

GRUPO I – CLASSE ____ – Plenário

TC 031.326/2015-3 [Aposos: TC 007.239/2011-4, TC 004.054/2016-4]

Natureza (I): Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade: Município de Cruz do Espírito Santo/PB

Recorrente: Heleno Batista de Moraes (CPF 323.183.164-49)

Representação legal: Djânio Antonio Oliveira Dias (OAB/PB 8.737) e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESAS DE FACHADA. FRAUDE À LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. ACÓRDÃO 212/2018-TCU-PLENÁRIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. INSUFICIÊNCIA DAS RAZÕES APRESENTADAS PARA REVERTER A DECISÃO RECORRIDA. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. ABSOLVIÇÃO PENAL POR FALTA DE PROVAS NÃO ELIDE IRREGULARIDADE E SUA AUTORIA. ALEGAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA INCOMPATÍVEL COM PROVA DA CONDIÇÃO DE ACIONISTA MAJORITÁRIO DA EMPRESA DE FACHADA. ILEGALIDADE MANIFESTA DO ATO DE RECEBIMENTO SEM A DEVIDA CONTRAPARTIDA. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório, a instrução feita no âmbito da Serur (peça 279), a qual obteve a concordância do Diretor da Unidade Técnica (peça 280) e do Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé, do Ministério Público junto ao TCU (peça 281), **verbis**:

INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Heleno Batista de Moraes (peça 258) contra o Acórdão 212/2018-TCU-Plenário (peça 138), de Relatoria do Exm. Ministro Bruno Dantas.

A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial derivada de representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TC 007.239/2011-4) acerca de irregularidades na aplicação de recursos federais dos seguintes convênios celebrados com a Prefeitura Municipal de Cruz do Espírito Santo/PB: 833033/2004 (Siafi 518220) , Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação

(FNDE) , 253/2004 (Siafi 523362) , 1261/2004 (Siafi 528311) e 286/2002, Fundação Nacional de Saúde (Funasa) , e 4599/2004 (Siafi 519030) , Fundo Nacional de Saúde (FNS) ;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar revéis o espólio de Rafael Fernandes de Carvalho Júnior, bem como Construtora Rio Negro Ltda., Construtora Globo Ltda., Globo Edificações Prediais Ltda., DR Projetos e Construções Ltda., Campina Representações e Comércio Ltda., Deczon Farias da Cunha, José Roberto Marcelino Pereira, Benigno Pontes de Araújo, Marcos Tadeu Silva, Uilza Farias da Cunha, dando-se prosseguimento ao processo, conforme preceituam o artigo 12, § 3º, da Lei nº 8.443/1992 c/c o artigo 202, § 8º, do Regimento Interno do TCU;

9.2. com base nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "b", "c" e "d", 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas de Rafael Fernandes de Carvalho Júnior, Construtora Rio Negro Ltda., Construtora Globo Ltda., Globo Edificações Prediais Ltda., DR Projetos e Construções Ltda., Campina Representações e Comércio Ltda., Deczon Farias da Cunha, José Roberto Marcelino, Benigno Pontes de Araújo, Marcos Tadeu Silva, Uilza Farias da Cunha e Heleno Batista de Moraes;

[...]

9.5. condenar o espólio de Rafael Fernandes de Carvalho Júnior, a Construtora Rio Negro Ltda. e seus sócios, Deczon Farias da Cunha e Heleno Batista de Moraes, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 21.792,89, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data do recebimento da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno do TCU), o recolhimento do citado valor aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora devidos, calculados a partir de 8/2/2006 até a data do efetivo recolhimento, nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a", da Lei 8.443/1992;

[...]

9.7. condenar o espólio de Rafael Fernandes de Carvalho Júnior, a Construtora Rio Negro Ltda. e seus sócios, Deczon Farias da Cunha e Heleno Batista de Moraes, solidariamente, ao pagamento das quantias abaixo descritas, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data do recebimento da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno do TCU), o recolhimento dos citados valores aos cofres da Fundação Nacional de Saúde, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros de mora devidos, calculados a partir das datas de ocorrência até a data do efetivo recolhimento, nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a", da Lei 8.443/1992:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATAS OCORRÊNCIA	DE
22.750,50	17/8/2005	
12.820,00	18/10/2005	
30.806,00	2/1/2006	
29.680,00	27/1/2006	
30.820,00	14/3/2006	

9.8. aplicar individualmente a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno aos responsáveis citados no item 9.7, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

[...]

9.18. considerar graves as infrações cometidas por Deczon Farias da Cunha (CPF 133.369.674-49), José Roberto Marcelino Pereira (CPF 568.300.504-30), Benigno Pontes de Araújo (CPF 052.235.854-37),

Heleno Batista de Moraes (CPF 323.183.164-49), Marcos Tadeu Silva (CPF 113.826.864-04) e Uilza Farias da Cunha (CPF 395.452.454-68);

9.19. inabilitar, por cinco anos, os responsáveis citados no subitem 9.18 deste acórdão para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992;

9.20. declarar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 271 do Regimento Interno/TCU, a inidoneidade das empresas Construtora Rio Negro Ltda. (CNPJ 07.295.321/0001-00), Construtora Globo Ltda. (CNPJ 02.649.279/0001-64), Globo Edificações Prediais Ltda. (CNPJ 06.878.512/0001-31), Campina Representações e Comércio Ltda. (CNPJ 01.999.808/001-97) e DR Projetos e Construções Ltda. (CNPJ 07.913.242/0001-15) para participarem, por cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992;

9.21. dar ciência deste acórdão ao município de Cruz do Espírito Santo/PB, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, à Fundação Nacional de Saúde, ao Fundo Nacional de Saúde, ao Tribunal de Contas no Estado da Paraíba e aos responsáveis;

9.22. remeter cópia deste acórdão ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado da Paraíba, nos termos do art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, para ajuizamento das ações cabíveis.

9.5. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação;

9.6. remeter cópia deste acórdão à Procuradoria da República no Estado de Alagoas.

HISTÓRICO

Cuidam os autos de TCE decorrente da conversão de representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE/PB) acerca de irregularidades na execução dos Convênios 833033/2004 (Siafi 518220), 253/2004 (Siafi 523362), 1261/2004 (Siafi 528311), 286/2002 (Siafi 455755), 4599/2004 (Siafi 519030), firmados pelo Município de Cruz do Espírito Santo/PB com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e o Fundo Nacional de Saúde (FNS).

Considerando a ocorrência de fraudes em diversos processos licitatórios, com utilização de empresa de fachada, por meio do Acórdão 212/2018-TCU-Plenário (peça 138), foram julgadas irregulares as contas do Sr. Heleno Batista de Moraes. Este sócio administrador da Construtora Rio Negro Ltda. foi condenado em débito (item 9.7), lhe foi aplicada multa (item 9.8) e suas condutas foram consideradas graves, acarretando sua inabilitação, por 5 anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública (itens 9.18 e 9.19) nos termos do decisum supracitado.

Examina-se, nesta oportunidade, o recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Heleno Batista de Moraes (peça 258) contra o último julgado.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, conforme exigência do art. 33 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU). Refere-se, ainda, a responsável legitimado e meio recursal adequado para impugnar o Acórdão 212/2018-TCU-Plenário (peça 138).

Dessa forma, ratifica-se as propostas de conhecimento do recurso, formuladas nos exames de peças 270-271, acolhidas pelo Relator, Ministro Raimundo Carreiro, conforme Despacho de peça 273.

EXAME DE MÉRITO

No recurso trazido (peça 258), será necessário verificar, em síntese, se as irregularidades apuradas podem ser elididas por eventual excludente de responsabilidade.

DO MÉRITO

Do argumento de eventual excludente de responsabilidade

Em síntese, o recorrente sustenta que não teve participação nas irregularidades, para tanto pontua que:

a) no processo penal 0003986-14.2006.4.05.8200 foi registrado que não há provas suficientes para sua condenação;

b) não participou de ilegalidades junto ao Município de Cruz do Espírito Santo/PB, já que apenas cumpriu ordens do Sr. Deczon Farias da Cunha, suposto proprietário da empresa Construtora Rio Negro Ltda.;

c) além de ter cumprido ordens não manifestamente ilegais (erro de proibição), também não poderia ter agido de modo diverso (inexigibilidade de conduta diversa). Dessa forma, não cabia exercer fiscalização nem tampouco desobedecer às ordens legais emanadas;

d) por fim, considerando sua subordinação, trata-se na verdade de autoria mediata por parte do Sr. Deczon Farias da Cunha, sem a participação do ora recorrente.

Dessa forma, pede a reconsideração da condenação, bem como a reforma da decisão.

Análise

Preliminarmente, cabe rememorar o processo em questão.

O processo tratou de irregularidades na execução de convênios do FNDE, Funasa e FNS, firmados com o Município de Cruz do Espírito Santo/PB. Considerando o compartilhamento de informações por parte da Polícia Federal (Operações “I-Licitações”, “Transparência” e “Carta Marcada”), constatou-se esquema de fraude em licitações.

Relativamente ao recorrente, Sr. Heleno Batista de Moraes, houve citação (peça 66) acerca dos seguintes atos impugnados:

a) usar empresa de fachada (Construtora Rio Negro Ltda.), para desviar recursos públicos, fornecendo documentos para comprovação de despesas fictícias e receber pagamento feito com recursos federais do Convênio 833033/2004 (Siafi 518220), celebrado entre a Prefeitura Municipal de Cruz do Espírito Santo/PB e o Ministério da Educação, por intermédio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), para a recuperação e ampliação de escolas municipais, sem ter executado o objeto contratado, já que se tratava de empresa de fachada, contratada por processo licitatório fraudulento, que não tinha condições físicas (pessoal e maquinário) para realização do objeto, concorrendo, portanto, para o dano ao Erário.

b) usar empresa de fachada (Construtora Rio Negro Ltda.), para desviar recursos públicos, fornecendo documentos para comprovação de despesas fictícias e receber pagamento feito com recursos federais do Convênio 253/2004 (Siafi 523362), celebrado entre a Prefeitura Municipal de Cruz do Espírito Santo/PB e o Ministério da Saúde, por intermédio da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), para a realização das obras de abastecimento de água do Sítio Jaques, no município, sem ter executado o objeto contratado, já que se tratava de empresa de fachada, contratada por processo licitatório fraudulento, que não tinha condições físicas (pessoal e maquinário) para realização do objeto, concorrendo, portanto, para o dano ao Erário.

c) usar empresa de fachada (Construtora Rio Negro Ltda.), para desviar recursos públicos, fornecendo documentos para comprovação de despesas fictícias e receber pagamento feito com recursos federais do Convênio 1261/2004 (Siafi 528311), celebrado entre a Prefeitura Municipal de Cruz do Espírito Santo/PB e o Ministério da Saúde, por intermédio da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), para a execução das obras de abastecimento de água da zona rural Santana I, no referido município, sem ter executado o objeto contratado, já que se tratava de empresa de fachada, contratada por processo licitatório fraudulento, que não tinha condições

físicas (pessoal e maquinário) para realização do objeto, concorrendo, portanto, para o dano ao Erário.

As evidências das irregularidades constatadas apresentadas foram as seguintes:

a) cópia de parte do processo 2007.82.00.006723-8, referente a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa (peças 20-23) movida contra o ex-Prefeito de Cruz do Espírito Santo, Sr. Rafael Fernandes de Carvalho Júnior (CPF 154.058.184-53), e secretário de finanças do município, juntamente com membros de quadrilha criminosa desbaratada pela Polícia Federal na operação “Carta Marcada”, onde consta que o Sr. Deczon Farias da Cunha era, de fato, o responsável pelas pessoas jurídicas indevidamente constituídas, inclusive pela Construtora Rio Negro Ltda.;

b) em consulta à Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), foi constatada a inexistência de vínculos empregatícios e matrícula CEI de obras nos anos de 2005 e 2006 (peça 15, do TC 007.239/2011-4, em anexo), sendo que para o ano de 2006 o sistema retornou a mensagem “CNPJ ou CEI inexistente” (peça 16, do TC 007.239/2011-4, em anexo);

c) mesmo estando com seu cadastro desabilitado, a empresa manteve relações contratuais com quatro prefeituras nesse período (2005 e 2006), que gerou faturamento de R\$ 1.049.162,02 (peça 20, do TC 007.239/2011-4, em anexo).

Conforme já mencionado, em síntese o recorrente sustenta que foi absolvido no processo criminal por falta de provas e que agiu sob ordem não manifestamente ilegal, no sentido de gerar obediência hierárquica e inexigibilidade de conduta diversa.

Quanto ao ponto da absolvição no processo criminal por ausência de provas, cabe esclarecer que, em virtude do princípio da independência das instâncias, a absolvição do responsável na esfera penal por ausência de provas não repercute necessariamente na esfera administrativa, uma vez que a inexistência dos pressupostos para configuração do tipo penal não implica a não configuração do tipo administrativo. Assim, a conduta residual pode ser suficiente para a responsabilização do agente perante o TCU. Nesse diapasão:

A absolvição na esfera penal motivada pela falta ou insuficiência de provas não impede a responsabilização do gestor no âmbito do TCU, pois a sentença absolutória somente tem repercussão na instância administrativa quando declara a inexistência do fato ou que o responsável não concorreu para a infração penal. (Acórdão 2.850/2019-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Vital do Rêgo)

A absolvição penal afasta a responsabilidade administrativa do gestor perante o TCU apenas quando declarar a inexistência do fato ou da autoria imputada. Se a absolvição penal for por falta de provas ou ausência de dolo, tal responsabilidade do gestor não é excluída. (Acórdão 1.468/2016-TCU-2ª Câmara, relator Ministro André de Carvalho)

O princípio da independência das instâncias permite ao TCU apreciar, de forma plena, a boa e regular gestão dos recursos públicos federais, mesmo nos casos em que as irregularidades também estejam sendo apuradas em outras instâncias administrativas ou judiciais. O juízo administrativo só se vincula ao penal quando neste último é afirmada, categoricamente, a inexistência do fato ou que o acusado não foi o autor do ilícito. (Acórdão 30/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes)

Aplica-se aos processos de controle externo o princípio da independência das instâncias, segundo o qual os trabalhos desenvolvidos em várias instâncias sobre o mesmo fato correm de forma independente, o que pode desencadear condenações simultâneas nas esferas cível, criminal e administrativa. (Acórdão 3.125/2013-TCU-Plenário, relator Ministro Raimundo Carreiro)

A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa e cível quando for reconhecida ou provada a inexistência do fato ou a negativa da autoria em relação ao responsável (art. 935 do Código Civil). (Acórdão 2.067/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Bruno Dantas)

A decisão na esfera penal só tem repercussão na instância administrativa quando aquela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria. (Acórdão 5.701/2013-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Raimundo Carreiro)

As ações penais, cíveis e administrativas são independentes, no entanto o reconhecimento de inexistência do fato ou negativa de autoria em processo criminal provoca a comunicabilidade das instâncias. (Acórdão 7.122/2012-TCU-1ª Câmara, relatora Ministra Ana Arraes)

Portanto, o processo penal que absolveu o recorrente com o argumento de falta de provas não gera repercussão no âmbito deste processo.

Relativamente ao argumento de obediência hierárquica, o recorrente frisa que apenas obedeceu às ordens do Sr. Deczon Farias da Cunha, que foi mencionado como o controlador da Construtora Rio Negro Ltda.

Contudo, consta nos autos que Sr. Heleno Batista de Moraes era o administrador da Construtora Rio Negro Ltda., com 99% do capital social, desde 8/9/2005. Dessa forma, não se sustenta a alegação de atuação apenas como empregado. Nesse ponto, cabe rememorar item do Voto do Ministro Relator:

4. O convênio 833033/2004 (Siafi 518220) foi celebrado entre a prefeitura e o FNDE para a recuperação e ampliação de escolas municipais. De acordo com as evidências constantes nos autos (peças 15, 16, 38, 129, p. 1-49, 46, 47, 131, p. 1-55, e 132), as empresas contratadas para execução do objeto, Campina Representações e Comércio Ltda., cujo sócio era Marcos Tadeu Silva, e Construtora Rio Negro Ltda., de sócios Deczon Farias da Cunha e Heleno Batista de Moraes, correspondiam a empresas de fachada, sem condições físicas (empregados e equipamentos) para execução das obras. O ex-prefeito, Rafael Fernandes de Carvalho Jr., realizou pagamentos às referidas empresas e se utilizou de sua documentação (documentos de licitação, notas fiscais, recibos etc.) para dar aspecto de legalidade à aplicação dos recursos conveniados.

5. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público em razão da Operação “I-Licitações” e “Carta Marcada”, tais entidades são citadas como parte do esquema e seus sócios, Marcos Tadeu Silva, Deczon Farias da Cunha e Heleno Batista de Moraes, como participantes do esquema de fraude à licitação e desvio de recursos públicos no estado. Acrescente-se que, quanto a Heleno B. Moraes, seu nome conta como sócio administrador da Construtora Rio Negro Ltda. com 99% do capital social desde 8/9/2005, não sendo sustentável sua alegação de que tenha atuado apenas como empregado da construtora.

6. Assim, restam cabalmente comprovadas as responsabilidades do ex-prefeito, das empresas e dos seus sócios pelo débito apurado em relação ao referido convênio.

7. A situação é semelhante nos demais convênios citados nos autos. (Acórdão 212/2018-TCU-Plenário, Voto do Ministro-Relator, peças 138-139).

Ademais, a excludente de culpabilidade com base em obediência hierárquica somente é acolhida pelo TCU em caso de ordem não manifestamente ilegal. Nesse raciocínio:

A excludente de culpabilidade com base em obediência hierárquica somente é acolhida pelo TCU em caso de ordem não manifestamente ilegal. Se a ordem for manifestamente ilegal e as alegações de coação não forem comprovadas no processo, os responsáveis devem responder pelo débito a eles atribuído. (Acórdão 9.392/2015-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Marcos Bemquerer)

A obediência hierárquica não exclui a culpabilidade quando se trata de ordem manifestamente ilegal. (Acórdão 2.511/2012-TCU-Plenário, relator Ministro Marcos Bemquerer)

No presente caso, após instrução por parte da Unidade Técnica que considerou diversas evidências, inclusive os documentos policiais compartilhados, constatou-se fraude em licitações cujos objetos não foram comprovados e mesmo assim houve pagamentos dos serviços, ou seja, houve recebimento de dinheiro público sem a respectiva prestação de serviços. Tal fato é manifestamente ilegal. Portanto, não oponível no âmbito da responsabilidade perante a este Tribunal.

Pelo exposto, entende-se pela rejeição das razões recursais apresentadas.

CONCLUSÃO

Após exame do processo e respectivas razões recursais, concluiu-se que:

a) a absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa e cível quando for reconhecida ou provada a inexistência do fato ou a negativa da autoria em relação ao responsável. No presente caso, houve absolvição por falta de provas, não repercutindo, portanto, no presente processo;

b) considerando o fato de o recorrente ser sócio administrador da empresa com 99% do capital social, desde 8/9/2005, não cabe a alegação de que atuou apenas como mero recebedor de ordens, empregado; e

c) o recebimento de recursos públicos sem a respectiva contrapartida, isto é, realização dos serviços contratados pode ser considerada como irregularidade evidente, não passível de caracterização como ato não manifestamente ilegal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992 para:

I – conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Heleno Batista de Moraes (peça 258) contra o Acórdão 212/2018-TCU-Plenário (peça 138), e, no mérito, negar provimento; e

II – dar ciência da deliberação ao recorrente e à Procuradoria da República no Estado da Paraíba [cf. item 9.22 do acórdão recorrido].

É o Relatório.