

TC 350.275/1996-3

Natureza: Pedido de Reexame

Unidade: Banco do Nordeste do Brasil S.A.; Secretaria de Planejamento do Estado do Maranhão (Seplan/MA); Superintendência do Programa de Apoio ao Pequeno Produtor Rural (PAPP/Seplan/MA).

Recorrentes: Banco do Nordeste do Brasil S.A. (CNPJ 07.237.373/0001-20), Francisco de Assis Gomes de Castro (CPF 012.264.521-91) e Integral Engenharia Ltda. (CNPJ 07.334.816/0001-09).

Advogados: Edmilson Barbosa Francelino Filho (OAB/CE 15.320), Enéas Garcia Fernandes Neto (OAB/MA 6.756), Manoel Leandro de Norões Milfont (OAB/CE 3.176), Ramiro Souza de Norões Milfont (OAB/CE 14.806) e Edson Menezes da Nobrega (OAB/CE 15.937), procurações à peça 201, peça 87, p. 23, e peça 202.

Sumário: Relatório de Auditoria. Implantação do Polo de Confecções de Rosário/MA. Recursos oriundos de Acordo de Empréstimo do Banco Mundial. Não elegibilidade do empreendimento em face das normas do Banco Mundial. Irregularidades na liberação e Gestão dos Recursos. Irregularidades em licitações. Omissão dos gestores no acompanhamento e na fiscalização. Audiência. Oitiva de empresas licitantes. Acolhimento de parte das razões de justificativa. Afastamento da responsabilidade de dois gestores. Aplicação de multa a outros dois gestores. Resposta às oitivas insuficientes para afastar os indícios de fraude a licitações. Declaração de inidoneidade de empresas para participar de licitações. Ciência aos interessados. Pedido de Reexame interposto por três recorrentes. Conhecimento. Provimento de um e negativa de provimento dos demais. Ciência aos interessados.

Trata-se de Pedidos de Reexame interpostos pelo Banco do Nordeste do Brasil S.A. - BNB (CNPJ 07.237.373/0001-20), Francisco de Assis Gomes de Castro (CPF 012.264.521-91), ex-Superintendente do Programa de Apoio ao Pequeno Produtor Rural - PAPP, e empresa Integral Engenharia Ltda. (CNPJ 07.334.816/0001-09), o primeiro, contra o Acórdão 3.273/2010 (peça 19, p. 45-50), e os demais contra o Acórdão 1.936/2012 (peça 154), ambos do Plenário, nos quais o Tribunal decidiu:

Acórdão 3.273/2010-Plenário

(...)

9.2.6. determinar ao BNB que, no prazo de trinta dias contados a partir da ciência, adote providências para executar as garantias relativas aos financiamentos concedidos às associações vinculadas à 1ª etapa do Polo de Confeções de Rosário/MA, a fim de que, posteriormente, seja o respectivo valor abatido do débito mencionado no item 9.2.2 retro;

(...)

Acórdão 1.936/2012-Plenário

9.1. aplicar ao Sr. Francisco de Assis Gomes de Castro a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.2. aplicar ao Sr. Marconi Bimba Carvalho de Aquino a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixando-lhe o prazo de quinze dias, contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida as notificações;

9.4. com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/92 c/c com o art. 271 do RI/TCU, declarar a inidoneidade das empresas Yamacom Nordeste S.A., Casa Feitosa Indústria e Comércio de Máquinas de Costura Ltda. e Normalhas Com. e Ind. de Confeções Ltda. para participarem de licitação da administração pública federal, pelo prazo de dois anos;

9.5. com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/92 c/c com o art. 271 do RI/TCU, declarar a inidoneidade das empresas Indecon Ind. de Estrutura de Concreto Ltda. e Integral Engenharia Ltda. para participarem de licitação da administração pública federal, pelo prazo de dois anos;

(...)

HISTÓRICO

2. Trata-se de Relatório de Auditoria (RA) na aplicação de recursos federais nas ações relativas ao projeto denominado Polo de Confeções de Rosário, implantado no Município de Rosário/MA. O referido Polo originou-se de Protocolo de Intenções celebrado entre o Governo do Estado do Maranhão, a Prefeitura Municipal de Rosário/MA e a empresa Kao I - Indústria e Comércio de Confeções em outubro de 1995 (peça 25, p. 49-50, e peça 26, p. 1).

3. A fim de viabilizar o polo, foram aplicados recursos oriundos do Acordo de Empréstimo/BIRD nº 2862/BR, transferidos ao Estado do Maranhão mediante o Convênio 233/93/MIR e geridos por meio do Programa de Apoio ao Pequeno Produtor Rural (PAPP).

4. Conforme consta de RA (peça 19, p. 5), os valores originais envolvidos são da ordem de R\$ 12.722.667,00, distribuídos na forma abaixo:

Banco Mundial: R\$ 3.137.794,20 (34.864,38 X 90) - implantação da 1ª Etapa;

Governo do Estado: R\$ 914.032,80 (10.155,92 X 90) - implantação da 1ª Etapa;

BNB/FNE: R\$ 3.145.860,00 (34.954,00 X 90) - implantação da 1ª Etapa;

BNB/FNE: R\$ 4.024.980,00 (44.722,00 X 90) - implantação da 2ª Etapa;

BNB/RECURSOS EXTERNOS - para capital de giro da empresa âncora Kao I: R\$ 1.500.000,00, equivalentes a US\$ 1.374.000,00.

5. Conforme consta de Voto (peça 19, p. 36-44), o projeto seria implementado com a formação de 90 grupos associativos, compostos de 40 pessoas residentes na região. Por sua vez, as associações formariam a Cooperativa de Produção de Confecções de Rosário (Rosacoop). A empresa privada Kao I atuaria como empresa âncora, encarregada de gerir os negócios e prestar orientação técnica aos grupos.
6. Ademais, o BNB concedeu aos grupos financiamentos reembolsáveis efetuados com recursos do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (FNE) para implantação da 1ª e da 2ª etapas do polo mediante a aquisição de máquinas de costura, bem como empréstimo para a empresa Kao I visando à formação de capital de giro.
7. A equipe da Secex/MA apurou, com base em depoimentos de associados prestados ao Ministério Público Federal - MPF, que, por orientação dos representantes do PAPP/MA, da empresa Almeida Consultoria, do BNB e da empresa Kao I, os presidentes das associações teriam assinado diversos documentos (atas de constituição, autorização para contrair empréstimos, etc.) sem tomar conhecimento de seu teor e sem recebimento de cópia. Os presidentes também abriram conta no Banco do Brasil e teriam sido induzidos a assinar, em branco, folhas de cheque irregularmente fornecidas pelo banco diretamente às pessoas responsáveis pela empresa Kao I.
8. Os recursos do PAPP foram sacados um dia após o crédito. Por sua vez, os recursos do BNB foram creditados diretamente na conta bancária do fornecedor dos bens financiados, sem que houvesse comprovação da entrega da totalidade do material.
9. Embora as máquinas de costura adquiridas na 1ª etapa do polo tenham sido entregues, verificou-se a inadimplência do financiamento tomado pelas associações beneficiárias, bem como ausência de execução da garantia dada pela empresa Kao I às associações.
10. Já no tocante à 2ª etapa, constatou-se a não entrega dos equipamentos e o não pagamento dos empréstimos. Igualmente, o empréstimo concedido para capital de giro não foi honrado pela empresa Kao I.
11. Em 5/3/1998, o Governo do Estado do Maranhão rompeu o protocolo de intenções sob o argumento de que a empresa Kao I deixara de adimplir suas obrigações.
12. Ao final, concluiu-se que o empreendimento não atingiu suas finalidades. Verificou-se que, dos noventa grupos efetivamente formados, apenas seis grupos permaneciam trabalhando em 2003. A Rosacoop encontrava-se endividada junto à Fazenda Pública, fornecedores, ex-empregados e concessionárias de serviços públicos. Havia poucos contratos firmados, sendo que, em alguns, a cooperativa nada recebera em contraprestação pelo trabalho realizado (peça 19, p. 38).
13. O Acórdão 3273/2010-Plenário (peça 19, p. 46) determinou a formação de três processos apartados de tomada de contas especial, com débitos relativos à concessão de empréstimos pelo BNB para aplicação na 1ª e 2ª etapas do polo e formação de capital de giro para a empresa Kao I, para citação solidária da empresa Kao I, da empresa Almeida Consultoria, dos representantes legais dessas empresas e dos empregados do BNB que aprovaram as operações de crédito, entre outros responsáveis.
- 13.1. Relativamente aos recursos do PAPP – 1ª Etapa, no montante de R\$ 3.137.794,20, não houve débito, pois os bens foram entregues/construídos e os respectivos preços apresentaram-se adequados (peça 19, p. 39). No entanto, como remanescessem a prática de atos de gestão irregular por parte do ex-Superintendente do PAPP, Sr. Francisco de Assis Gomes de Castro, bem como indícios de fraude em licitação, a referida decisão determinou a realização de audiência desse agente público, em seus itens 9.1.1 e 9.1.3, bem como oitiva da empresa Integral Engenharia Ltda., em seu item 9.1.7.
- 13.2. Quanto aos recursos do BNB/FNE aplicados na 1ª etapa, a referida decisão determinou em seu item 9.2.6 que o BNB executasse as garantias, conforme relatado no parágrafo inicial.

14. Após audiência do Sr. Francisco de Assis Gomes de Castro, restou sua responsabilidade pela aprovação de projetos, bem como ausência de providências, no tocante à previsão de fracionamento de licitação para aquisição de bens e construção de galpões a serem utilizados pelos 90 grupos associativos (peça 153, p. 4), razão pela qual foi multado, conforme consta de item 9.1 do Acórdão 1.936/2012-Plenário, descrito no parágrafo inicial.

15. Depois de realizada a oitiva da empresa Integral Engenharia Ltda., em razão de sua manifestação de que participou das licitações, sem que apresentasse contestações sobre os documentos com indícios de montagem, como os recibos dos convites contendo a mesma grafia e a mesma data de recebimento; bem como as cartas de credenciamento com idêntico teor, sem autenticação e identificação do delegante, emitidas em Fortaleza/CE, em 23/11/1995, mesma data da abertura dos envelopes de propostas, às 7h30, em Rosário/MA, entendeu-se que a empresa endossou a documentação inidônea e que, com isso, teria concorrido para a fraude, sendo aplicada a pena de declaração de inidoneidade para participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, conforme consta de item 9.5 do Acórdão 1.936/2012-Plenário, descrito no parágrafo inicial.

16. Inconformados com as citadas decisões, o BNB (peça 199), o Sr. Francisco de Assis Gomes de Castro (peça 193) e a empresa Integral Engenharia Ltda. (peça 178) interpuseram pedidos de reexame, o primeiro contra a determinação contida no item 9.2.6 do Acórdão 3.273/2010-Plenário, os demais contra o Acórdão 1.936/2012-Plenário, que aplicou multa ao ex-gestor e declarou a empresa inidônea para participar de licitação da administração pública federal.

ADMISSIBILIDADE

17. Os exames preliminares de admissibilidade referentes Banco do Nordeste do Brasil S.A. (peça 204), Francisco de Assis Gomes de Castro (peça 207) e Integral Engenharia Ltda. (peça 208), foram ratificados à peça 211 pela Exma. Ministra Ana Arraes, sorteada relatora conforme termo de peça 206, que concluiu pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos do item 9.2.6 do Acórdão 3.273/2010-Plenário, bem como itens 9.1, 9.3 e 9.5 do Acórdão 1.936/2012-Plenário, somente em relação aos recorrentes, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

18. Verifica-se que, posteriormente ao sorteio de relator consubstanciado na peça 206 e na mesma data, o sistema realizou novo sorteio automático (peça 210), onde foi indicado o Ministro Benjamin Zymler como relator dos pedidos de reexame interpostos contra o Acórdão 1.936/2012-Plenário por Francisco de Assis Gomes de Castro (peça 207) e empresa Integral Engenharia Ltda. . Muito embora os três recursos sob análise refiram-se a dois acórdãos distintos, para se evitar possíveis decisões conflitantes sobre fatos conexos, propõem-se, ao final desta instrução, a aplicação analógica do disposto no art. 22, *caput* e parágrafo único, da Resolução/TCU 175/2005 ao caso concreto, encaminhando-se o processo preliminarmente ao Gabinete do Ministro Benjamin Zymler, com proposta para que ele decline de sua competência à Relatora preventa, Ministra Ana Arraes.

MÉRITO

Razões recursais do Banco do Nordeste do Brasil S.A. (peça 199)

Argumento

19. O recorrente insurge-se, em síntese, contra a determinação contida no item 9.2.6 do Acórdão 3.273/2010-Plenário, que determinou a adoção de providências para executar as garantias relativas aos financiamentos concedidos às associações vinculadas à 1ª etapa do Polo de Confecções de Rosário/MA, no prazo de trinta dias contados a partir da ciência (peça 199, p. 1).

20. Afirma que o Tribunal entendeu que o Banco não promovera a execução da avalista das operações, empresa Kao I, entretanto, conforme informou a GERAT/MA (unidade do BNB responsável pela reestruturação de ativos no estado do Maranhão) e se observa de cédulas de crédito em anexo (peça 200, p. 4-501), há uma assinatura sem identificação logo abaixo dos avalistas (membros das associações), sendo que, em alguns desses títulos de crédito, sob tal assinatura foi aposto um carimbo da empresa Kao I, sem conferência de assinaturas, pressupondo que essa empresa é avalista. No entanto, mesmo que se considere válida essa firma e conseqüentemente o aval, ressalta que houve prescrição (peça 199, p. 1-2).

21. Alega que o vencimento desses títulos se deu em 2004 e mesmo considerando a interrupção da prescrição pelo ajuizamento das ações de busca e apreensão consubstanciada nesses títulos, a prescrição já se operou em relação a tal avalista, uma vez que o aval é uma garantia que se dá ao pagamento de uma cambial, perdida sua eficácia, o aval desaparece, sendo mencionadas decisões do STJ (peça 199, p. 2-3).

22. Assevera que mesmo que fosse considerado válido o aval da empresa-âncora Kao I nas cédulas de crédito, a prescrição já teria se operado, impossibilitando qualquer medida judicial contra tal empresa, e na ficta hipótese do BNB ter de levar adiante tão inócua empreitada, fatalmente será considerada improcedente, aumentando ainda mais o prejuízo do Banco, em face de custas e honorários advocatícios (peça 199, p. 3).

23. Solicita que seu recurso seja provido para tornar sem efeito a determinação contida no subitem 9.2.6 do Acórdão TCU n.º 3273/2010 – Plenário (peça 199, p. 3).

Análise

24. O argumento é procedente.

25. O Acórdão 3.273/2010-Plenário foi decidido em sessão de 1/12/2010.

26. Nos autos se observa que os presidentes das associações se responsabilizaram pelo pagamento de cédula de crédito industrial, no valor de R\$ 34.954,00, com vencimento em 15/12/2003 (peça 105).

27. O Decreto-Lei 413/1969, que dispõe sobre títulos de crédito industrial, define em seu art. 9º que a cédula de crédito industrial é promessa de pagamento em dinheiro, com garantia real, cedularmente constituída, no entanto, não estabelece prazo prescricional.

28. Para suprir a lacuna, seu art. 52 permite que à cédula de crédito industrial sejam aplicadas as normas do direito cambial.

29. A lei que rege o direito cambial é a Lei Uniforme, e seu art. 70 estabelece que todas as ações contra o aceitante, o obrigado a pagar a letra, prescrevem em três anos a contar do seu vencimento.

30. O Novo Código Civil (Lei 10.406/2002) estabelece da mesma forma:

Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em três anos:

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

31. Assim, considerando que o vencimento das cédulas de crédito industrial ocorreu em 15/12/2003, que houve interrupção do prazo prescricional com o início das ações judiciais pelo BNB contra os grupos de trabalhadores, entende-se que à data da decisão recorrida, 1/12/2010, a cédula de crédito industrial estava prescrita.

32. Prescrita a cédula de crédito industrial, é pacífico na jurisprudência o entendimento de que o credor fica impedido de se valer de ação cambiária, no entanto pode ser proposta ação monitória, de

natureza pessoal, sujeitando-se ao prazo prescricional geral previsto para as ações pessoais de caráter privado, que, no Código Civil de 1916, era vintenário, e, na novel legislação, é de dez anos, na forma do disposto em seu artigo 205, e o avalista somente pode ser demandado nessa ação se figurar como devedor solidário no instrumento contratual:

EMENTA

AÇÃO MONITÓRIA. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. AVALISTAS. PRESCRIÇÃO.

1. É pacífico na jurisprudência o entendimento de que a prescrição de um título de crédito, embora impeça o credor de se valer de uma ação cambiária, não obsta a propositura de demanda monitoria objetivando cobrar a obrigação nele consubstanciada, contanto que tal pretensão também não tenha sido fulminada pelo decurso do prazo prescricional.

2. Por perseguir a satisfação de direito obrigacional, a ação monitoria fundada em negócio de mútuo tem natureza pessoal, sujeitando-se ao prazo prescricional geral previsto para as ações pessoais de caráter privado, que, no Código Civil de 1916, era vintenário, e, na novel legislação, é de dez anos, na forma do disposto em seu artigo 205.2. **A prescrição da cambial põe fim à vinculação dos avalistas ao cumprimento da obrigação nela encerrada, constituindo o título prescrito documento suficiente apenas para sustentar a pretensão de cobrança, via ação monitoria, contra o emitente devedor. Prescrita a cambial, e não figurando os avalistas também como devedores solidários no instrumento contratual, em princípio, desaparece a possibilidade de se responsabilizá-los pela dívida perseguida** - quer porque ineficaz a garantia por eles prestada, quer porque ausente a condição de co-devedores capaz de atrair a incidência da Súmula n.º 26 do Superior Tribunal de Justiça - salvo se comprovado que os garantes auferiram benefício com a dívida (Apelação cível 2006.72.11.000283-8/SC)

33. Nas cédulas de crédito industrial (peça 105), além de constarem as irregularidades mencionadas pela recorrente, a empresa Kao I não figura como devedor solidário, assim não há como demandá-lo em uma ação monitoria.

34. Assim, propõe se dar provimento ao pedido de reexame interposto pelo BNB para reformar o Acórdão 3.273/2010-Plenário, mediante supressão da determinação contida no item 9.2.6.

Razões recursais da empresa Integral Engenharia Ltda. (peça 178)

Argumento

35. Preliminarmente a recorrente alega que a Declaração de Inidoneidade decorreu do Convite 03/95, realizado a mais de dezessete anos, no ano de 1995, e que foi realizada oitiva somente no final do ano de 2011, o que teria dificultado a obtenção de outros elementos e/ou documentos comprobatórios (peça 178, p. 16-17).

36. Assevera que não lhe foi assegurado o contraditório e a ampla defesa, e que houve prescrição, pois transcorreram mais de dezessete anos do fato tido como fraudulento, e o art. 205, do Código Civil, dispõe que a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não fixa prazo menor (peça 178, p. 18).

37. Solicita que seja reconhecida a prescrição (peça 178, p. 19).

Análise

38. Tanto a multa como a declaração de inidoneidade para participar de licitação tem caráter punitivo.

39. Em relação à prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, pelo fato de a Lei nº 8.443/1992 não dispor sobre a questão, cabe ao intérprete recorrer à analogia, em atenção ao art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Assim, este Tribunal há algum tempo vem se

valendo do prazo geral de dez anos, estabelecido no Código Civil (art. 205), para suplantar tal lacuna legislativa. É o que se depreende das seguintes decisões: Acórdãos 510/2005, 1.803/2010, 771/2010, 474/2011 e 828/2013, do Plenário; Acórdãos 3.036/2006, 847/2007 e 2.073/2011, da 1ª Câmara; e Acórdãos 5/2003 e 3.132/2006, da 2ª Câmara.

40. No entanto, recentemente este Tribunal apreciou, por meio do Acórdão 1.314/2013-Plenário, processo de representação apresentada pela Consultoria Jurídica do TCU (Conjur), versando sobre a prescritibilidade da multa imposta em processos de controle externo.

41. Não obstante o Plenário desta Corte não tenha conhecido da representação, pelo não cumprimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 235, c/c art. 237, parágrafo único, o relator, Ministro Benjamin Zymler, posicionou no sentido de que o prazo prescricional é de cinco, fundamentando em normas relacionadas ao direito público.

42. A jurisprudência do TCU, até então, é no sentido de se adotar o prazo prescricional de dez anos estabelecidos no art. 205 do Código Civil, quando passados menos de dez anos entre o fato gerador e a vigência do novo Código Civil, que se deu em 2003.

43. Neste caso concreto, considerando se que esta Corte tomou conhecimento dos fatos irregulares em 1996, quando foi autuado o processo de inspeção e que a empresa foi chamada aos autos somente no exercício de 2011 (peça 21, p. 45-46), por meio de oitiva autorizada pelo Acórdão 3.273/2010-Plenário (peça 19, p. 45-50), resta claro que se encontra prescrita a pretensão punitiva deste Tribunal, adotando-se qualquer dos prazos, de cinco ou de dez anos.

44. Dessa forma, propõe-se excluir a declaração de inidoneidade aplicada ao recorrente. A prescrição, por ser uma circunstância objetiva, nos termos do art. 281 do RI/TCU, aproveita aos demais responsáveis, devendo ser excluídas as declarações de inidoneidade aplicadas às empresas Indecon Ind. de Estrutura de Concreto Ltda., Yamacom Nordeste S.A., Casa Feitosa Indústria e Comércio de Máquinas de Costura Ltda. e Normalhas Com. e Ind. de Confecções Ltda., bem como as multas aplicadas aos Srs. Francisco de Assis Gomes de Castro e Marconi Bimba Carvalho de Aquino, tendo em vista que, da mesma forma que as empresas ouvidas, as audiências ocorreram no exercício de 2011 (peça 90, p. 4-5, peça 21, p. 21-22, e peça 90, p. 6-7), mediante autorização contida no Acórdão 3.273/2010-Plenário (peça 19, p. 45-50).

Argumento

45. No mérito, a recorrente alega que ao contrário do que ficou consignado na decisão, contesta expressamente todos os indícios de irregularidades mencionados na oitiva, que não endossara qualquer documentação inidônea, não tendo concorrido para a fraude (peça 178, p. 3):

a) coincidência de datas de recebimento e grafia nos recibos de entrega dos convites: esclarece que somente sabe informar o que lhe diz respeito, relatando que recebeu o convite na data ali estipulada, não podendo adentrar na esfera das outras empresas (peça 178, p. 6);

b) preenchimento da carta de credenciamento: afirma que constou o endereço de sua sede, à época dos fatos, ou seja, Fortaleza/CE (peça 178, p. 6);

c) negativa de participação da empresa Paviplan Pavimentação, Planejamento e Construções Ltda. (Paviplan) no certame: alega que, se essa empresa afirma que foi fraudada sua participação, nenhuma responsabilidade, nesse caso, tem a recorrente, pois foi apenas e tão somente, uma mera participante do processo licitatório (peça 178, p. 7);

d) irregularidade da empresa Idecon Indústria de estrutura de Concreto (Idecon) perante a Secretaria da Receita Federal: afirma que deveria ter sido fiscalizada pela comissão de licitação (peça 178, p. 7);

46. Informa que apenas foi convidada a participar do certame, como qualquer outra empresa, apresentou sua proposta de orçamento e que perdeu a disputa, não obtendo qualquer ganho patrimonial (peça 178, p. 4-5).

47. Alega que seu único envolvimento foi o de ter participado de boa-fé do Convite 03/95, que nunca imaginou estar participando de licitação fictícia, que estava certa que concorreu em igualdade de condições com as demais empresas (peça 178, p. 6).

48. Assevera que não há prova concreta de sua participação na fraude, apenas meros indícios, e que a sanção aplicada derivou, tão somente, de um único fato, de que não teria contestado os documentos com indícios de fraude, item 57 do Voto, e que, em razão dessa ausência de impugnação, a recorrente teria endossado a documentação inidônea, concorrendo para a fraude (peça 178, p. 8).

49. Afirma que a Secex/MA, de forma categórica e fundamentada, encaminhou proposta, afastando a aplicabilidade da sanção de declaração de inidoneidade, por falta de documentos ou indícios suficientes de fraude praticado pela recorrente, sendo mencionado trecho do Relatório referente à manifestação dessa Secretaria (peça 178, p. 9-10).

50. Aduz ainda que o preceito legal contido no art. 46 da Lei Federal 8.443/1992 “Verificada a ocorrência de fraude à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador” não se aplica à recorrente, contra a qual não se têm provas concretas de sua ilícita participação, sendo mencionadas decisões desta Corte nas quais se afastou a declaração de inidoneidade por ausência de provas (peça 178, p. 11-13).

51. Menciona ainda decisões judiciais tratando de falhas formais que afastariam a irregularidade, e alega que não houve dolo ou culpa e solicita que a penalidade seja afastada (peça 178, p. 13-16).

Análise

52. Os argumentos são improcedentes.

53. A recorrente foi declarada inidônea para participar de licitação da administração pública federal em razão de se verificar a ocorrência de fraude à licitação.

54. Conforme consta de RA, o objeto do Convite 03/95 foi a construção em pré-moldado de 10.000 m² e das três firmas que constaram como convidadas e participantes do certame, empresas Idecon, Paviplan e Integral Engenharia Ltda., apenas duas confirmaram a participação no certame (peça 1, p. 50, e peça 2, p 1).

55. A firma Paviplan negou participação, e em seu Termo de Declaração perante o Ministério Público Federal (peça 34, p. 25-26) consta que a proposta de orçamento (peça 29, p. 1-2) não seria originária de sua empresa, que, conseqüentemente não seria sua a assinatura constante do documento, que não recebera nenhuma convocação para participação no certame, desconhecendo o recibo de correspondência (peça 28, p. 37), e que não conhece nenhuma das pessoas ligadas às empresas Idecon e Integral Engenharia.

56. Essa declaração da empresa Paviplan lança por terra a defesa da recorrente de que estava certa de que concorreu em igualdade de condições com as demais empresas ou que teria participado de boa-fé do certame.

57. Os recibos de correspondência do Convite 03/95 apresentam mesma data, mesmo tipo de grafia, como se tivessem sido recebidas por uma única pessoa (peça 28, p. 37-39), e essa mesma grafia se repete nos recibos do Convite 01/95 (peça 27, p. 12-13), tendo como objeto máquina de costura industrial, e Convite 02/95 (peça 27, p. 47-50), para aquisição de móveis e utensílios, reforçando a ocorrência de fraude.

58. As cartas de credenciamento relativas ao Convite 03/95 (peça 28, p. 40-42) apresentam a mesma redação, sem o nome completo do delegante, faltando assinatura e autenticação, contendo apenas rubricas, e nos Convites 01/95 (peça 27, p. 14-17) e 02/95 (peça 28, p. 1-4), repete-se a redação e as demais irregularidades.

58.1. Apesar de duas das empresas convidadas serem do Maranhão, as cartas de credenciamento foram preenchidas como se emitidas em Fortaleza/CE, em 23/11/95, data em que ocorreria a abertura dos envelopes de propostas, às 7h30, em Rosário/MA (peça 28, p. 43).

59. Ressalte-se que irregularidades identificadas nos certames não se tratam de meros indícios ou de falhas formais como alega a recorrente e as contestações apresentadas no item 44 não afastam essas irregularidades.

60. Quanto à defesa de que a Secex-MA apresentou proposta afastando a sanção, verifica-se que decorreu de equívoco, por entender que a licitação para construção dos galpões do projeto não continha os mesmos elementos objetivos que levam à convicção de que houve fraude no certame (peça 155, p. 12).

61. Assim, diversamente do alegado, há prova concreta de sua participação na fraude, uma vez que declara que participou do certame, ademais houve endosso por parte da recorrente de documentação inidônea.

62. A ausência de ganho patrimonial, do dolo ou da culpa, não socorre a recorrente. A aplicação da declaração de inidoneidade depende da ocorrência de fraude, e os requisitos mencionados pelo recorrente são utilizados para gradação do prazo de duração da inabilitação.

Razões recursais do Sr. Francisco de Assis Gomes de Castro, ex-Superintendente do Programa de Apoio ao Pequeno Produtor Rural - PAPP (peça 193)

Argumento

63. Após realizar um resumo do processo (peça 193, p. 2-10), o recorrente alega que a multa foi aplicada de forma objetiva, tão somente por ser Superintendente do PAPP à época dos fatos (peça 193, p. 10).

64. Assevera que a imputação de multa só pode ser baseada quando presente o elemento subjetivo dolo, que inexistiu, tendo em vista que foi multado tão somente por exercer o cargo (peça 193, p. 10-11).

65. Ressalta que segundo o Manual de Operações do Banco Mundial e suas próprias Diretrizes, bem como a Nova Estrutura do PAPP, esta ocorrida em 1993, “os projetos comunitários do PAC e FUMAC serão executados diretamente pelas comunidades ou sob contrato com entidades qualificadas, de escolha das comunidades, públicas ou privadas” (peça 193, p. 11).

66. Afirmar que o Manual de Coordenação, Administração e Controle do Novo PAPP dispõe que o “programa de financiamento de projetos comunitários produtivos, de infraestrutura e de serviços sociais, identificados, selecionados, planejados, executados, fiscalizados e controlados pelas comunidades”, e que no máximo o PAPP poderia, a pedido da comunidade e mediante contrato tripartite, com autorização escrita da comunidade, efetuar os pagamentos diretamente aos fornecedores (peça 193, p. 11-12).

67. Enfatiza que cabia à comunidade beneficiária a realização de procedimento licitatório, e que sendo noventa entidades distintas, não havia como o PAPP interceder no sentido de realizar uma única licitação, ainda que na modalidade de Concorrência Internacional, não havendo que se falar em fracionamento de licitação, tampouco em desobediência às Normas do Banco Mundial e à Lei 8.666/1993 (peça 193, p. 12).

68. O recorrente alega que não houve ilegalidade, dolo ou dano ao erário, e que ausentes esses elementos, fica evidente a não ocorrência de ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (peça 193, p. 17).

69. Afirma que o cometimento de alguma ilegalidade na licitação, tal fato não se converte em ato de lesão e grave infração à lei, pela patente ausência de dolo e dano ao erário, e que meros equívocos formais ou inabilidade do agente público são insuficientes para sua responsabilização (peça 193, p. 18).

70. Solicita que seja dado provimento ao recurso para que a multa seja afastada (peça 193, p. 19).

Análise

71. Os argumentos são improcedentes.

72. Para afastar a multa aplicada, o recorrente sustenta inexistência de irregularidade, que a responsabilidade pelo acompanhamento seria da comunidade, que não tinha ingerência sobre os procedimentos licitatórios, que não houve dolo ou dano ao erário e que a multa aplicada decorreu de ser tão somente Superintendente do PAPP à época dos fatos.

73. Diversamente do que alega o recorrente, houve irregularidade, pois se verificou a ocorrência de fracionamento de licitações, vez que foram promovidos 270 convites distintos para aquisição de máquinas/utensílios e construção de galpões, em vez de promoverem-se certames na modalidade concorrência. Para a aquisição de 1.620 máquinas/equipamentos e 9.540 móveis/utensílios, cada um dos 90 grupos realizou dois convites. Nas licitações para construção dos galpões, a área total (10.000 m², equivalentes a 5 galpões de 2.000 m²) foi dividida e cada grupo licitou 100 m². Todos os convites foram vencidos pelas mesmas empresas, Indecon Ind. de Estrutura de Concreto Ltda. e Yamacom Nordeste S.A., fornecedora de máquinas de costura e de móveis/utensílios pertencente e representada pelo Sr. Chhai Kwo Chheng, administrador da empresa âncora do polo, a Kao I. Todas as licitações continham indícios de simulação (peça 153, p. 4).

74. O fracionamento de despesa, à luz da Lei de Licitações, caracteriza-se quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar contratação direta. A Lei 8.666/1993 veda no art. 23, § 5º, o fracionamento de despesa. Impede, por exemplo, a utilização da modalidade convite para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços de idêntica natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente sempre que a soma dos valores caracterizar o caso de tomada de preços. De igual forma, a utilização de várias tomadas de preços para se abster de realizar concorrência.

75. O recorrente era, à época dos fatos, Superintendente do Programa de Apoio ao Pequeno Produtor Rural – PAPP.

76. O PAPP foi financiado pela União, com recursos obtidos por meio de mútuo com o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) ou Banco Mundial, acrescido da contrapartida estadual (peça 1, p. 11).

77. A Superintendência era responsável pelo planejamento, acompanhamento físico-financeiro, controle e avaliação do Programa, com obediência às normas da legislação brasileira pertinentes à execução do Programa, notadamente à IN/STN 2/93, que disciplinava a prestação de contas de convênios e contratos firmados com recursos públicos, e à Lei 8.666/1993 (peça 1, p. 12).

78. Em razão dos recursos serem públicos, impunha ao ex-Superintendente o dever de observância dos princípios constitucionais gerais aplicáveis à administração pública, dentre eles o de realizar licitação de forma regular.

79. Além disso, o item III, alíneas “a” e “b”, da cláusula terceira do convênio assinado entre o Estado do Maranhão e os grupos associativos previa, como atribuição do PAPP, o acompanhamento e a fiscalização da execução do projeto e da aplicação dos recursos (peça 127, p. 43), não sendo procedente a defesa de que o acompanhamento seria de responsabilidade das comunidades, que não teria ingerência sobre as licitações.

80. Tampouco deve ser aceito o argumento de que não houve dolo ou dano ao erário.

81. A apuração de responsabilidade nas matérias submetidas à apreciação desta Corte de Contas não se vincula à indicação de conduta dolosa do agente. Nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, impõe-se ao gestor público o dever de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos sob sua guarda, sendo que a omissão ou falta de exação no cumprimento dessa obrigação induz à presunção de culpa. Nesse sentido, cabe aos gestores demonstrar que o recurso público foi administrado com estrita observância dos dispositivos legais e regulamentares pertinentes.

82. A responsabilidade subjetiva tem como pressuposto a culpa, empregada em sentido amplo, que abrange não somente o dolo, mas também a culpa em sentido estrito, que tem por essência o descumprimento de um dever de cuidado. Desse modo, mesmo que não tenham atuado de forma dolosa, é possível imputar penalidade em decorrência de conduta culposa em sentido estrito.

83. Conforme consta de Voto (peça 153, p. 4), era obrigação do ex gestor evitar a ocorrência de irregularidades ou saneá-las ainda durante a execução. Note-se que, consoante o Relatório de Viagem/Atividades da 5ª Etapa/1ª Fase (peça 128, p. 4-6), o PAPP tinha conhecimento das circunstâncias que envolviam as licitações, visto que o relatório menciona expressamente que foi “realizada a coleta das pastas dos processos de licitação” nos trabalhos executados em março de 1996 (peça 128, p. 6). O relatório cronológico elaborado pela equipe do PAPP demonstra também que vinha sendo feito o acompanhamento concomitante da execução dos projetos, inclusive da aquisição de máquinas e da construção de galpões (peça 128, p. 10-12). Contudo, não há evidência de que a unidade do PAPP tenha tomado a iniciativa de adotar as providências saneadoras ou apuratórias quanto às irregularidades. Ademais, observe-se que a documentação das licitações foi utilizada na formulação das prestações de contas dos convênios com as associações e, não obstante a existência de graves irregularidades nos certames promovidos, diversas prestações de contas foram aprovadas pelo órgão estadual (peça 128 p. 125, e peça 133, p. 63-77).

84. Quanto à ausência de dano ao erário, ela não afasta a multa aplicada que teve como fundamento o art. 58, inciso II da Lei 8.443/1992, aplicado nas situações em que não há dano ao erário, mas há a prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar.

85. Dessa forma a responsabilização do recorrente não decorreu de ser tão somente Superintendente do PAPP.

Argumento

86. O recorrente informa que a estrutura administrativa da PAPP era ampla e que houve delegação de competência aos demais servidores da unidade, o que afastaria a imputação de responsabilidade (peça 193, p. 11).

87. Alega que na delegação, a responsabilidade é de quem pratica o ato, e que se houve irregularidades nos certames, não há como responsabilizá-lo, haja vista ter delegado poderes a outrem (peça 193, p. 13).

88. Afirma que este entendimento seria pacífico na doutrina e jurisprudência, sendo mencionados parecer da AGU, relativo a processo do Ministério da Agricultura, e trechos da obra Delegação Administrativa, o qual dispõe que a responsabilidade pelos atos praticados pelo delegado são exclusivamente dele, e não do delegante (peça 193, p. 13-16).

89. Diante da delegação de poderes, solicita que seja reconhecida a ausência de responsabilidade (peça 193, p. 17).

Análise

90. O argumento é improcedente.

91. A defesa de que teria delegado competência aos seus subordinados não o socorre, inicialmente por não ter trazido aos autos documentos que comprovem sua ocorrência.

92. Ademais, é pacífico na jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que o gestor delega competência, mas não a responsabilidade. São nesse sentido os Acórdãos 2.309/2003, da 2ª Câmara e 298/2000, 629/2004 e 1.619/2004, do Plenário, sendo oportuno trazer à lume o seguinte excerto extraído dessa última deliberação:

É entendimento pacífico no Tribunal que o instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, visto que remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado (v.g. Acórdão 56/1992 - Plenário, in Ata 40/1992; Acórdão 54/1999 - Plenário, in Ata 19/1999; Acórdão 153/2001 - Segunda Câmara, in Ata 10/2001). Cabe, por conseguinte, à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados, diante da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*.

93. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em Mandado de Segurança 20.335/DF, DJ 25/2/1983, dispõe:

Trecho da Ementa: ‘Em Direito Financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhes são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público.’

Trecho de Voto do Ministro-Relator:

‘Contrapõe-se, entretanto, às alegações oferecidas o fato de ser o ordenador de despesas, via de regra, o dirigente de uma Unidade Administrativa, conforme, aliás, ocorre no caso; e sendo assim ele está legalmente obrigado a exercer a fiscalização hierárquica sobre os órgãos inferiores da mesma administração, forma de controle essa que visa a ordenar, coordenar, orientar e, inclusive, corrigir as atividades de tais órgãos. (...) Por outro lado, ainda que o Sr. <omitido> desconhecesse efetivamente a irregularidade ora em comento, nem por isso ele estaria isento de responsabilidade, dada a sua qualidade de Ordenador de Despesas e de dirigente da Unidade Administrativa, a quem a lei atribui o encargo de justificar o bom e regular emprego dos dinheiros públicos. Uma vez identificada irregularidade material ou formal na despesa (no caso, irregularidade material), remanesce a presunção de que a responsabilidade correspondente deve ser atribuída ao referido Ordenador, salvo se ele conseguir justificar, isto é, demonstrar convincentemente que a irregularidade foi praticada exclusivamente por subordinado que exorbitou das ordens recebidas. (...) Vê-se, pois, que em tema de direito financeiro, mais particularmente, em tema de controle da aplicação dos dinheiros públicos, a responsabilidade do ordenador de despesas pelas irregularidades se presume, até prova em contrário, por ele subministrada. (grifos acrescidos)

94. Não obstante remanesçam as irregularidades de responsabilidade do Sr. Francisco de Assis Gomes de Castro, a multa aplicada será afastada em razão da ocorrência de prescrição e haver extensão de seus efeitos aos demais responsáveis, conforme descrito no item 44 desta instrução.

95. Registre-se, por fim, que a empresa Integral Engenharia Ltda., por meio de seu advogado constituído nos autos (peça 202), solicitou que seja intimada quando do julgamento do recurso, para realização de defesa por meio de sustentação oral (peça 178, p. 20).

CONCLUSÃO

96. Diante do exposto, com fundamento no art. 48 da Lei n. 8.443/92, propõe-se:

a) conhecer do Pedido de Reexame interposto pelo Banco do Nordeste do Brasil S.A. (CNPJ 07.237.373/0001-20), contra o Acórdão 3.273/2010 – TCU – Plenário, para, no mérito, dar-lhe provimento, reformando-se o referido acórdão para suprimir a determinação contida no item 9.2.6 da deliberação;

b) conhecer dos Pedidos de Reexame interpostos pelo Sr. Francisco de Assis Gomes de Castro (CPF 012.264.521-91) e pela empresa Integral Engenharia Ltda. (CNPJ 07.334.816/0001-09), contra o Acórdão 1.936/2012 – Plenário, para, no mérito, dar-lhes provimento, tendo em vista a ocorrência de prescrição, circunstância objetiva que também aproveita aos demais responsáveis que não recorreram, nos termos do art. 281 do RI/TCU, reformando-se, por consequência, o referido acórdão para suprimir os itens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 da deliberação;

c) deferir o pedido de sustentação oral à empresa Integral Engenharia Ltda. e seus patronos;

d) remeter cópia deste acórdão, acompanhado das peças que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, informando que a matéria tratada nestes autos refere-se ao Processo MPF/PR/MA 08109.000080/96-12, e

e) dar ciência aos recorrentes e demais interessados do acórdão que for prolatado, bem como do relatório e voto que o fundamentarem.

Encaminhem-se os autos à consideração superior, para posterior envio ao Gabinete do Ministro Benjamin Zymler, para fins de apreciação da proposta de declinação da competência em favor da Relatora preventa (item 18 da instrução) e subsequente envio ao Gabinete da Relatora dos recursos, Ministra Ana Arraes.

SERUR/1ª Diretoria, 17 de julho de 2013.

(Assinado eletronicamente)
Regina Yuco Ito Kanemoto
Auditora Federal de Controle Externo
Matrícula 4604-3