

VOTO

Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional da Saúde - Funasa em desfavor de José de Ribamar Costa Filho, prefeito de Dom Pedro/MA (2005-2008), em razão da execução parcial do objeto dos Convênios EP-1.829/2006 (Siafi 570471) e EP-1.480/2004 (Siafi 527424), celebrados entre o município e aquela fundação.

I

2. O Convênio EP-1.480/2004 teve por objeto a execução de melhorias sanitárias domiciliares no povoado Vila Wilson Diogo, com vigência inicial de 24/12/2004 a 24/6/2006, prorrogada até 16/12/2013, segundo o Siafi.

3. O concedente se comprometeu a repassar o valor de R\$ 48.000,00, e o conveniente se obrigou a aplicar, na consecução dos fins pactuados, a contrapartida de R\$ 1.740,93. Não foi liberado pelo concedente o montante de R\$ 9.600,00; o valor efetivamente transferido corresponde, portanto, a 80% do valor pactuado.

4. Os recursos financeiros para este ajuste foram liberados por meio das seguintes ordens bancárias:

OB	VALOR (R\$)	DATA
2005OB902374	19.200,00	5/12/2005
2006OB900238	19.200,00	12/6/2006
Total	38.400,00	

5. O convênio previu a execução de 26 módulos sanitários. Constatou-se a execução de 21 módulos, já em uso pelos moradores das residências; em visita técnica, verificou-se a execução física de 80,86% das obras.

6. Após os ajustes nos valores dos débitos solicitados pelo Ministério Público (peça 17), o responsável, José de Ribamar Costa Filho, foi citado (peças 23 e 24) em razão das seguintes ocorrências:

a) não aplicação da contrapartida, ocasionando o débito original de R\$ 1.407,72 (data de referência: 17/1/2006), correspondente a 80,86% do valor da contrapartida pactuada (R\$ 1.740,93);

b) ausência de aplicação dos recursos federais no mercado financeiro no período de 7/12/2005 a 22/8/2006, ocasionando o débito original de R\$ 935,73 (data de referência: R\$ 22/8/2006);

c) ausência de documentação comprobatória do recolhimento de tributos referentes às despesas pagas (INSS, ISSQN e/ou IRRF);

d) ausência de notificação aos partidos políticos, sindicatos e entidades empresariais sobre o recebimento dos recursos, em descumprimento ao art. 2º da Lei 9.452/1997;

e) não cumprimento do que reza o art. 38 da Lei 8.666/1993, no que se refere à abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva;

f) indisponibilidade de documentação quando da verificação *in loco* realizada pela equipe de acompanhamento e análise de prestação de contas, no período de 21 a 25/10/2008, em contrariedade ao disposto nos §§ 1º e 2º do art. 30 da IN/STN 1/1997, que recomenda manter a documentação em arquivo e em boa ordem, à disposição dos órgãos de controle interno e externo.

7. O débito foi quantificado nos seguintes termos:

	Data de Ocorrência	Fato Gerador
--	--------------------	--------------

1.407,73	17/1/2006	Não aplicação da contrapartida
935,73	28/8/2006	Não aplicação dos recursos no mercado financeiro

8. O responsável não apresentou as suas alegações de defesa, devendo ser considerado revel, nos termos do art. 12, §3º, da Lei 8.443/1992.

9. Registre-se que, nesse convênio, não há débito em razão da inexecução parcial da obra, uma vez que foi constatado que o valor correspondente à execução física das obras é de R\$ 39.818,13, conforme Parecer Técnico Conclusivo da Funasa (peça 4, p. 385-387), montante superior ao valor transferido (R\$ 38.400,00), acrescido da aplicação financeira dos recursos (R\$ 1.124,53). O parecer técnico concluiu que as pendências de ordem técnica e documental não impactaram negativamente no resultado da execução física.

10. Observo, ainda, que não tem fundamento o débito relativo à não aplicação dos recursos no mercado financeiro, pois os extratos juntados à peça 3 revelam que houve aplicação financeira e que seus rendimentos perfizeram o montante de R\$ 1.124,53.

11. Cumpre assinalar, também, que as ocorrências apontadas nas alíneas “c” a “f” supra não são capazes de acarretar dano ao erário e deveriam ter sido objeto de audiência do responsável, e não de citação.

12. Ante o exposto, subsiste tão somente o débito relativo à não aplicação da contrapartida. Entretanto, dirijo quanto ao montante da parcela correspondente, pois ela deve ser calculada com base na proporção entre os valores efetivamente repassados ao conveniente (80%), e não com base na execução física do objeto (80,86%). Nesse sentido, destaco o Acórdão 5.774/2015-1ª Câmara (rel. min. José Mucio), no qual ficou assentado que:

“é obrigação do conveniente preservar, na execução do convênio, a proporção pactuada entre verbas transferidas e contrapartida”

13. Assim, o valor da parcela será de R\$ 1.392,74 (80%), tendo por data de ocorrência o prazo final da vigência do convênio (16/12/2013), consoante diversos precedentes da Corte, a saber: Acórdão 4.563/2018-1ª Câmara (rel. Walton Alencar Rodrigues) e Acórdão 7.839/2016-2ª Câmara (de minha relatoria).

II

14. O segundo ajuste, Convênio EP-1.829/2006, teve por objeto a execução de melhorias sanitárias domiciliares (168 módulos) no povoado Triângulo, com vigência inicial no período de 30/6/2006 a 29/6/2007. O concedente se comprometeu a repassar o valor de R\$ 480.000,00, e o conveniente se obrigou a aplicar, na consecução dos fins pactuados, a contrapartida de R\$ 14.400,00.

15. Os recursos financeiros para esse ajuste foram liberados mediante as seguintes ordens bancárias:

OB	VALOR (R\$)	DATA
2007OB900727	192.000,00	19/1/2007
2007OB902859	192.000,00	15/3/2007
Total	384.000,00	

16. O convênio tinha por objeto a construção de 168 módulos sanitários, mas o Relatório de Visita Técnica da Funasa observou a execução de apenas 85 unidades. A Funasa, portanto, concluiu pelo débito de R\$ 140.913,85, discriminado conforme a tabela a seguir:

A. Valor das obras executadas	R\$ 252.119,00
B. Participação federal nas obras executadas (= 96,42% x A)	R\$ 243.086,15
C. Participação municipal nas obras executadas (= 3,58% x A)	R\$ 9.032,85
D. Recursos federais repassados	R\$ 384.000,00
E. Dano ao erário federal (= D – B)	R\$ 140.913,85

17. Após os ajustes nos valores dos débitos solicitados pelo Ministério Público (peça 17), José de Ribamar Costa Filho foi citado nos seguintes termos (peça 23):

a) realização de pagamentos em montante superior ao valor dos serviços executados, sem o aporte proporcional da contrapartida municipal e sem comprovação da devolução do saldo do convênio, ocasionando o débito original de R\$ 140.913,85 (data de referência: 15/6/2007);

b) ausência de aplicação financeira dos recursos da 1ª parcela (R\$ 192.000,00) entre 23/1/2007 e 1º/3/2007, gerando prejuízo de R\$ 1.282,02 (data de referência: 2/3/2007);

c) ausência de documentação comprobatória do recolhimento de tributos referentes às despesas pagas (INSS, ISSQN e/ou IRRF);

d) ausência de notificação aos partidos políticos, sindicatos e entidades empresariais sobre o recebimento dos recursos, em descumprimento ao art. 2º da Lei 9.452/1997;

e) ausência de atesto de recebimento dos serviços nas notas fiscais e ausência de assinatura nos boletins de medição;

f) preenchimento incorreto do Relatório de Execução Físico-Financeira e da Relação de Pagamentos.

18. O débito relativo a José de Ribamar Costa Filho foi assim quantificado:

	Data de Ocorrência	Fato Gerador
1.282,02	2/3/2007	ausência de aplicação financeira dos recursos da 1ª parcela
140.913,85	15/6/2007	realização de pagamentos em montante superior ao valor dos serviços executados

19. Por sua vez, a empresa Proma Projetos e Construções Ltda. foi citada solidariamente com José de Ribamar Costa Filho na parcela de R\$ 126.086,90 dos R\$ 140.913,85 (data de ocorrência 15/6/2007), tendo em vista os seguintes fatos geradores:

a) recebimento de pagamentos no valor total de R\$ 378.205,90, embora os serviços prestados, conforme fiscalização *in loco* empreendida pela Funasa, tenham sido mensurados em R\$ 252.119,00, ocasionando o débito mencionado;

b) fraude a licitação (Tomada de Preços 1/2007), em decorrência das evidências de montagem do processo licitatório, apuradas pela Controladoria-Geral da União.

20. A Proma foi citada por edital, eis que os expedientes de citação (peças 22, 28 e 29) retornaram com a indicação dos Correios “mudou-se” (peça 32).

21. Os responsáveis não apresentaram as suas alegações de defesa, devendo ser considerados revéis, nos termos do art. 12, §3º, da Lei 8.443/1992.

22. Importante observar que, em relação a esse convênio, algumas ocorrências imputadas aos responsáveis não acarretam dano ao erário. Cito, por exemplo, a ausência de notificação a partidos

políticos, sindicatos e entidades empresariais sobre o recebimento dos recursos; neste caso, deveria ter sido feita a audiência do responsável.

23. Nada obstante, o dano ao erário está devidamente caracterizado em razão tanto do pagamento indevido quanto da ausência de aplicação financeira da parcela transferida.

24. Ante o exposto, condeno os responsáveis ao pagamento de débito, com os ajustes propostos pelo Ministério Público junto ao TCU (peça 38): inclusão da parcela de R\$ 1.282,02 (data de ocorrência: 2/3/2007), que foi omitida na instrução de mérito da SecexTCE.

25. Ademais, não observando outros agravantes e atenuantes, fixo a multa proporcional prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 no limite mínimo de 10% do montante atualizado do débito (peça 29).

III

26. O Ministério Público junto ao Tribunal, em seu parecer, propõe a declaração de inidoneidade da empresa Proma para participar de licitação no âmbito da administração pública federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, haja vista a ocorrência de fraude à Tomada de Preços 1/2007. O *Parquet* salienta que não houve prescrição punitiva em relação a essa ocorrência.

27. Com o devido respeito, tal proposta não merece acolhida.

28. Em primeiro lugar, os supostos indícios apresentados pela Controladoria-Geral da União no Relatório de Fiscalização 950/2017 (peça 16) são insuficientes para caracterizar a alegada fraude a licitação. Transcrevo, por elucidativo, excerto da constatação “Evidências de montagem de processo licitatório” (subitem 2.2.13 do Relatório):

“O Processo Licitatório na modalidade Tomada de Preço nº 001/2007, que teve por objeto a contratação de empresa para a construção das 168 (cento e sessenta e oito) Melhorias Sanitárias pelo valor de R\$ 488.662,24 (quatrocentos e oitenta e oito mil seiscentos e sessenta e dois reais e vinte e quatro centavos), apresentou indícios que levantaram suspeitas quanto à veracidade da licitação em tela: A página 86 (oitenta e seis) desse processo refere-se ao Controle de Retirada de Edital de uma licitação. Neste constam as assinaturas das empresas PROMA - Projetos e Construções e Exclusiva Construções (CNPJ 04.810.025/0001-01. Portanto apenas duas empresas se interessaram pela licitação.

O aviso de licitação foi publicado apenas no Diário Oficial da União, fato este que restringiu consideravelmente o número de participantes do certame. Essa publicação data do dia 31 de janeiro de 2007 e a data da retirada dos editais é do dia 23 de janeiro de 2007, ou seja 08 (oito) dias antes da data da publicação do aviso de licitação.

Portanto, três fatos levantaram dúvidas quanto à autenticidade da licitação: primeiro deve-se ao fato de apenas duas empresas se interessarem pela licitação. Segundo, pelo fato de que o aviso de licitação foi divulgado apenas no Diário Oficial da União e a Lei 8.666/93 obriga que os avisos de licitações sejam publicados também em jornais de grande circulação no Estado e se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra.

E por último, o fato de que as duas empresas retiraram os editais antes mesmo de serem publicados. Mediante entrevista, os membros da Comissão Permanente de Licitação foram categóricos em afirmar que não participaram da licitação que teve por objeto a contratação de empresa de engenharia para a construção de 168 Melhorias Sanitárias Domiciliares no Povoado Triângulo no ano de 2007.

Portanto, os indícios apontados em conjunto com as evidências levantadas demonstram que a licitação e a correspondente Sessão de Recebimento e Abertura dos envelopes da Tomada de Preço nº 001/2007 não ocorreram, e que na verdade o processo licitatório que foi entregue à CGU trata-se de uma montagem e uma fraude à Lei nº 8.666/93.” (peça 16, p. 139)

29. No relato, o único indício que poderia autorizar a constatação é a declaração dos membros da Comissão Permanente de Licitação que afirmaram não haver participado da licitação em questão. Compulsando os autos, entretanto, não encontrei cópia das evidências desta constatação da CGU, o que nos impede de conhecer e apreciar o exato teor das declarações.

30. Por sua vez, o fato de apenas duas empresas se interessarem pela licitação e a circunstância de ter havido publicação exclusiva no Diário Oficial da União não permitem, por indução, chegar a outras conclusões.

31. Assim, não verifico um conjunto convergente de indícios que possa constituir a chamada prova indiciária da alegada fraude.

32. Em segundo lugar, não foi especificada a conduta da empresa que tenha contribuído para a suposta fraude. Pergunto, portanto: qual teria sido a participação da empresa na eventual fraude?

33. Como se sabe, a descrição da conduta é requisito elementar para a responsabilização. Além da conduta, verifico a ausência da avaliação de culpabilidade da empresa, pressuposto para a dosimetria da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992.

34. Por fim, observo que, na citação da empresa, a suposta fraude foi considerada como fundamento para a imputação de débito, mas não para outras consequências jurídicas. O próprio ofício de citação (Ofício 758/2017-SECEX-MA, de 17/2/2017) não menciona a declaração de inidoneidade como uma possível consequência.

35. Portanto, aplicar a sanção do referido artigo nesse contexto representaria frontal violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nesses termos, voto por que o Colegiado aprove a minuta de acórdão que submeto à deliberação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de julho de 2019.

ANA ARRAES
Relatora