

TC-015.827/2005-5 (com 1 volume e 4 anexos).

Natureza: Tomada de Contas Especial/Recurso de Reconsideração.

Unidades: Ministério da Integração Nacional e Prefeitura Municipal de Ibirapitanga/BA.

Recorrente: Ruiverson Lemos Barcelos (CPF 277.738.095-34).

Advogados constituídos nos autos: Otaviano Valverde Oliveira (OAB/BA 16.356), Eric Holanda Tinôco Correia (OAB/BA 14.458), Carlos Frederico Valverde Oliveira (OAB/BA 15.358), Edson dos Reis Silva Júnior (OAB/BA 22.130) e Igor Holanda Tinoco Correia (OAB/BA 25.826), fl. 11, an. 3.

SUMÁRIO: “*TCE INSTAURADA EM RAZÃO DA NÃO APROVAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIO. IRREGULAR SUB-ROGAÇÃO DE CONTRATO DECORRENTE DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA. INDÍCIOS DE FAVORECIMENTO DE EMPRESAS INDICADAS PELO GESTOR MUNICIPAL, FATO TAMBÉM OBSERVADO EM OUTRAS TRÊS TCES DECORRENTES DA IRREGULAR GESTÃO DE CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE O MUNICÍPIO E O MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO FINANCEIRA DO CONVÊNIO. CITAÇÃO DO EX-PREFEITO. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES PARA AFASTAR AS IMPROPRIEDADES MAIS GRAVES. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DETERMINAÇÃO PARA JUNTADA DO ACÓRDÃO AOS AUTOS DAS REFERIDAS TCES*”.

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Ruiverson Lemos Barcelos, ex-prefeito do município de Ibirapitanga/BA (fls. 2/11, an. 3) contra o Acórdão 4201/2010 – TCU – 2ª Câmara (fls. 376/377, v. 1), que apreciou tomada de contas especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional, em decorrência da não aprovação da prestação de contas de recursos do Convênio 2424/2001-MI, celebrado com o Município de Ibirapitanga/BA, cujo objeto era a realização de obras de desassoreamento da Lagoa Grande, retificação de leito de rio e construção de cais de proteção no município.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

a) O julgamento das presentes contas como irregulares e aplicação de multa ao recorrente deveram-se, em síntese, à inexistência nos autos “*de elementos que estabeleçam vínculo entre os recursos repassados e as despesas declaradas na prestação de contas. Em parte, esse vínculo é*

*desfeito pela confirmação da grande maioria das irregularidades que resultaram na citação do ex-prefeito”, embora haja “elementos que indiquem que as obras que constituem o objeto do Convênio tenham sido executadas” (cf. item 11 do Voto condutor do **decisum** recorrido).*

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade realizado pelo Serviço de Admissibilidade de Recursos – SAR desta unidade (fl. 13, an. 2), acolhido pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator Aroldo Cedraz, nos termos de despacho exarado à fl. 15 subsequente, conhecendo-se do recurso de reconsideração interposto, nos termos dos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285, **caput**, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União - RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.3 do acórdão recorrido, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade cabíveis à espécie.

MÉRITO

Argumentos

4. Alegou o recorrente, prefacialmente, que *“a própria Secretaria de Infraestrutura Hidrica do Ministério da Integração Nacional, por meio de Parecer Técnico FG 2424 fls. nº 250 e 251, datado de 26/07/2004, aprovou a prestação de contas sob o aspecto da execução física do objeto, consoante consta da fl. 361 da Decisão recorrida”*. A esse respeito, repisou, ao final, **in verbis**:

“Por derradeiro, é de se destacar que uma vez que a própria Secretaria de Infraestrutura Hidrica do Ministério da Integração Nacional, através do Parecer Técnico FG-2424, reconheceu a execução física do projeto, consoante às especificações técnicas exigidas, a pretensão de restituir o Tesouro Nacional no valor do repasse acrescidos, ainda de multa e juros, configuraria enriquecimento ilícito da União pois, esta última iria se beneficiar da obra e, ao mesmo tempo, teria não só do dinheiro referente a obra, como também os juros e multa acrescidos.

Caso prevalecesse a Decisão Administrativa, contra a qual se interpõe o presente recurso, equivaleria dizer que a União recebeu a obra a título gratuito e ainda se restituiu do valor da obra acrescido de encargos, juros e multas”.

Análise

5. Tanto a legislação regente quanto a jurisprudência desta Corte são concordes em exigir a observância de dois requisitos fundamentais para a comprovação da boa e regular aplicação de recursos federais repassados a gestores mediante convênios, ajustes ou outros instrumentos do gênero: o **técnico** e o **financeiro**. De fato, rezam os incisos I e II do § 1º do art. 31 da IN/STN 01/97, vigente à época, que norteou a celebração e execução do convênio em apreço (cf. fl. 9, v. p.):

“Art. 31. A partir da data do recebimento da prestação de contas final, o ordenador de despesa da unidade concedente, com base nos documentos referidos no art. 28 e à vista do pronunciamento da unidade técnica responsável pelo programa do órgão ou entidade concedente, terá o prazo de 60 (sessenta) dias para pronunciar-se sobre a aprovação ou não da prestação de contas apresentada, sendo 45 (quarenta e cinco) dias para o pronunciamento da referida unidade técnica e 15 (quinze) dias para o pronunciamento do ordenador de despesa.

§ 1º A prestação de contas parcial ou final será analisada e avaliada na unidade técnica responsável pelo programa do órgão ou entidade concedente que emitirá parecer sob os seguintes aspectos:

I - técnico - quanto à execução física e atingimento dos objetivos do convênio, podendo o setor competente valer-se de laudos de vistoria ou de informações obtidas junto a autoridades públicas do local de execução do convênio;

II - financeiro - quanto à correta e regular aplicação dos recursos do convênio.”

6. No caso vertente, ainda que do ponto de vista técnico existam evidências de que o objeto tenha sido executado, do ponto de vista financeiro o percuente exame documental realizado pela unidade técnica evidenciou graves irregularidades que protestam contra a aprovação destas contas especiais, já que não foi possível o estabelecimento do nexo de causalidade entre o repasse dos recursos e a execução das despesas.

7. De fato, 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. O voto condutor do Acórdão 399/2001 –TCU– 2ª Câmara sintetiza a pacífica jurisprudência desta Corte de Contas 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 transferido pelo Convênio examinado” (grifos acrescidos).

8. 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.

9. Esse entendimento fundamenta-se no dever de prestar contas, previsto no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, bem como em outros normativos infraconstitucionais – como o Decreto-lei 200/1967 e a Instrução Normativa - STN 1/1997. Nesse sentido é o teor dos seguintes julgados deste Tribunal: acórdãos 1.573/2007-1ª Câmara, 297/2008-2ª Câmara e 747/2007-Plenário.

10. Desse modo, os documentos constantes do processo não permitem comprovar a correta aplicação dos recursos do convênio.

Argumentos

11. Destacou *“que não há acusação de desvio de recursos públicos, para fins diversos daqueles aos quais se destinam. Nem muito menos de a obra não ter sido realizada ou de ter sido edificada fora dos padrões exigidos”*. Pontuou que *“O cerne da acusação contra o Recorrente é de natureza procedimental e não há nos autos prova documental comprovando conduta ilícita por parte do Recorrente”*. Protestou a seu favor pelo acatamento da presunção da inocência, de acento constitucional, *“assegurando que nenhum cidadão poderá sofrer sanção antes da demonstração cabal da sua culpa”*, tendo citado a propósito o AgRg no RMS 15427/RN - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0133272-2, Ministro PAULO GALLOTTI, T6, 26/05/2009, DJe 29/06/2009. Referiu que o Sumário da decisão apenas reconheceu *“a existência de meros indícios contra o Recorrente, sendo assim, não há provas ou constatações objetivas de irregularidades, vide fl. 361”*.

Análise

12. Por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao gestor o ônus da prova. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme se verifica nos acórdãos 903/2007–1ª Câmara, 1.445/2007–2ª Câmara e 1.656/2006–Plenário.

13. Tal entendimento é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa da deliberação vem transcrita a seguir.

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

14. Além disso, conforme anotou a unidade técnica, há um encadeamento sistêmico, reiterado e coincidente de vários indícios, presentes, inclusive, em outros processos sob análise da 7ª Secex, que apontam, indiscutivelmente, pela presença de fraude e simulação na execução do ajuste pactuado, **in verbis**:

“40. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que ‘indícios vários e coincidentes são prova’. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos Plenário nºs 113/95, 220/99 e 331/02. No caso concreto, são muitos os indícios coincidentes, restando por deveras suficientes para constituírem-se como prova da ocorrência de fraude e simulação promovidas durante toda a execução do ajuste celebrado”.

15. Pugna-se, portanto, pela rejeição dos argumentos formulados.

Argumentos

16. Trouxe à baila “alguns fatos e condutas do Recorrente, para demonstrar a inexistência de conduta ilícita”, a seguir sintetizados:

a) o Município de Ibirapitanga realizou licitação para realizar obra de desassoreamento da Lagoa Grande, cuja vencedora fora a empresa Dutobrás Construções Ltda., nos termos do Edital e Contrato juntados aos autos;

b) a empresa Dutobrás Construções Ltda., “vencedora da Licitação, sub-rogou parcialmente o Contrato à empresa Messias Santos Construtora Ltda., formalizado mediante contrato com a devida anuência do Município”. Esclareceu, quanto à sub-rogação, “que não há qualquer ilícito em sub-rogar parte do objeto da obra, objeto da licitação. A afirmativa deflui da dicção cristalina do art. 72 da Lei 8.666/93 - Lei de Licitações, que é a norma específica aplicável à espécie e dos termos do próprio Edital, que, de igual modo prevê a possibilidade de subcontratação”. Ressaltou que, “diante da clareza da disposição legal a respeito do tema, não há controvérsia a respeito da matéria”, tendo ilustrado tal entendimento com lições doutrinárias do Prof. Marçal Justen Filho inseridas em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, p. 547:

“1) Contrato Administrativo e Subcontratação. Não se admite a natureza personalíssima do contrato administrativo. Ao menos, não na acepção tradicional de direito privado. A atividade administrativa do Estado se rege pelo princípio da impessoalidade, o que significa que as características pessoais do particular contratado não se configuram como fator relevante para a contratação”;

c) “A obra fora realizada consoante as especificações técnicas e no prazo exigidos no edital, sendo assim, o único elemento apontado por este Tribunal de Contas é a sub-contratação e os seus consectários, cuja licitude está devidamente demonstrada”;

d) “Sendo assim, não procede a afirmativa do TCU quanto a suposta inexistência do liame entre os recursos financeiros e o empreendimento, vez que a Empresa Messias Santos Construtora Ltda, fora

regularmente sub-contratada para execução de parte das obras, com apoio nas normas da Lei nº 8666/93”;

e) “Uma vez demonstrados os fundamentos jurídicos quanto à regularidade da sub-rogação, art. 72 da Lei 8666/93, Lei de Licitações, resta demonstrada a legalidade do procedimento e por conseguinte, não há qualquer ilícito nos repasses financeiros à empresa que realizou parte da obra”;

f) “Uma vez demonstrada a regularidade no processo de licitação e da subcontratação, o Recorrente repele com veemência a acusação contida à fl. 362, de ‘fraude à licitação, dano ao erário e execução fraudulenta do convênio’”;

g) quanto à subcontratação, esclareceu que:

“o art. 72 da Lei 8666/93 não exige que a empresa subcontratada tenha participado da Licitação, sendo assim a acusação não procede e inexistente ‘uso indevido de licitação pretérita’, denominação usada por este Tribunal de Contas. Frise-se que a obra estava em pleno andamento e o contrato parcialmente sub-rogado em plena vigência”;

h) “houve confusão dos institutos jurídicos, pois a norma apontada pelo TCU só teria procedência caso a Dutobrás, vencedora da Licitação, desistisse do Contrato, nesta hipótese, seria convocada a empresa classificada em segundo lugar. Portanto não se aplica ao caso concreto”;

i) concluiu, por conseguinte, que:

“não procedem as acusações perpetradas pelo TCU, vez que o repasse dos cheques do Município à Messias Santos Construtora Ltda., fora realizado de forma regular, por força da sub-rogação parcial do contrato. A referida empresa fez jus aos valores repassados, por ter executado parte dos serviços, sendo o repasse financeiro proporcional à execução da obra”.

Análise

17. Verificou-se, nos autos, que todos os procedimentos adotados pelo ex-gestor padecem de sérios indícios de fraude ou simulação, pois, como bem ressaltou a unidade técnica, não seria crível que no mesmo dia 04/07/2002 fossem promovidas “a homologação do resultado da licitação realizada, a adjudicação do objeto à empresa vencedora do certame, o consequente firmamento do contrato, a sub-rogação de parte deste mesmo contrato em favor de empresa indicada pelo ex-Prefeito e a emissão da ordem de serviço autorizando esta última para o início das obras”.

18. Ademais, as alegações de defesa ofertadas pelo recorrente não lograram desconstituir as ocorrências abaixo, objeto do Ofício Ofrad-Secex/BA-2006-288, de 11/5/2006 (fls. 305 e 306):

“a) a empresa Messias Santos Construtora Ltda., a qual teria executado as obras, foi constituída no primeiro ano de mandato do prefeito denunciado e teria como sócios pessoas simples e analfabetas, moradores da periferia, que sequer conseguiriam assinar seus nomes, usados como ‘laranjas’;

b) a empresa Construir Construtora Limitada, constituída no segundo ano de mandato do prefeito denunciado, também tendo como sócios pessoas utilizadas como ‘laranjas’;

c) ou seja, as duas empresas teriam sido constituídas pelo próprio prefeito, utilizando-se de pessoas em troca de favores, e as notas fiscais apresentadas na prestação de contas teriam sido emitidas pelo denunciado, de acordo com a sua conveniência;

d) realizada licitação antes da liberação dos recursos provenientes do Convênio;

e) após homologação e adjudicação, o prefeito indaga ao vencedor da licitação se ele estaria interessado na obra objeto do Convênio; caso contrário, se ele poderia indicar outra empresa para realizar a obra;

f) a empresa então, solicita do prefeito a indicação de alguma empresa para proceder à sub-rogação dos direitos prescritos no contrato, contrariando a Decisão TCU - Plenária nº 420/2002, a qual firmou o

entendimento de que ‘em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37 da Constituição Federal) o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93’.

g) o prefeito indica uma empresa que, segundo a denúncia, pertence ao mesmo mas seria dirigida por ‘laranjas’;

h) as notas fiscais apresentadas na prestação de contas são aparentemente irregulares;

i) na Relação de Pagamentos consta como credor a empresa Construr Construtora Ltda., divergindo da Ordem de Serviço que autorizou a Empresa Messias Santos Construtora Ltda. a executar os serviços; e

j) ausência de extratos bancários da conta aplicação constando os rendimentos e resgates mês a mês.’’

19. Dessa maneira, diante do imenso rol de irregularidades, a previsão de transferir o contrato, no todo ou em parte, ou sub-empregar os serviços relativos ao mesmo, mediante prévio consentimento da Contratante (Município), nos termos da Cláusula 7.1.4 do instrumento contratual (fl. 8, an. 1), não tem o condão, isoladamente, de dissipar os graves e variados indícios de fraude e simulação. Ao que parece, tal previsão contratual se revestiu de mais uma tática dentro da estratégia maior de fraudar os procedimentos e obter vantagens indevidas à custa do Erário.

20. Por essas razões, alvitra-se a rejeição dos argumentos encetados, e o conseqüente desprovimento deste recurso de reconsideração.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

21. À vista do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, para posterior envio ao MP/TCU, propugnando:

a) com fulcro nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/92, conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Ruiverson Lemos Barcelos contra o Acórdão 4201/2010 – TCU – 2ª Câmara, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se inalterado o acórdão recorrido;

b) dar ciência da deliberação ao recorrente, à Prefeitura Municipal de Ibirapitanga/BA, ao Ministério da Integração Nacional, à Procuradoria da República no Estado da Bahia e demais interessados.

Brasília, DF, 7 de outubro de 2010.

WAGNER CÉSAR VIEIRA
Auditor Federal de Controle Externo
Matr. TCU / 2942-4