

TC 020.618/2004-8 (Processo Eletrônico convertido)

Natureza: Recurso de Reconsideração

Entidade: Município de Pirapemas/MA

Recorrentes: Wellington Manoel da Silva Moura (CPF 170.199.582-49).

Advogada:, Thaynara Santos Fernandes (OAB/PI 7795), conforme procuração constante à peça 74.

Sumário: Recurso de Reconsideração em processo de tomada de contas especial. Fraude na execução de convênio. Considerações acerca das provas indiciárias. Negativa de provimento.

Inicialmente assinala-se, por questões metodológicas, que nesta instrução a referenciação 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 33. 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. 47-48) 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 carreou 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 inclui-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, lista-se os senhores José Olivan 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 Olivan de Carvalho Moura é irmão do senhor Eliseu Moura. A partir de 10 de agosto de 1984, o senhor Olivan 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 Olivan, 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 Olivan 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.

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 Olivan. 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 Luis 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 Luis 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 Luis 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 Luis 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.ºs 245-4145 e 245-52 11 (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, nº 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, acrescente-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 Luis Engenharia Ltda., de titularidade do senhor Eliseu Moura (96,5%), da senhora Carmina Moura (2,5%) e do senhor José Olivian 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. O processo específico em exame trata das verbas relativas ao Convênio 43268/1998, firmado com o FNDE com vistas à manutenção de escolas públicas municipais e municipalizadas. Foram apontadas, em relação a esse convênio, as seguintes questões, nos termos descritos pela Secex-MA (peça 6, pp. 34-35):

3.3.7. Como irregularidades evidenciadas pela equipe de auditoria do TCU no convênio em análise têm-se, fls. 01 - anexo 1:

- a) a Construssonda é uma empresa de 'fachada', sendo suas notas fiscais frias e utilizadas apenas para justificar contabilmente as despesas com os recursos conveniados;
- b) a Construssonda é controlada pelo Sr. Elizeu Moura, esposo da Prefeita e Deputado Federal, utilizando-se para tanto do procurador da empresa, Sr. Wellington da Silva Moura, do Sr. João da Silva Neto, secretário parlamentar e da Sra. Maurie Anne Mendes Moura;
- c) não há comprovação da vinculação dos recursos conveniados à execução porventura realizada, de obras para consecução do objeto conveniado;
- d) as demais empresas tidas como contratadas fazem parte de um esquema de fraude de licitações e emissão de notas fiscais frias;
- e) as notas fiscais das empresas ATM, Comercial Bom de Preço e Distribuidora São Jorge possuem a mesma grafia; e
- f) a assinatura do representante da Distribuidora São Jorge é do Sr. Cláudio Pinto dos Reis, que também é o representante da DISPROL, segundo apurado em investigação da Receita Federal.

6. Após a realização de diversas citações e análise das respectivas defesas, o Tribunal, por meio do Acórdão 1303/2010 - Plenário (peça 6, pp. 41), retificado pelo Acórdão 2012/2010 - Plenário (peça 6, p. 42), condenou, além de outros responsáveis, o Sr. Wellington Manoel da Silva Moura a recolher o débito e a multa que lhes foram imputados pelos itens 9.4.3 e 9.5 daquele aresto.

7. Inconformado, o Sr. Wellington Manoel da Silva Moura interpôs recurso em face do Acórdão 1303/2010 - Plenário.

ADMISSIBILIDADE

8. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade anteriormente efetuado no âmbito desta Secretaria de Recursos (peça 76) exclusivamente no que concerne ao conhecimento do recurso.

9. No que se refere à atribuição de seus efeitos, no entanto, diverge-se da sugestão então efetuada por esta unidade e tem-se como correto o posicionamento adotado pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator Raimundo Carreiro, em seu despacho de peça 77, restringindo-os ao recorrente.

MÉRITO

10. Passa-se à síntese dos argumentos recursais e respectivas análises.

Argumento:

11. Existe ilegitimidade passiva, por não ser gestor do convênio; “não poderá ser enquadrado no artigo 16, § 2º, da Lei 8443/92, haja visto que não era responsável, nem mesmo terceiro que concorreu para o suposto dano apurado”.

Análise

12. 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.

13. 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).

14. Nessa linha, assinalou Maria Helena Diniz: "sendo o dano um pressuposto da responsabilidade civil, será obrigado a repará-lo aquele a quem a lei onerou com tal responsabilidade, salvo se ele puder provar alguma causa de escusa" (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro. 7v., Responsabilidade Civil, 1998, p. 144).

15. Valendo-se dessas lições, Márcia Nicolodi assinalou: "Assim, de imediato, pode-se afirmar que o réu 'será aquele que for apontado como causador do dano', isto porque prescreve o art. 927, do CC, que todo 'aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. E 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* A legitimidade "ad causam" nas ações para reparação de dano extrapatrimonial. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 113. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4384>>, acesso 27/08/2012).

16. O recorrente confunde, a julgar pelos argumentos por ele apresentados, a ilegitimidade da parte 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).

17. 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.

18. 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.

19. Mencionem-se, dentre tantas outras, as seguintes ementas que demonstram a aplicação da teoria da asserção nos tribunais pátrios:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Processo: AI 665750520118190000 RJ 0066575-05.2011.8.19.0000

DESPACHO SANEADOR - REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELA PARTE RÉ. CONTROVÉRSIA REFERENTE AO CURSO DE EDUCAÇÃO FÍSICA MINISTRADO PELO AGRAVANTE - APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO.

A discussão a respeito da inexistência de responsabilidade da agravante pelos fatos apontados na exordial, e, conseqüentemente de sua legitimidade confunde-se com a questão meritória e

como tal deverá ser decidida em consonância com a denominada teoria da asserção que reconduz à configuração da remota causa de pedir nos exatos termos da narrativa da parte autora. Negado seguimento ao recurso.

Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região

Processo: RO 376 RO 0000376

LEGITIMIDADE "AD CAUSAM". TEORIA DA ASSERÇÃO. APLICAÇÃO.

A legitimidade "ad causam" se averigua pela análise abstrata dos fatos lançados na peça de ingresso. Portanto, para que a reclamada possua legitimidade passiva "ad causam", basta a alegação de ocorrência da pertinência subjetiva da demandada com o direito material controvertido. Teoria da asserção que se aplica também no Direito Processual do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Processo: AIRR 811410320045020040 81141-03.2004.5.02.0040

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DESPROVIMENTO.

A legitimidade passiva decorre das alegações lançadas na inicial acerca da responsabilidade da Recorrente pelo pagamento da compleção de aposentadoria, circunstância suficiente para justificar a sua presença no polo passivo da demanda (Teoria da Asserção). Agravo conhecido e desprovido.

Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região

Processo: RO 914201000323004 MT 00914.2010.003.23.00-4

LEGITIMIDADE DA PARTE. TEORIA DA ASSERÇÃO.

A denominada teoria da asserção assenta que a legitimidade deve ser analisada de forma singela, verificando-se se o que se pede guarda, ao menos hipoteticamente, relação contra quem se pede, apesar de haver ou não correlação entre a afirmação do autor e a realidade fática dos autos do processo, porquanto aí já se estará no campo meritório. Destarte, no caso concreto, indagar sobre ser ou não responsável subsidiário o 2º demandado, significa ingressar no próprio mérito em momento impróprio.

Superior Tribunal de Justiça

Processo: AgRg no AREsp 53146 SP 2011/0148200-4

PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA.

1. A Defensoria Pública tem autorização legal para atuar como substituto processual dos consumidores, tanto em demandas envolvendo direitos individuais em sentido estrito, como direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, na forma do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar n.º 80/94. Precedentes.
2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes.
3. Agravo regimental não provido.

Superior Tribunal de Justiça

Processo: AgRg no REsp 1095276 MG 2008/0225287-8

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL NA NARRAÇÃO CONTIDA NA PETIÇÃO VESTIBULAR - CONDIÇÕES DA AÇÃO - LIMITES RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ENTE ESTATAL.

1. A teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor do recurso de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito.
2. O momento de verificação das condições da ação, nos termos daquela teoria, dar-se-á no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Logo, a verificação da legitimidade passiva *ad causam* independe de dilação probatória na instância de origem e de reexame fático-probatório na esfera extraordinária.
3. Não se há falar em legitimidade passiva *ad causam* quando as alegações da peça vestibular ilustrarem de maneira cristalina que o réu não figura na relação jurídica de direito material nem em qualquer relação de causalidade. Agravo regimental provido.

20. 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 aos diversos responsáveis ali descritos foi imputada participação, com a descrição dos laços que os uniam aos demais membros. O Sr. Wellington Moura foi explicitamente mencionado, no relatório de auditoria, como integrante e peça-chave dessa organização.

21. A legitimidade da parte estava clara, uma vez que lhe havia sido imputada a prática de atos diretamente relacionados aos prejuízos que teriam sido causados ao erário.

22. Não merece prosperar, portanto, o argumento recursal.

Argumento:

23. Após a formação do processo apartado não mais foi chamado ao auto para se pronunciar sobre as questões específicas nele tratadas. Teria sido ouvido apenas uma vez, no âmbito do TC 008.148/1999-6, processo originador.

24. No âmbito daquele processo a citação ocorreu de forma global, não lhe sendo possível individualizar as situações específicas de cada transferência de recursos.

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

Análise

26. Não assiste razão ao recorrente.

27. 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.

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

29. 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.

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

31. 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 afirma o recorrente, o ofício de citação foi acompanhado 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 43268/1998 – FNDE, tratado nestes autos, foi consignado o seguinte (peça 4, p. 2):

Não comprovação da efetividade das transações comerciais a que aludem as notas fiscais da empresa das empresas Disprol, A.T.M. Nogueira Santos, MM Alves (Distribuidora São Jorge), F. de A. Conceição (Comercial Bom de Preço) e Construssonda Construções Ltda. consignadas na prestação de contas do convênio.

32. 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 do recorrente, não há como se negar que ele efetivamente tinha conhecimento acerca *do que* deveria se defender.

33. 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.

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

35. O argumento do recorrente não merece, portanto, prosperar.

Argumento:

36. O longo lapso de tempo decorrido desde os fatos tratados nesta TCE trazem prejuízo ao esclarecimento dos fatos e às suas defesas. Seria cabível o trancamento das contas, na mesma linha jurisprudencial adotada no Acórdão 2325/2011 - Plenário e outros.

Análise

37. 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 depois de transcorridos dez anos desde o fato gerador.

38. 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. Especificamente no que se refere ao Acórdão 2325/2011 - Plenário, invocado pelo recorrente, o prazo transcorrido chegava perto dos onze anos.

39. Analisando-se o caso concreto, vê-se que o Convênio 43268/1998 – FNDE foi celebrado em 1998 e seus efeitos financeiros ocorreram em 1998 e 1999. A citação do Sr. Wellington Manoel da Silva Moura, por seu turno, foi efetuada (no âmbito do TC 008.148/1999-6) em 19/05/2003, conforme demonstra o AR constante da peça 4, p. 5.

40. Como se pode verificar do que foi exposto, o lapso temporal existente foi inferior a cinco anos sendo, portanto, inaplicável a regra constante do referido art. 5º, § 4º, da IN/TCU 56/2007 e da inteligência que motivou sua edição.

41. O argumento deve, assim, ser rejeitado.

Argumento

42. Os mesmos fatos utilizados para fundamentar a condenação nesta TCE têm sido utilizados para arrimar, igualmente, sua condenação em outros processos, em uma clara e evidente afronta ao princípio do *non bis in idem*.

Análise

43. Não há que se falar na existência de *bis in idem*. Embora os diversos processos de tomada de contas especial em que o recorrente figura como responsável sejam análogos, cada um discute uma questão específica, distinta das tratadas em todos os outros. É certo, portanto, que cada processo trata de uma fraude específica, embora praticada sob o mesmo *modus operandi* das demais.

44. Em cada um dos diversos processos o responsável foi condenado pela devolução dos recursos especificamente tratados naqueles autos e punido com a imputação de multa proporcional àquele mesmo débito.

45. É de se ressaltar, ainda, que a Decisão 534/2002 – Plenário, prolatada no TC 008.148/1999-6, teve o caráter meramente interlocutório, não aplicando nenhuma espécie de sanção aos diversos responsáveis arrolados naqueles autos. Determinou apenas a constituição de processos de TCEs para discutir cada uma das ocorrências então apontadas. Se houvesse, naquele TC 008.148/1999-6, a aplicação de sanções, caberia discutir-se da hipótese de *bis in idem*. Isso, porém, não ocorreu.

46. Rejeita-se, portanto, o argumento do recorrente.

Argumento

47. Não há dúvida quanto ao cumprimento integral do convênio. O próprio FNDE concluiu pela execução da obra em sua totalidade. As contas respectivas foram prestadas e aprovadas.

Análise

48. Contrariamente ao que afirma o recorrente, não existe nos autos qualquer comprovação de que a Construssonda Construções Ltda. tenha realizado obras em contrapartida aos recursos por ela recebidos. Aliás, não se tem sequer a confirmação de que qualquer obra tenha sido executada.

49. Historiando-se os fatos, registra-se que o Convênio 43268/98 - FNDE previa, em sua Cláusula Primeira, Subcláusula Única, que os recursos poderiam ser utilizados em diversas atividades ali listadas, dentre elas a "manutenção, conservação e pequenos reparos da unidade escolar", o que respaldaria, em tese, a utilização do dinheiro destinado à Construssonda. Ocorre que, à exceção da Nota de Empenho e Nota Fiscal emitida por aquela empresa assinalando as escolas em que teria realizado os supostos serviços (peça 12, p. 32), não existe nos autos nenhum documento a

eles referente: solicitação da realização de serviços, discriminação dos serviços necessários, processo licitatório ou despacho justificando sua não realização, termos de medição, atestos de recebimento.

50. Observe-se que a Cláusula Segunda do Convênio 43268/98 - FNDE dispunha que a conveniente (Prefeitura de Pirapemas) deveria manter os documentos comprobatórios das despesas pelo prazo de cinco anos, "contados da aprovação da prestação ou tomada de contas do gestor do órgão concedente". Ora, as contas do FNDE (TC 009.002/1999-5) foram julgadas pelo TCU em 04/05/2004 (Relação 29/2004, Ministro Humberto Guimarães Souto). À época em que foi realizada a auditoria, portanto, os documentos que comprovavam a necessidade e a realização dos serviços teriam de ser apresentados. O mesmo se pode dizer em relação à data em que foi realizada a citação.

51. Tudo o que existe é o pagamento efetuado à empresa Construssonda e a Nota Fiscal emitida por aquela empresa. Não se tem sequer a menção do que teria sido feito.

52. Ademais, constatou-se que a empresa Construssonda Construções Ltda. não possuía capacidade operacional. Anote-se, nesse sentido, que as informações prestadas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social dão conta de que a Construssonda apresentou "RAIS NEGATIVA" para o ano de 1997 (TC 008.148/1999-6, Principal, vol. 7, folhas 1143-1177, p. 21) e "RAIS não entregue" para o ano de 1998 (TC 008.148/1999-6, Principal, vol. 8, folhas 1177-1238, p. 40). A respeito do que seja "RAIS NEGATIVA", a informação constante do site "<http://www.rais.gov.br/negativa.asp>", esclarece que "é a declaração da Rais, na qual são fornecidos somente os dados cadastrais do estabelecimento, cadastrado com CNPJ, quando o mesmo não teve empregado durante o ano-base".

53. Na mesma linha, o Serviço de Fiscalização do INSS, atendendo à diligência deste Tribunal promovida por meio do Ofício 075/2000 - SECEX/MA, informou que no endereço fornecido pela empresa Construssonda "não foi possível encontrar qualquer informação a respeito da referida empresa", pois no local indicado existia apenas uma sala fechada, "que segundo informações pertence a um contador" (TC 008.148/1999-6, Principal, Vol. 067, fls. 0401-0466, p. 5).

54. Complementando as informações, aquele mesmo Serviço aduziu que obteve, junto à Secretaria de Estado da Fazenda em Caxias/MA, a informação de que não constava, para a referida empresa, "autorização para emissão de blocos de notas fiscais" e, igualmente, não constava "qualquer recolhimento para a Previdência Social".

55. Ainda, os trabalhos de auditoria realizados pela Secex-MA demonstraram inexistir, no CREA/MA, qualquer registro de obra no município de Pirapemas/MA que tenha sido executada pela Construssonda.

56. O bom senso conduz à conclusão lógica de que uma firma que não possui empregados, sede física ou outro tipo de estrutura operacional não é capaz de construir qualquer obra.

57. O recorrente, em sua peça, limitou-se a afirmar acerca da correção dos procedimentos sem, no entanto, em instante algum sequer buscar fazer prova de que a Construssonda Construções Ltda. era uma empresa "de fato", e não apenas de direito. Não trouxe aos autos atestados técnicos emitidos em nome da empresa, não demonstrou a existência de profissionais em seus quadros, não comprovou que a empresa possuía equipamentos, não demonstrou o recolhimento de impostos, de INSS ou de FGTS relacionados às obras, não apresentou qualquer documento contábil da empresa que demonstrasse a compra de insumos e a existência das supostas obras realizadas como centros de custos. Enfim, não apresentou qualquer dado que possibilitasse minimamente crer-se que a empresa, de fato, existisse.

58. O argumento do recorrente não pode, portanto, ser acolhido.

Argumento

59. Foram apontados apenas indícios circunstanciais, sem a existência de provas robustas.

Análise

60. Contrariamente ao que afirma o recorrente, não se tratam de 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.

61. 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).

62. 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".

63. 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 frequentemente 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."

64. 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".

65. Observe-se que o recorrente não apresentou contraindícios de sua participação 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 [...]").

66. 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.

67. 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.

68. O argumento recursal não merece, portanto, ser acolhido.

CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

69. Frisa-se, por fim, 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.

70. Rememore-se, de forma ligeira, algumas passagens que demonstram o papel do Sr. Wellington no arranjo então efetuado:

71. O Sr. Wellington Manoel da Silva Moura foi sócio originário da empresa Construtora Vale do Itapecuru Ltda., igualmente suposta executora de diversas obras para a Prefeitura Municipal de Pirapemas. Conforme documentos societários, tal Construtora Vale do Itapecuru Ltda. tinha por sede o mesmo endereço residencial do Sr. Wellington Moura.

72. Junto ao Conselho Regional de Contabilidade - CRC-MA, os assentamentos do Sr. Wellington Moura, como Técnico em Contabilidade, revelam que ali consta, à data de 24/10/89, seu pedido de registro principal no Conselho, tendo como endereço comercial a Rua do Passeio nº1033, Centro, São Luís/MA. O mesmo endereço da firma São Luís Engenharia Ltda., de propriedade do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura.

73. O Sr. Wellington Moura, serviu como testemunha instrumentária em alteração contratual da São Luís Engenharia, sendo qualificado como sócio da Construtora Vale do Itapecuru Ltda.

74. A movimentação bancária relativa ao Convênio nº 964/93 - FNDE demonstra que cheques emitidos para pagamento à Construtora Vale do Itapecuru Ltda. foram endossados e depositados em conta mantida pelo Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Neto.

75. Ainda sobre a Construtora Vale do Itapecuru Ltda., da qual o Sr. Wellington era sócio, constatou-se junto ao Conselho Regional de engenharia e Arquitetura do Maranhão - CREA-MA que não constava registro de qualquer obra em Pirapemas cuja execução lhe fosse tecnicamente atribuída.

76. Além de sócio da Construtora Vale do Itapecuru Ltda., o Sr. Wellington Moura foi constituído procurador da empresa Construtora Vale do Itapecuru Ltda., de propriedade dos Srs. Manoel Rodrigues Martins (seu pai) e Paulo de Tarso Almeida Bezerra Lima. Ambos os proprietários apresentavam como endereço residencial o mesmo endereço do Sr. Wellington Moura e da Construtora Vale do Itapecuru Ltda.

77. Ademais, o Sr. Wellington Moura figurava, também, "como pessoa física prestadora de serviços nos meses de junho, julho e agosto de 1997" para a Prefeitura de Pirapemas/MA, conforme apontou o item 22.14 do Relatório de Auditoria.

78. Ele também assinou como testemunha nos contratos sociais das firmas Proemp - Construções e Comércio Ltda. e Construtora Ômega a qual, segundo depoimento do Sr. João da Silva Neto, seria por aquele controlada.

79. Análise da movimentação bancária permitiu verificar que cheques emitidos para pagamentos à Construtora Ômega foram emitidos em favor da Construtora Vale do Itapecuru Ltda..

Aliás, também cheques emitidos para pagamento à Indecon - Indústrias de Estruturas de Concreto Ltda., outra das firmas contratadas pela Prefeitura Municipal de Pirapemas, foram depositados na conta da Construssonda.

80. A análise da movimentação bancária da empresa Construssonda, por seu turno, revelou, a existência de cheques por ela emitidos e que consignavam em seus versos, como endereços dos portadores, o endereço comum mantido pela Prefeitura de Pirapemas e pelo Deputado Eliseu Moura (Av. São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil e telefone 245.4145), que era frequentado pelo Sr. Wellington, conforme atestam vários depoimentos.

81. Depoimentos diversos (constantes do processo originador) consignam dados que demonstram a relação existente entre o Sr. Wellington Moura e os demais integrantes do esquema de desvio de dinheiro, senão vejamos:

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.):

(...) a administração da empresa Proemp [participante de licitações e contratada para a suposta execução de obras pela Prefeitura de Pirapemas] (...) era exercida pelo senhor Wellington Moura, inclusive este elaborava todas as planilhas e propostas para participar de licitação (...)

(...) passou diversos cheques assinados em branco para o senhor Wellington Moura, com o argumento de que serviriam para pagar custos da obra (...); que, em outras oportunidades, endossou cheques em nome da empresa Proemp, emitidos pela Prefeitura de Pirapemas, levados até o depoente pelo próprio Wellington Moura (...); que, em diversas vezes, o senhor Wellington Moura foi sozinho, após colher o endosso do depoente, à agência bancária para sacar o dinheiro; 6. perguntado sobre as propostas entregues pelo senhor Wellington Moura para serem assinadas, o depoente disse que recebia processos de licitação já montados, os quais continham, além das propostas da Proemp, outras em nome de demais empresas licitantes, Às vezes assinadas e também não assinadas.

9. Perguntado em que lugar o senhor Wellington Moura elaborava as propostas das empresas, o depoente respondeu que este senhor elaborava as propostas das empresas Proemp e Construssonda em um escritório localizado nos fundos da empresa Moura Comercial, no Cruzeiro do Anil, cujo estabelecimento pertence ao senhor Euvaldo, titular da Comercial Moura e irmão da senhora Maurie Anne [Secretária Parlamentar do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura].

19. Que (...) 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. Que esta empresa Construssonda não tinha estrutura para prestar qualquer serviço à Prefeitura de Pirapemas e que o bloco de Notas Fiscais da Construssonda ficava em poder do senhor Wellington Moura.

Depoimento prestado pelo Sr. Joel Duarte de Oliveira, ex-gerente da agência Cantanhede, do Banco do Brasil:

(...) algumas vezes o Sr. Wellington se apresentou na agência de Cantanhede para efetuar saques em dinheiro acompanhado da Sra. Maurie Anne ou do Sr. João Neto"

(...) sabe dizer que as empresas Construssonda, Proemp, N.C. Construções, Procel e E.B.C. tinham como ponto de referência o escritório do Sr. Eliseu Moura".

(...) sabe dizer que os Srs. João Neto e Wellington efetuaram vários saques de contas da Prefeitura e da Construssonda, seja diretamente na agência de Cantanhede ou por consulta de cheque nas agências da Cohama e São Francisco, ambas em São Luís".

(...) sabe precisar que a transferência de R\$ 43.000,00 da N. C. Construções para a Construssonda foi autorizada por escrito, sabendo informar que a autorização saiu do próprio escritório central do Sr. Eliseu Moura, bem como por telefonema oriundo do escritório do Sr. Eliseu Moura.

Depoimento prestado pelo Sr. Fernando Tajra Reis, sócio da empresa Cedron Construção e Comércio Ltda.:

8. perguntado se conhece o senhor Wellington Moura, o depoente respondeu que, estando no escritório do senhor Eliseu Moura, no Cruzeiro do Anil, lhe apontaram este senhor, com a informação que se chamava de "Jacaré".

Depoimento prestado pelo Sr. João da Silva Neto (ex-empregado das empresas Incomara Indústria e Comércio de Madeira Maranhão Ltda. e São Luís Engenharia Ltda., ambas do Sr. Eliseu Moura, ex-Secretário Parlamentar do Sr. Eliseu Moura e procurador da empresa Procel Projetos, Construções e Eletrificações Ltda.):

Perguntado também se as empresas comandadas pelo senhor Wellington Moura, citadas no subitem "a", possuem canteiros de obras no Município de Pirapemas, respondeu apenas que a maioria das obras do setor civil é de fato executada com o apoio do pessoal vinculado à administração municipal, a exemplo do engenheiro Walter e do mestre de obras Gedelias.

Depoimento prestado pelo Sr. José Orlando Rodrigues Aquino (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.):

14. perguntado se conhece o senhor Wellington Moura, o depoente respondeu que sim, do escritório localizado na Av. São Sebastião, do senhor Eliseu Moura e Prefeitura de Pirapemas (...)

Depoimento prestado pelo Sr. Leovegildo Segundo Costa Filho, ex-gerente da agência Cohama do Banco do Brasil:

por ocasião do saque dos valores referentes ao desconto dos cheques emitidos pela Prefeitura acompanhavam o representante das empresas, o senhor Wellington; (...); o senhor Wellington se apresentava como representante da Prefeitura Municipal de Pirapemas; (...); quando do valor do saque dos valores de cheques pagos às empresas, o Sr. Wellington sempre acompanhava os respectivos representantes; (...) na maioria dos casos os cheques nominais às empresas eram apresentados pelo Sr. Wellington, sendo que o depoente questionava sobre o beneficiário do cheque, que era logo em seguida chamado a se identificar;

82. De tudo o quanto se transcreveu, resta devidamente demonstrado que o Sr. Wellington Manoel da Silva Moura possuía fortes laços com outras pessoas e empresas diretamente envolvidas no arranjo criado com o propósito específico de desviar verbas públicas e com eles compartilhava os mesmos logradouros, quer residenciais ou das firmas que representava.

83. A análise das movimentações bancárias e os depoimentos prestados pelos ex-gerentes das agências do Banco do Brasil também são contundentes em reforçar a presença do Sr. Wellington Moura nas diversas transações efetuadas pela Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA.

84. Destarte, contrariamente ao que alega o recorrente, o conjunto de indícios possui valor probatório, aplicando-se à situação as anotações relacionadas à prova indiciária já constantes desta instrução.



85. De tudo o quanto foi exposto, portanto, propõe-se que seja negado provimento ao recurso apresentado pelo Sr. Wellington Manoel da Silva Moura.

CONCLUSÃO

86. Ante todo o exposto, manifesto-me no sentido de que sejam os autos submetidos ao gabinete do Exmo. Sr. Ministro Raimundo Carreiro, relator do recurso, por intermédio do Ministério Público, com a proposta de que o Tribunal:

a) nos termos dos arts. 31 e 33 da Lei 8.443/92, conheça do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Wellington Manoel da Silva Moura e, no mérito, lhe negue provimento;

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

TCU/Secretaria de Recursos, em 02/10/2012.

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