rodrigues (CPF 468.359.703-91) e Sra. Maria Joselita da Cruz (CPF 246.381.703-82) e do Sr. José Cláudio de Castro Lima (CPF 390.594.803-68), membros da comissão de licitação encarregada da tomada de preços 2008.09.23.01, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “b”, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, e aplicar-lhes, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92, no valor de R\$ 7.500,00, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das importâncias devidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação;

9.7. aplicar aos responsáveis abaixo mencionados, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

Responsável(is)	Valor (R\$)
Eduardo Florentino Ribeiro Maria Jane Dantas de Sousa Silva Décio Paulo Bonilha Munhoz	10.000,00
Construtora Panamá Antônio Marcos Félix da Silva Willami de Sousa Paiva Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos	15.000,00

9.8. declarar a inidoneidade da Construtora Panamá Ltda. (CNPJ 04.128.259/0001-73) e da Construtora Criativa Ltda. (CNPJ 07.663.109/0001-58), para participar de licitação na Administração Pública Federal no prazo de três anos, com fundamento no art. 46 da Lei Orgânica do TCU;

9.9. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação; e

9.10. encaminhar cópia deste acórdão ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.

HISTÓRICO

3. Na origem, a Corte de Contas realizou auditoria na aplicação de recursos federais no Município de Cascavel/CE (TC-015.160/2012-2), tendo identificado indícios de irregularidades na licitação realizada para aplicação dos recursos provenientes do repasse 233293-55-MC-CEF, quais sejam: a) simulação de licitação; b) conluio para a formação de preços; c) contratação de empresa sem capacidade operacional; d) ausência de nexo de causalidade na aplicação dos recursos e o objeto executado e e) ausência de manutenção da obra executada.

4. Foi determinada a citação dos responsáveis (Acórdão 1.298/2014-TCU-Plenário – peça 1), que, à época dos fatos imputados, exerciam as seguintes funções:

- a) Eduardo Florentino Ribeiro – Prefeito do Município de Cascavel/CE (2005-2008)
- b) Décio Paulo Bonilha Munhoz – Prefeito do Município de Cascavel/CE (2009-2012)
- c) Maria Jane Dantas de Sousa Silva - Secretária de Trabalho e Ação Social (gestão 2005-2008)
- d) Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos – sócio-administrador da Construtora Panamá Ltda – Me
- e) Maria Joselita Cruz - Membro da CPL (gestão 2005-2008)
- f) José Cláudio de Castro Lima - Membro da CPL (gestão 2005-2008)

5. As condutas que ensejaram a citação dos responsáveis, indicadas no item 5.4 do Relatório de Fiscalização 631/2012, são as seguintes:

Responsável: Eduardo Florentino Ribeiro

Conduta: ausência de supervisão sobre a atuação dos membros da Comissão Permanente de Licitação, da Secretária de Trabalho e Ação Social e do Ordenador de despesa da Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Infraestrutura do município, em relação à Tomada de Preços 2008.09.23.01, permitindo a ocorrência da formação de conluio entre as empresas participantes do certame (Construtora Panamá Ltda. e Construtora Criativa Ltda.), mediante alinhamento de preços das propostas em relação ao orçamento-base da Prefeitura de Cascavel/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93, haja vista que as licitantes adotaram percentuais homogêneos para elaboração das suas propostas de preços.

Responsável: Décio Paulo Bonilha Munhoz

Conduta: autorizar pagamento das medições à Construtora Panamá Ltda. para execução do objeto do contrato de repasse 0233293-55, de 24/12/2007, relativo à construção de 39 unidades habitacionais no Loteamento Baixa do Carrapicho e Loteamento Novo Cascavel, mais pavimentação e não realizou adequadamente a supervisão sobre a atuação do Secretário de Obra e Desenvolvimento Urbano do município, em relação aos pagamentos dos serviços licitados por intermédio da Tomada de Preços 2008.09.23.01, permitindo a ocorrência da contratação da Construtora Panamá Ltda., empresa que não apresentou estrutura operacional para execução dos serviços contratados, considerando que pesquisa realizada na base da RAIS do Ministério do Trabalho, exercício 2008, a licitante possuía apenas um empregado, Sr. Francisco de Assis Lopes - mestre de construção civil, admitido em 03/1/2008. No ano de 2009, somente dois funcionários, o citado mestre de construção civil e o Sr. Francisco das Chagas Lopes, Fiscal de Pátio de Usina de Concreto, admitido em 28/12/2008, sendo que em 2010/2011 continuaram os mesmos empregados. Levando-se em consideração outras obras vencidas pela empresa em municípios cearenses (Carnaubal - 2007 – R\$ 431.095,37; Carnaubal, Tamboril, Uruburetama, Graça, Croatá, Sobral e Ibiapina – 2008 - R\$ 1.035.451,14; Uruburetama – 2009 - R\$ 144.133,49),

consoante dados extraídos do site do Tribunal de Contas dos Municípios (www.tcm.ce.gov.br), comprova-se efetivamente que a empresa não detinha as condições para execução da obra analisada e, portanto, demonstra a sua plena incapacidade operacional.

Responsável: Maria Jane Dantas de Sousa Silva

Conduta: adjudicar e homologar a Tomada de Preços 2008.09.23.01, e assinar o contrato dela resultante, em cuja licitação foi constatada a formação de conluio entre as empresas participantes do certame (Construtora Panamá Ltda. e Construtora Criativa Ltda.), mediante alinhamento de preços das propostas em relação ao orçamento-base da Prefeitura de Cascavel/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93, haja vista que as licitantes adotaram percentuais homogêneos para elaboração das suas propostas de preços.

Responsáveis: Construtora Panamá Ltda. e Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos, sócio administrador

Condutas:

a) participar de participou de licitação pública (Tomada de Preços 2008.09.23.01), na qual foi constatada a formação de conluio entre as empresas habilitadas no certame (Construtora Panamá Ltda. e Construtora Criativa Ltda.), mediante alinhamento de preços das propostas apresentadas, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93, haja vista que as licitantes adotaram percentuais homogêneos para elaboração das suas propostas de preços

b) celebrar contrato com o Município de Cascavel/CE, decorrente da Tomada de Preços 2008.09.23.01, não possuindo a empresa estrutura operacional para execução dos serviços contratados, considerando que pesquisa realizada na base da RAIS do Ministério do Trabalho, exercício 2008, a licitante possuía apenas um empregado, Sr. Francisco de Assis Lopes - mestre de construção civil, admitido em 3/1/2008. No ano de 2009, somente dois funcionários, o citado mestre de construção civil e o Sr. Francisco das Chagas Lopes, Fiscal de Pátio de Usina de Concreto, admitido em 28/12/2008, sendo que em 2010/2011 continuaram os mesmos empregados. Levando-se em consideração outras obras vencidas pela empresa em municípios cearenses (Carnaubal - 2007 – R\$ 431.095,37; Carnaubal, Tamboril, Uruburetama, Graça, Croatá, Sobral e Ibiapina – 2008 - R\$ 1.035.451,14; Uruburetama – 2009 - R\$ 144.133,49), consoante dados extraídos do site do Tribunal de Contas dos Municípios (www.tcm.ce.gov.br), comprova-se efetivamente que a empresa não detinha as condições para execução da obra analisada e, portanto, demonstra a sua plena incapacidade operacional.

Responsáveis: José Cláudio de Castro Lima e Maria Joselita Cruz

Conduitas: Realizar o processamento e julgamento do certame licitatório para a seleção de empresa a ser contratada sem adotar as providências saneadoras necessárias para garantir a sua regularidade, assinando a Ata da respectiva sessão da Comissão Permanente de Licitação alusiva à Tomada de Preços 2008.09.23.01, na qual foi constatada a ocorrência de formação de conluio entre as empresas participantes do certame (Construtora Panamá Ltda. e Construtora Criativa Ltda.), mediante alinhamento de preços das propostas em relação ao orçamento-base da Prefeitura de Cascavel/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93, haja vista que as licitantes adotaram percentuais homogêneos para elaboração das suas propostas de preços.

6. *Após o devido processo legal, a Corte julgou irregular as contas (Acórdão 2.250/2019-TCU-Plenário), decisão contra a qual se insurgem os recorrentes.*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

7. *Nenhuma divergência a ser apontada quanto as propostas positivas de admissibilidade contida nas peças 283-290 e acolhidas pelo e. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues (peça 293), pela admissão dos recursos.*

EXAME DE MÉRITO

8. Delimitação

9. *É objeto do recurso analisar: a) a validade das citações expedidas; b) o transcurso do tempo e o impacto nos princípios do contraditório e da ampla defesa; c) a responsabilidade dos membros da comissão de licitação e das autoridades superiores para análise das irregularidades durante o procedimento de escolha da licitante; d) a responsabilidade do Prefeito sucessor responsável pela execução da obra; e) a responsabilidade do Prefeito antecessor responsável pela licitação; f) a responsabilidade da empresa licitante executora da obra e dos sócios da empresa em relação a fraude licitatória e a ausência de capacidade operacional.*

10. Questão preliminar: da análise da prescrição no TC 014.153/2014-9 à luz dos possíveis critérios adotados no TCU

11. *Considerando a necessidade de análise ex officio da ocorrência de prescrição (item 9.1.6 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário), a questão da prescrição assume particular relevância ante o julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral).*

12. *Pela jurisprudência até então vigente, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Todavia, no julgamento do RE 636.886 foi conferida nova interpretação a esse dispositivo, fixando-se a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.*

13. *O Código Civil (adotado pelo Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário) 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.*

14. *Nas situações em que a prescrição tenha ocorrido por algum dos dois regimes, a Serur tem proposto o sobrestamento do julgamento do recurso, notadamente porque o acórdão proferido no RE 636.886 ainda está sujeito a embargos declaratórios, sendo possível o esclarecimento de pontos*

importantes da decisão ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base na jurisprudência até então vigente.

15. *Já nas demais situações, em que a prescrição não se operou por nenhum dos dois regimes, é possível o imediato julgamento do recurso, pois o desfecho não se alterará qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou prescritibilidade pela Lei 9.873/1999).*

16. *Na situação em exame não ocorreu a prescrição, por nenhum dos dois regimes, como demonstrado na sequência.*

17. *Da 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.*

19. *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.*

20. *Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se em relação ao débito, não haveria, então, que se cogitar do fenômeno da prescrição, tendo em vista que a tese fixada por este Tribunal da imprescritibilidade das ações de reparação de dano movidas pelo Estado, fundadas em decisões das Cortes de Contas. Reiterada, recentemente, no Acórdão 2620/2020-TCU-Plenário, com a ressalva de que não transitou em julgado ainda a decisão do STF que julgou o Recurso Extraordinário 636.886 (Tema 899).*

21. *No que concerne à prescrição da sanção punitiva, o Tribunal decidiu, em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, que a pretensão punitiva do TCU se subordina ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), dez anos. Assim, considerando que foi em, 24/12/2007, a celebração do Contrato de repasse 0233293-55 firmado pelo Município de Cascavel/CE com a União Federal (TC 015.160/2012-2, peça 46, p.15), as duas parcelas de recursos federais foram repassadas em 24/9/2010 e 14/4/2011 (peça 99, p. 2) e a deliberação que determinou a citação foi exarada em 21/5/2014 (Acórdão 1.298/2014-TCU-Plenário), “não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, visto que houve interrupção dentro do lapso temporal decenal”.*

22. *Da análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999*

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

a) *Termo inicial: A Lei 9.873/1999, art. 1º, prevê que o prazo inicial começa a contar a partir da data da prática do ato. No caso concreto, tal marco se fez presente em 14/4/2011, data em que a segunda parcela dos recursos foi repassada à municipalidade (peça 99, p. 2).*

b) *Prazo: 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 reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal”. No presente caso, aplica-se o prazo geral de cinco anos (art. 1º, caput).

c) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos: No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II), conforme a seguir:

c.1) Em 26/4/2012, a Gerência de Desenvolvimento Urbano e Rural/Fortaleza encaminhou à Superintendência Regional Norte e Sul do Ceará CI 0271/2012/GIDUR/FO, o dossiê do contrato de repasse, contendo documentação necessária ao processo de instauração de Tomada de Contas Especial, visto que o empreendimento encontrava-se paralisado e o prazo estipulado nas notificações remetidas à prefeitura encontrava-se vencido;

c.2) Em 30/11/2012, foi elaborado o Relatório de Fiscalização da Secex/CE (TC 015.160/2012-2), peça 46;

c.3) Em 21/05/2014, ocorreu a conversão do processo de representação TC 015.160/2012-2 em TCE (TC 014.153/2014-9), conforme deliberado no Acórdão nº 1298/2014 - TCU – Plenário);

c.4) Em 2014, foram expedidas as citações dos responsáveis no âmbito do TCU (TC 014.153/2014-9), peças 2, 6, 7, 8, 10, 14, 19 e 56;

c.5) Em 2018, foram realizadas diligência à Caixa Econômica Federal (Ofício 0208/2018-TCU/SECEX-CE, de 22/2/2018, (peças 89 e 94);

c.6) Em 2018, foram expedidas citações de outros responsáveis no âmbito do TCU (TC 014.153/2014-9), peças 101, 103, 105, 132, 135, 123, 144, 126, 129, 138 e 141;

c.7) Em 2019, foi expedido o acórdão recorrido (Acórdão nº 2250/2019 – TCU – Plenário).

d) Interrupção pela citação dos responsáveis: .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 a interrupção em 2014 e 2018 com as citações dos responsáveis (peças 2, 6, 7, 8, 10, 14, 19, 56, 101, 103, 105, 132, 135, 123, 144, 126, 129, 138 e 141).

Cabe destacar, por oportuno, que, em se tratando de devedores solidários, a interrupção da prescrição feita a um prejudica 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: .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 18/9/2019, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 203). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso.

f) Da prescrição intercorrente: .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”.

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.

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.

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”.

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.

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).

Especificamente quanto a esta TCE, as causas de interrupção elencadas acima permitem evidenciar que o processo teve andamento regular, sem ocorrência da prescrição intercorrente.

24. *Assim, independentemente da existência de outras causas interruptivas não elencadas acima (citações no âmbito administrativo, tentativas de solução conciliatória etc.), 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.*

25. *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.*

26. Questão preliminar: da validade das citações expedidas

27. *Alega a recorrente Maria Joselita Cruz a ocorrência de nulidade pela ausência de citação pessoal, embora residisse no endereço para o qual foi encaminhada a citação. Alega o recorrente*

José Cláudio de Castro Lima a ocorrência de nulidade pela ausência de citação, ingressando nos autos apenas em sede de recurso.

Responsáveis: Maria Joselita Cruz (peça 252) e José Cláudio de Castro Lima (peça 271)

Análise

28. *O art. 179, II do Regimento Interno do TCU valida a citação para qual não há ciência pessoal da parte, bastando a comprovação de entrega no endereço do destinatário, verbis:*

Art. 179. A citação, a audiência ou a notificação, bem como a comunicação de diligência, far-se-ão:

(...)

II – mediante carta registrada, com aviso de recebimento que comprove a entrega no endereço do destinatário;

29. *A questão já foi submetida à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, ao analisar as normas pertinentes às comunicações processuais no âmbito do TCU, afirmou a desnecessidade da ciência **pessoal** dos interessados, sendo suficiente a comprovação da entrega no endereço do destinatário, verbis:*

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 179 DO REGIMENTO INTERNO DO TCU. INTIMAÇÃO DO ATO IMPUGNADO POR CARTA REGISTRADA, INICIADO O PRAZO DO ART. 18 DA LEI N. 1.533/51 DA DATA CONSTANTE DO AVISO DE RECEBIMENTO. DECADÊNCIA RECONHECIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O envio de carta registrada com aviso de recebimento está expressamente enumerado entre os meios de comunicação de que dispõe o Tribunal de Contas da União para proceder às suas intimações.

2. O inciso II do art. 179 do Regimento Interno do TCU é claro ao exigir apenas a comprovação da entrega no endereço do destinatário, bastando o aviso de recebimento simples.

3. O prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança conta-se da data constante do aviso de recebimento e não admite suspensão ou interrupção.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no MS 25.816/DF, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 12.6.2006, DJ, Seção 1, 4/8/2006, páginas 24/25)

30. *Assim, a entrega do ofício de citação no endereço do responsável **José Cláudio de Castro Lima**, constante do cadastro fiscal (**Rua Dona Maria Ernestina 1880 – Centro – peças 8 e 33**), dentro da processualística específica adotada perante os processos em curso no Tribunal de Contas da União, impõe a presunção do conhecimento pessoal do responsável, dispensando a entrega pessoal da citação.*

31. *É a lógica adotada, guardada as devidas dimensões, na presunção de entrega pessoal da citação postal quando entregue em condomínios edifícios ou loteamentos com controle de acesso no Código de Processo Civil (art. 248, § 6º do CPC):*

Art. 248. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.

[...]

§ 4º Nos condomínios edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.

32. Na citação da responsável **Maria Joselita Cruz**, o endereço de citação (**Rua Bia Coelho s/n - centro – peça 7 e 41**) foi extraído do cadastro fiscal (peça 46), razão pela qual, após demonstrada a impossibilidade de localização da responsável naquele endereço, foi realizada a **citação editalícia**, prevista no art. 179, III do RI/TCU, após o esgotamento de diligências, especialmente na situação em que a responsável é contumaz no cumprimento do dever de atualizar os dados pessoais junto à Receita Federal, *verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. ACÓRDÃO DO TCU. CITAÇÃO POR EDITAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE.

I - Hipótese em que a apelante, através de curador especial designado judicialmente, em sede de embargos do devedor, reclama de nulidade de sua citação editalícia, a qual não teria sido precedida da indispensável busca por seu endereço atual nos bancos de dados públicos, afirmando ter sofrido cerceamento de defesa, já que tomou conhecimento da execução quando da intimação da penhora de seus bens.

II - O sistema processual brasileiro consagra o princípio de que as nulidades somente devem ser pronunciadas diante da demonstração objetiva de prejuízo às partes, reputando-se válidos os atos que, a despeito de suposto vício formal, atinjam sua finalidade essencial (art. 154 do CPC).

III - Não pode a executada exigir máxima diligência da parte exequente, quando ela própria foi contumaz no cumprimento de seu dever de cidadã contribuinte de atualizar os dados pessoais junto à Receita Federal. (TRF5; AC 200982000001364; Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli; Órgão Julgador: Quarta Turma; Fonte: DJE - Data: 28/10/2010 - Página: 685)

.....

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TCU. LEI N.º 8.443/92 E REGIMENTO INTERNO DO TCU. CITAÇÃO. REGULAMENTAÇÃO PRÓPRIA. LEI N.º 9.784/99. NÃO APLICAÇÃO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NÃO LOCALIZAÇÃO. ENDEREÇO CONSTANTE DOS AUTOS E DA BASE DE DADOS DA RECEITA FEDERAL. DILIGÊNCIA. SUFICIÊNCIA. NÃO NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE POSSIBILIDADES DE LOCALIZAÇÃO. AR/MP. INDICAÇÃO DE RECUSA DE RECEBIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. As regras da Lei n.º 9.784/99 relativas à intimação (art. 26 daquele diploma legal) não se aplicam à citação no processo administrativo de tomada de contas especial realizado perante o TCU, pois este tem regulamentação própria (Lei n.º 8.443/92 e Regimento

Interno do TCU), o que afasta, nos termos do art. 69 da própria Lei n.º 9.784/99 sua incidência, salvo subsidiária, o que não é o caso em face da ausência de lacuna na referida regulamentação.

2. A citação pessoal do Apelante foi tentada pelo TCU com base em endereço seu que constava dos autos (fls. 38 e 71 do apenso I), declarado pelo próprio Apelante, e que fora confirmado como seu efetivo endereço mediante consulta à base de dados da Receita Federal (fls. 123 e 145), cabendo ao Apelante a manutenção atualizada de seu endereço perante o cadastro desta.

3. O art. 179, inciso III, do Regimento Interno do TCU, em regulamentação ao art. 22 da Lei n.º 8.443/92, prevê a citação editalícia quando o responsável não for localizado, sendo suficiente para que reste caracterizada essa situação a tentativa de sua identificação no endereço constante da base de dados da Receita Federal, pois não há exigência normativa de outras diligências, as quais, ademais, seriam contrárias à celeridade necessária aos procedimentos sob a atribuição do TCU.

4. Não há, pois, na ausência de previsão legal específica, obrigatoriedade de o TCU esgotar todas as possibilidades de localização do responsável na tomada de contas especial, nem de proceder a diligências em endereços que, embora existentes nos autos, não foram confirmados como seu atual endereço em consulta à base de dados da Receita Federal, nem de ter ciência de que o responsável assumiu outro cargo público e, portanto, teria endereço profissional fixo.

5. No caso dos autos, ademais, o AR/MP dirigido ao Apelante não deixou de ser entregue por insuficiência de endereço, desconhecimento em relação ao destinatário ou mudança deste, mas por ter sido recusado o seu recebimento (fl. 133), o que gera a presunção de que, pela natureza do AR, no caso, em mãos próprias, foi o próprio Apelante que se recusou ao recebimento da correspondência e não, que fora apresentada alguma informação ao carteiro que impossibilitasse a sua entrega ao Apelante.

6. Não houve, assim, cerceamento de defesa na citação editalícia do Apelante, não merecendo reforma a sentença apelada que julgou improcedente seu pedido inicial.

7. Não provimento da apelação.

(TRF 5ª Região, AC 372364-PE 2002.83.00.011165-7, Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão)

33. Portanto, as citações realizadas são válidas, segundo os procedimentos legais de encaminhamento da comunicação ao endereço do responsável (art. 179, II do RI/TCU) e expedição de citação por edital quanto à responsável que não pode ser localizada (art. 179, III do RI/TCU), não havendo nulidade processual a ser dirimida.

34. Dos efeitos do transcurso do tempo em relação aos princípios do contraditório e ampla defesa

35. Alega o recorrente Eduardo Florentino Ribeiro a necessidade de julgamento das contas como ilíquidas (art. 20 e 21 da Lei 8.443/92), uma vez que houve o curso de prazo superior a 10 anos em relação às ocorrências debatidas (2007), impossibilitando o levantamento de informações sobre os repasses públicos, com a incidência da Súmula Vinculante 3 do STF.

Responsável: Eduardo Florentino Ribeiro (peças 257-259)

Análise

36. *O longo transcurso de tempo entre a ocorrência da irregularidade e a instauração da tomada de contas especial não implica, automaticamente, sua nulidade. Uma vez instaurada, o largo interregno temporal apenas enseja o julgamento pela iliquidez das contas caso reste comprovado que, por este motivo, tenham sido prejudicados o contraditório e a ampla defesa do responsável (Acórdão 139/2017-TCU-Plenário, Min. Bruno Dantas).*

37. *Diante disso, deve-se observar, no caso concreto, se houve, de fato, prejuízo ao contraditório e à ampla defesa da parte, de modo a tornar as contas iliquidáveis. O gestor responsável pelo convênio tem a obrigação de prestar contas e comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos. Todavia, após análise dos documentos contidos nos autos, conclui-se que os recorrentes tiveram ampla oportunidade de defesa ou de resguardar a documentação comprobatória dos gastos desde a fase interna da TCE, não havendo que se falar em cerceamento, afastando inclusive a alegada violação da Súmula Vinculante 3 do STF.*

38. *Note-se que a integralidade das evidências probatórias está juntada nos autos do processo anexo (peças 5-45 do TC-015.160/2012-2), tais como: boletins de medição, documentos apresentados na licitação, boletins de medição e RAIS das empresas licitantes, não existindo evidenciação de documento comprobatório que tenha se extraviado em razão do decurso do tempo.*

39. *No que tange à incidência das normas relativas ao trancamento de contas por supostamente serem iliquidáveis, tão somente pelo transcurso do prazo, há de se fazer a correta leitura dos artigos 20 e 21 da Lei 8.443/92, verbis:*

Art. 20. As contas serão consideradas iliquidáveis quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito a que se refere o art. 16 desta Lei.

Art. 21. O Tribunal ordenará o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis e o consequente arquivamento do processo.

40. *Assim, nos termos dos artigos 20 da Lei 8.443/92, é necessária a ocorrência de caso fortuito ou de força maior comprovadamente alheio à vontade do responsável, que torne materialmente impossível o julgamento de mérito das contas, o que não ocorreu no presente caso, haja vista que não foi comprovado qualquer tentativa de obtenção de documentos comprobatórios eventualmente arquivados em órgãos públicos.*

41. *Dos critérios de julgamento da licitação indicativos de direcionamento da licitação em relação aos responsáveis da comissão de licitação e autoridade homologatória do certame (Secretária de Trabalho e Ação Social)*

42. *Afirmam os recorrentes Maria Joselita Cruz e José Cláudio de Castro Lima (comissão de licitação) que a decisão não teria levado em consideração o fato de que agiam como vogais, não sendo possível descobrir a ocorrência de conluio entre as empresas. Apontam para decisão de aprovação das contas pela Caixa, rejeitando a existência de dano ao erário. Afirmam que a condenação pressuporia a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, fato que não teria ocorrido no caso concreto. Requerem a dosimetria da pena segundo a evidência de ausência de prejuízos, afastando a condenação à devolução da integralidade dos valores sem a comprovação de uma intenção deliberada de violação das normas legais.*

43. *Em seu turno, a Secretária de Trabalho e Ação Social, Maria Jane Dantas de Sousa Silva, responsável pela homologação do certame, afirma a ausência de conhecimentos para averiguação da*

irregularidade relativa aos preços das propostas, não tendo contribuído para a irregularidade relacionada à análise das propostas.

Responsáveis: Maria Joselita Cruz (peça 252), José Cláudio de Castro Lima (peça 271) e Maria Jane Dantas de Sousa Silva (peça 263-265)

Análise

44. *Em relação à alegação de que os agentes da Comissão de Licitação não seriam responsáveis por terem agidos como vogais, deve ser recordado que as deliberações da comissão de julgamento são adotadas pela soma da manifestação de cada membro, sendo que, em havendo divergência sobre eventual procedimento adotado pela comissão, deve o membro divergente consignar formalmente nas atas de julgamento eventual discordância.*

45. *No caso concreto, o ato de análise de propostas registrado na peça 6, p. 75 do TC-015.016/2012-2 indica uma manifestação unânime dos membros da comissão de julgamento, não sendo possível concluir que os demais membros da comissão tenham apenas aderido formalmente à uma manifestação de vontade expressada pelo Presidente da Comissão. Note-se que a própria ideia de instituição de uma comissão (ao invés do apontamento de um único servidor para conduzir o processo licitatório) impõe a necessidade de manifestações autônomas de cada membro da comissão.*

46. *No que concerne aos elementos indicativos de fraude licitatória, deve ser recordado que a Comissão analisou 2 (duas) propostas de preços: a) Construtora Panamá Ltda. (peça 6, p. 60-62) e b) Construtora Criativa Ltda. (peça 6, p. 46-47). Note-se que, além da questão de alinhamento de preço indicada na instrução acolhida no voto condutor (peça 187, p. 12-14), existem elementos tipográficos na formatação das propostas, tais como a utilização de mesma tipografia para a grafia do título das empresas, bem como a denominação idêntica do procedimento como “2008.09.23.1”, conquanto a Prefeitura numerasse o processo como “2008.09.23.01” (peça 5, p.1, 10, 44), evidenciando a existência de comunicação anterior entre as empresas proponentes.*

47. *Todavia, ao se ponderar a responsabilidade dos membros da Comissão de Licitação, deve ser observado que, à mingua de elementos que comprovem o conhecimento dos agentes públicos da existência de um intento fraudatório, o desvelamento das irregularidades pela mera análise das propostas era de difícil identificação, uma vez que o alinhamento de preços foi observado em apenas 4 dos 55 itens das propostas de preços (itens 1.1, 1.2, 11.2 e 11.4), ou seja, em 7% dos itens da planilha de preços e em itens que não compõem o maior percentual no custo do serviço (1,27% do valor total do contrato em relação ao item de serviços preliminares).*

48. *Ademais, os valores lançados nas propostas dos licitantes guardam relação de proximidade com a planilha de referência da Prefeitura (peça 5, p. 28-29), mitigando a possibilidade de identificação de fraudes à licitação apenas pela análise dos orçamentos de preços. Também deve ser considerado que, embora as propostas tenham elementos gráficos sugestivos de acerto de condutas, os elementos visuais globais não guardam similitude em um nível que pudesse indicar, em exame superficial, a ocorrência de fraude.*

49. *Ao se considerar que a Comissão de Licitações se ateu aos documentos juntados pelos licitantes para o julgamento das propostas, se mostra plausível a exoneração das responsabilidades dos agentes públicos, uma vez que as irregularidades evidenciadas não se mostravam de fácil identificação, devendo ser observado que a análise da capacidade operacional por meio da RAIS não era ato de competência da Comissão.*

50. *Note-se que a ausência de capacidade operacional da empresa vencedora não era um fato que pudesse ser conhecido pelos agentes municipais, ao menos em vista dos documentos exigíveis no curso da licitação e contidos no processo de contas.*

51. *Ou seja, não há elementos probatórios que sugerem a ocorrência de dolo ou culpa grave na conduta dos membros da Comissão, uma vez que a RAIS não era um documento exigível na fase de habilitação técnica (art. 30 da Lei 8.666/93), uma vez que não é exigível que a empresa detenha a totalidade dos funcionários no momento da licitação, bastando a prova da existência de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica (art. 30, § 1º, I da Lei 8.666/93).*

52. *Nessa linha de pensamento, a Comissão de Licitações estaria laborando de forma irregular se houvesse inserido no Edital a exigência de existência prévia de funcionários ou de exibição da RAIS, o que implicaria em autêntica restrição ao caráter competitivo da licitação, especialmente em se tratando de obra de pequena monta, para qual não se exige conhecimentos técnicos específicos (obras de reforma habitacional).*

53. *Nesse sentido, é admissível a exoneração da responsabilidade em atenção ao grau de culpabilidade dos responsáveis, uma vez que a identificação da atividade fraudatória era de difícil constatação, afastando o reconhecimento de dolo ou culpa grave, particularmente na situação em que os preços das propostas normalmente são formatados pelas empresas com a aplicação de descontos percentuais em relação à planilha orçamentária da Prefeitura.*

54. *Os argumentos para afastar a responsabilidade dos membros da comissão de licitação se comunicam à **Secretária Municipal** (Secretária de Trabalho e Ação Social), responsável pela homologação do certame, uma vez que a identificação da fraude, sem o conhecimento dos outros indícios obtidos pela Corte de Contas (RAIS das empresas participantes e prévio conhecimento da Operação Gárgula), não se evidenciaria de forma incontestada.*

55. *No mais, caso rejeitada a análise no sentido de mitigação da culpabilidade dos agentes públicos responsáveis pela Comissão de Licitação e da Secretária de Ação Social, devem ser rejeitados os demais argumentos apresentados pelos responsáveis, uma vez que a aprovação das contas do convênio não labora de forma favorável em relação aos atos praticados durante a fase de licitação. De outra sorte, ainda que a execução do convênio fosse julgada correta, as irregularidades relacionadas à licitação possuem natureza autônoma no julgamento.*

56. *Também não é relevante para a fixação da responsabilidade a ausência de conhecimentos específicos por parte da Secretária Municipal, uma vez que a responsabilidade estaria configurada com a ocorrência dolosa ou culposa da fraude à licitação, não se exigindo conhecimentos especializados para o exercício do dever de fiscalização dos procedimentos adotados durante a licitação.*

57. *No mesmo sentido, o pedido de afastamento de condenações em débito não é passível de acolhimento em relação aos ora responsáveis, uma vez que a condenação está restrita apenas à aplicação de penalidade de multa (item 9.6 do decisum), não tendo sido fixado débito em relação aos servidores da Comissão de Licitação.*

58. Da responsabilização do Prefeito sucessor em relação aos atos de execução e da possibilidade de identificação da capacidade operacional da empresa contratada

59. *Alega o recorrente a ausência de individualização da conduta pela existência de vícios anteriores atribuíveis a gestões anteriores. Afirma a ausência de obrigação do Prefeito sucessor para a supervisão dos pagamentos realizados, uma vez que, considerando que a licitação e o contrato*

havia sido realizados na gestão anterior, caberia apenas o envio das medições realizadas pelo Engenheiro da Prefeitura Municipal à CEF, figurando o Prefeito como mero interveniente entre a CEF e Ministério das Cidades.

60. *Aponta a inexistência de comunicação, por parte da CEF, da existência de irregularidade, promovendo a juntada do processo de pagamento organizado pela Caixa. Alega a inexistência de conhecimentos técnicos-científicos para desconsiderar os laudos expedidos por engenheiros e pela empresa de arquitetura, atestando a entrega da obra.*

61. *Reforça o recorrente a inexistência de erro grosseiro na conduta do responsável, uma vez que a ocorrência se mostraria de difícil identificação, especialmente pela imposição de obrigações que exigiriam conhecimentos técnicos-científicos por parte do Prefeito, não havendo descumprimento de obrigações contratuais e legais.*

62. *Afirma a ausência de dano ao erário, pela existência de documento expedido pela CEF atestando a execução da obra em sua integralidade (peça 191), estando demonstrado o nexo de causalidade pela indicação dos beneficiários (144) e os empregos gerados (71), sendo que o recorrente buscou resguardar o erário público com a expedição de Ofício (Ofício 72/GAB/2012), comunicando a inviabilidade da execução da obra e promovendo a devolução do saldo dos recursos. Alega que a comprovação da execução seria incompatível com a determinação do art. 21, parágrafo único da LINB, exigindo proporcionalidade e equanimidade na decisão condenatória.*

63. *Indica a impossibilidade de responsabilização do recorrente, uma vez que os atos relativos à licitação e à assinatura do contrato ocorreram em período anterior à 1º/1/2009 (data da posse do recorrente), não sendo possível a imputação de responsabilidade objetiva ao recorrente, devendo ser levado em consideração a inexistência de dolo ou erro grosseiro (arts. 22 e 28 da LINB).*

64. *Requer a dosimetria da pena segundo a evidência de ausência de prejuízos, com a condenação à devolução da integralidade dos valores sem a comprovação de uma intenção deliberada de violação das normas legais.*

Responsável: Décio Paulo Bonilha Munhoz (peças 245-248)

65. *Inexiste violação ao princípio da individualização, uma vez que a imputação está explicitada no ofício de citação (peça 6, p. 2, item 3), alcançando as condutas de autorização de pagamento de medições sem a adequada supervisão sobre o Secretário de Obras Municipal e a execução da obra por empresa sem capacidade operacional, conforme identificado na RAIS (ausência de funcionários suficientes), irregularidades que são independentes em relação aos vícios na licitação que são de responsabilidade do Prefeito antecessor.*

66. *A responsabilidade do Prefeito no momento da execução das obras poderia ser mitigada na situação em que se demonstrasse que os atos de gestão e controle do convênio foram praticados pela secretaria municipal, conforme delegação de competência prevista em lei municipal, seguindo o julgamento contido no Acórdão 7.304/2013-TCU-1ª Câmara.*

67. *Todavia, no caso concreto, o ora responsável esteve diretamente vinculado aos atos de execução da obra, especialmente demonstrados nas solicitações de saques de recursos (peça 97, p. 4), na produção de relatórios de execução físico-financeira (peça 97, p. 5 e 31), na elaboração de boletins de medição (peça 97, p. 11 e 59), no encaminhamento de prestação de contas parciais (peça 97, p. 24 e 44) e na devolução de recursos com pedido de readequação de metas (peça 97, p. 49 e 59), afastando as alegações de que a execução da obra estaria afeita às instâncias inferiores.*

68. *Deve ser apontada como incorreta a interpretação do recorrente no sentido de que o Município agiria apenas como agente intermediador entre a União (Caixa) e o Ministério das Cidades, uma vez que, em se tratando de Contrato de Repasse, regido pelo Decerto 6.170/2007, o Município figura como efetivo convenente (art. 1º, VI do Decerto 6.170/2007), responsabilizando-se pelos procedimentos de liquidação da despesa e a prestação de contas (art. 10 do Decerto 6.170/2007), sendo indevido afirmar que o Município figura na relação material como mero repassador das medições realizadas in loco.*

69. *Não sem razão, o próprio pedido de alteração do Plano de Trabalho em razão de fato alheio (invasão de áreas por populares – peça 97, p. 49) demonstra que o Município não se apresenta como agente intermediário, mas como efetivo **convenente**, detendo a obrigação da execução da atividade conveniada e exercer a administração casuística, nos termos do art. 10, §3º, do Decreto-Lei 200/67, indicando a melhor solução para os serviços de natureza local, impondo ao convenente (Prefeito) a obrigação da comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais.*

70. *Não é relevante para a fixação da responsabilidade a aprovação das contas pelo agente financeiro (Caixa), nem a ausência de conhecimentos técnicos-científicos por parte do Prefeito, uma vez que a responsabilidade está estruturada na ausência de fiscalização dos procedimentos de pagamento, que não permitiu a identificação da ausência de capacidade operacional da empresa executora dos serviços.*

71. *No mesmo sentido, a demonstração de obra concluída (ausência de dano), por si só, não importa a demonstração do nexo de causalidade exigido: não é incomum o emprego de diversas fontes de recursos públicos, com a utilização de recursos municipais, estaduais e federais de outras origens para a mesma obra pública, ressaltando, deste modo, a imperiosa necessidade de demonstração de que a obra foi concretizada exclusivamente com os recursos repassados, de forma específica, pela União, por meio documental.*

72. *Todavia, a responsabilidade fiscalizatória do Prefeito responsável pela execução deve ser analisada à luz dos procedimentos que regem a liquidação da despesa, particularmente o art. 63 da Lei 4.320/64, no sentido de que a liquidação da despesa pressupõe: a) o contrato, ajuste ou acordo respectivo; b) a nota de empenho; c) os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço, evidenciando que **a liquidação da despesa não pressupõe uma reanálise da capacidade operacional da empresa prestadora de serviço.***

73. *Deve ser observado que a identificação da irregularidade relacionada à capacidade operacional da empresa contratada somente foi passível de detecção com a análise da RAIS (itens 15-19 do decisum, peça 204, p. 3), sendo que tal documento, assim como os demais documentos indicados na decisão (contratos de trabalho, guias de recolhimento previdenciário e do FGTS e cópias de rescisões de contratos de trabalho) não são exigíveis no momento de liquidação da despesa.*

74. *Assim, considerando a ausência de elementos que indiquem o conhecimento por parte do Prefeito da Operação Gárgula e, por conseguinte, do modus operandi da organização criminosa, considerando a ausência de elementos que indique tolerância com uma prática irregular de conhecimento prévio por parte da Prefeitura, a imputação ao gestor máximo de um dever de vigilância sobre circunstâncias que não são normais no ciclo de liquidação da despesa desborda dos limites da responsabilização subjetiva.*

75. *Note-se, assim, que a liquidação da despesa era precedida de medições realizadas pela Prefeitura (boletins de medição – peça 97), que, em linhas gerais, correspondiam às aferições realizadas a posteriori pelo agente financeiro, da forma como consignado nos relatórios de*

acompanhamento, razão pela qual a entrega da obra segundo os boletins de medição não ensejaria a adoção de medidas, por parte da Administração Municipal, para a investigação da capacidade operacional da empresa contratada.

76. Não se pode olvidar a adoção, nos processos em curso na Corte de Contas Federal, da **teoria da responsabilidade subjetiva**, a qual requer a comprovação da **culpa em sentido amplo** (*latu sensu*) na conduta do agente para efeito da imposição de sanções ou do dever de indenizar (restituir ao erário). Em outras palavras, o TCU segue a regra geral da responsabilidade civil, examinando a conduta dos agentes públicos sobre o prisma da responsabilidade subjetiva, que tem como um de seus pressupostos a existência de culpa (*lato sensu*).

77. A culpabilidade do agente público deve ser examinada à luz das circunstâncias concretas da gestão (art. 22, §1º da LINDB), não sendo possível a imposição de responsabilidade apenas pela ocorrência do resultado (contratação de empresa sem capacidade operacional), particularmente na situação em que a verificação da capacidade operacional da empresa na liquidação da despesa não se mostrava um passo necessário para a execução das obras habitacionais naquela situação.

78. Da responsabilização do Prefeito durante a fase de licitação e da contratação de empresa sem capacidade operacional

79. Entende o ex-Prefeito responsável pela fase da licitação que a imputação de responsabilidade pela fiscalização dos servidores implicaria uma imputação de responsabilidade objetiva, não sendo possível o direcionamento de todas as irregularidades ao chefe do Poder Executivo Local, apontando para decisão no Inquérito 2664/STF.

80. Alega que a aplicação da culpa *in vigilando* no caso concreto importaria uma obrigação de revisão de todos os atos praticados por instâncias inferiores (secretários municipais, atos de comissão de licitação e parecer da procuradoria municipal), especialmente na situação em que o Secretário Municipal tem autonomia para homologação do certame licitatório, não havendo ato praticado pelo gestor máximo.

81. Aponta extrato do Ofício 1700/2014/GIGOV/FO indicando a aprovação da prestação de contas final pela Caixa, sendo que o julgamento importaria enriquecimento sem causa da União, uma vez que a ausência de capacidade operacional não poderia ser atribuída exclusivamente ao ex-Prefeito, não havendo responsabilidade na obtenção da RAIS da empresa vencedora.

Responsável: Eduardo Florentino Ribeiro (peça 257-259)

82. O fundamento adotado pelo Tribunal quanto à ocorrência de culpa *in vigilando* (itens 44-44 da decisão recorrida) deve ser avaliado *cum grano salis*, pois a regra geral da responsabilização no âmbito das Cortes de Contas é a adoção da teoria subjetiva da responsabilidade, com a necessidade de evidenciação do dolo ou culpa na conduta ou na omissão do responsável, conforme se extrai da jurisprudência da Corte:

No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. Portanto, são exigidos, simultaneamente, três pressupostos para a responsabilização do gestor: i) ato ilícito na gestão dos recursos públicos; ii) conduta dolosa ou culposa; iii) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de culpabilidade, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude. (Acórdão 2781/2016-Plenário)

A responsabilidade dos gestores perante o TCU, por ser de natureza subjetiva, pode se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos da União. (Acórdão 1316/2016-Plenário)

83. *As modalidades de culpa apontadas no acórdão (culpa in vigilando ou in eligendo) são, no sistema de responsabilidade civil contemporâneo, sujeitas a hipóteses de responsabilidade objetiva, destoando da tradição subjetiva adotada na análise de contas, segundo os Manuais de Responsabilidade Civil:*

*Na vigência do Código Civil de 1916, tendo em vista a comportamento externo do agente, ou o modo como deixa ele de observar a regra de conduta, dizia-se que havia culpa in vigilando, quando uma pessoa faltava ao dever de velar, ou cometia uma desatenção quando tinha a obrigação de observar; havia culpa in custodiendo, que é modalidade da culpa in vigilando, quando uma pessoa se descuidava quando tinha a seu cargo a guarda de uma coisa; culpa in eligendo, quando havia má escolha de uma pessoa a quem era confiada uma certa tarefa. Esses eram aspectos peculiares do comportamento, todos abrangidos no conceito genérico de desvio de comportamento por parte do agente. **No sistema atual, tais figuras perdem a importância que assumiram no diploma anterior, vez que suas hipóteses de incidência se tornaram sujeitas à responsabilidade objetiva (art. 933), a prescindir, portanto da conduta culposa do responsável.***

(in Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 11ª ed., item 60, fls. 98-99)

.....

*Na vigência do Código de 1916 falava-se em culpa in eligendo para caracterizar a má escolha do preposto. A culpa do patrão ou comitente era presumida pelo ato culposo do empregado ou do preposto, consoante a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, em razão da má escolha do mesmo. A culpa in vigilando, por sua vez, decorria da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que estava sob a guarda ou responsabilidade do agente. Os pais respondiam pelos atos dos filhos menores, via de regra pela falta de vigilância. Já a culpa in custodiando caracterizava-se pela falta de atenção em relação a animal ou coisa que estavam sob os cuidados do agente. **Essas espécies de culpa, todavia, estão em extinção, porque o Código Civil de 2002, em seu art. 933, estabeleceu responsabilidade objetiva para os pais, patrão, comitente, detentor de animal etc., e não mais responsabilidade com culpa presumida, como era no Código anterior.***

(in Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 12ª ed, fl. 58)

84. *Assim, no julgamento de contas é mitigada a incidência da culpa in eligendo ou in vigilando, excluindo a responsabilidade do gestor quando se mostra pouco razoável a exigência do controle da totalidade dos atos dos subordinados, nos casos, por exemplo, em que a exigência de fiscalização desborda das atribuições usuais do gestor máximo:*

Ademais, acolho a tese do defendente de que a ele, na condição de dirigente máximo do município de Araguari, não caberia exercer a supervisão e controle dos atos de seus subordinados no nível requerido nestes autos, em que se discute a exata correspondência entre os bens e equipamentos adquiridos pela Secretaria Municipal de Saúde e aqueles

originalmente previstos no Plano de Trabalho. Como assinalou o voto condutor do [acórdão 6.934/2015-1ª Câmara](#) (relator ministro Benjamin Zymler):

“A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A autoridade delegante pode ser responsabilizada sempre que verificada a fiscalização deficiente dos atos delegados (culpa in vigilando), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa in eligendo).”

8. Na mesma linha, assinalou o voto condutor do [acórdão 5333/2011-2ª Câmara](#) (relator ministro José Jorge):

“A teoria da culpa da má escolha (in eligendo) ou da culpa da ausência de fiscalização (in vigilando) não impõe ao prefeito o dever de fiscalizar todo e qualquer ato praticado pelos gestores municipais. A realização do controle nesses moldes torna inviável tanto a fiscalização pretendida, em face do grande número de atos a serem examinados, quanto o exercício do mandato, eis que não haverá tempo hábil para o desempenho das funções no executivo municipal.”

(Acórdão 8028/2016 - TCU - 2ª Câmara)

85. *No caso concreto, deve ser analisada a conduta do ex-prefeito nas licitações realizadas, sendo possível verificar que o acompanhamento e a homologação do certame foram realizados pela Secretaria do Trabalho Social (peça 6, p. 76 e 85 do TC-004.764/2011-0), concluindo-se pela ausência de ingerência do ex-Prefeito nos atos que resultaram a escolha da empresa vencedora ou omissão no dever de fiscalização dos atos da licitação.*

86. *Não é possível apontar a ocorrência de culpa in vigilando na situação que o comportamento dos membros da comissão se mostrou escusável, particularmente na situação em que a exigência da RAIS no momento da licitação poderia se evidenciar como inclusão de cláusula restritiva de competição, uma vez que os licitantes não são obrigados a manter quadro de funcionários durante o processo de licitação.*

87. *Assim, a isenção de responsabilidade em relação à conduta dos membros da comissão de licitação deve se comunicar ao prefeito responsável pelo dever de vigilância, não podendo o dever de vigilância ser invocado como uma responsabilização objetiva apenas em função do resultado (fraude licitatória e contratação de empresa sem capacidade operacional).*

88. *Da responsabilização da empresa licitante e do sócio em relação à ocorrência de fraude licitatória e contratação de empresa sem capacidade operacional*

89. *Alegam os recorrentes que a similitude de preços entre as propostas das empresas Panamá e Criativa denotariam apenas conhecimentos sobre a possibilidade de se encontrarem melhores preços para a matéria prima utilizada, não podendo a empresa ser punida por apresentar a melhor proposta para a Administração Pública, sendo que a existência de diversas propostas com valores iguais deveria se resolver pelos critérios legais de desempate (arts. 3º, § 2º e 45, §2º da Lei 8.666/93).*

90. *Alega a existência de capacidade operacional da empresa contratada, uma vez que a contratação de pessoal ocorria apenas quando a empresa necessitava dos serviços, por questão de estratégia empresarial, mantendo na sua sede o maquinário necessário para a execução das obras. Assevera que a demonstração de capacidade operacional deveria considerar a demonstração de*

execução da obra à contento e as demais obras executadas pela empresa, não sendo exigível que as empresas mantenham obreiros contratados de forma permanente.

91. *Afirma a ocorrência de boa-fé na apresentação da documentação exigida durante a licitação e na aprovação final das medições realizadas pela CEF, não havendo realizado negócios escusos com outras empresas para acerto de preços.*

Responsáveis: Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos/Construtora Panamá Ltda. - Me (peça 253)

92. *Note-se que o recurso contido na peça 253 foi apresentado pela Construtora Panamá, embora também assinado pelo sócio-administrador (Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos), sendo que tanto a instrução de admissibilidade quanto a admissibilidade do recurso consideraram que a peça recursal pudesse ter efeito em relação a condenação de ambos, em função do aproveitamento do recurso em matéria de condenação solidária (peça 284, p. 2, item 2.6, Observações), bem como por se referirem às mesmas irregularidades e condutas. Desta forma, alegações relativas à empresa e ao sócio-administrador serão analisadas de forma conjunta.*

93. *A justificativa apresentada para a similitude de preço das propostas das empresas Construtora Panamá Ltda. e Construtora Criativa Ltda., no sentido de que os preços ofertados seriam próximos aos preços de mercado para os itens do orçamento, não é consistente com a prática observada, uma vez que os orçamentos públicos não consideram, por exemplo, elementos de descontos por quantidade e, via de regra, os orçamentos oficiais seguem tabelas de referência que possuem preços próximos dos valores máximos para a região de referência.*

94. *Assim, se os preços ofertados por ambas as licitantes têm proximidade com o orçamento da Prefeitura, fica evidenciado a inexistência de uma atividade de orçamentação por parte das licitantes, sendo que os preços apresentados foram obtidos apenas com a aplicação de descontos mínimos no orçamento-base, afastando a possibilidade de um ambiente de livre oferta de melhor proposta.*

95. *Note-se que, além da proximidade de preços, existe a coincidência de elementos gráficos já discutidos em tópico anterior que permitem concluir pela existência de fraude licitatória, com o ajuste de conduta entre as empresas participantes, de forma que a existência de propostas próximas não se resolve com os critérios legais de desempate, uma vez que a proximidade decorre de um ajuste ilegal realizado pelas licitantes.*

96. *No que concerne à capacidade operacional da empresa executora dos serviços, o entendimento apresentado pelo recorrente não se aplica ao caso concreto: embora não seja exigível a contratação de pessoal na fase de licitação, **seria absolutamente necessária a demonstração da capacidade operacional durante a execução da obra**, como forma de demonstração que os recursos entregues à empresa vencedora foram efetivamente empregados na obra contratada.*

97. *Diversamente do que evidenciado na Relação Anual de Informações Sociais do ano de 2010 e 2011 (peça 36 do TC-015.160/2012-2), a empresa apresentava apenas 2 funcionários registrados, em contraste com o recebimento de verbas no total de R\$ 355.624,72 em 2010 e R\$ 1.234.261,36, conforme observado no Portal de Transparência dos Municípios¹, razão pela qual **não se mostra compatível a quantidade de funcionários registrados e o volume de obras alegadamente***

1

<https://transparenciamunicipios.tce.ce.gov.br/index.php/negociante/showMunicipios/idn/04128259000173/versao/2011/nome/CONSTRUTORA+PANAMA+LTDA>

executadas pela recorrente, sendo que a ausência de funcionários em exercícios anteriores apenas reforça a ocorrência de fraude.

98. *Se existe ruptura do nexo de causalidade entre os recursos empregados e a empresa vencedora do certame fraudulento, a exibição de evidências no sentido da conclusão da obra, por si só, não afasta a imputação do débito, uma vez que, em matéria de Direito Financeiro, o ônus probatório para a comprovação da boa e regular aplicação do dinheiro público, nos termos do art. 70, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, art. 93 do Decreto-lei n. 200/67 e do art. 66 do Decreto n. 93.872/86, deve ser imposto ao responsável, verbis:*

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67. A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67 NÃO TEM NATUREZA DE SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS A CERCEAMENTO DE DEFESA. EM DIREITO FINANCEIRO, CABE AO ORDENADOR DE DESPESAS PROVAR QUE NÃO É RESPONSÁVEL PELAS INFRAÇÕES, QUE LHE SÃO IMPUTADAS, DAS LEIS E REGULAMENTOS NA APLICAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. COINCIDÊNCIA, AO CONTRÁRIO DO QUE FOI ALEGADO, ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO, NO TOCANTE À IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. (STF; MS 20335, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 25.02.1983)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. EX-DIRETOR DA ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA (ASMME). CONDENAÇÃO, PELO TCU, AO PAGAMENTO DE VALOR REPASSADO À ENTIDADE, RELATIVO A CONVÊNIO, POR FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRETENZA NULIDADE FORMAL. RECURSOS CUJA UTILIZAÇÃO ESTARIA DISPENSADA DE COMPROVAÇÃO PERANTE A CORTE DE CONTAS. Alegações improcedentes. Julgamento que, contrariamente ao afirmado, foi precedido de tempestiva inclusão em pauta especial e realizado com observância do princípio da ampla defesa. Verba utilizada durante a vigência da norma do art. 66 do DL 200/67, que sujeita todos quantos recebam recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, ao dever de comprovar o seu bom e regular emprego. Obrigação de que não se exoneram os administradores dos referidos recursos, pelo simples fato de haverem deixado os respectivos cargos. Ausência de direito líquido e certo. Mandado de segurança denegado. (STF; MS 21682, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1994, DJ 06-05-1994 PP-10469 EMENT VOL-01743-02 PP-00336)

99. *Assim, compete aos recorrentes fazerem a prova de que de todo e qualquer aspecto relacionado à aplicação do recurso federal, especialmente o **nexo de causalidade estabelecido entre os recursos repassados pelo convênio e a obra executada**, competindo ao responsável justificar e demonstrar os meios pelos quais uma empresa sem capacidade operacional (com quantitativo de funcionários incompatível com as obras contratadas) poderia realizar as obras públicas com o emprego exclusivo dos recursos federais.*

2. CONCLUSÕES

100. *A citação do responsável, nos termos regimentais, se concretiza validamente com a entrega da citação no endereço do destinatário, dispensando a assinatura pessoal, sendo*

procedimento validado na Jurisprudência, inexistindo irregularidade na citação postal encaminhada ao endereço constante dos cadastros fiscais, cujo retorno do aviso de recebimento ensejou a subsequente citação editalícia.

101. *As alegações de violação à ampla defesa e ao contraditório pelo curso do prazo devem ser analisadas na situação concreta, devendo os recorrentes comprovarem a impossibilidade de produção de provas, não sendo possível o acolhimento na situação em que todos os documentos da aplicação dos recursos estão presentes no processo.*

102. *O membro da comissão de licitação, agindo na função de vogal, têm a obrigação de exercer juízo crítico sobre as deliberações da comissão, eventualmente consignando divergência quanto às deliberações tomadas. Existem elementos indicativos da ocorrência de fraude licitatória, decorrente tanto da proximidade dos preços ofertados quanto da coincidência de alguns elementos gráficos (na identificação do nome das empresas).*

103. *Todavia, a possibilidade de identificação da fraude (culpabilidade) deve ser mitigada pela existência de poucos itens coincidentes nas propostas, uma vez que a diagramação coincide em apenas um elemento específico (tipo utilizado na grafia do título das empresas), não sugerindo, ao menos em análise superficial, uma atividade defeituosa praticada pela CPL na identificação da fraude à licitação.*

104. *Ademais, a exigência da comprovação da capacidade operacional pela RAIS, no momento da licitação, não era da alçada da comissão de licitação. A possibilidade de exoneração dos responsáveis da comissão de licitação, pela mitigação da culpabilidade, se estende à autoridade responsável pela homologação do certame (Secretária Municipal de Trabalho e Ação Social).*

105. *A imputação ao ex-Prefeito responsável pela execução da obra está delimitada no ofício de citação, não havendo violação ao princípio da individualização da conduta, ao se questionar o dever de vigilância sobre o Secretário de Obras. Não deve ser acolhida a argumentação de delegação de competência pela existência de atos próprios praticados pelo Prefeito durante a execução. O Prefeito age como conveniente, tendo obrigações de prestação de contas em relação aos recursos repassados, não atuando como agente intermediador.*

106. *A aprovação das contas por parte do agente financeiro, a alegada inexistência de conhecimentos técnicos-científicos e a demonstração de conclusão da obra pública não são suficientes para afastar a irregularidade relacionada à fiscalização da execução da obra pública, particularmente a ausência de capacidade operacional da empresa vencedora.*

107. *Pode ser afastada a responsabilidade do Prefeito relacionado à execução da obra, uma vez que, do ponto de vista legal, a liquidação da despesa dispensa a reanálise das condições operacionais da empresa executora, não sendo exigível a exibição da RAIS, especialmente na situação em que a obra vinha sendo executada segundo o plano de trabalho acordado, com a incidência da responsabilidade subjetiva, não sendo possível a imputação do resultado ao Prefeito sem a análise da culpabilidade do agente.*

108. *É mitigada a incidência da culpa in vigilando no caso dos gestores máximos do ente federativo (Prefeito Municipal), quando o tamanho do Município e a existência de órgãos próprios (Secretaria Municipal e Comissão de Licitação) criam um distanciamento das instâncias responsáveis pela licitação, não sendo razoável a exigência de fiscalização da integralidade dos atos praticados pelos subordinados.*

109. *A proximidade de preços praticados pelas empresas licitantes não pode ser justificada por uma ocorrência de mercado, especialmente na situação em que a proximidade de preços está articulada com elementos de similitude gráfica que apontam a ocorrência de fraude. Compete à empresa responsável comprovar a capacidade operacional, a despeito dos elementos contidos na RAIS que incompatibilizam a quantidade de funcionários e o fluxo de obras licitadas pela empresa no Estado do Ceará.*

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Deste modo, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Décio Paulo Bonilha Munhoz, Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos/Construtora Panamá Ltda. - Me, Eduardo Florentino Ribeiro, Maria Jane Dantas de Sousa Silva, , Maria Joselita Cruz e José Cláudio de Castro Lima, contra o Acórdão 2.250/2019-TCU-Plenário, para propor, com base nos artigos 32 e 33, da Lei 8.443/92, c/c o artigo 285 do RI/TCU:

- a) conhecer e dar provimento aos recursos de Décio Paulo Bonilha Munhoz, Eduardo Florentino Ribeiro, Maria Jane Dantas de Sousa Silva, Maria Joselita Cruz e José Cláudio de Castro Lima, julgando regular as contas dos responsáveis, afastando o julgamento de irregularidade, bem como a imposição de débito e multa referenciada nos itens 9.3 a 9.7 do Acórdão;*
- b) negar provimento aos recursos de Humberto Júnior Moreira de Vasconcelos e Construtora Panamá Ltda.;*
- c) dar ciência aos recorrentes, à Prefeitura de Cascavel e à Procuradoria da República no Estado do Ceará da decisão que vier a ser adotada”.*

O Ministério Público, por sua vez, diverge da Unidade Técnica e propõe o não provimento dos recursos, por entender que os elementos constantes no processo apontam que os responsáveis foram pouco diligentes com a coisa pública e podiam ter evitado as fraudes perpetradas.