

TC 020.530/2004-3 (Processo Eletrônico convertido).

Natureza: Recursos de Reconsideração.

Entidade: Município de Pirapemas/MA.

Recorrentes: Elizeu José Lopes Barroso (CPF 217.087.033-49) e Hieron Barroso Maia (089.036.703-53).

Advogados: Adriana Pinheiro Moura (OAB/PI 7405), Ilan Kelson de Mendonça Castro (OAB/PI 3268), José Norberto Lopes Campelo (OAB/PI 2594), Renata Cristina Azevedo Coqueiro Carvalho (OAB/PI 6066) e Thaynara Santos Fernandes (OAB/PI 7795), conforme procurações constantes às peças 13 e 14.

Sumário: Pedidos de Reconsideração em processo de tomada de contas especial. Fraude em procedimentos licitatórios e na execução de convênios. Considerações acerca das provas indiciárias. Negativa de provimento.

Inicialmente assinale-se, por questões metodológicas, que nesta instrução a referência das peças terá sempre como base os documentos e respectivas numerações de páginas constantes do processo eletrônico, ante sua conversão, consoante Termo autuado como peça 10. Serão ignoradas, portanto, as numerações de páginas inicialmente consignadas nos então existentes volumes e anexos.

HISTÓRICO PROCESSUAL

2. Na Sessão Extraordinária de Caráter Reservado de 15/05/2002, o Tribunal apreciou relatório de auditoria realizada por equipe da Secex-MA em decorrência de denúncia de possíveis irregularidades na aplicação de recursos federais repassados ao município de Pirapemas/MA, tratada nos autos do TC 008.148/1999-6. Por meio da Decisão 534/2002 - Plenário (peça 1, pp. 45-46) o Tribunal converteu os autos em tomada de contas especial, nos termos do art. 47 da Lei 8443/92, e determinou à Secex-MA que promovesse a "identificação completa de todos os responsáveis (pessoas físicas e jurídicas) e das respectivas condutas irregulares relativamente a cada um dos 51 convênios ou repasses de que cuidam os autos". O mesmo aresto autorizou aquela unidade técnica a "dividir este processo, por convênio/repasse, em grupos ou individualmente, instaurando tantas tomadas de contas especiais quantas forem necessárias à racionalização e à celeridade da instrução processual".

3. Naquela oportunidade, foi descrita a existência de um deliberado arranjo criado com o intuito de fraudar licitações e desviar recursos públicos. Em face da complexidade do assunto e para maior compreensão, transcreve-se trecho do relatório que serviu de base para o voto condutor da referida Decisão 534/2002 - Plenário:

3. A auditoria deste Tribunal constatou um esquema de fraudes na aplicação de recursos federais conveniados repassados à Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA. 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.

3.1. No primeiro nível da organização situamos os que se encontravam na posição de comando,

por deterem o controle dos meios, das condições e das oportunidades, sem os quais não haveria um ambiente propício à prática das fraudes. Nesse grupo estão o casal, senhor Eliseu Barroso de Carvalho Moura e (...), bem como o senhor Hieron Barroso Maia.

3.1.1 O senhor Eliseu Moura 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; foi eleito deputado federal para as legislaturas de 1995/1999 e 1999/2003 e assumiu como suplente em períodos da legislatura federal 2003/2007.

3.1.2 O deputado federal Eliseu Moura foi, legitimamente, autor de inúmeras emendas parlamentares que resultaram em transferências de recursos do Orçamento da União à Prefeitura de Pirapemas no período sob auditoria.

3.1.3 Desse modo, o senhor Eliseu Moura, a senhora Carmina e o senhor Hieron eram detentores dos meios propícios à gestação do esquema detectado de aplicação irregular de recursos públicos. Como deputado federal, o senhor Eliseu conseguiu levar para os cofres municipais de Pirapemas recursos federais que, em tese, reverteriam em benefícios para a população de sua principal base eleitoral. Como Prefeitos Municipais, a senhora Carmina e o senhor Hieron, respectivamente esposa e primo do deputado, foram eleitos para garantir ao deputado o controle da prefeitura, ou seja, foram as pessoas a quem o deputado, elegendo-as com seu prestígio político, confiou a entrega e a guarda dos recursos que carregou aos cofres municipais a partir de sua atividade parlamentar. Logo, tudo esteve sob o controle do senhor Eliseu Moura. Assim, ele conseguiu os recursos e os colocou sob a guarda do seu primo (4 anos) e depois de sua esposa (8 anos) que, de fato, eram apenas 'instrumentos' a serviço do verdadeiro controlador político e financeiro, senhor Eliseu Moura. Só sob essa comunhão de fatores poderiam ser, e assim O foram, perpetradas as fraudes investigadas.

3.2 No segundo nível da organização incluem-se os que, como prepostos do senhor Eliseu e da senhora (...), e a seu tempo, do senhor Hieron, executavam tarefas naturalmente atribuíveis a pessoas de extrema confiança, de lealdade já antes demonstrada, de fidelidade a toda prova. Essas pessoas 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 senhores José Oliven de Carvalho Moura, Wellington Manoel da Silva Moura, João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho, (...) e senhora (...). Sobre cada um, faremos um breve relato evidenciando o que restou apurado sobre seus vínculos de subordinação e de convívio com o senhor Eliseu Moura e a senhora (...) que os credenciaram a serem recrutados a servir a esse esquema de aplicação ilegal de dinheiro público.

3.2.1. O senhor José Oliven de Carvalho Moura é irmão do senhor Eliseu Moura. A partir de 10 de agosto de 1984, o senhor Oliven passou a integrar, como sócio, ao lado do seu irmão Eliseu Moura e a senhora Carmina Moura, a empresa São Luís Engenharia Ltda., instituída pelo casal em 28/2/77. Na divisão do capital social da empresa, o senhor Eliseu detinha 203.700 quotas, a senhora Carmina, 6.300, e o senhor José Oliven, 1.000, quando da entrada deste como sócio. No último termo de alteração contratual a que a auditoria teve acesso, datado de 30/06/1993, a participação societária do senhor José Oliven permaneceu mínima, 1%, a da senhora Carmina, 2,5%, e do senhor Eliseu, 96,5 %. Isto dito para evidenciar a prevalência econômica do senhor Eliseu sobre os demais sócios e a inferir-se a sua ascendência 'hierárquica' sobre sua esposa e seu referido irmão (v. fls. 02137-Anexo 12).

3.2.2. O senhor Wellington Manoel da Silva Moura teve seu nome registrado como testemunha instrumentária nas alterações contratuais datadas de 24/10/89 e de 21/08/91 da São Luís Engenharia Ltda. no Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Maranhão - CRC/MA. Consta em declaração prestada em 24 de outubro de 1989 pelo referido senhor, na condição de técnico de contabilidade, que seu endereço comercial era à Rua do Passeio nº 1.033, Centro, São Luís - MA. Esse endereço ali indicado era, naquela data, o mesmo endereço da referida empresa São Luís Engenharia Ltda.. Tal constatação está a indicar ter sido o senhor Wellington vinculado às atividades da empresa de titularidade do senhor Eliseu, à esposa deste, senhora Carmina, e o senhor José Oliven. Ou seja, o senhor Wellington, pelo menos desde 24/10/89, mantinha algum vínculo, que se deduz laboral, com os sócios da mencionada empresa. (v. fls. 32 e 35 - Anexo 12).

3.2.2.1 Segundo informações prestadas à Receita Federal pelo senhor Josias Luís Monção, este conheceu o senhor Wellington em 1996 quando trabalhava em São Luís no escritório da Prefeitura Municipal de Pirapemas ainda quando sediado na Rua da Alegria, 125, Centro e que, em 1997, o escritório foi transferido para a Av. São Sebastião, 387. Cruzeiro do Anil, telefones 245-4145 e 245-5211, bem como que o senhor Wellington trabalhou neste endereço no ano de 1997. Esta última informação foi confirmada pela auditoria que identificou na prestação de contas dessa prefeitura relativa ao ano de 1997 constante no Tribunal de Contas do Estado documentos comprobatórios da prestação de serviço desse senhor à dita prefeitura (v. fls. 41/43 e 73/77-Anexo 12).

3.2.2.2 O senhor João da Silva Neto em depoimento à Receita Federal informou que tinha conhecimento de que o senhor Wellington é primo do senhor Eliseu e que o mesmo teria sido funcionário da empresa São Luís Engenharia (v. fls. 116/121 e 125/128 - Anexo 12).

3.2.3 O senhor João da Silva Neto, Contador, foi testemunha instrumentária da alteração contratual de 30/06/93 da São Luís Engenharia Ltda. Tal fato, por si só, está a indicar que, pelo menos desde essa data, já havia ligação desse senhor como os sócios dessa empresa (v. fls. 37 - Anexo 12).

3.2.3.1 Segundo depoimento prestado à Receita Federal pelo senhor Josias Luís Monção, o senhor João da Silva Neto era responsável pelo setor financeiro da São Luís Engenharia ao tempo que aquele também lá trabalhava. Ainda, o senhor Josias declinou em seu depoimento que, após o encerramento das atividades da referida empresa, o senhor João da Silva Neto foi ser Assessor Parlamentar do então deputado federal Eliseu Moura, no escritório deste, no Cruzeiro do Anil (mesmo endereço do escritório da prefeitura). Informou ainda o senhor Josias que, após a senhora Carmina tornar-se Prefeita de Pirapemas, ele (Sr. Josias) foi trabalhar juntamente com senhor João da Silva Neto no escritório da prefeitura, na Capital do Estado, e que este último respondia pela prefeitura, bem como fora responsável pela contabilidade da campanha do Deputado Eliseu Moura (v. fls. 41/43 e 73/77 - Anexo 12).

3.2.3.2 Em depoimento à Receita Federal, o senhor João da Silva Neto declarou que após ter trabalhado como estagiário no Banco do Nordeste do Brasil na cidade de Oeiras/PI onde conheceu uma irmã do senhor Eliseu Moura, a mesma o indicou para trabalhar em São Luís em empresa madeireira de propriedade do senhor Eliseu Moura, tendo na empresa permanecido mais ou menos de fevereiro a agosto de 1987. O depoente afirmou que em 1990 ingressou na empresa São Luís Engenharia onde trabalhou até início de 1994 quando saiu para laborar na antiga Telma - Telecomunicações do Maranhão, e que, mais ou menos no início de 1997, o então deputado Eliseu Moura conseguiu a sua disposição para com este trabalhar como Secretário Parlamentar com exercício no gabinete, em São Luís, do deputado, no mesmo endereço do escritório da Prefeitura de Pirapemas, também na Capital do Estado. Em seu depoimento, o senhor João da Silva Neto declinou o número 245-4145 como sendo o telefone desse escritório parlamentar, aqui já referido como sendo também da representação da prefeitura na Capital do Estado (v. fls. 116/121 e 125/128 - Anexo 2).

3.2.4 O senhor Walter Pinho Lisboa Filho, Engenheiro, aparece como testemunha instrumentária da alteração contratual de 26/04/85 da São Luís Engenharia Ltda., evidenciando, portanto, ser pelo menos desde então sua ligação com os sócios dessa empresa (v. fls. 22 - Anexo 12).

3.2.4.1 Em depoimento prestado à Receita Federal em 16/11/2000, o senhor Walter Pinho Lisboa Filho declarou ter sido Engenheiro da empresa São Luís Engenharia no período de 1981 a 1985 e de 1991 a 1993 e que a empresa funcionou no mesmo endereço do escritório da Prefeitura de Pirapemas (v. fls. 83/90- Anexo 12).

3.2.4.2 - Declarou também o senhor Walter conheceu o senhor João da Silva Neto da empresa São Luís Engenharia do período de 1992 e 1993.

3.2.4.3 Aduziu ainda em seu depoimento o senhor Walter desde maio de 1997 presta serviços à Prefeitura de Pirapemas como profissional autônomo.

3.2.5 O senhor Josias Luís Monção, Técnico de Contabilidade, confirmou em depoimento à Receita Federal que foi empregado da empresa São Luís Engenharia Ltda. no início de 1994 e que foi preposto dessa empresa em causas trabalhistas. O depoente informou ainda que depois, em 1996, trabalhou no escritório da Prefeitura de Pirapemas, ainda no endereço da Rua da Alegria, 125, Centro, São Luís, MA, e que, posteriormente, este escritório foi transferido para a

Av. São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil, tendo por telefones os n°s 245-4145 e 245-5211 (v. fls. 41/43 e 73/77 - Anexo 12).

3.2.5. Acrescentou em seu depoimento na Receita Federal o senhor Josias Luís Monção que, após a senhora Carmina ter assumido em 1997 a Prefeitura de Pirapemas, ele foi trabalhar no escritório da prefeitura no endereço da Av. São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil.

3.2.5.2 Documentos colhidos no CRC-MA dão conta de que na Prefeitura de Pirapemas prestou, datadas de 13/07/2000, informações de que o senhor Josias, como Técnico de Contabilidade, exercia na prefeitura funções de natureza contábil. O senhor Josias declarou em depoimento à Receita Federal que desde dezembro de 1999 era Contador da prefeitura (v. fls. 135/ 141 - Anexo 12).

3.2.6 A senhora Maurie Anne Mendes Moura, em depoimento prestado à Receita Federal, declarou que exercia a função de Secretária Parlamentar do deputado Eliseu Moura desde janeiro de 1999 na Avenida São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil, telefone 245-4145 (v. fls. 80/82 - Anexo 12).

3.2.6.1 Também nesse depoimento afirmou ser prima do senhor Wellington Manoel da Silva Moura, mas que não o era do senhor Eliseu Moura.

3.2.6.2 Declarou ainda em seu depoimento a senhora Maurie Anne Mendes Moura que, quando ingressou no escritório do Deputado Eliseu Moura, o senhor João da Silva Neto já trabalha lá como Assessor Parlamentar.

4. Nesse ponto, faremos uma síntese do que restou evidenciado dos relatos acima sobre a estruturação dessa organização planejada para a fraude dos recursos públicos em questão.

4.1 Conciliando as informações acima apresentadas, infere-se que, tão logo a senhora Carmina Carmen Lima Barroso Moura foi eleita Prefeita Municipal em 1997, o senhor João da Silva Neto foi requisitado pelo deputado federal Eliseu Moura à Telecomunicações do Maranhão - TELMA para ser seu Secretário Parlamentar (ou Assessor Parlamentar, no dizer da senhora Maurie Anne) para, no entanto, responder na Capital do Estado (São Luis) pela prefeitura, a partir do escritório comum do deputado e da prefeitura em São Luis, sediado no imóvel à Av. São Sebastião, n° 387, Cruzeiro do Anil, telefones 245-4145 e 245-5211, de propriedade do próprio deputado e sua esposa, escritório esse que antes sediou a empresa São Luis Engenharia Ltda. Tal fato é uma demonstração insofismável de que escritório do deputado e da prefeitura eram uma coisa só e que o senhor Eliseu Moura era o 'Prefeito de fato' do Município de Pirapemas/MA administrando-o à distância, da Capital do Estado, por intermédio de terceiros, dentre estes sua esposa, a Prefeita de direito, e o senhor João da Silva Neto, uma espécie de 'gerente' da prefeitura e do deputado atuando no escritório comum da prefeitura e do deputado na Capital do Estado. Desse modo, o deputado Eliseu Moura amealhava, em decorrência de sua atuação parlamentar, recursos federais para serem aplicados no Município de Pirapemas e sobre tais valores detinha o total controle da aplicação.

4. 1.1 Para os que desconhecem a realidade da grande maioria das administrações municipais do Estado do Maranhão, esclareça-se que é muito comum que o gestor municipal resida na Capital do Estado, e no município só passe alguns poucos dias do mês. Assim, o Prefeito exerce o controle da administração à distância, a partir de escritório montado na Capital. No município fica o seu secretariado, atuando no dia-a-dia. Essa foi a realidade constatada pela auditoria no presente caso.

4.2 Sobre o imóvel da Avenida São Sebastião, acrescenta-se que a auditoria constatou estar relacionado entre os bens patrimoniais da senhora Carmina em sua declaração de imposto de renda ano-base 1978 (v. fls. 142/3 - Anexo 12).

4,3 Restou evidenciado que quase a totalidade dos componentes do segundo escalão da organização, assim acima relacionados, foram recrutados a partir de suas experiências laborais junto à São Luís Engenharia Ltda., de titularidade do senhor Eliseu Moura (96,5%), da senhora Carmina Moura (2,5%) e do senhor José Oliven Moura (1%). Ressalva se faz à pessoa da senhora Maurie Anne Mendes Moura que quando começou a servir ao esquema de fraudes já não mais estava em atividade a referida empresa. O recrutamento desta se deu a partir de sua atividade no próprio escritório do deputado Eliseu Moura. Assim, todas essas pessoas já eram experimentadas ao comando do senhor Eliseu Moura e ao convívio deste e de sua esposa.

4.3.1. Atente-se para o fato de que, à exceção do senhor Josias Luis Monção e da senhora Maurie Anne, os integrantes desse segundo nível da organização foram ligadas às atividades da

São Luis Engenharia Ltda. à época da gestão do senhor Eliseu Moura como Prefeito Municipal de Pirapemas (1989/1993), período administrativo esse fora do escopo da auditoria da Secex/MA, onde pode ter ocorrido também o mesmo padrão de fraudes detectado relativamente às gestões de sua esposa a Prefeita Carmina e do seu primo senhor Hieron Barroso Maia.

4.3.2 A senhora Maurie Anne, que se disse prima do senhor Wellington (que, por sua vez, é no dizer do senhor João Neto primo do senhor Eliseu Moura) era Secretária Parlamentar junto ao gabinete do escritório do deputado federal a partir de 1999, quando lá já encontrou trabalhando como Assessor Parlamentar o senhor João Neto. Referido escritório tinha endereço e telefone coincidentes com os do escritório da prefeitura.

4.4 Portanto, a experiência acumulada do senhor Eliseu Moura, como Engenheiro proprietário de empresa de construção civil, como Prefeito Municipal, como Deputado Federal, como chefe político do Município de Pirapemas/MA, que elegeu Prefeito seu primo e depois Prefeita sua esposa, esta por duas vezes, lhe respaldou o comando sobre todos os demais membros da organização, inclusive sua esposa e o seu irmão.

4. Na sequência do referido relatório, passaram a ser descritas as funções individuais de cada um dos indivíduos até então nomeados, que se deixa de transcrever pelo risco da prolixidade.

5. Em consequência do que foi determinado pela Decisão 534/2002 - Plenário, foram constituídos mais de 30 processos de TCEs. No processo específico agora em exame trata-se das irregularidades referentes à aplicação dos recursos federais transferidos por meio do Convênio 3256/1994, celebrado entre o FNDE e o Município de Pirapemas/MA, tendo por objeto o treinamento de docentes, a construção de uma escola rural, a ampliação de uma escola e a aquisição de material didático e equipamentos para escolas. As irregularidades foram assim descritas pela Secex-MA (peça 4, p. 55):

3.1. Irregularidade: simulação de procedimentos licitatórios (Convites n.ºs 30 e 31/99) informados pela Prefeitura como que realizados, onde constaram as participações das empresas Construtora Vale do Itapecuru Ltda., Cedron Construção e Comércio Ltda., São Luis Engenharia Ltda. e Construtora Ômega Ltda., que estão sob a titularidade/controlado de pessoas com vínculo de parentesco e/ou afinidade com o prefeito responsável. As informações resultantes do trabalho auditorial dão conta de que havia um esquema de fraude para desvio de recursos públicos na Prefeitura de Pirapemas/MA, sendo que sobressaíram como que artífices os Srs. Eliseu de Carvalho Moura, Carmina Carmem Lima Barroso Moura, José Olivian de Carvalho Moura e Wellington Manoel da Silva Moura, exatamente os três primeiros titulares da empresa São Luís Engenharia e o último titular da Construtora Vale do Itapecuru e controlador da Construtora Ômega, e que, por sinal, não foi localizado pelos fiscos estadual e federal e pela Procuradoria da República para prestar informações sobre suas atividades e de suas empresas. Além do mais, as informações de prestação de contas indicam ter havido pagamentos à empresa Brawa Comércio e Indústria Ltda., sobre a qual recaem suspeitas de não possuir capacidade operacional a justificar a emissão de suas notas fiscais, bem "como a comprovação, segundo depoimento do titular da mesma perante a Receita Federal, de que jamais participara de qualquer licitação supostamente promovida pela Prefeitura, embora, contrariamente, o nome da mesma, enquanto licitante, seja constante em diversas prestações de contas relativas a convênios da mesma prefeitura. Não há comprovação da efetividade das transações comerciais a que aludem as notas fiscais das empresas Construtora Vale do Itapecuru Ltda., Construtora Ômega Ltda. e Brawa Comércio e Indústria Ltda., cujos dados foram consignados na prestação de contas do convênio.

6. Após a realização de diversas citações e análise das respectivas defesas, o Tribunal deliberou, por meio do Acórdão 3418/2010 - Plenário (peça 5, pp. 13-14), por excluir da relação processual as empresas São Luís Engenharia Ltda., Prodícil – Projeto, Dimensionamento, Construção e Incorporação Ltda., Brawa Comércio e Indústria Ltda., Veloso Santos Construções Ltda. e Cedron Construções e Comércio Ltda.. O mesmo aresto condenou os Srs. Elizeu José Lopes Barroso, Hieron Barroso Maia, Moacir Rocha de Sousa, Raimundo Gomes da Rocha Neto e Wellington Manoel da Silva Moura e as empresas Construtora Vale do Itapecuru Ltda. e

Construtora Ômega Ltda. a recolherem os débitos e multas que lhes foram imputados pelos itens 9.5 e 9.6 daquele aresto.

7. Inconformados, os Srs. Elizeu José Lopes Barroso e Hieron Barroso Maia apresentaram recursos contra o Acórdão 3418/2010 - Plenário.

ADMISSIBILIDADE

8. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade anteriormente efetuados no âmbito desta Secretaria de Recursos (peças 20 e 21), referendados pelo relator dos autos, Exmo. Senhor Ministro José Jorge, nos termos do despacho constante da peça 24.

MÉRITO

9. Passa-se à síntese dos argumentos recursais e respectivas análises, destacando-se que os recorrentes se utilizaram de peças iguais.

Argumento:

10. Existiria ilegitimidade passiva, por não serem gestores do convênio, não terem fiscalizado a obra e não possuírem vínculos com as empresas participantes do procedimento licitatório. Assim, não poderiam ser enquadrados como "responsáveis, nos termos do art. 16, § 2º, da lei 8443/92".

Análise:

11. Conceitualmente, a ilegitimidade da parte se refere à sua "falta de qualidade para estar em juízo" (De Plácido e Silva, *in* Vocabulário Jurídico, p. 406). O referido autor menciona, ainda, que a ilegitimidade da parte deve ser provada, não podendo ser presumida.

12. 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).

13. 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).

14. 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.

15. Resumindo: 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.

16. Observe-se, no item 3 desta instrução (histórico processual), 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.

17. A legitimidade das partes estava clara, uma vez que eles haviam atuado na condição de prefeito municipal e membro da comissão de licitação e lhes haviam sido imputados atos diretamente relacionados aos prejuízos que teriam sido causados ao erário.

18. É infundada, portanto, a arguição de ilegitimidade passiva.

Argumento:

19. Os recorrentes arguem que após a formação de processos apartados, não mais foram chamados aos autos para se pronunciarem sobre as questões específicas tratadas em cada um deles. Teriam sido ouvidos apenas uma vez, no âmbito do TC 008.148/1999-6, processo originador.

20. Destacam, ademais, que no âmbito daquele processo as citações ocorreram de forma global, não lhes sendo possível individualizar as situações específicas de cada transferência de recursos.

21. Desta forma, teria ocorrido ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Análise:

22. Não assiste razão aos recorrentes.

23. A citação, conceitualmente, constitui-se 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 exercitar todas as prerrogativas processuais, dentre elas a apresentação de defesas.

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

25. 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.

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

27. 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 Convênio 3256/1994-FNDE tratado nestes autos, foi consignado exatamente o texto transcrito no item 5 desta instrução, como se pode ver à peça 2, pp. 18-19.

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

29. 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. 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.

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

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

Argumento:

32. O longo lapso de tempo decorrido desde os fatos tratados nesta TCE trazem prejuízo ao esclarecimento dos fatos e às suas defesas. Solicitam, assim, o trancamento das contas, mencionando como precedente o Acórdão 2647/2007 - Plenário.

Análise:

33. 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 iliquidáveis (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 após transcorridos dez anos desde o fato gerador. A referida IN foi aprovada por meio do Acórdão 2647/2007, invocado pelos recorrentes.

34. 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.

35. Analisando-se o caso concreto, vê-se que o Convênio 3256/1994-FNDE foi celebrado em 13/10/1994 e sua execução financeira ocorreu entre os meses de novembro de 1994 e dezembro de 1995. Embora não se tenha localizado, nestes autos, os comprovantes das citações dirigidas aos recorrentes (provavelmente em decorrência de falha quando da montagem do processo a partir da apartação de peças do TC 008.148/1999-6), constam dos autos as defesas por eles apresentadas, datadas de 04/07/2003 (peça 3, p. 49), momento em que aderiram à defesa já oferecida pela Sra. Carmina Carmem Lima Barroso Moura. O comparecimento dos recorrentes aos autos, por si só, seria suficiente para suprir a eventual lacuna da citação.

36. Como se pode verificar do que foi exposto, entre o fato gerador e a apresentação das defesas o lapso temporal foi inferior a nove anos, sendo, portanto, inaplicável a regra constante do referido art. 5º, § 4º, da IN/TCU 56/2007 e da inteligência que motivou sua edição.

37. O argumento deve, assim, ser rejeitado.

Argumento:

38. É impossível a localização dos documentos relativos à realização dos procedimentos licitatórios, ante o longo tempo decorrido.

Análise

39. O Convênio 3256/94 foi assinado sob a égide da IN/STN 02/1993, que dispunha, em seu art. 21, que os documentos comprobatórios teriam que ser guardados pelo prazo de cinco anos, “contados da aprovação da prestação ou tomada de contas, do gestor do órgão ou entidade concedente, relativa ao exercício da concessão”.

40. As contas do FNDE (entidade concedente) relativas ao exercício de 1994 (TC 006.247/1995-4) foram julgadas regulares com ressalvas no ano de 1996 (Ata 3/1996). Desta forma, a obrigatoriedade para a guarda dos documentos somente iria até o ano de 2001, antes, portanto, da citação, efetivada no ano de 2003.

41. Não caberia exigir-se dos recorrentes, portanto, a apresentação dos referidos documentos que poderiam, à época da citação, já ter sido destruídos. Ocorre que em nenhum momento se pediu que os recorrentes os apresentassem. Ao contrário de solicitar-lhes a apresentação, afirmou-se de sua inexistência, uma vez que à época em que foi realizada a auditoria – ano de 1999 – tais documentos já não haviam sido apresentados à equipe. E, registre-se, àquela época tais documentos deveriam estar devidamente guardados, nos termos da já mencionada IN-STN 02/1993.

42. Observe-se, ademais, que mesmo que tais documentos tivessem sido destruídos ou descartados haveria a necessidade de comprovação desse fato, mediante a apresentação de termo de descarte ou destruição de documentos.

43. Ante a ausência de qualquer termo similar, prevalece válida a afirmação da equipe de auditoria no sentido de que os documentos relativos ao procedimento licitatório não existiram, uma vez que não foram apresentados.

44. O argumento, portanto, não socorre aos recorrentes.

Argumentos:

45. Não existiu qualquer irregularidade na condução da licitação em referência, apenas suposições.

46. O objeto do convênio foi integralmente cumprido, conforme foi constatado pelo órgão concedente dos recursos mediante a realização de vistoria. As contas foram aprovadas pelo FNDE. A devolução dos recursos ocasionará o enriquecimento sem causa da União.

Análise:

47. Para a realização das obras que se faziam necessárias, foram supostamente realizados dois procedimentos licitatórios: os Convites 030/1994 (“Ampliação da Unidade Escolar Walter Andrade e Recuperação da U.E. Beira Rio”) e 031/1994 (“Construção de duas unidades escolares nos povoados Panaca e São Benedito), ambas adjudicadas e homologadas em 24/11/1994 (peça 8, pp. 21-22).

48. Do primeiro certame, teriam participado as empresas Cedron – Construção Comércio Ltda., Construtora Vale do Itapecuru Ltda. e São Luís Engenharia Ltda., sagrando-se vencedora a Construtora Vale do Itapecuru Ltda.. Como já se registrou, não existem evidências de que tenham sido expedidos convites ou apresentadas propostas pelas referidas firmas. Além disso, o conjunto probatório conduz à conclusão da existência de fraude, como se pretende demonstrar.

49. A empresa São Luís Engenharia Ltda. pertencia ao Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura e a sua esposa, Sra. Carmina Carmem Lima Barroso Moura, respectivamente prefeitos

antecessor e sucessora do Sr. Hieron Barroso Maia. Registre-se, aliás, que o Sr. Hieron Barroso Maia é primo do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura.

50. A empresa São Luís Engenharia Ltda., o Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura e a Prefeitura Municipal de Pirapemas se utilizavam de um mesmo logradouro, na cidade de São Luís/MA, como escritório de representação de seus negócios, qual seja a Av. São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil, São Luís/MA, em uma situação clara de conflito de interesses. Aquele mesmo endereço - e telefone - era mencionado como contato por diversas empresas que participavam de procedimentos licitatórios promovidos pela Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA.

51. Ressalte-se, nesse ponto, 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.

52. Frise-se que diversos dos depoimentos juntados aos autos daquele processo originador atestam que significativa parte da montagem dos processos licitatórios era efetuada exatamente naquele mesmo endereço. Mencionem-se os seguintes, que bem exemplificam a questão:

Depoimento prestado pelo Sr. José Orlando Rodrigues de Aquino (procurador das empresas 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.):

declarou ainda o depoente que jamais participou de qualquer licitação na Prefeitura Municipal de Pirapemas, sendo tudo feito no escritório da Av. São Sebastião, Cruzeiro do Anil .

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.):

19. Que sendo funcionário da Prefeitura de Pirapemas, em 21/9/97, 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.

Depoimento prestado pelo Sr. Manoel Mendes da Costa (sócio da empresa Procel Projetos, Construções e Eletrificações Ltda.):

11. Que, a pedido do senhor João da Silva Neto, mandou diversas Notas Fiscais de sua empresa, as quais foram remetidas para o escritório da empresa São Luís Engenharia, pelos Correios, cujo escritório ficava na Av. São Sebastião, perto do Retorno da Cohab. Que as vias dessas notas fiscais, que são destinadas à contabilidade, encontram-se em branco.

12. que, regularmente, foi solicitado pelo senhor João da Silva Neto para que assinasse documentos, mas que não lembra quais foram. Que o senhor João da Silva Neto sempre comentou que tudo era a pedido do senhor Eliseu Moura, pois este era funcionário de seu escritório aqui em São Luís.

53. A Construtora Vale do Itapecuru Ltda., por seu turno, tinha como sócios primitivos os Srs. Wellington da Silva Moura (primo do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura), Walfredo Melo Araújo e Antônio Vieira de Sousa. Conforme seus documentos societários, o endereço da sede da empresa era o mesmo endereço residencial de seus sócios Srs. Wellington Moura e Antônio Vieira de Sousa.

54. Os assentamentos do Sr. Wellington Moura junto ao Conselho Regional de Contabilidade – CRC/MA demonstram, em seu pedido de registro, que foi indicado como seu endereço comercial o mesmo da firma São Luís Engenharia Ltda. Ou seja, na data de constituição da Construtora Vale do Itapecuru Ltda. seu sócio, Sr. Wellington Moura, mantinha o mesmo endereço comercial da empresa São Luís Engenharia, do Sr. Eliseu Moura.
55. Os Srs. Wellington Moura e Walfredo Melo Araújo, sócios da Construtora Vale do Itapecuru Ltda., serviram como testemunhas instrumentárias em alteração contratual da São Luís Engenharia Ltda.
56. O Sr. Wellington Moura é também procurador da empresa Construssonda Construções Ltda., empresa emissora de diversos cheques em benefício dos Srs. Eliseu Barroso de Carvalho Moura e da Sra. Carmina Carmem Lima Barroso Moura, conforme restou consignado no relatório de auditoria que embasou a Decisão 534/2002 – Plenário. A mesma empresa teve cheques diversos assinados pelo Sr. Wellington e sacados pelo Sr. João da Silva Neto e pela Sra. Maurie Anne Mendes Moura, assessores parlamentares do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura.
57. Inúmeros são os depoimentos constantes dos autos do TC 008.148/1999-6 que confirmam o relacionamento mantido entre o Sr. Wellington Moura e o Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura, inclusive com menções diversas à presença do Sr. Wellington Moura no escritório “de uso compartilhado” mantido pelo Sr. Eliseu à Av. São Sebastião, 387.
58. Pode-se afirmar, portanto, que ainda que tivessem sido expedidos convites às empresas – o que se assinala, não foi comprovado – não existiria a efetiva competição entre as empresas São Luís Engenharia Ltda. e Construtora Vale do Itapecuru Ltda..
59. Os documentos fiscais apresentados pela Construtora Vale do Itapecuru Ltda. não podem ser considerados como idôneos. Observe-se, nesse sentido, que expediente encaminhado pela Gerência de Estado da Receita Estadual no Maranhão – 3ª Delegacia da Receita Estadual – Caxias informou que a Construtora Vale do Itapecuru Ltda. vinha protelando a apresentação dos documentos solicitados (TC 008.148/1999-6, Principal, Vol. 067, folhas 0401-0466, p. 15). Tais documentos, ao final, não foram remetidos.
60. Ademais, consoante consignou a equipe de auditoria, não consta, junto ao CREA/MA, o registro de qualquer obra em Pirapemas cuja execução lhe possa ser atribuída.
61. No Convite 31/1994 foram supostamente convidadas as empresas Veloso Santos Construção Ltda., Prodicil – Projetos, Construção, Incorporação Ltda. e Construtora Ômega Ltda. Sagrou-se vencedora a Construtora Ômega Ltda.. Conforme já se mencionou, não existem evidências de que tais empresas tenham sido efetivamente convidadas para participar do certame. De forma contrária, no entanto, tem-se a manifestação de representante da firma Prodicil afirmando nunca haver participado de qualquer certame promovido pela Prefeitura de Pirapemas (peça 4, pp. 31-32).
62. Quanto à Construtora Ômega Ltda., registre-se, de início, que tinha por procurador o já mencionado Sr. Wellington Moura. Esse senhor, aliás, serviu como testemunha no documento de constituição daquela empresa, revelando ser, de fato, seu controlador.
63. Conforme pesquisas efetuadas junto ao CREA/MA, não existe qualquer registro de obra realizada pela referida Construtora. Na mesma linha, constatou-se que o CNPJ consignado nas notas fiscais apresentadas por aquela empresa não era cadastrado na Receita Federal.
64. Da análise da movimentação bancária efetuada pela equipe de auditoria, foi constatado que o cheque 526390, no valor de R\$ 19.997,88, consignado na prestação de contas como em favor da Construtora Ômega Ltda., foi emitido nominativo à Construtora Vale do Itapecuru Ltda..

65. Não se pode dizer, portanto, que o procedimento licitatório e os pagamentos efetuados em favor das empresas vencedoras dos alegados certames licitatórios estejam desprovidos de máculas.

66. Há que se admitir, o entanto, que as obras foram realizadas, conforme atestam os relatórios de fiscalização emitidos pelo órgão repassador dos recursos. Observe-se, contudo, que o fato de as obras terem sido executadas não conduz necessariamente à conclusão de que o foram com os recursos da referida avença. Ao contrário, de tudo o quanto foi exposto, resta claro que as Construtoras Vale do Itapecuru Ltda. e Ômega Ltda., beneficiárias dos recursos federais transferidos, não realizaram as obras pelas quais obtiveram pagamento. Embora não se possa afirmar *quem e com que recursos* as obras foram executadas, pode-se assegurar que não o foram com os recursos do Convênio 3256/94 – FNDE, inclusive porque eram desprovidas de capacidade operacional.

67. Anote-se que em todas as oportunidades em que compareceram aos autos, os agentes responsabilizados nesta TCE limitaram-se a afirmar acerca da correção dos procedimentos relacionados à realização das obras sem, no entanto, em instante algum, sequer buscarem fazer prova de que as vencedoras dos pretensos certames realizados – Construtoras Vale do Itapecuru Ltda. e Ômega Ltda. - eram empresas "de fato", e não apenas de direito. Não trouxeram aos autos atestados técnicos emitidos em nome das empresas, não demonstraram a existência de profissionais em seus quadros, não comprovaram que as empresa possuíam equipamentos, não demonstraram o recolhimento de impostos, de INSS ou de FGTS relacionados às obras, não apresentaram qualquer documento contábil das empresas que demonstrassem a compra de insumos e a existência daquelas obras como centros de custos. Enfim, não apresentaram quaisquer dados que possibilitassem minimamente crer-se que as empresas, de fato, existissem.

68. Por derradeiro, anota-se que os documentos de crédito e respectivos valores referenciados na prestação de contas apresentada pela Prefeitura de Pirapemas (peça 8, p.11) não se mostra compatível com a realidade dos fatos, conforme demonstrou a análise da documentação bancária a que procedeu a Secex-MA (ver resumo da movimentação bancária à peça 8, p. 1). Em nenhum momento houve equivalência entre os valores dos cheques informados na prestação de contas e aqueles efetivamente constantes dos documentos bancários. Os valores reais dos cheques, por seu turno, apresentam-se completamente divergentes dos valores dos documentos fiscais que pretensamente dariam suporte aos pagamentos efetuados.

69. Inexiste, portanto, o nexo causal que permitiria se demonstrar a correta utilização dos recursos.

70. São improcedentes, portanto, os argumentos apresentados pelos recorrentes.

CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

71. Anota-se que contrariamente ao que afirmam os recorrentes, as provas constantes dos autos não podem ser consideradas como meros 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.

72. 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).

73. 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".

74. 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 carreados 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."

75. 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".

76. Observe-se que os recorrentes não apresentaram contraindícios de suas participações 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 alibi 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 [...]").

77. 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.

78. 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.

79. À vista de tudo o quanto foi exposto, entende-se pela rejeição dos argumentos recursais.

CONCLUSÃO

80. Ante todo o exposto, manifesto-me no sentido de que sejam os autos submetidos ao gabinete do Exmo. Senhor Ministro José Jorge, relator dos recursos, por intermédio do Ministério Público, com a proposta de que o Tribunal:

a) com fundamento nos arts. 31 e 33 da Lei 8443/92, conheça dos recursos de reconsideração apresentados pelos Srs. Elizeu José Lopes Barroso e Hieron Barroso Maia para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) comunique à Unidade Jurisdicionada e aos interessados a decisão que vier a ser proferida nestes autos.



TCU/Secretaria de Recursos, em 01/10/2012.

Paulo Roberto Wiechers Martins
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 276-3