

TC 005.825/2010-5

Tipo: tomada de contas especial

Unidade Jurisdicionada: Fundação Nacional de Saúde - Funasa/MA e Prefeitura Municipal de Santa Luzia/MA.

Responsáveis: Ilzemar Oliveira Dutra (CPF: 196.729.423-20) e Jeová Construtora Ltda. (Atual Maxima Empreendimentos Logística Ltda. CNPJ: 02.417.807/0001-50).

Procuradores do Sr. Ilzemar Oliveira Dutra: Fabiano Zanella Duarte (OAB/MA 7.061-A e OAB/DF 24.678), Fabrício Zanella Duarte (OAB/DF 24.563), e Marco Antonio Zanella Duarte (OAB/DF 24.569), consoante peça 5, p. 7.

Procuradores da empresa: Humberto Henrique Veras Teixeira Filho (OAB/MA 6.645); e Marcello Ramos Pires Leal (OAB/MA 7.126), conforme peça 15.

Proposta: de mérito.

INTRODUÇÃO

1. Trata o processo de Tomada de Contas Especial – TCE instaurada pela Fundação Nacional de Saúde - Funasa/MA em razão da inexecução do objeto pactuado no Convênio 1491/2001, Siafi 445359, firmado com a Prefeitura Municipal de Santa Luzia/MA, que teve por objeto custear a implantação de sistema de abastecimento de água no povoado Tatu Assado, no referido município.

HISTÓRICO

2. O valor total do ajuste foi de R\$ 62.230,00, sendo R\$ 56.000,00 de recursos federais e R\$ 6.230,00 correspondente à contrapartida. Em consonância com o parecer de vistoria da Funasa/MA, peça 2, p. 4, concluiu-se pela aprovação parcial do convênio, haja vista o percentual de execução física das obras executadas ter alcançado apenas 36%. Contudo, o ajuste previa ainda outras ações além da realização de obras no sistema de abastecimento, ações estas que não foram realizadas, consoante parecer acostado peça 2, p. 18-22.

3. Assim, tendo em vista o baixo percentual de execução das obras, realizada ainda em desacordo com o plano de trabalho aprovado, que afetaram a funcionalidade do sistema, bem como a ausência das demais ações previstas no convênio, levaram o concedente a impugnar a totalidade das despesas realizadas e imputado ao responsável, Sr. Ilzemar Oliveira Dutra, o débito equivalente ao montante total dos recursos transferidos, conforme relatório do tomador de contas à peça 2, p. 50 e peça 3, p. 1-2.

4. A conclusão a que chegou o concedente foi acompanhando pela Secretaria federal de Controle Interno, Com isso, já em sua fase externa, esta unidade técnica, em exame preliminar, peça 3, p. 53-54, evidenciada a conduta e culpabilidade do Sr. Ilzemar Oliveira Dutra, ex-prefeito municipal (gestão 2001-2004), que como signatário do convênio e gestor máximo da Prefeitura

Municipal, cabia a execução fiel do objeto pactuado, zelando pela regular execução do empreendimento, consoante os normativos aplicados à espécie, fato que não ocorreu, consoante constatação do concedente.

5. Após a devida citação do responsável em tela, sem que houvesse manifestação de defesa, restou caracterizada a revelia do gestor e o processo encaminhado para julgamento, recebendo anuência do Ministério Público junto ao TCU, peça 3, p. 63. Entretanto, em despacho, peça 3, p. 63, o Ministro-Relator determinou a realização de citação da empresa Jeová Construtora Ltda., executora da obra que emitiu notas fiscais e recebeu pagamentos pela totalidade do convênio, mesmo não tendo sido esta a verdade material demonstrada nos autos, razão pela qual deveria haver a citação solidária da empresa Jeová Construtora Ltda., com o ex-prefeito, pelo dano decorrente da inexecução do objeto.

EXAME DA CITAÇÃO

6. Em cumprimento ao despacho acostados à peça 3, p. 63, foi promovida a citação do Sr. Ilzemar Oliveira Dutra, por meio do ofício 3254/2011 – TCU/SECEX-MA, datado de 15/9/2011, à peça 3, p. 69-70. Já a citação da empresa Jeová Construtora Ltda., ocorreu por meio do ofício 3252/2011 – TCU/SECEX-MA, datado de 15/9/2011, à peça 4, p. 1-2.

7. Em resposta à comunicação, peça 4, p. 3-12, o Sr. Jeová Alves Lima, então representante legal da empresa Jeová Construtora Ltda., apresentou sua defesa indicando que não mais respondia por aquela sociedade empresarial, cujo nome atual era Maxima Empreendimentos Logística Ltda., a partir do quadro societário da empresa, ocorrido em 5/7/2007.

8. Desta forma, fora realizada nova citação, agora da empresa sucessora Maxima Empreendimentos Logística Ltda., para apresentação de suas alegações de defesa. Após a emissão dos ofícios citatórios os responsáveis receberam a comunicação, conforme avisos de recebimento acostado à peça 4, p. 12 e peça 13, estando, portanto, todos devidamente citados, hipótese em que tiveram o prazo regimental para apresentarem suas alegações de defesa.

9. Assim analisaremos a seguir, individualmente, as alegações de defesa apresentadas.

Alegações de defesa da empresa Maxima Empreendimentos Logística Ltda.

10. Os argumentos trazidos pela contratada, peça 14, podem ser sintetizados consoantes alíneas a seguir:

- a) a entidade não é parte legítima para figurar no pólo passivo deste processo, vez que a empresa Maxima Empreendimentos Logística Ltda., configurada a partir de 2007, não prestou os serviços inquinados, fato de responsabilidade da empresa Jeová Construtora Ltda. e do seu representante legal à época, Sr. Jeová Alves Lima, razão pela qual o mesmo deve ser chamado aos autos para compor o polo passivo;
- b) a empresa, embora não detenha os documentos da contratação em tela, tem notícia de que os serviços foram efetivamente prestados, havendo inclusive termo definitivo da obra assinado por engenheiro civil comprovando a execução real da obra;
- c) a ocorrência de prescrição quinquenal, já que a União tardou mais de cinco anos, para cobrar a devolução dos valores alegadamente repassados ao Ex-Gestor, após expirado o prazo para a prestação de conta em referência, tendo-se por inarredável a ocorrência da prescrição quinquenal;
- e
- d) a prestação de contas e guarda dos respectivos documentos se deve à Prefeitura Municipal através de seus representantes legais, cabendo à empresa apenas a execução dos serviços e respectivo recebimento, não havendo responsabilidade da contratada pela presença de alguma irregularidade perpetrada pelo ex-gestor.

11. Diante das alegações de defesa trazidas pela empresa há que se tecer alguns comentários fundamentais. Primeiro que no processo administrativo e conforme Lei Orgânica que rege este Tribunal, a imputação solidária tratada nestes autos é dirigida à pessoa jurídica, na pessoa de seu representante legal.

12. Assim, a imputação de responsabilidade ao ex-representante legal presumiria a desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes previstos no art. 50 do Código Civil, para então chamar os ex-sócios a integrar a relação processual como responsáveis solidários. Contudo, não há evidências nestes autos de que os antigos sócios da empresa tivessem agido com abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

13. Ademais, decorre também da Lei Civil que a personalidade jurídica das sociedades empresariais é distinta da dos seus sócios, sendo certo que os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo obrigam a pessoa jurídica, nos termos do art. 47 da referida lei.

14. Por fim, cabe ainda revelar que a atual representante e a nova formatação da sociedade empresarial só foi acionada em razão do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ que revela tratar-se da mesma empresa, agora modificada, e não de uma nova entidade como se quer fazer crer pela defesa. Aliás, o próprio contrato social juntado às alegações de defesa em epígrafe, esclarece, em sua cláusula 4ª, peça 14, p. 16, que a sociedade iniciou suas atividades em 11 de junho de 2001, sendo, portanto, prova cabal de que as obrigações da contratada persistem independente de alterações societárias.

15. Em relação à suposta responsabilidade exclusiva do ex-gestor municipal, não atingindo, eventuais débitos a pessoa jurídica contratada, impende registrar que o art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, é bem nítido ao preceituar que será fixada responsabilidade solidária do terceiro que de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

16. No presente caso, há provas objetivas e suficientes, como as vistorias *in loco* realizadas pelo concedente, onde foram identificadas as irregularidades geradoras do dano ora apurado e mesmo diante de um quadro cristalino de inexecução dos serviços, a empresa emitiu notas fiscais e recebeu a totalidade dos pagamentos como se a execução tivesse ocorrido à contento, fato que verdadeiramente não aconteceu.

17. No que tange à prescrição aventada, vale destacar que a própria defesa mencionou adequadamente que, ao tratar-se de recursos públicos com vista ao ressarcimento ao Erário público Federal há o efeito da imprescritibilidade. Nessa linha, entendemos pertinente expor o entendimento mais recente adotado acerca da questão, prolatado por meio do Acórdão 2709/2008-TCU - Plenário, tendo por base o julgamento do STF no Mandado de Segurança 26.210-9/DF:

9.1. deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU 56/2007.

18. Logo, verifica-se que em relação à cobrança do débito, não há que se falar em prescrição.

19. Por derradeiro, alega a defendente que os serviços foram prestado, havendo inclusive termo de recebimento definitivo da obra. Esse argumento só reforça o conceito de responsabilidade solidária contida nos autos, que significa conjunto de ações de agentes distintos, mas para o alcance de um mesmo fim. A emissão das notas fiscais que pretendiam comprovar a execução do objeto anuiu com a tentativa de falsear a verdade material do fato inquinado nesses autos. Sem essa conduta empresarial, os gestores não teriam apresentado comprovantes sobre a suposta execução, logo, seria possível evitar o prejuízo ao erário federal.

20. No mais, a fase de citação serve para a apresentação de provas, fato que não ocorreu nesse caso, pois não foram apresentados nenhum elemento novo e objetivo que corroborem as alegações da empresa Maxima Empreendimentos Logística Ltda.

21. Desta forma, não procedem os argumentos levantados pela empresa, razão pela qual rejeitamos suas alegações de defesa. Isso corrobora com as análises dessa unidade técnica de que houve, de fato, solidariedade entre o ex-prefeito, gestor dos recursos, com a empresa contratada que emitiu notas fiscais e recebeu a totalidade dos recursos sem ter executado a obra integralmente, conforme certificou-se o concedente nas vistorias aos empreendimento.

Alegações de defesa do Sr. Ilzemar Oliveira Dutra.

22. Conforme, aviso de recebimento, peça 4, p. 12, o Sr. Ilzemar Oliveira Dutra foi devidamente citado para apresentar suas alegações de defesa, fato que não ocorreu, mesmo tendo o responsável, por meio de seus procuradores, peça 5, solicitado prorrogação de prazo para defesa e ciente da concessão, consoante peça 12. Desta forma, torna-se revel, nos termos do artigo 12, inciso IV, § 3º, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.

CONCLUSÃO

23. A análise em conjunto de todos os fatos ocorridos desde a execução do convênio onde os responsáveis não apresentaram elementos objetivos que comprovasse a boa e regular gestão dos recursos, pelo contrário, o concedente verificando *in loco* a deficiência da execução consolidou-nos o entendimento de que os responsáveis arrolados nesse processo negligenciaram a gestão dos recursos públicos transferidos por meio do convênio 1491/2001, Siafi 445359.

24. De modo que todos os citados concorreram para o prejuízo ora apurado e tiveram plenas condições de apresentarem provas diversas da conclusão a que o concedente chegou.

25. O Sr. Ilzemar Oliveira Dutra, gestor municipal à época da execução, que mesmo citado, permaneceu silente nos autos mesmo depois de extrapolado largamente o período para alegações de defesa, tal qual já fizeram ainda na fase interna deste processo, negligência que reforça o juízo de censura que o caso requer.

26. A empresa executora recebeu a totalidade dos recursos sem realizar a contrapartida que se objetivava, emitindo ainda notas fiscais de serviços que verdadeiramente não ocorreram, conforme certificou-se o concedente, levando o Erário ao prejuízo ora apurado.

27. Com isso, somos pelo julgamento pela irregularidade das contas, nos moldes dos artigos 1º, inciso I, e art. 16, inciso III, alínea “c”, 19, caput, e art. 23, inciso III, da Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992. Ademais, perante a gravidade dos fatos, mostra-se bastante salutar aplicação de multa ao ex-prefeito, Sr. Ilzemar Oliveira Dutra, e à empresa Maxima Empreendimentos Logística Ltda., sucessora da empresa Jeová Construtora Ltda., com base no artigo 57 da Lei n. 8.443, de 1992.

28. Impende ainda caracterizar que a data base para atualização do débito quando há participação solidária da empresa contratada, ao contrário da metodologia usualmente utilizada, de adotar a data de crédito da conta-corrente como base para os cálculos, no caso da empresa, é prudente utilizar a data do pagamento das últimas faturas até que se chegue ao montante impugnado. Desta forma, impede-se que o resultado da atualização e juros seja maior do que o realmente é devido, em benefícios da empresa e dos responsáveis.

29. Todavia, no caso em tela o valor a ser restituído é o total repassado, nesse caso aplica-se como data de atualização o momento em que a obra deveria ter sido entregue, ou seja, com o fim da vigência do convênio ocorrida em 3/8/2003.

30. Finalmente, registre-se que não foram constatados elementos capazes de comprovar a boa-fé dos responsáveis citados, não inibindo, assim, a aplicação dos juros sobre a sanção que vier a ser imposta por este Tribunal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

31. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

a) Rejeitar as alegações de defesa da empresa Jeová Construtora Ltda. sucedida pela empresa Maxima Empreendimentos Logística Ltda. (CNPJ: 02.417.807/0001-50) e considerar o Ilzemar Oliveira Dutra (CPF: 196.729.423-20) revel, de acordo com o § 3º, inciso IV, do art. 12, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992;

b) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, e art. 16, inciso III, alínea “c”, e § 2º da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, e art. 209, inciso III, e § 4º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, que sejam julgadas irregulares as contas do Sr. Ilzemar Oliveira Dutra (CPF: 196.729.423-20), ex-Prefeito de Santa Luzia/MA, e da empresa Jeová Construtora Ltda. sucedida pela empresa Maxima Empreendimentos Logística Ltda. (CNPJ: 02.417.807/0001-50) – executora do objeto, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres da Fundação Nacional de Saúde, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir da data discriminada até a do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

b.1) Quantificação do débito solidário pela inexecução do objeto:

Valor Histórico (R\$)	Data de ocorrência (término do convênio)
56.000,00	3/8/2003

b.1.1) Qualificação dos Responsáveis:

Nome: **Ilzemar Oliveira Dutra**

CPF: 199.736.752-15

Endereço(s):

Opção 1 (Representante legal, peça 5, p. 7): Avenida dos Holandeses, Edifício Metropolitan Marketplace, sala 710, 7 andar, Calhau, São Luis/MA

Opção 2 (Sistema CPF, peça 3, p. 39): R. da Mangueira, 133, Centro, Santa Luzia/MA, CEP: 65.390-000

Nome: **Maxima Empreendimentos Logística Ltda.** sucessora da empresa **Jeová Construtora Ltda.**

CNPJ: 02.417.807/0001-50

Endereço(s):

Opção 1 (Representante legal, peça 15): Rua dos Ipês, 29, Qd. 29, Renascença I, São Luís/MA.

Opção 2 (Sistema CNPJ): Rua Copacabana, 03, Residencial Parati, Cohama, São Luís/MA, CEP: 65.066-300.

c) aplicar aos responsáveis mencionados nos subitens precedentes, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei n. 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

e) remeter cópia da deliberação que vier a ser proferida e do relatório e voto que a fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Maranhão, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443, de 1992, c/c o § 6º do art. 209 do Regimento Interno, para ajuizamento das ações cabíveis.

SECEX-MA, 15/2/2012.

(Assinado eletronicamente)

Hugo Leonardo Menezes de Carvalho
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 7708-9