

TC 020.532/2004-1

Natureza: Recurso de Reconsideração

Unidade: Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA

Recorrentes: Francisco de Assis Sousa (CPF. 068.170.843-34) Wellington Manoel da Silva Moura (CPF 170.199.582-49) e empresa Construssonda Construções Ltda. (CNPJ 01.600.175/0001-00).

Advogados: Thaynara Santos Fernandes (OAB/PI 7.795), procurações às peças 44 e 45.

Sumário: Tomada de Contas Especial instaurada por determinação prolatada em processo de denúncia. Contrato de Repasse. Fraude no procedimento licitatório. Impugnação das despesas. Citação. Alegações de defesa insuficientes para afastar as irregularidades. Contas irregulares. Débito. Multa. Inabilitação para exercício de função de confiança ou cargo em comissão na administração pública. Arresto de bens. Recurso de Reconsideração interposto por um dos responsáveis. Não conhecimento. Ciência aos interessados. Interposição de recursos de reconsideração por outros três responsáveis. Conhecimento. Negativa de provimento.

Trata-se de recursos de reconsideração apresentados pelos Srs. Francisco de Assis Sousa (CPF. 068.170.843-34), Wellington Manoel da Silva Moura (CPF 170.199.582-49) e empresa Construssonda Construções Ltda. (CNPJ 01.600.175/0001-00), contra o Acórdão 372/2010 (peça 8, p. 23-24) mantido pelo Acórdão 2.199/2011 (peça 10, p. 47-48), ambos do Plenário, no qual o Tribunal decidiu:

9.3. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b”, “c” e “d”, e § 2º, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/92, as presentes contas irregulares e condenar solidariamente os responsáveis, Srs. Eliseu Barroso de Carvalho Moura, Carmina Carmen Lima Barroso Moura, João da Silva Neto, Maurie Anne Mendes Moura, Walter Pinho Lisboa Filho, Wellington Manoel da Silva Moura, Francisco de Assis Sousa, Gilmar Sales Ribeiro e João Araujo da Silva Filho, e a empresa Construssonda Construções Ltda., ao pagamento da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que seja comprovado, perante o tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora calculados a partir de 19/02/1998 até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.4. aplicar aos Srs. Eliseu Barroso de Carvalho Moura, Carmina Carmen Lima Barroso Moura, João da Silva Neto, Maurie Anne Mendes Moura, Walter Pinho Lisboa Filho, Wellington Manoel da Silva Moura, Francisco de Assis Sousa, Gilmar Sales Ribeiro e João Araujo da Silva Filho, e à empresa Construssonda Construções Ltda., com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/92, multa individual no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, nos termos do art. 214,

inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendida a notificação;

9.6. com fulcro no art. 61 da Lei 8.443/92, solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público junto ao TCU, a adoção das medidas, se necessárias para assegurar a execução do débito, tendentes ao arresto dos bens dos responsáveis indicados no subitem 9.3 deste Acórdão, caso não haja, dentro do prazo estabelecido, o recolhimento do débito;

9.7. com fundamento no art. 60 da Lei n.º 8.443/92, decretar a inabilitação dos responsáveis indicados no subitem 9.3 retro para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, pelo prazo de 8 (oito) anos;

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação da Decisão 534/2002-TCU - Plenário, prolatada no âmbito do processo TC-008.148/1999-6, no qual foi apurada denúncia de irregularidades praticadas na aplicação de recursos federais transferidos ao Município de Pirapemas/MA por meio de diversos convênios e contratos de repasse, dentre os quais o Contrato de Repasse MPO/Caixa 45092-42/97 (peça 11, p. 53-55, peça 12, p. 1-4), objeto da presente tomada de contas especial, no valor de R\$ 100.000,00, objetivando a ampliação e melhoria do sistema de abastecimento de água no município.

3. A presente TCE é uma das mais de 30 tomadas de contas especiais instauradas por determinação da decisão acima mencionada. Aquela decisão foi fundamentada em auditoria realizada por este Tribunal na Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA. Conforme consta dos autos do TC-008.148/1999-6, nessa auditoria foi detectado um esquema de fraudes na aplicação dos recursos públicos federais transferidos ao município.

4. De forma bastante resumida, apurou-se que a Prefeitura de Pirapemas, ao tempo em que executava um grande número de obras de forma direta, com operários e mestre de obras pagos pela tesouraria municipal e adquirindo os materiais e equipamentos de construção, simulava a contratação de empresas que só existiam no papel, para execução dos mesmos serviços. Assim, enquanto algumas obras eram realizadas com recursos originalmente municipais (FPM e outros), os recursos federais transferidos por meio de convênios ou outras formas de repasses eram integralmente desviados quando do pagamento às contratadas. Importante ressaltar que tal procedimento conferia uma aparente normalidade formal e material à aplicação dos recursos.

5. Documentos acostados aos autos indicam que esse procedimento foi utilizado durante anos, perpassando várias gestões municipais, durante as quais os objetos conveniados foram adjudicados a uma sucessão de empresas fictícias (sem registro no Crea, sem responsáveis técnicos, sem empregados, sem faturamento declarado à receita, e, até mesmo, sem autorização para emissão de notas fiscais) controladas por um mesmo grupo de pessoas ou por procuradores e testas de ferro por elas nomeados. Indicam, ainda, que grande parte dos valores pagos a essas empresas sequer ingressavam na contabilidade dessas, sendo sacados na boca do caixa por algum dos integrantes do citado grupo ou simplesmente depositados em contas bancárias das quais eram titulares.

6. Da auditoria deste Tribunal restou evidenciado que diversas pessoas atuaram concertadamente na concretização das fraudes. Tal qual uma organização, essas pessoas estavam agregadas por hierarquia de comando e de atribuições, no que foram evidenciados três níveis de operadores.

7. No primeiro nível de organização se encontravam o Sr. Eliseu Moura, o qual detinha o controle político do Município de Pirapemas/MA, pois fora ali Prefeito de 1989 a 1993, indicou e elegeu seu sucessor, o primo Hieron Barroso Maia para o período de 1993/1996, e depois sua esposa, senhora Carmina, para dois períodos, 1997/2000 e 2001/2004, e foi eleito deputado federal para as legislaturas de 1995/1999 e 1999/2003 e assumiu como suplente em períodos da legislatura federal 2003/2007, sendo nesse período autor de inúmeras emendas parlamentares que resultaram em transferências de recursos do Orçamento da União à Prefeitura de Pirapemas.

8. No segundo nível da organização incluem-se os que, como prepostos do senhor Eliseu e da Sra. Carmina, cuidavam dos aspectos contábeis, administrativos, bancários e documentais para dar aparência de legalidade aos procedimentos das fraudes e gerenciavam as tarefas dos operadores do nível mais inferior. Nesse grupo, listam-se os Srs. Wellington Manoel da Silva Moura, João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho e a Sra. Maurie Anne.

9. No terceiro nível da organização estão servidores municipais, dentre estes, os que compunham as comissões de licitações, figurando-se o Sr. Francisco de Assis Sousa, como um de seus membros.

10. Conforme se verifica no relatório do acórdão recorrido (peça 8, p. 11), com referência ao Contrato de Repasse MPO/Caixa 45092-42/97, objeto desta TCE, a auditoria realizada pelo Tribunal constatou as seguintes ocorrências:

a) a execução do objeto do contrato foi atribuída à empresa Construssonda Construções Ltda. (Construssonda), sendo que essa empresa, não tinha operacionalidade, era “empresa de papel”, e toda a documentação em seu nome (notas fiscais, propostas, recibos etc.) foi de emissão gratuita, unicamente para dar foros de legalidade às despesas efetuadas por conta dos recursos federais transferidos;

b) tendo sido procurada pela fiscalização da fazenda estadual e do INSS, a empresa não foi localizada, e o Sr. Wellington Manoel da Silva Moura, procurador da empresa, ao ser contatado pelos referidos órgãos, não apresentou a documentação da empresa;

c) na documentação da licitação apresentada pela prefeitura à equipe de auditoria (peça 12, p. 8-9) consta o Termo Adjudicatório datado de 26/12/1997, assinado pela Prefeita Municipal, enquanto que na documentação juntada pela defesa da senhora Carmina Carmen Lima Barroso Moura consta o Termo Adjudicatório (peça 16, p. 16), datado de 22/12/1997, e assinado pelo recorrente como membro da CPL;

d) participaram da suposta licitação, além da empresa Construssonda, as empresas TKM Const. Proj. Rep. Comerc. Ltda. e Construtora Ômega Ltda., sendo que o nome da empresa TKM era utilizado irregularmente pelo Sr. Walter Pinho Lisboa Filho.

11. Citados regularmente (peça 3, p. 37-55, peça 4, p. 1-3, peça 5, p. 43-52 e peça 6, p. 1-14), o recorrente Francisco de Assis Sousa aderiu à defesa apresentada pela Sra. Carmina Carmen Lima Barroso Moura (peça 6, p. 26-52 e peça 7, p. 1-15), sendo que os demais recorrentes ficaram silentes, conforme consta de Relatório (peça 8, p. 11) As defesas apresentadas pelos demais responsáveis não elidiram as irregularidade, decidindo-se o Tribunal conforme exposto no parágrafo inicial.

12. Notificados da decisão, foi interposto recurso de reconsideração pelo Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura (peça 29, p. 40-49), que não foi conhecido conforme Acórdão 2.199/2011-Plenário (peça 10, p. 47-48), por ser intempestivo e não apresentar fatos novos supervenientes capazes de alterar o mérito da deliberação recorrida.

13. Posteriormente a esse último acórdão, houve a interposição de recurso de revisão pelo Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura (peças 39-41) e recursos de reconsideração pelos Srs. Francisco de Assis Sousa (peça 43), Wellington Manoel da Silva Moura (peça 37) e empresa Construssonda Construções Ltda. (peça 38).

ADMISSIBILIDADE

14. Os exames de admissibilidade da Serur propuseram, em suma:

a) não conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Wellington Manoel da Silva Moura e empresa Construssonda Construções Ltda., por serem intempestivos e não apresentarem fatos novos supervenientes (peças 55 e 49, respectivamente);

b) conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Francisco de Assis Sousa (peça 50);

c) sobrestar a análise de admissibilidade do recurso de revisão interposto nas peças 39-41 pelo Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura até a análise de mérito do recurso de reconsideração conhecido, em razão da possibilidade de perda do objeto do recurso de revisão.

15. O então Exmo. Ministro-Relator Augusto Nardes solicitou a oitiva do Ministério Público, nos termos do art. 62, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal (peça 57), o qual manifestou sua concordância com as instruções produzidas no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 59).

16. O Ministro Relator, mediante peça 60, acolheu os exames preliminares de admissibilidade realizados pela Serur, corroborados pelo parecer do Ministério Público, não conhecendo dos recursos descritos no item 9 “a” desta instrução e conhecendo do recurso constante no item 9 “b” desta instrução, o qual foi objeto de análise por parte desta Unidade Técnica, sendo proposta a negativa de provimento (peça 61-63).

17. O MP/TCU manifestou-se de acordo com a proposta de mérito oferecida pela unidade técnica (peça 64).

18. Nesse ínterim, houve mudança na Presidência desta Corte, passando o processo para a relatoria do Exmo. Ministro Benjamin Zymler que manifestou entendimento de que caberia análise de mérito dos recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Wellington Manoel da Silva Moura e pela empresa Construssonda Construções Ltda., de acordo com os princípios do formalismo moderado e da verdade material, por serem intempestivos em apenas um dia (peça 65).

19. Em consonância com esse entendimento e dando prosseguimento à instrução constante na peça 61, nesta oportunidade são analisados os recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Wellington Manoel da Silva Moura (peça 37) e pela empresa Construssonda Construções Ltda. (peça 38).

MÉRITO

20. Em que pese não se constituírem de peças idênticas, as defesas apresentadas pelos recorrentes trazem argumentos bastante semelhantes, de forma que serão sintetizadas e analisadas de forma conjunta, para, a seguir, realizar a análise de argumentos específicos de cada recorrente.

Argumento

21. Os recorrentes alegam que devido ao decurso do tempo de mais de 7 anos entre a Tomada de Contas específica e a celebração do contrato, ou mais de 10 anos entre a realização do objeto pactuado e os dias atuais, qualquer eventual dúvida deste Tribunal não poderia ser interpretada

como fraude, desfalque de dinheiro público ou gestão ilegal, não podendo ser penalizados por algo que não teriam mais como se defender (peças 37 e 38, p. 3).

22. Ressaltam que após tamanho lapso temporal o Tribunal não poderia condenar os recorrentes apenas por falhas formais, para as quais sequer concorreram (peças 37 e 38, p. 3).

23. Asseveram que esta Corte vem se posicionando no sentido de se trancar o processo e considerar as contas como ilíquidas nos casos de impossibilidade de se realizar uma investigação pormenorizada, quanto ao cumprimento do objeto pactuado em alguns de seus termos, em razão do lapso temporal entre a realização do objeto e a instauração da Tomada de Contas, sendo mencionadas decisões desta Corte, bem como do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (peças 37 e 38, p. 3-5).

24. Requerem que seja acolhida a preliminar, a fim de que seja determinado o trancamento das presentes contas e consequente arquivamento do processo, com fulcro no art. 21, da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 211, § 1º, do RI/TCU (peças 37 e 38, p. 5).

Análise

25. O argumento não procede. O Contrato de Repasse MPO/Caixa 45092-42/97 foi celebrado em 12/12/1997 (peça 12, p. 4), a CPL adjudicou à empresa Construssonda a realização do objeto do ajuste em 22/12/1997 (peça 16, p. 16), as notas fiscais apresentadas são de 1998 (peça 17, p. 37, 40, 42-43, 48), e Tribunal realizou inspeção no Município de 7 a 18/2/2000, conforme Portaria 1, de 28/1/2000.

26. A auditoria realizada por este Tribunal objetivando apurar a denúncia autuada no TC-008.148/1999-6, no qual foi prolatada a Decisão 534/2002-Plenário, logrou detectar um esquema de desvio de recursos públicos federais repassados ao município, que se encontra sintetizado no seguinte trecho extraído da Proposta de Decisão condutora da referida decisão (peça 1, p. 43):

13. De forma bastante resumida, o que se infere desses elementos é que a Prefeitura de Pirapemas, ao tempo em que executava um grande número de obras de forma direta - com operários e mestre de obras pagos diretamente pela tesouraria municipal e adquirindo diretamente os materiais e equipamentos de construção -, simulava a contratação de empresas - que, a princípio, só existem no papel -, para execução dos mesmos serviços. Assim, enquanto algumas obras eram realizadas com recursos originalmente municipais (FPM e outros), os recursos federais transferidos por meio de convênios ou outras formas de repasses eram integralmente desviados quando do pagamento às contratadas. Importante ressaltar que tal procedimento conferia uma aparente normalidade formal e material à aplicação dos recursos.

14. Documentos acostados aos autos indicam que esse procedimento foi utilizado durante anos, perpassando várias gestões municipais, durante as quais os objetos conveniados foram adjudicados a uma sucessão de empresas fictícias (sem registro no Crea, sem responsáveis técnicos, sem empregados, sem faturamento declarado à receita, e, até mesmo, sem autorização para emissão de notas fiscais), controladas por um mesmo grupo de pessoas ou por procuradores e testas de ferro por elas nomeados. Indica, ainda, que grande parte dos valores pagos a essas empresas sequer ingressavam na contabilidade das mesmas, sendo sacados na boca do caixa por algum dos integrantes do citado grupo ou simplesmente depositados em contas bancárias das quais eram titulares.

27. Especificamente quanto ao contrato de repasse em análise, confirmando o esquema de fraudes desvendado pela equipe de auditoria deste Tribunal, verificou-se que a empresa Construssonda não foi localizada em seu endereço, além do que, o seu procurador, Sr. Wellington Manoel da Silva Moura, não foi capaz de apresentar a documentação da empresa à fazenda estadual e ao INSS, quando requisitado por aqueles órgãos. Verificou-se, desta forma, tratar-se de empresa “de fachada”, utilizada com o fito de dar aparência de legalidade a uma simulação de licitação (peça 1, p. 4).

28. A empresa TKM Construções Projetos e Representações Comerciais Ltda., que supostamente apresentou proposta (peça 16, p. 11-13), teve seu nome usado irregularmente pelo Sr. Walter Pinho Lisboa Filho, conforme descrito no item 10 desta instrução.

29. A Decisão 534/2002-Plenário (peça 1, p. 46) conheceu da denúncia e converteu-a em tomada de contas especial em 15/5/2002.

30. A citação do Sr. Wellington ocorreu em 19/5/2003 (peça 4, p. 3), e a da empresa Construssonda, em 16/3/2004 (peça 6, p. 12-14), tendo permanecido silentes, e as defesas apresentadas pelos demais responsáveis não afastaram a simulação de procedimento licitatório, a ausência de capacidade operacional das empresas e de efetividade das transações comerciais consignadas nas notas fiscais.

31. No tocante ao tempo decorrido, convém ressaltar que é certo que este Tribunal tem considerado que o longo lapso temporal decorrido entre o fato gerador e o chamamento dos responsáveis aos autos prejudica o exercício constitucional da ampla defesa e do contraditório. Em tais situações, as contas têm sido consideradas ilíquidas (Acórdão 3496/2009 - 1ª Câmara, Acórdão 3707/2010 - 2ª Câmara, Acórdão 1717/2010 - 2ª Câmara, Acórdão 293/2008 - 2ª Câmara e Acórdão 4086/2008 - 2ª Câmara, dentre outros). Esse entendimento foi consagrado no art. 5º, § 4º, da IN/TCU 56/2007 que dispensou, como regra geral, a instauração de tomada de contas especial depois de transcorridos dez anos desde o fato gerador.

32. Percebe-se, sem maiores esforços interpretativos, que o TCU consagrou, portanto, o lapso temporal igual ou superior a dez anos como aquele que efetivamente poderia constituir-se em ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Todos os acórdãos mencionados como precedentes foram prolatados à vista de situações em que o lapso temporal decorrido entre os fatos geradores e a realização das citações extrapolava os dez anos.

33. Conforme exposto nos itens 25 a 30 precedentes, verifica-se que, no caso concreto, em nenhuma situação o lapso temporal chegou a sete anos, sendo, portanto, inaplicável a regra constante do referido art. 5º, § 4º, da IN/TCU 56/2007 e da inteligência que motivou sua edição.

34. Por fim, vislumbra-se também serem incabíveis as alegações de que as falhas seriam meramente formais, ante a ocorrência da fraude mencionada anteriormente.

35. Desta feita, não podem ser acolhidas a solicitação para trancar os autos e considerar as contas ilíquidas.

Argumento

36. Como preliminar, os recorrentes alegam ilegitimidade da parte. Complementa que o art. 70, parágrafo único da Constituição estabelece claramente a competência daquele que é responsável pela gestão de recursos públicos. Assevera que o responsável legal pelo ajuste foi a ex-prefeita municipal, posto que ela teria assinado o contrato de repasse e assumiu a responsabilidade pela execução de seu objeto e prestação de contas, não havendo que se falar em responsabilização solidária da empresa Construssonda e de seu procurador (peça 37, p. 5-6, e peça 38, p. 6).

37. Alegam ainda que não podem ser responsabilizados, pois não tinham ingerência sobre os recursos do ajuste, e que não poderiam ser enquadrados no art. 16, § 2º da Lei 8.443/92, haja vista que não eram responsáveis, nem mesmo terceiro que concorreu para o suposto dano apurado (peças 37, p. 6 e peça 38, p. 6-7).

38. Solicitam que sejam excluídos polo passivo (peça 37, p. 6, e peça 38, p. 7).

Análise

39. Como ensina Maximilianus Cláudio Américo Führer, “o réu será parte legítima para sofrer a ação se ele tiver de fazer ou prestar o que lhe é pedido, pelo menos em tese (legitimidade passiva)” (in Resumo de Processo Civil. 1999, p. 55).

40. Nessa linha, assinalou Maria Helena Diniz: “sendo o dano um pressuposto da responsabilidade civil, será obrigado a repará-lo aquele a quem a lei onerou com tal responsabilidade, salvo se ele puder provar alguma causa de escusa” (in Curso de Direito Civil Brasileiro. 7v., Responsabilidade Civil, 1998, p. 144).

41. Valendo-se dessas lições, Márcia Nicolodi assinalou: “Assim, de imediato, pode-se afirmar que o réu 'será aquele que for apontado como causador do dano', isto porque prescreve o art. 927, do CC, que todo 'aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. E o réu será parte legítima para sofrer a ação se ele tiver de fazer ou prestar o que lhe é pedido, pelo menos em tese (legitimidade passiva)”. (in A legitimidade "ad causam" nas ações para reparação de dano extrapatrimonial. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 113. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4384>>, acesso 27/08/2012).

42. Os recorrentes confundem, a julgar pelos argumentos por eles apresentados, a ilegitimidade das partes com o exame de mérito da questão, propriamente dito. É de se ver, no entanto, que a legitimidade da parte refere-se à “Plausibilidade da afirmação de titularidade e legitimidade para agir feita na inicial” (Luiz Fernando Belinetti, in Ação e Condições de Ação. Revista de Processo, v. 96, 2001).

43. Há que se ver, *in casu*, que o direito brasileiro pauta-se pela teoria da asserção, em que as condições da ação devem ser analisadas com base apenas nas afirmações das partes. Assim, o autor, em sua inicial, afirma a relação jurídica e identifica os sujeitos da ação; se, exclusivamente à luz do que foi alegado, as condições estiverem presentes, haverá a possibilidade jurídica da ação. A posterior análise sobre sua veracidade será considerada decisão de mérito.

44. De forma resumida: pela teoria da asserção, o órgão judicial, ao apreciar as condições da ação, o faz à vista do que foi alegado pelo autor, sem analisar o mérito, abstratamente, admitindo, em caráter provisório, a veracidade do que fora alegado. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o *petitum* jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto.

45. Mencionem-se, dentre tantas outras, as seguintes ementas que demonstram a aplicação da teoria da asserção nos tribunais pátrios:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Processo: AI 665750520118190000 RJ 0066575-05.2011.8.19.0000

DESPACHO SANEADOR - REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELA PARTE RÉ. CONTROVÉRSIA REFERENTE AO CURSO DE EDUCAÇÃO FÍSICA MINISTRADO PELO AGRAVANTE - APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO.

A discussão a respeito da inexistência de responsabilidade da agravante pelos fatos apontados na exordial, e, conseqüentemente de sua legitimidade confunde-se com a questão meritória e como tal deverá ser decidida em consonância com a denominada teoria da asserção que reconduz à configuração da remota causa de pedir nos exatos termos da narrativa da parte autora. Negado seguimento ao recurso.

Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região

Processo: RO 376 RO 0000376

LEGITIMIDADE "AD CAUSAM". TEORIA DA ASSERÇÃO. APLICAÇÃO.

A legitimidade "ad causam" se averigua pela análise abstrata dos fatos lançados na peça de ingresso. Portanto, para que a reclamada possua legitimidade passiva "ad causam", basta a alegação de ocorrência da pertinência subjetiva da demandada com o direito material controvertido. Teoria da asserção que se aplica também no Direito Processual do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Processo: AIRR 811410320045020040 81141-03.2004.5.02.0040

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DESPROVIMENTO.

A legitimidade passiva decorre das alegações lançadas na inicial acerca da responsabilidade da Recorrente pelo pagamento da compleção de aposentadoria, circunstância suficiente para justificar a sua presença no polo passivo da demanda (Teoria da Asserção). Agravo conhecido e desprovido.

Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região

Processo: RO 914201000323004 MT 00914.2010.003.23.00-4

LEGITIMIDADE DA PARTE. TEORIA DA ASSERÇÃO.

A denominada teoria da asserção assenta que a legitimidade deve ser analisada de forma singela, verificando-se se o que se pede guarda, ao menos hipoteticamente, relação contra quem se pede, apesar de haver ou não correlação entre a afirmação do autor e a realidade fática dos autos do processo, porquanto aí já se estará no campo meritório. Destarte, no caso concreto, indagar sobre ser ou não responsável subsidiário o 2º demandado, significa ingressar no próprio mérito em momento impróprio.

Superior Tribunal de Justiça

Processo: AgRg no AREsp 53146 SP 2011/0148200-4

PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA.

1. A Defensoria Pública tem autorização legal para atuar como substituto processual dos consumidores, tanto em demandas envolvendo direitos individuais em sentido estrito, como direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, na forma do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar n.º 80/94. Precedentes.
2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes.
3. Agravo regimental não provido.

Superior Tribunal de Justiça

Processo: AgRg no REsp 1095276 MG 2008/0225287-8

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL NA NARRAÇÃO CONTIDA NA PETIÇÃO VESTIBULAR - CONDIÇÕES DA AÇÃO - LIMITES RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ENTE ESTATAL.

1. A teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor do recurso de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito.

2. O momento de verificação das condições da ação, nos termos daquela teoria, dar-se-á no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Logo, a verificação da legitimidade passiva *ad causam* independe de dilação probatória na instância de origem e de reexame fático-probatório na esfera extraordinária.

3. Não se há falar em legitimidade passiva *ad causam* quando as alegações da peça vestibular ilustrarem de maneira cristalina que o réu não figura na relação jurídica de direito material nem em qualquer relação de causalidade. Agravo regimental provido.

46. Observe-se, nos itens 4 a 10 desta instrução que se estava a caracterizar uma situação de desvios de recursos públicos patrocinada por organização criminosa, em que a cada um dos recorrentes foi imputada participação, com a descrição dos laços que os uniam aos demais membros.

47. A legitimidade das partes estava clara, uma vez que lhes haviam sido imputados atos diretamente relacionados aos prejuízos que teriam sido causados ao erário, de forma que o argumento é improcedente.

Argumento

48. Os recorrentes alegam cerceamento de defesa, pois a notificação teria sido realizada nos autos do TCE 008.148/1999-6 e não nestes autos. Afirmam que esta Corte já havia se decidido pela divisão dos processos, mas ao invés de notificar cada um dos responsáveis nas Tomadas de Contas que tratavam especificamente de cada ajuste, a fim de viabilizar a defesa, optou por dividir o citado processo apenas após as citações, conforme consta do item 8.4.2 da Decisão 534/2002-Plenário (peças 37 e 38, p. 7).

49. Afirmam que foram intimados para apresentação de defesa sobre as denúncias de uma maneira geral, não havendo especificidade para apresentação de defesa de cada convênio ou contrato dos quais tenham participado (peças 37 e 38, p. 7).

50. Asseveram que a não realização de novas citações para que fossem oferecidas defesas específicas vai de encontro aos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (peças 37 e 38, p. 7).

51. Após citar doutrina e decisões judiciais tratando do direito à ampla defesa e ao contraditório, os recorrentes requerem que seja declarado nulo o acórdão recorrido, tendo em vista que restou ferido o princípio da ampla defesa e do contraditório (peças 37 e 38, p. 7-11).

Análise

52. A citação constitui-se, conceitualmente, no ato processual pelo qual se chama alguém a comparecer em juízo para que participe e acompanhe todo o transcurso da lide em que figura como parte. É por meio da citação que se dá ciência à parte da existência da ação contra ela ajuizada e se lhe abre a possibilidade de exercer todas as prerrogativas processuais, dentre elas a apresentação de defesas.

53. Conforme se pode verificar, esse requisito foi integralmente cumprido no âmbito do TC 008.148/1999-6.

54. Ocorre que por questões meramente operacionais, o Plenário decidiu por desmembrar aquele processo em tantos quantos se fizessem necessários para tratar, de forma individualizada, cada uma das transferências de recursos identificadas naquele processo. Veja-se que essa decisão em nada alterou os fundamentos das imputações, tratando-se de mera questão de organização processual interna. De fato, com a nova sistemática imposta, privilegiou-se a celeridade processual e a razoável duração do processo, uma vez que cada transferência de recursos seria tratada de *per si*;

eventuais incidentes processuais suscitados em relação a uma determinada transferência não mais teriam influência sobre as demais, deixando de lhes retardar o julgamento de mérito; eventuais dúvidas ensejadoras de diligências, relativas a uma transferência, não mais procrastinariam o juízo de mérito em relação às demais.

55. E, frise-se, na esfera da organização processual, o TCU tem a prerrogativa discricionária de agir conforme seu entendimento.

56. Repise-se, no entanto, que as imputações efetuadas em cada novo processo são exatamente as mesmas constantes do TC 008.148/1999-6. E ao contrário do que afirmam os recorrentes, os ofícios de citação foram acompanhados de anexo, denominado "Qualificação do(s) responsável(eis), origem e quantificação do(s) débito(s)" contendo a descrição dos fatos especificamente relacionados a cada uma das transferências. Em relação ao o Contrato de Repasse MPO/Caixa 45092-42/97, tratado nestes autos, foi consignado o seguinte (peça 3, p. 53):

Não efetividade das transações comerciais a que aludem as notas fiscais da empresa Construssonda Construções consignadas na prestação de contas do convênio em contrapartida a despesas ali tidas como que realizadas.

57. Tem-se, portanto, que o fato imputado encontra-se perfeitamente identificado.

58. Independentemente da análise de mérito que viesse a ser proferida, inclusive no que tange à responsabilidade efetiva de cada um dos recorrentes, não há como se negar que eles efetivamente tinham conhecimento acerca do que deveriam se defender.

59. A jurisprudência do Tribunal tem se mostrado firme acerca de desnecessidade de se promover nova oitiva dos responsáveis acerca de fatos sobre os quais já tenham eles se manifestado no âmbito de outros processos. Mencionem-se, dentre outros, os Acórdãos 471/2002 - 2ª Câmara, 2001/2003 - 2ª, 3079/2003 - 2ª Câmara, Câmara, 1481/2005 - 1ª Câmara e 756/2011 - Plenário.

60. Observe-se que na maioria dos mencionados arestos se tratava de situação passível de maior polêmica do que a agora enfrentada, uma vez que as audiências ou citações haviam sido procedidas em processos de fiscalização/tomadas de contas especiais e seus reflexos estavam sendo propagados em processos de tomadas/prestações de contas ordinárias. Mesmo naquelas situações, no entanto, o Tribunal deixou assente que o julgamento pela irregularidade das contas não estaria a requerer a realização de nova audiência ou citação.

61. Frise-se, uma vez mais, que embora a questão esteja, agora, sendo tratada em processo de numeração distinta, trata-se exatamente da mesma lide formada no TC 008.148/1999-6, estabilizada pelo aperfeiçoamento da relação processual decorrente da citação válida.

62. O argumento dos recorrentes não merece, portanto, prosperar.

Argumento

63. Os recorrentes alegam que por não ter sido analisado cada contrato de forma isolada, os fatos apurados no Relatório de Auditoria inicial, serviram de fundamento para sua condenação na maior parte das demais Tomada de Contas derivadas, ocorrendo violação ao princípio do *non bis in idem* (peças 37 e 38, p. 14).

Análise

64. Não há que se falar na existência de *bis in idem*. Embora os diversos processos de tomada de contas especial em que os recorrentes figuram como responsáveis sejam análogos, cada um discute uma questão específica, distinta das tratadas em todos os outros. É certo, portanto, que cada processo trata de uma fraude específica, embora praticada sob o mesmo *modus operandi* das demais.

65. Em cada um dos diversos processos o responsável foi condenado pela devolução dos recursos especificamente tratados naqueles autos e punido com a imputação de multa proporcional àquele mesmo débito.

66. A Decisão 534/2002 – Plenário, prolatada no TC 008.148/1999-6 (peça 1, p. 46-47), teve o caráter meramente interlocutório, não aplicando nenhuma espécie de sanção aos diversos responsáveis arrolados naqueles autos. Determinou apenas a constituição de processos de TCEs para discutir cada uma das ocorrências então apontadas. Se houvesse, naquele TC 008.148/1999-6, a aplicação de sanções, caberia discutir-se da hipótese de *bis in idem*. Isso, porém, não ocorreu.

67. Rejeita-se, portanto, o argumento dos recorrentes.

Argumento

68. Os recorrentes alegam cumprimento integral do ajuste, que não há qualquer dúvida do cumprimento, eis que no momento da prestação de contas foram apresentadas todas as notas fiscais, recibos, conciliação bancário, relatório financeiro, procedimento licitatório, bem como fotografia das obras, de forma a comprovar o cumprimento do convênio (peças 37 e 38, p. 11).

69. Assevera que não houve dano ao erário ou mesmo desvio de dinheiro público, haja vista a execução das obras, objetos do contrato, não se sustentando sua condenação (peças 37 e 38, p. 11).

Análise

70. Nos presentes autos ocorre a não comprovação da aplicação dos recursos repassados, o desvio de recursos públicos e prática de ato ilegal, ilegítimo que acarreta dano ao Erário, conforme descrito no item 4 desta instrução. A empresa Construssonda, supostamente contratada para execução das obras, não foi localizada em seu endereço, seu procurador legal não foi capaz de apresentar a documentação da empresa à fazenda estadual e ao INSS, quando requisitado por aqueles órgãos por solicitação desta Corte, e recebeu recursos públicos sem ter executado a obra. Em decorrência desses fatos, os recibos de pagamento e notas fiscais passam a ser inidôneos e não comprovam a regular aplicação dos recursos repassados e confirmam o desvio de recursos públicos e a ocorrência de ato ilegal, ilegítimo.

71. Somente a execução física do objeto não comprova, por si só, o emprego regular dos recursos públicos.

72. Foi constatado que houve a execução física do objeto, mas não restou comprovado que os recursos para a consecução da obra advieram integralmente do Contrato de Repasse MPO/Caixa 45092-42/97 sob análise.

73. A jurisprudência desta Corte informa que a mera execução física do objeto, por si só, não comprova que os recursos foram aplicados corretamente, cabendo ao responsável demonstrar o nexo causal entre os recursos que lhe foram repassados e a consecução do objeto.

74. O voto condutor do Acórdão 399/2001-TCU-2a Câmara sintetiza o entendimento do TCU sobre o assunto:

Quanto ao mérito, assiste razão aos pareceres quando afirmam que a verificação física da obra, isoladamente, não é suficiente para comprovar que os recursos do convênio em exame foram corretamente aplicados. A existência física não comprova que a obra foi realizada com os recursos do referido convênio. Há que se obter nexo causal entre essa execução e os documentos de despesas da Municipalidade, tais como notas de empenho, recibos, extratos bancários, de forma que seja possível à fiscalização afirmar que aquela obra foi executada com os recursos transferidos pelo Convênio examinado.

75. A ausência do nexo de causalidade impossibilita identificar se a obra foi executada (ou custeada) com recursos municipais, estaduais ou, ainda, oriundos de outro convênio com entidades federais, com possíveis desvios das verbas próprias da avença.

76. O argumento é improcedente.

Argumento

77. Os recorrentes afirmam que na decisão recorrida estaria ocorrendo desobediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois houve efetiva aplicação dos recursos comprovada com vasta documentação (peças 37 e 38, p. 15-17).

78. Alega que se prevalecer a decisão recorrida, certamente haveria o enriquecimento sem causa, vedado expressamente no art. 884 do Código Civil, isto porque o objeto conveniado fora cumprido (peças 37 e 38, p. 17-18).

79. Menciona trecho do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello dispendo sobre enriquecimento sem causa e acórdãos desta Corte tratando de desvio de objeto, com beneficiamento da comunidade, e sem má-fé na aplicação, sendo as contas julgadas regulares com ressalva com emissão de determinações à Prefeitura no sentido da rigorosa observância das normas legais aplicáveis a espécie (peças 37 e 38, p. 18-19).

80. Ressalta que os recursos repassados foram empregados na execução objeto do contrato, que não haveria razão para se requerer a devolução dos recursos à União, pois tal medida feriria mortalmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (peças 37, p. 18, e peça 38, p. 19).

81. Requer a modificação do julgamento de irregularidade para regularidade com ressalvas (peças 37 e 38, p. 19).

Análise

82. O argumento é improcedente.

83. O princípio jurídico segundo o qual se condena o enriquecimento sem causa visa evitar situações nas quais um dado sujeito vem a obter um locupletamento à custa do patrimônio alheio, sem que exista um suporte jurídico que respalde tal efeito.

84. Nos autos não há comprovação da regular aplicação dos recursos repassados em face de todo o exposto nos itens 4 a 10 desta instrução, configurando-se o dano ao Erário. O art. 159 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, dispõe que aquele que causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. No mesmo sentido dispõe o art. 19 da Lei 8.443/1992, o qual estabelece que o Tribunal ao julgar as contas irregulares, condenará o responsável ao pagamento da dívida. Assim, existe suporte jurídico para a condenação ao pagamento do débito apurado, não havendo afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

85. Os acórdãos mencionados pelos recorrentes em que houve o julgamento pela regularidade com ressalvas não se aplicam a estes autos por tratarem de desvio de objeto, com beneficiamento da comunidade, situação diversa da verificada nestes autos em que não há comprovação da regular aplicação dos recursos repassados.

Razões recursais específicas do Sr. Wellington Manoel da Silva Moura (peça 37)

Argumento

86. O recorrente alega que as duas premissas utilizadas pelo TCU para sua condenação não se sustentam quais sejam: declarações prestadas pelo Sr. Joel Duarte de Oliveira junto à Procuradoria

da República, e (b) depósitos de cheques de titularidade da empresa Construssonda Construções Ltda. na conta do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura (peça 37, p. 12).

87. Esclarece que o local utilizado pela referida empresa como ponto de referência, não foi o escritório do Sr. Eliseu Moura, como quer que se pense, mas sim, o escritório da Prefeitura de Pirapemas sediado na Capital, por se tratar de empresa com sede no Município de Caxias, após autorização da Prefeitura de Pirapemas, passou a indicar o escritório desta, na Capital, como ponto de referência no intuito tão somente de facilitar o recebimento de correspondências (peça 37, p. 12).

88. Ressalta que o que se tem até o presente momento seriam declarações que não se arrimam em qualquer outro meio de prova, e que nessa esteira de pensamento, um conjunto probatório nebuloso, impreciso e confuso não autoriza sua condenação (peça 37, p. 12).

89. Quanto aos depósitos de cheques de titularidade da empresa Construssonda na conta do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura, afirma que tiveram origem em obrigações civis assumidas entre o recorrente e aquele, decorrentes de locação de máquinas utilizadas no desenvolvimento de atividades agrícolas (peça 37, p. 53-54).

Análise

90. O recorrente busca, nesse ponto, descaracterizar a vinculação entre o Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura e a empresa Construssonda e, por conseguinte, o esquema de fraudes, uma vez que conforme demonstrou o relatório de fiscalização, essa empresa era utilizada como "receptora" e "distribuidora" de recursos advindos de ilícitos. Pretende demonstrar que os depósitos feitos por essa empresa, em conta corrente daquele, não corresponderam a qualquer transferência de recursos obtidos por via ilegal.

91. Intentam, ademais, descaracterizar, a partir da inexistência de vínculo mantido com a Construssonda, a tese de que fariam parte do esquema montado para desviar recursos públicos.

92. No entanto, verifica-se nos autos que não se sustenta o argumento de que o local utilizado pela empresa como ponto de referência, não foi o escritório do Sr. Eliseu Moura, que somente a Prefeitura Municipal de Pirapemas mantinha atividades no referido endereço.

93. A relevância da discussão encontra-se relacionada à possível demonstração da existência de proximidade e conflito de interesses entre os negócios da empresa São Luís Engenharia Ltda., de seu sócio Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura e da Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA, uma vez que todos se utilizavam de um mesmo logradouro, na cidade de São Luís/MA, como escritório de representação de seus negócios. Aquele mesmo endereço - e telefone - era mencionado como contato por diversas empresas que participavam de procedimentos licitatórios promovidos pela Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA.

94. Conforme destacou o relatório de auditoria, o "Guia São Luís - Telemar" atribuía o endereço da Av. São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil, São Luís/MA, "igualmente à empresa São Luís Engenharia e ao Sr. Eliseu Moura". Isso se comprova pelos documentos constantes do TC 008.148/1999-6 (Principal, v. 4, p. 478).

95. Em seu depoimento, o Sr. João Silva Neto declarou que havia assumido a função de secretário parlamentar do Sr. Eliseu Moura passando a ter exercício na Av. São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil, telefone 245.4145. O mesmo depoente afirmou que a "madeira de propriedade do senhor Eliseu Moura" localizava-se naquele mesmo endereço (peça 1, p. 11). De fato, consulta realizada à base de CPF da Receita Federal, disponibilizada a este Tribunal (por meio da "Mesa de Trabalho", consulta CNPJ), revela que o Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura é também sócio administrador da Incomara Indústria e Comércio de Madeira Maranhão Ltda. (CNPJ 05.752.571/0001-04). Essa empresa tem sede, novamente segundo a base da Receita Federal, à Av. São Sebastião, nº 387, Bairro Anil, São Luís/MA.

96. O Sr. João da Silva Neto foi procurador da empresa Procel. Essa empresa se encontrava radicada em Oeiras, Piauí, entretanto tinha conta bancária no Banco do Brasil em Castanheda, na mesma agência onde a Prefeitura de Pirapemas movimentava suas contas correntes, entre as quais a do FPM. Essa conta foi movimentada por esse procurador, que no CRC/MA informou o tel. 244 4145, do escritório comum em São Luís da Prefeitura de Pirapemas e do Deputado Eliseu Moura (peça 1, p. 12).

97. O Titular da Procel, Sr. Manoel Mendes da Costa, em depoimento prestado a Receita Federal declarou que jamais efetuou qualquer obra para a Prefeitura de Pirapemas, que foi procurado por seu primo, Sr. João da Silva Neto em dezembro de 1997, e a seu pedido expediu procuração dando poderes amplos, e que também a seu pedido, assinou várias folhas de cheques em branco, da agência mencionada anteriormente, e mandou diversas notas fiscais de sua empresa em branco, as quais foram remetidas pelo Correio para o escritório da empresa São Luís Engenharia, cujo escritório ficava na Av. São Sebastião, e que seu primo comentava que tudo era a pedido do Sr. Eliseu (peça 1, p. 13).

98. O Sr. José Orlando Rodrigues Aquino, sócio da empresa J. J. Comércio, Construções e Perfurações Ltda. e procurador das empresas E.B.C., esta tratada nestes autos, e N. C., todas igualmente envolvidas no esquema de fraudes, afirmou que entregou CNPJ e contratos sociais das duas primeiras empresas para o senhor João Neto, no escritório da Av. São Sebastião, Cruzeiro do Anil, e que esse lhe havia informado que aquele escritório "uma hora, era do senhor Eliseu Moura, e outra hora, era da prefeitura de Pirapemas" (peça 1, p. 16).

99. Esse mesmo depoente declarou ainda que nunca teria participado de qualquer licitação na Prefeitura Municipal de Pirapemas, que por diversas vezes assinou documento (faturas, documentos de licitação etc.), a pedido do Sr. João da Silva Neto e da Sra. Maurie Anne, e que tudo seria feito no escritório da Av. São Sebastião, Cruzeiro do Anil (peça 1, p. 17).

100. O recorrente não logrou êxito em demonstrar, portanto, a efetiva segregação entre o escritório do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura e os interesses da Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA.

101. Quanto aos vínculos mantidos entre o Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura, o recorrente e a empresa Construssonda, os dados que o demonstram são por demais contundentes, como se expõe a seguir.

102. Com data de 5/4/1989, coincidente com o início do mandato de Prefeito (1989/1992) do Sr. Eliseu Moura, foi constituída a empresa Construtora Vale do Itapecuru Ltda., constando entre seus sócios seu primo, Sr. Wellington da Silva Moura, o qual registrou junto ao Conselho Regional de Contabilidade (CRC-MA) o mesmo endereço comercial da empresa São Luís Engenharia, Ltda. tendo como sócios o Sr. Eliseu Moura e sua esposa, Sra. Carmina (peça 1, p. 6).

103. Junto ao Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura do Maranhão (CREA-MA), a equipe de auditoria constatou que não consta registro de quaisquer obras em Pirapemas cuja execução lhe seja tecnicamente atribuída (peça 1, p. 7).

104. Tanto a Receita Estadual quanto o INSS, por intermédio de equipes fiscalizadoras e a pedido do TCU, não lograram êxito em localizar a Construtora Vale do Itapecuru Ltda., e seu sócio, Sr. Wellington Moura, quanto localizado pela fiscalização estadual, não atendeu a requisição para apresentar documentação fiscal da empresa (peça 1, p. 7).

105. A empresa Construssonda Construções Ltda. foi constituída em 2/12/1996, coincidindo com o início do mandato (janeiro de 1997) de Prefeita da Sra. Carmina, esposa do Sr. Eliseu Moura, tendo como sócios os Srs. Manoel Rodrigues Martins de Moura (pai do Sr. Wellington Moura) e Paulo de Tarso Almeida Bezerra Lima, ambos residentes na Praça Magalhães de Almeida, 374,

Centro, Caxias - MA, mesmo endereço da Construtora Vale do Itapecuru Ltda. e também endereço residencial de seus sócios Srs. Wellington Moura e Antônio Vieira de Sousa (peça 1, p. 7).

106. Com a constituição da segunda empresa, estava praticamente extinta a primeira, após servir a duas administrações municipais, dando-se início à efetiva operação da Construssonda (peça 1, p. 7).

107. O Sr. Wellington Moura foi constituído procurador da empresa Construssonda.

108. O Sr. Wellington Moura foi empregado da empresa São Luís Engenharia Ltda., empresa pertencente ao Sr. Eliseu.

109. Em depoimento, indagado se conhecia o Sr. Wellington Moura, o Sr. José Orlando Rodrigues Aquino, suposto procurador da E.B.C., afirmou que sim, "do escritório localizado na Av. São Sebastião, do senhor Eliseu Moura da Prefeitura de Pirapemas, (...)".

110. Diversos cheques emitidos pela empresa Construssonda foram nominais a Sra. Maurie Anne Mendes Moura, Secretária Parlamentar do Sr. Eliseu Moura. A referida senhora, em depoimento, afirmou que prestava serviços "na Avenida São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil, telefone 245.4145".

111. Em depoimento, o Sr. Joel Duarte de Oliveira, ex-gerente da agência Cantanhede do Banco do Brasil, afirmou que o Sr. Wellington algumas vezes se apresentou naquela agência para efetuar saques em dinheiro acompanhado da Sra. Maurie Anne (Secretária Parlamentar do Sr. Eliseu Moura) ou do Sr. João Neto (Secretário Parlamentar do Sr. Eliseu Moura). Afirmou também que "o Sr. João Neto se apresentava como funcionário da Prefeitura ou do Dep. Eliseu Moura" (peça 1, p. 24).

112. O mesmo depoimento possui outros trechos que confirmam a ligação existente entre a Construssonda e o Sr. Eliseu Moura, conforme se verificam pelos seguintes excertos:

sabe precisar que a transferência de R\$ 43.000,00 da N. C. Construções para a Construssonda foi autorizada por escrito, sabendo informar que a autorização saiu do próprio escritório central do Sr. Eliseu Moura, bem como por telefonema oriundo do escritório do Sr. Eliseu Moura (peça 1, p. 25).

113. E ainda:

Sabe dizer que as empresas Construssonda, Proemp, N. C. Construções, Procel e E. B. C. tinham como ponto de referência o escritório do Sr. Eliseu Moura.

114. Os dados constantes do relatório de fiscalização que embasaram a Decisão 534/2002 - Plenário são pródigos no estabelecimento de vínculos, a partir da análise das movimentações bancárias. Transcrevem-se, por relevantes, os seguintes trechos que o demonstram:

b) constatou-se a emissão de R\$ 8.000,00 por cheque de conta bancária da prefeitura, de movimentação dos recursos do FPM, nominativo a Construssonda e depositado, em seguida, na conta corrente de nº 268.628-7, de titularidade do próprio Deputado Federal Eliseu Moura, mantida na agência 3596-3 do Banco do Brasil, na Câmara dos Deputados em Brasília/DF. Também o cheque 45, datado de 29/08/97, da c/c 8.195-7, ag. 1734-5, de titularidade da Construssonda, emitido no valor de R\$ 3.500,00, inicialmente nominal à própria empresa, foi endossado pelo Sr. Wellington Moura para, em seguida, ser depositado na c/c nº 268.628-7 da agência 3596-3 (Banco do Brasil - Câmara dos Deputados), de titularidade do Deputado Federal Eliseu Moura, esposo da Prefeita Municipal. Algo identicamente se deu com o cheque 023 da mesma conta e no valor de R\$ 2.000,00, datado de 10/10/97, que foi depositado na conta do Sr. Deputado Federal: (fls. 815/818 Anexo I);

c) igualmente da maior gravidade, a nosso ver, é a constatação de que o cheque de nº 000010 da conta 1.076•6 da Procel e no valor de R\$ 3.000,00 foi depositado, em 09/09/98, na conta corrente 3596-3 (agência -BB - Câmara dos Deputados) - 268.628-7, de titularidade do Sr.

Eliseu Moura. O Sr. João Neto, procurador da Procel, era, à época, Secretário Parlamentar do Sr. Deputado Federal. (fls. 819/821 - Anexo I);

d) a documentação bancária da conta corrente da empresa Construssonda mantida junto à Caixa Econômica Federal/MA, agência Cohab - São Luís, traz a revelação de que cheques, totalizando R\$ 218.500,00 (duzentos e dezoito mil e quinhentos reais), foram pagos a Sra. Maurie Anne Mendes Moura. Em diversos cheques emitidos pela Construssonda, é comum a anotação daquele nº de telefone 245-4145, a indicar, por ser prática comercial, o número pelo qual se pode localizar o emitente e/ou portador do título. (...);

e) outro cheque, de R\$ 5.000,00, da conta 8.195-7 da Construssonda junto ao Banco do Brasil - agência Cantanhede (município vizinho a Pirapemas e onde a prefeitura mantém as suas principais contas bancárias), também foi nominal a Sra. Maurie Anne Mendes Moura. (fls. 918/918A - Anexo I);

f) também, noutro cheque - R\$ 3.000,00 - da Construssonda pode-se ler a anotação 'REF: A FRETE DE 02 CAMINHÕES DESTINADO À PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRAPEMAS. Sr. JOÃO NETO, 245-5211, 245-4145 10/07/98'. Junto à firma que recebera o cheque, a Duvel, concessionária de veículos, pudemos, informalmente, esclarecer que a finalidade do título fora o pagamento pelo frete fábrica/destino, de dois caminhões adquiridos pela prefeitura naquela concessionária. O Sr. João Neto era, na então data de 10/07/198, Secretário Parlamentar do Deputado Federal. Assim, cheque da Construssonda e em poder do Secretário do Deputado Federal teria sido usado para quitar dívida da prefeitura; (fls. 919/920 - Anexo I);

g) noutro cheque, o de nº 726182 - R\$ 1.135,78, emitido pela Construssonda e nominalmente a Volkswagen Serviços S.A., pode-se ler a anotação '8034079 ELISEU BARROSO DE C. MOURA VC. 18.04.98, como que a se referir a pagamento de dívida, junto à favorecida, vinculada a veículo de propriedade do Deputado Federal; (fls. 921/924 - Anexo I);

h) Outro cheque da Construssonda, de R\$ 388,27, foi utilizado em compras em supermercado da cidade de São Luís e no verso do cheque foi consignado o nome do Sr. João Neto e, ainda, o telefone 245-4145, indicando dados do adquirente das compras, ou seja, cheque da Construssonda, prestadora de serviços à prefeitura, passado a terceiro pelas mãos do Secretário Parlamentar do Deputado Federal; (...)"

115. A respeito de tais achados de auditoria, transcreve-se trecho de voto do relator constante do TC 020.524/2004-0, que conduziu à prolação do Acórdão 2082/2010 - Plenário:

14. Dessas informações, portanto, resta-me evidente o envolvimento do Sr. Eliseu Moura com a empresa Construssonda. Ora, cheques oriundos da prefeitura (FPM) e nominais à referida empresa eram endossados e depositados em conta bancária do ex-parlamentar. Cheques da construtora, a qual recebia recursos públicos federais oriundos dos convênios e contratos de repasse celebrados por sua esposa e prefeita do município, eram também depositados na conta bancária do ex-deputado. Há também indícios de que cheque da Construssonda foi utilizado para pagamento de despesas relacionadas a veículo de propriedade do então deputado.

116. Logo, essas constatações evidenciam que o ex-parlamentar era beneficiário do esquema por intermédio da construtora. Não seria possível nem razoável crer que o ex-deputado não tinha qualquer relação com a empresa de fachada se dela recebeu valores, os quais são provenientes do faturamento da empreiteira, e, assim, de todo modo provenientes dos cofres públicos, vez que essa somente existia no papel e em função dos recursos públicos federais e municipais de que era recebedora. Além do que, conforme se verifica nos trechos sublinhados, seus assessores tinham papel essencial na intermediação de negócios financeiros da empreiteira e da prefeitura, inclusive, em benefício do Sr. Eliseu Moura, sendo que todo pagamento emanado da prefeitura à empresa era ordenado por sua titular, a prefeita, esposa do ex-deputado, que pagava à empresa mesmo sem que essa executasse obras.

117. Quanto aos contratos de locação de tratores (peça 37, p. 53-54), verifica-se que não possuem qualquer valor probatório. Trata-se de instrumentos particulares não registrados em cartório, desprovidos de elementos que nos permitam aferir sua autenticidade e contemporaneidade com os fatos tratados nos autos. É dizer, nada assegura que tais pactos não tenham sido firmados "a posteriori" com o exclusivo intuito de buscar a legitimação para os valores recebidos.

118. Destaque-se, por curioso, que a testemunha do primeiro contrato remetido pelo recorrente é o Sr. João Benedito dos Santos e a do segundo contrato é o Sr. Gedelias Pereira dos Santos. Coincidentemente, ambos são os servidores que assinaram o "Termo de Recebimento Definitivo de Obras" constante da prestação de contas do contrato de repasse em análise (peça 14, p. 24).

119. Ademais, o Sr. Wellington Moura figurava, também, "como pessoa física prestadora de serviços nos meses de junho, julho e agosto de 1997" para a Prefeitura de Pirapemas/MA, conforme apontou o item 22.14 do Relatório de Auditoria.

120. Ele também assinou como testemunha nos contratos sociais das firmas Proemp - Construções e Comércio Ltda. e Construtora Ômega a qual, segundo depoimento do Sr. João da Silva Neto, seria por aquele controlada, conforme item 22.45 (peça 1, p. 17).

121. Análise da movimentação bancária permitiu verificar que cheques emitidos para pagamentos à Construtora Ômega foram emitidos em favor da Construtora Vale do Itapecuru Ltda. Aliás, também cheques emitidos para pagamento à Idecon - Indústrias de Estruturas de Concreto Ltda., outra das firmas contratadas pela Prefeitura Municipal de Pirapemas, foram depositados na conta da Construssonda, e no CREA/MA inexistia qualquer registro de obra em Pirapemas cuja realização se credite à Idecon (peça 1, p. 17).

122. Conforme depoimento do Sr. João da Silva Neto, o pagamento de obra feito a crédito da conta corrente da Procel foi transferido para a conta corrente da Construssonda, por meio de depósitos ou cheque (peça 1, p. 15).

123. A análise da movimentação bancária da empresa Construssonda, por seu turno, revelou a existência de cheques por ela emitidos e que consignavam em seus versos, como endereços dos portadores, o endereço comum mantido pela Prefeitura de Pirapemas e pelo Deputado Eliseu Moura (Av. São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil e telefone 245.4145), que era frequentado pelo Sr. Wellington, conforme atestam vários depoimentos.

124. Depoimentos diversos (constantes do processo originador) consignam dados que demonstram a relação existente entre o Sr. Wellington Moura e os demais integrantes do esquema de desvio de dinheiro, senão vejamos:

Depoimento prestado pelo Sr. Josias Luis Monção (procurador da empresa Proemp - Construções e Comércio Ltda., funcionário da Prefeitura Municipal de Pirapemas em 1997, ex-empregado da empresa São Luís Engenharia Ltda. e redator e testemunha no contrato social da empresa Procard Construções Ltda.), item 22.20 (peça 1, p. 9):

(...) a administração da empresa Proemp [participante de licitações e contratada para a suposta execução de obras pela Prefeitura de Pirapemas] (...) era exercida pelo senhor Wellington Moura, inclusive este elaborava todas as planilhas e propostas para participar de licitação (...)

(...) passou diversos cheques assinados em branco para o senhor Wellington Moura, com o argumento de que serviriam para pagar custos da obra (...); que, em outras oportunidades, endossou cheques em nome da empresa Proemp, emitidos pela Prefeitura de Pirapemas, levados até o depoente pelo próprio Wellington Moura (...); que, em diversas vezes, o senhor Wellington Moura foi sozinho, após colher o endosso do depoente, à agência bancária para sacar o dinheiro;

6. perguntado sobre as propostas entregues pelo senhor Wellington Moura para serem assinadas, o depoente disse que recebia processos de licitação já montados, os quais continham, além das propostas da Proemp, outras em nome de demais empresas licitantes, Às vezes assinadas e também não assinadas.

9. Perguntado em que lugar o senhor Wellington Moura elaborava as propostas das empresas, o depoente respondeu que este senhor elaborava as propostas das empresas Proemp e Construssonda em um escritório localizado nos fundos da empresa Moura Comercial, no Cruzeiro do Anil, cujo estabelecimento pertence ao senhor Euvaldo, titular da Comercial Moura e irmão da senhora Maurie Anne [Secretária Parlamentar do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura] (peça 1, p. 9).

19. Que (...) sabia que o senhor Wellington Moura trabalhava nessa prefeitura e que também era o responsável pela empresa Construssonda. Que presenciou o senhor Wellington Moura expedindo Notas Fiscais da empresa Construssonda contra a Prefeitura de Pirapemas, isto feito no próprio escritório da Prefeitura de Pirapemas, na Av. São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil, São Luís - MA. Que esta empresa Construssonda não tinha estrutura para prestar qualquer serviço à Prefeitura de Pirapemas e que o bloco de Notas Fiscais da Construssonda ficava em poder do senhor Wellington Moura (peça 1, p. 10).

Depoimento prestado pelo Sr. Joel Duarte de Oliveira, ex-gerente da agência Cantanhede, do Banco do Brasil (peça 1, p. 24-25):

(...) algumas vezes o Sr. Wellington se apresentou na agência de Cantanhede para efetuar saques em dinheiro acompanhado da Sra. Maurie Anne ou do Sr. João Neto"

(...) sabe dizer que as empresas Construssonda, Proemp, N.C. Construções, Procel e E.B.C. tinham como ponto de referência o escritório do Sr. Eliseu Moura"...

(...) sabe dizer que os Srs. João Neto e Wellington efetuaram vários saques de contas da Prefeitura e da Construssonda, seja diretamente na agência de Cantanhede ou por consulta de cheque nas agências da Cohama e São Francisco, ambas em São Luís".

(...) sabe precisar que a transferência de R\$ 43.000,00 da N. C. Construções para a Construssonda foi autorizada por escrito, sabendo informar que a autorização saiu do próprio escritório central do Sr. Eliseu Moura, bem como por telefonema oriundo do escritório do Sr. Eliseu Moura.

Depoimento prestado pelo Sr. Fernando Tajra Reis, sócio da empresa Cedron Construção e Comércio Ltda.:

8. perguntado se conhece o senhor Wellington Moura, o depoente respondeu que, estando no escritório do senhor Eliseu Moura, no Cruzeiro do Anil, lhe apontaram este senhor, com a informação que se chamava de "Jacaré".

Depoimento prestado pelo Sr. João da Silva Neto (ex-empregado das empresas Incomara Indústria e Comércio de Madeira Maranhão Ltda. e São Luís Engenharia Ltda., ambas do Sr. Eliseu Moura), ex-Secretário Parlamentar do Sr. Eliseu Moura e procurador da empresa Procel Projetos, Construções e Eletrificações Ltda.:

Perguntado também se as empresas comandadas pelo senhor Wellington Moura, citadas no subitem "a", possuem canteiros de obras no Município de Pirapemas, respondeu apenas que a maioria das obras do setor civil é de fato executada com o apoio do pessoal vinculado à administração municipal, a exemplo do engenheiro Walter e do mestre de obras Gedelias (peça 1, p. 13).

Depoimento prestado pelo Sr. José Orlando Rodrigues Aquino (procurador das empresas J.J. Comércio e Construções e Perfurações Ltda., N. C. Construções Perfurações e Comércio Ltda. e E.B.C. - Empresa Brasileira de Construções Ltda. e contador das empresas Lila Magazine Com. e Rep. Ltda., Comercial Tropical Ltda. e Comercial Mirador Ltda.) (peça 1, p. 17):

14. perguntado se conhece o senhor Wellington Moura, o depoente respondeu que sim, do escritório localizado na Av. São Sebastião, do senhor Eliseu Moura e Prefeitura de Pirapemas (...)

Depoimento prestado pelo Sr. Leovegildo Segundo Costa Filho, ex-gerente da agência Cohama do Banco do Brasil (peça 1, p. 25-26):

por ocasião do saque dos valores referentes ao desconto dos cheques emitidos pela Prefeitura acompanhavam o representante das empresas, o senhor Wellington; (...); o senhor Wellington se apresentava como representante da Prefeitura Municipal de Pirapemas; (...); quando do valor do saque dos valores de cheques pagos às empresas, o Sr. Wellington sempre acompanhava os respectivos representantes; (...) na maioria dos casos os cheques nominais às empresas eram apresentados pelo Sr. Wellington, sendo que o depoente questionava sobre o beneficiário do cheque, que era logo em seguida chamado a se identificar;

125. De tudo o quanto se transcreveu, resta devidamente demonstrado que o Sr. Wellington Manoel da Silva Moura possuía fortes laços com outras pessoas e empresas diretamente envolvidas no arranjo criado com o propósito específico de desviar verbas públicas e com eles compartilhava os mesmos logradouros, quer residenciais ou das firmas que representava.

126. A análise das movimentações bancárias e os depoimentos prestados pelos ex-gerentes das agências do Banco do Brasil também são contundentes em reforçar a presença do Sr. Wellington Moura nas diversas transações efetuadas pela Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA.

127. Frisa-se, que os achados de auditoria relacionados a esta tomada de contas especial específica que agora se analisa não podem ser dissociados do contexto das demais fraudes apuradas na auditoria que constou do TC 008.148/1999-6. É no âmbito daquele processo que se encontra a contextualização do cenário de corrupção generalizada que serviu de moldura para os fatos específicos tratados nesta TCE.

128. Destarte, contrariamente ao que alega o recorrente, o conjunto de indícios possui valor probatório, conforme será tratado no argumento a seguir.

Argumento

129. Foram apontados apenas indícios circunstanciais, sem a existência de provas robustas.

Análise

130. Contrariamente ao que afirma o recorrente, não se tratam de indícios circunstanciais. A existência do esquema montado para desviar recursos públicos foi caracterizada a partir de provas robustas, a exemplo da análise de transações bancárias, procedimentos licitatórios fraudados, cruzamento de dados cadastrais de inúmeras empresas e coleta de depoimentos de pessoas-chave ligadas às empresas e ao próprio recorrente.

131. Ao se discutir a existência de provas, há que se ter em conta que sua finalidade é convencer o juiz. Como ensina Liebman, toda prova possui um valor relativo: “o juiz tem um juízo de probabilidade, não há certeza lógica”. Nesse sentido, transcreve-se a lição de Vicente Greco Filho ao discorrer sobre o tema: “Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado” (in Manual de Processo Penal, 5ª. ed., pp. 205-206).

132. De toda sorte, acompanhando entendimento manifestado pelo STF ao apreciar o RE 68.006-MG, o TCU pacificou o entendimento de que a prova indiciária pode ser usada pelo julgador para firmar o seu convencimento, desde que os indícios sejam “vários, concordantes e convergentes”.

133. Pela lucidez de sua exposição, pede-se permissão para transcrever trecho do voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler nos autos do TC 011.241/1999-3, também reproduzido pelo Relator do recurso apresentado pelo Sr. Hieron Barroso Maia no TC 020.628/2004-4, tomada de contas especial originária do TC 008.148/1999-6, análoga à agora discutida:

Como seria de se esperar, não há documento formal autorizando o pagamento de cheques sem a devida provisão de fundos. O bom senso indica que os responsáveis pelo ilícito, conhecedores das normas que regem a matéria, teriam o cuidado de evitar a produção de evidências

documentais dos seus atos. Cabe aqui lembrar a tese defendida por este Relator na Sessão Plenária de 7 de agosto do corrente. Na ocasião, apresentei declaração de voto em relação ao TC-008.291/1999-3, na qual pugnei pela validade da prova por meio indiciário no sistema jurídico brasileiro, aplicável, portanto, aos processos desta Corte. Transcrevo, por relevante, excerto da aludida Declaração de Voto:

Indício é meio de prova amplamente utilizado em nosso País, tanto no processo penal – com expressa previsão no art. 239 do Código de Processo Penal – quanto no processo civil – neste caso, em decorrência de construção jurisprudencial, tendo por fulcro os arts. 332 do Código de Processo Civil, bem assim o art. 136 do Código Civil.

Indício é meio de prova indireto. É uma circunstância certa, da qual se pode extrair, por construção lógica, uma conclusão do fato que se pretende provar.

Nesse ponto, cumpre lembrar ensinamento do renomado processualista E. Magalhães Noronha (in Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 21ª ed., pág. 133):

"Raciocínio indiciário é um silogismo: premissa maior - a proposição geral; premissa menor – o fato ocorrido; conclusão lógica - a prática do delito. Os autores, em geral, exemplificam com o furto - crime em que a prova freqüentemente é indiciária. Um homem, que não é da casa, é visto sair, de madrugada, sobraçando um objeto que não se distingue bem. No dia seguinte descobre-se que dali furtaram uma bandeja. Há indícios de que seja ele o autor. Premissa maior: a experiência, o *quod plerumque accidit*, mostra que o estranho que desse modo sai de uma casa é ladrão. Essa premissa, como se vê, é abstrata e genérica. Premissa menor: foi aquele homem visto nessa situação. É essa premissa concreta, real e particular. Conclusão lógica: é ele o autor do furto praticado naquela madrugada."

Farta é a jurisprudência em nossos Tribunais superiores quanto à validade da utilização de prova indiciária. Assim se manifestou o Ministro Décio Miranda do Supremo Tribunal Federal (Ag. 73.847-9/RJ):

"O criticado voto, que espelha o entendimento do acórdão recorrido, embora tenha referido, "en passant", não se poder decidir com fundamento em "simples indícios", na verdade mais se apoiou na inconsistência dos indícios analisados, que não lhe permitiram fazer luz na complexidade dos negócios entre as partes (...).

Assim, em resumo, não se negou em tese valor probatório a indícios, senão que se considerou seriam, no caso concreto, incapazes de proporcionar convencimento contrário à expressão literal dos contratos."

Ao apreciar recurso de apelação, o Desembargador Dácio Vieira, do Tribunal de Justiça do Distrito [Federal], ao proferir o Voto condutor em apelação cível em ação de investigação de paternidade (AC 34.773/95 - Acórdão 86.523):

"Nas ações de investigação de paternidade, conforme anteriormente salientado, deve o julgador examinar com acuidade o conjunto probatório, sendo certo que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, contentam-se com os elementos de convicção indiciários e circunstanciais, afirmando o juiz sentencialmente que "há indícios suficientes que levam à conclusão de que houve a relação sexual."

Sobre esse mesmo tema, o renomado jurista Washington de Barros Monteiro assim se manifestou (in Direito de Família, 1964):

"Nessas causas, segundo preleciona a doutrina e a jurisprudência, não deve o juiz ater-se a um rigor exagerado no exame dos elementos de convicção carregados para os autos. Ele não deve ser instrumento de aventuras audaciosas, mas, também, não deve faltar à alta missão social que lhe incumbe ao amparar as pretensões justas. Por exemplo, no tocante às relações sexuais, deve o juiz exigir prova direta? Não, evidentemente, porque ela é, na maior parte dos casos, absolutamente impossível.

134. Mais uma vez, transcreve-se jurisprudência da excelsa Corte, que em 08/09/2011 assinalou que (AP 481) "indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando

fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente”.

135. Observe-se que o recorrente não apresentou contraindícios de sua participação nos ilícitos, limitando-se a questionar e contestar aqueles revelados pelo Tribunal. Por sua relevância, transcreve-se excerto do recentíssimo voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux na Ação Penal nº 470, o processo que trata do denominado “escândalo do mensalão”, relativamente ao “item III” da denúncia:

Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação. Como é de sabença geral, a prova do álibi incumbe ao réu, nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal (“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”).

136. No mesmo sentido, mencione-se o voto proferido pela Exma. Sra. Ministra Rosa Weber naquele mesmo processo:

Quem vivencia o ilícito procura a sombra e o silêncio. O pagamento de propina não se faz perante holofotes. Ele aproveita todas as formas de dissimulação para sua execução.

...

(...) é necessário haver elasticidade na prova condenatória. (...) Tem se admitido em matéria de prova no processo criminal certa elasticidade na admissão da prova acusatória. Nos delitos de poder não pode ser diferente. A prova há de ser considerada no julgamento criminal quando utilizada sob o contraditório. Isso não significa que o juiz não possa considerar para formação de sua livre convicção elementos informativos colhidos na fase de investigação.

137. Novamente, transcreve-se excerto do voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux na mesma oportunidade:

Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, no conjunto probatório, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

138. De tudo o quanto foi exposto, portanto, propõe-se que seja negado provimento ao recurso apresentado pelo Sr. Wellington Manoel da Silva Moura.

Razões recursais específicas da empresa Construssonda Construções Ltda. (peça 38)

Argumento

139. A recorrente alega ausência de responsabilidade de sua parte, pois a licitação e a execução do objeto do contrato foram pautadas na legalidade e no respeito aos requisitos previstos no instrumento convocatório (peça 38, p. 12).

140. Assevera que nos autos há somente suposições, e que nessa esteira, um conjunto probatório nebuloso, impreciso e confuso não autoriza sua condenação (peça 38, p. 12).

Análise

141. O argumento é improcedente.

142. A licitação foi fraudada. Na Carta Convite 78/97 (peça 16, p. 16) houve a suposta participação das empresas Construssonda, TKM Const. Proj. Rep. Comerc. Ltda. e Construtora Ômega Ltda., tendo se sagrado vencedora a recorrente.

143. A recorrente foi procurada pela fiscalização da Fazenda Estadual e do INSS e não foi localizada, e seu procurador, ao ser contatado pelos referidos órgãos, não apresentou documentação da empresa.

144. O nome da empresa TKM era utilizado irregularmente pelo Sr. Walter Pinho Lisboa Filho. Junto ao Banco do Brasil a empresa foi cadastrada informando o telefone 245-4145 do escritório comum do senhor Eliseu Moura /Prefeitura de Pirapemas (peça 26, p. 35-36). Em resposta a citação deste Tribunal, sua proprietária alegou que em momento algum existiu sua outorga para outra pessoa a fim de ter a TKM representatividade junto à Prefeitura de Pirapemas. Acrescentou que a TKM sequer tinha bloco de notas fiscais perfuradas pela Receita Estadual a fim de emití-las. Afirmou ainda que é falsa a procuração para o senhor Walter representar a TKM, pois jamais esteve em um Cartório ou mesmo assinou procuração particular para um desconhecido. Ainda, que nunca a TKM participou de qualquer empreitada e licitação de qualquer natureza junto ao Município de Pirapemas (peça 26, p. 37-40).

145. A Construtora Ômega Ltda. seria outra empresa sob o controle do Sr. Wellington Manoel da Silva Moura, segundo declaração do Sr. João da Silva Neto. A assinatura desse controlador constou no campo próprio das testemunhas no documento de constituição da empresa, e na prestação de contas do convênio 3256/94-FNDE são relacionadas quatro notas fiscais da empresa, em contrapartida de pagamentos no montante de R\$ 77.189.55. De quatro cheques atribuídos à empresa, e de dois examinados, revelou-se que um deles, no valor de R\$ 23.156.87, foi nominativo à empresa, e que outro no valor de R\$ 19.997.88 foi nominativo à Construtora Vale do Itapecuru, que tem como sócio o Sr. Wellington Moura. No CREA/MA não consta qualquer registro de obra realizada pela Construtora Ômega Ltda. Nem mesmo o CGC que a empresa apresenta em suas notas fiscais é cadastrado na Receita Federal (peça 1, p. 17).

146. Por todo esse conjunto de elementos que aponta a simulação de procedimento licitatório com a contratação de empresa “de fachada”, não há como se acatar como regulares os supostos pagamentos efetuados à empresa supostamente contratada, uma vez que foi constatado que aquela não era operacional, não podendo, portanto, ter executado a obra objeto do contrato de repasse. Verifica-se, assim, que a referida empresa agiu tão somente com o objetivo de dar aparência de validade às transações declaradas.

147. Assim, não assiste razão à recorrente alegar que executou a obra pautada na legalidade. Conforme relatado no item 4 desta instrução, a auditoria realizada pelo TCU apurou que a Prefeitura de Pirapemas, ao tempo em que executava um grande número de obras de forma direta, com operários e mestre de obras pagos pela tesouraria municipal e adquirindo os materiais e equipamentos de construção, simulava a contratação de empresas que só existiam no papel, para execução dos mesmos serviços. Assim, enquanto algumas obras eram realizadas com recursos originalmente municipais (FPM e outros), os recursos federais transferidos por meio de convênios ou outras formas de repasses eram integralmente desviados quando do pagamento às empresas fictícias.

148. Ademais, o Sr. João da Silva Neto, ex-Secretário Parlamentar do Sr. Eliseu Moura, em depoimento à Receita Federal, ao ser indagado se as empresas comandadas pelo senhor Wellington Moura teriam canteiro de obras em Pirapemas, respondeu apenas que a maioria das obras do setor civil é de fato executada com o apoio do pessoal vinculado à administração municipal, a exemplo do engenheiro Walter e do mestre de obras Gedelias (peça 1, p. 13).

149. Ressalte-se que o Sr. Josias Luis Monção (procurador da empresa Proemp), em depoimento prestado à Receita Federal, declarou que empresa Construssonda não tinha estrutura para prestar qualquer serviço à Prefeitura de Pirapemas (peça 1 p. 10).

150. Resta demonstrada, portanto, a existência de laços entre a recorrente e o arranjo montado com o intuito de desviar os recursos públicos, no âmbito do município de Pirapemas.

151. Entende-se aplicável a recorrente, portanto, a análise efetuada no que concerne à validade das provas indiciárias.

152. Registre-se, por fim, que os recorrentes solicitam que sua patrona, Thaynara Santos Fernandes (OAB/PI 7.795), procurações às peças 44 e 45, seja intimada quando do julgamento do recurso, para realização de defesa por meio de sustentação oral (peças 37 e 38, p. 20).

CONCLUSÃO

153. Diante do exposto, com fundamento nos arts. 32, I, e 33, da Lei n. 8.443/92, bem como nos arts. 277, inciso I, 278 e 285, *caput*, do Regimento Interno do TCU, submetem-se os autos à consideração superior para posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao TCU e ao Gabinete do Relator, Ministro Benjamin Zymler, propondo:

- a) conhecer dos Recursos de Reconsideração interpostos pelos Srs. Francisco de Assis Sousa e Wellington Manoel da Silva Moura e pela empresa Construssonda Construções Ltda. contra o Acórdão 372/2010, mantido pelo Acórdão 2.199/2011, ambos do Plenário, para, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) deferir o pedido de sustentação oral aos patronos do recorrente indicados no item 152 da presente instrução;
- c) dar ciência ao recorrente, à Procuradoria da República do Estado do Maranhão e aos demais interessados do acórdão que for prolatado, bem como do relatório e voto que o fundamentarem.

SERUR/1ª Diretoria, 25 de junho de 2013.

(Assinado eletronicamente)

Regina Yuco Ito Kanemoto

Auditora Federal de Controle Externo

Matrícula 4604-3