

TC-019.274/2011-4

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidade jurisdicionada: Município de São Vicente Férrer/MA

Responsáveis: Vicente Arouche Santos (CPF 137.641.443-00, peça 1, p. 6; peça 9) e Construtora Trimetal Ltda. (CNPJ 23.600.836/0001-22, peça 7, p. 5 e 7; peça 10)

Procuradores: Constâncio Pinheiro Sampaio, OAB/MA 5.672 (ref. Vicente Arouche Santos, peça 28, p. 1, 6-7), Ajalmar Rego da Rocha Filho, OAB/MA 7075-A, OAB/PI 3823 (ref. Construtora Trimetal Ltda., peça 19)

Interessado em sustentação oral: Não há

Proposta: de diligência

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Coordenação Geral de Orçamento e Finanças do Ministério do Esporte (processo comprot 58000.000776/2003-61, Peça 1, p. 2 e 4) em desfavor do Sr. Vicente Arouche Santos, na condição de ex-prefeito de São Vicente Férrer/MA (Peça 1, p. 6), em razão da não execução dos recursos repassados à Prefeitura de São Vicente Férrer por força do Convênio 577/98, Siafi 366771 (Peça 2, p. 25), celebrado com o ora extinto Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporte (IDESP), que teve por objeto a construção de uma Quadra Poliesportiva (Peça 1, p. 21-33).

HISTÓRICO

2. Conforme disposto na Cláusula Quarta foram previstos R\$ 64.527,00 para a execução do objeto, dos quais R\$ 58.074,00 seriam repassados pelo concedente e R\$ 6.453,00 corresponderiam à contrapartida (peça 1, p. 25).

3. Os recursos federais foram repassados em parcela única, mediante a ordem bancária 98OB2425 (UG/Gestão 153236/26295), no valor de R\$ 58.074,00, emitida em 27/11/1998. Não consta, dos autos, a data em que os recursos foram creditados na conta específica (conta corrente 112194 da Agência 2628 do Banco 001 – Banco do Brasil) (peça 1, p. 34).

4. Segundo o termo de convênio, o ajuste vigoraria no período de 2/7/1998 a 30/9/1998, com termo final do prazo final para apresentação da prestação de contas em 29/11/1998, conforme Cláusula Terceira (peça 1, p. 23 e 32). No entanto, o concedente adotou entendimento de que o período de noventa dias previsto no termo de convênio devia ser contado da data da liberação do recurso (27/11/1998), o que expiraria em 28/2/1999, conforme peça 1, p. 35, e remeteria o termo final do prazo para prestar contas para o dia 29/4/1999 (v. peça 2, p. 44).

EXAME TÉCNICO

5. Em cumprimento ao Despacho de 27/7/2012 do Sr. Diretor da 2ª Diretoria Técnica (peça 8), foi promovida a citação dos responsáveis abaixo, com prazo de quinze dias:

a) do Sr. Vicente Arouche Santos, por meio do ofício 1725/2012-TCU/SECEX-MA (peça 11), datado de 30/7/2012 (entregue em 20/8/2012, cf. Aviso de Recebimento (AR), peça 15);

b) da Construtora C. Trimetal Ltda., mediante o ofício 1742/2012-TCU/SECEX-MA (peça 13), datado de 31/7/2012 (entregue em 21/8/2012, cf. AR, peça 16).

6. Efetuou-se, ainda, a audiência dos responsáveis abaixo, também com prazo de quinze dias:

a) do Sr. Vicente Arouche Santos, por intermédio do ofício 1745/2012-TCU/SECEX-MA (peça 12), datado de 31/7/2012 (entregue em 20/8/2012, cf. AR, peça 15);

b) da Construtora Trimetal Ltda., pelo ofício 1747/2012-TCU/SECEX-MA (peça 14), datado de 31/7/2012 (entregue em 21/8/2012, cf. AR, peça 16).

7. O procurador da empresa Construtora Trimetal Ltda., em 6/9/2012, solicitou e obteve cópia dos autos e prorrogação de prazo, por mais quinze dias, para atendimento à citação (peça 17) e à audiência (peça 20) respectivas (cf., despacho, peça 23). Foram expedidos ofícios de envio das cópias e de comunicação do prazo concedido tanto ao procurador (peça 27) quanto à empresa (peça 26), sendo que a primeira foi devolvida com indicação de ausente (peça 30, p. 2) e a segunda foi regularmente entregue (peça 32). Considerando que houve apresentação de defesa em que se considerou o prazo estendido e as cópias disponibilizadas (peça 31), entende-se que não houve prejuízo à defesa a ausência de entrega da comunicação ao procurador, devendo, assim, seguir o processo.

8. O Sr. Vicente Arouche Santos e a empresa Construtora Trimetal Ltda. tomaram ciência (em 20/8/2012 e em 21/8/2012) dos ofícios que lhes foram remetidos, conforme documentos constantes das peças 15 e 16, tendo apresentado, em 5/9/2012 (Sr. Vicente) e em 8/11/2012 (Construtora), intempestivamente (prazos vencidos em 4/9/2012, cf. AR, peça 15, e em 20/9/2012, cf. prorrogação, item 3), suas alegações de defesa/razões de justificativa, conforme documentação integrante das peças 28 e 31.

9. Observa-se que os responsáveis chamados aos autos apresentaram suas respostas além do prazo estipulado (cf. item 4 acima). Contudo, em atenção ao princípio do formalismo moderado e ao da ampla defesa, recebem-se as respostas apresentadas, submetendo-as à devida análise.

10. Segue a análise das mencionadas respostas.

I. Questão prejudicial – prescrição

11. A defendente Construtora Trimetal Ltda. ressaltou que o presente somente foi instaurado, no âmbito desta Casa, em 6/6/2011, há mais de dez anos depois do termo final do prazo para a Prestação de Contas do Convênio 577/98, que teria sido 28/3/1999 (peça 31, p. 2).

12. Salientou, ainda, citando trecho da instrução que subsidiou a citação realizada, que o próprio Ministério do Transporte não adotara as providências tempestivas para apuração dos fatos, identificação do(s) responsável(eis), quantificação do dano e obtenção do ressarcimento diante do não cumprimento do prazo para prestar contas, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias estabelecido pelo art. 1º, § 1º, da então vigente IN-TCU 56/2007, retardando o processo em mais de dez anos, o que resultaria na intempestividade da instauração da presente Tomada de Contas Especial que, por isso, estaria prescrita, razão pela qual deveria ser arquivada. Assim, não deveria mais a Construtora Trimetal Ltda. ser apontada como responsável solidária junto com o Sr. Vicente Arouche Santos, ex-prefeito de São Vicente Férrer/MA, por prescrição dessa pretensão (peça 31, p. 2-4).

Análise:

13. De pronto, diga-se que a presente tomada de contas especial foi instaurada em 30/5/2003 (cf. peça 1, p. 4) e não somente em 6/6/2011, como alega a defendente. Tal data marca o início da sua fase externa e não o momento de sua instauração. Outrossim, corrija-se a data indicada como prazo para apresentação da prestação de contas indicada pela defendente de 28/3/1999 para 29/4/1999, conforme item 4 desta instrução. Nesses termos, o presente processo foi instaurado há cerca de quatro

anos e um mês do termo final do prazo para a prestação de contas respectivo e não mais de dez anos depois como disse a defendente.

14. O retardamento injustificado da iniciativa do concedente se baseia no fato de ter-se escoado um período de 1.492 dias entre o vencimento do prazo para prestar contas (29/4/1999, cf. Peça 2, p. 44) e a autuação da TCE (30/5/2003, Peça 1, p. 4) e 2.463 dias entre o retorno do processo para saneamento feito pela CGU (26/5/2004, Peça 2, p. 26-27; Peça 4, p. 2-3) e a nova remessa à SFC/CGU (22/2/2011, Peça 1, p. 2). Houve intempestividade na adoção das providências para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e obtenção do ressarcimento, mas esse fato, **per si**, não permite concluir que o presente processo estaria prescrita a pretensão da Administração Pública Federal de obter ressarcimento ao prejuízo ora caracterizado.

15. Esclareça-se que, na Tomada de Contas Especial, busca-se a apuração da responsabilidade civil dos que deram causa a dano ao erário, para ressarcimento ao patrimônio público, como previsto no art. 37, § 5º, da Constituição da República e estabelecido no art. 8º da Lei Orgânica do TCU, abaixo transcritos:

Art. 37.

(...)

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento (Constituição da República)

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. (Lei 8.443, de 16 de junho de 1992).

16. O erário foi desfalcado de valor que deveria ter sido empregado na construção de quadra poliesportiva. Dessa forma, vê-se como plenamente aplicável o dispositivo constitucional mencionado. A propósito, a imprescritibilidade das ações de reparação de dano ao Erário é entendimento ratificado por pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos Mandados de Segurança 20.210-9 e 26.210-9, publicados no D.O.U. de 10/10/2008 (nesse sentido, v. Acórdãos 1260/2009-TCU-Plenário e 2029/2009-TCU-Plenário).

17. Ademais, as dívidas ativas tem seus prazos prescricionais regulados pelo Código Civil, que hoje prevê prazo de 10 (dez) anos para que ocorra a prescrição (art. 205), lembrando que, conforme firmou o Acórdão 669/2009-TCU-Segunda Câmara:

23. É importante que se diga que no âmbito deste Tribunal, o entendimento vigente é no sentido de que quando não houver, em 11/01/2003, o transcurso de mais da metade do prazo de 20 (vinte) anos estabelecido no Código Civil revogado, deve-se aplicar o prazo prescricional de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 do novo Código Civil.

24. Para o presente caso, resta evidente que não houve o transcurso de mais da metade de 20 anos, já que o Convênio foi firmado em 1999 e a TCE só foi instaurada após isso. Então, pode-se aplicar o prazo previsto no novo Código Civil, ou seja, de dez anos, para que ocorra a prescrição, sendo que sua contagem dar-se-á por inteiro, a partir de 11/01/2003, data em que a referida norma entrou em vigor, pois foi publicada no Diário Oficial da União em 11/01/2002 e o seu art. 2.044 previu como data de sua entrada em vigor, o término do prazo de um ano após a sua publicação. **Assim sendo, a contar de 11/01/2003, a União tem 10 (dez) anos para exercer seu direito de**

ação e cobrar os valores devidos (dívida ativa), razão pela qual é improcedente a alegação de prescrição ventilada pelos recorrentes” (destaque inserido).

18. A propósito, a ausência de prazo prescricional explícito para as Tomadas de Contas Especiais é suprida pela aplicação subsidiária do Código Civil, como esclarece o TCU em seu Acórdão 1.194/2009-TCU-Primeira Câmara:

“(…) a jurisprudência dominante no TCU adota, por meio do instituto da subsidiariedade previsto no art. 198 [em verdade, 298] do seu Regimento Interno, os prazos prescricionais fixados no antigo (20 anos) ou no novo (10 anos) Código Civil, observando-se, conforme o caso, a regra de transição prevista no art. 2.028 da nova Lei (v. g. Acórdão 8/97 - 1ª Câmara, Acórdão 11/98 - 2ª Câmara, Acórdão 71/2000 - Plenário, Acórdão 248/2000 - Plenário e Acórdão 5/2003 - 2ª Câmara).

19. No presente caso, não houve o transcurso de mais da metade de 20 anos em 2003, já que a despesa é de novembro/1998 (v. item 3). Ao aplicar-se o prazo previsto no novo Código Civil, ou seja, de dez anos, para que ocorra a prescrição, sua contagem dar-se-á por inteiro, a partir de 11/01/2003, data em que a referida norma entrou em vigor. Assim sendo, a contar de 11/01/2003, a União tem dez anos para exercer seu direito de ação e cobrar os valores devidos (dívida ativa). A prescrição foi interrompida com a citação da defendente, em agosto/2012 (v. item 5, alínea “b”), portanto, não havia ainda transcorrido o prazo acima mencionado.

20. Nesses termos, rejeita-se a preliminar argüida.

21. Os responsáveis foram ouvidos em decorrência das irregularidades a seguir.

II. Das respostas às citações

II.1. Irregularidade: *inexecução total do objeto do Convênio 577/98, em descumprimento ao art. 22 da Instrução Normativa STN 1, de 15 de janeiro de 1997, e alíneas “a” e “b” do item 2 da Cláusula Segunda do Termo de Convênio*

II.1.1. Alegações de defesa do Sr. Vicente Arouche Santos

22. Alegou o defendente que o objeto do Convênio 577/1998, consistente na edificação de Quadra Poliesportiva no Município de São Vicente Férrer, foi cumprido e os recursos orçamentários destinados foram integralmente aplicados, com a construção do Ginásio Poliesportivo mostrado às fls. 1/2 - doc. 4/5 [corresponderia à peça 29, p. 3-5](peça 28, p. 4).

23. Complementou que as ocorrências registradas e descritas no Ofício 1745/2012-TCU/SECEX-MA [peça 12] teriam sido devidamente justificadas pelo ora defendente, sendo que as irregularidades decorrentes de falta de correspondência com a Instrução Normativa 1/1997 não teriam o condão de condenar o interessado haja vista que teria cumprido integralmente os termos do Convênio 577/98. Acrescentou que a Constituição da República, ao definir o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, não haveria previsão para condenação por descumprimento de instrução normativa (peça 28, p. 4).

Análise:

24. A propósito da execução do convênio, Relatório de Avaliação Final da Caixa Econômica Federal, datado de 23/12/2002, informou que a quadra objeto do convênio não foi construída (Peça 1, p. 46-48). Em documento datado de 18/5/2003 (Peça 1, p. 50-66; Peça 2, p. 1-10), o responsável ora defendente noticiou que teria alterado a execução do objeto, para adaptação de quadra poliesportiva para ginásio poliesportivo. Para tanto, teria procedido a realização do Convite 25/1999. Alegou que o engenheiro da Caixa Econômica Federal não teria sido adequadamente informado e que seria evidente que a construção do ginásio poliesportivo atendia à aspiração da comunidade, que o teria

apoiado nessa decisão (Peça 1, p. 51). Acrescenta que as fotos tiradas da obra teriam sido apreendidas pela prefeita de então. Enfim, juntara documentos sobre a licitação (peça 1, p. 53-66; peça 2, p. 1-10) e reiterou que o Município agira de forma louvável ao acrescentar aos recursos do convênio para a construção de um ginásio poliesportivo em vez de uma quadra esportiva (Peça 1, p. 52).

25. A propósito, o Relatório de Tomada de Contas Especial, de 23/7/2003, ressaltou a informação fornecida pela Caixa Econômica Federal de que a quadra não foi construída e de que “as fotografias constantes do processo não dizem respeito ao Município de São Vicente Férrer”. (v. Peça 2, p. 19-20).

26. Pelo constante dos autos, diferente do alegado pelo defendente, não houve cumprimento do objeto do Convênio em apreço, isto é, não houve a edificação de quadra poliesportiva no município de São Vicente Férrer/MA em decorrência do mencionado convênio.

27. Quanto à destinação dos recursos para a alegada construção de Ginásio Poliesportivo, também não encontra sustentação, uma vez que o próprio defendente já havia dito que, em vez de construir, teria promovido adaptação de quadra poliesportiva (v. item 24). Os argumentos apresentados pelo defendente não acrescentam elementos novos aos já constantes dos autos, especialmente pela impossibilidade de acolher-se as fotos como evidência da obra sem a devida caracterização da localização das instalações fotografadas.

28. Sua responsabilização nos presentes autos decorre da ausência de comprovação de regular aplicação de recursos federais se as devida devolução dos recursos, implicando em dano ao erário, o que o submete ao julgamento do TCU, nos termos do art. 71, inciso II, da Constituição da República.

29. Agrava-se a situação pelas evidências de licitação inexistente trazidas pela empresa Construtora Trimetal Ltda., que negou ter participado de qualquer licitação, ter emitido nota fiscal de serviço referente ao convênio em apreço e ter recebido qualquer pagamento pelos serviços que prestara (peça 31, p. 5-6).

30. Corroboram esse entendimento os seguintes aspectos dos documentos apresentados pelo defendente ainda na fase interna da presente tomada de contas especial, como a seguir explicitado.

30.1. A nota de empenho (peça 1, p. 53) não indica a sua classificação funcional-programática, com aparência de que esse trecho da nota de empenho fora obliterado por ocasião da produção de sua cópia, o que impediu de se saber a origem do recurso aplicado. A mesma nota de empenho refere-se a licitação dispensada e é datada de julho de 1999, três meses depois de expirado o prazo para prestação de contas do convênio (cf. item 4). Ainda que se refira ao desvio de objeto alegado pelo defendente, aparenta tratar-se de outro procedimento licitatório que não o alegado Convite 25/1999 (v. item 24).

30.2. Como complementou a defendente Construtora Trimetal Ltda., a nota fiscal 21 (peça 1, p. 54) não menciona o convênio por que não dizia respeito a esse convênio. Registre-se que, de fato, o defendente não apresentara, em nenhum dos momentos que veio aos autos, a comprovação de pagamento à empresa supostamente contratada, pagamento este ora contestado pela construtora (peça 31, p. 5).

30.3 A assinatura do representante da Construtora Trimetal Ltda. constante do Controle das Propostas (peça 1, p. 57), do Mapas de Classificação de propostas (peça 1, p. 58), da proposta atribuída à empresa em apreço (peça 1, p. 60), da ata da sessão de abertura da licitação (peça 2, p. 2) divergem da assinatura do Sr. Francisco Rodrigues de Araújo constante da averbação de contrato social à peça 31, p. 9.

30.4 A data da suposta proposta da construtora vencedora é de 24/7/1999 (peça 1, p. 60), mas foi indicado no Controle de Propostas (peça 1, p. 57) e na ata de abertura da suposta licitação (peça 2,

p. 1) que ela foi apresentada em 21/7/1999.

31. Ademais, os fatos objeto das audiências realizadas (itens 49 a 71 abaixo), nesse contexto, reforçam a tese ora defendida de que a licitação não existiu e que a obra indicada não resultara da aplicação dos recursos em questão. Nesses termos, rejeitam-se as alegações de defesa ora apresentadas.

II.1.2. Alegações de defesa da Construtora Trimetal Ltda.

32. A Construtora Trimetal Ltda. informou que teria realizado uma obra na cidade de São Vicente Férrer, precisamente no Ginásio daquela cidade, localizado na entrada da sede do Município, perto do Estádio de Futebol. Em razão desse serviço emitiu a Nota Fiscal 021, de 26/7/1999. Asseverou que tal obra não fazia referência ao Convênio 577/98 firmado entre aquele Município e o Ministério do Esporte, tanto que a própria nota fiscal não fazia referência a nenhum Convênio, como confirmado em análise feita pelo TCU (peça 31, p. 5).

33. Afirmou que se trataria de uma tentativa de o gestor municipal locupletar-se com a utilização de nota fiscal “*para prestar contas de seus convênios junto aos seus convenientes, de forma ilegal, arbitrária e abusiva, não tendo esta Construtora Trimetal Ltda. recebido UM ÚNICO CENTAVO do valor do Convênio 577/98*”, e que não poderia ser responsabilizada por atos ilegais de terceiros (peça 31, p. 5).

34. Frisou, com efeito, que até o valor da obra realmente executada pela Construtora Trimetal Ltda., constante da Nota Fiscal 021, de 26/7/1999, no Ginásio daquele Município, “nunca foi pago pelo ex-prefeito, locupletando-se às custas alheias” (peça 31, p. 6).

35. Reiterou que estaria havendo, então, uma tentativa do ex-prefeito de locupletar-se, ao utilizar “*documentos referentes a outras obras para prestação de contas de seus convênios*” (peça 31, p. 7).

Análise:

36. Como analisado nos item 30 e ss. acima, reafirmou a defendente que os recursos do convênio em questão não foi aplicado, vez que desvincula a obra em que teria atuado daquela alegada como sendo destinatária dos recursos do convênio. Considerando a gravidade das alegações e a necessária evidenciação de que tal empresa não se locupletou com os recursos do convênio, caberia solicitar, ao Banco do Brasil, informações acerca dos gestores responsáveis pela movimentação da conta do convênio, extratos bancários desde a data do repasse, em 27/11/1998 (v. item 3), até o março de 2013 ou até o seu encerramento, se anterior e cópia dos documentos de saque utilizados para movimentação da referida conta, no mesmo período indicado, para que se possa ter elementos que esclareçam a destinação dos recursos repassados.

37. Sendo assim, a apreciação completa das presentes alegações de defesa seria feita oportunamente, após obtidas as informações solicitadas ao banco acima propostas.

II.2. Irregularidade: *realização de despesa posterior ao período de vigência do convênio, em afronta ao art. 8º, inciso V, da IN-STN 1/1997*

II.2.1. Alegações de defesa do Sr. Vicente Arouche Santos

38. Alegou que a realização de despesa posterior ao período de vigência do convênio teria decorrido da alteração promovida no objeto do convênio, alteração essa que teria sido comunicada ao Coordenador-Geral de Orçamento e Finanças do Ministério do Esporte, Sr. Márcio Leão Coelho, ora constante das (Fls. 47/48/49 [peça 1, p. 50-52]), pois fora feita licitação para adaptar o projeto da Quadra Poliesportiva em Ginásio Poliesportivo, já edificado, conforme ilustraria foto ora anexada (doc. 3, [ora peça 29, p. 3-5]).

Análise:

39. Acerca do valor probante das fotos, considere-se, aqui, a análise feita no item 27.

40. Quanto à comunicação da alteração do objeto a que se refere o defendente, verifica-se que tal documento data de 18/5/2003, portanto, posterior à data para prestação de contas do convênio, que foi 29/4/1999 (cf. peça 2, p. 44).

41. Não houve autorização do concedente para tal alteração nem a mesma foi aceita pelo concedente (cf. peça 2, p. 12, item 13). Com tal procedimento, o executor infringiu o disposto na alínea “c” do item 1 da Cláusula Segunda do Termo de Convênio por não ter apresentado proposta com antecedência mínima de vinte dias, fundamentada em razões concretas que justificasse alteração da programação da execução do convênio. Por consequência, deixou de observar às alíneas “a” e “b” do item 2 da Cláusula Segunda do termo de convênio por não ter executado o objeto conforme pactuado nem executado os recursos conforme plano de trabalho (peça 1, p. 22) e à Cláusula Sétima, por utilização de recursos do convênio em finalidade diversa da estabelecida no plano de trabalho (peça 1, p. 26).

42. Os argumentos ratificam a irregularidade verificada. Assim sendo, rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas.

II.3. Irregularidade: *pagamento de prestação de serviços sem comprovação de sua realização, baseados em nota fiscal sem atesto da efetiva realização do serviço, em infringência ao disposto no art. 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964*

II.3.1. Alegações de defesa do Sr. Vicente Arouche Santos

43. O defendente argumentou que competiria à empresa, comprovar “*se de fato recebeu os recursos públicos, posto que o objeto do convênio foi edificado ainda que em proporções maiores*” pois, em vez de construir uma Quadra Poliesportiva, optou por edificar um Ginásio Poliesportivo, em que teriam sido devidamente empregados os recursos, motivo pelo qual não haveria de conjecturar-se a existência de débito a ser imputado ao defendente, na condição de Ex-Gestor Público (peça 28, p. 3).

Análise:

44. Como já dito, a empresa negou ter recebido pagamento. A imputação do débito decorreu da presunção de que a obra indicada no documento fiscal apresentado não teve sua conclusão atestada.

45. Por outro lado, nos termos do art. 113 c/c o art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, ao executor de convênio, representante da Administração Pública, cabe a responsabilidade de demonstrar a legalidade e a regularidade das despesas executadas, e não ao fornecedor.

46. Não foram aduzidos quaisquer argumentos que afastassem a irregularidade apontada ou até a justificasse. Desse modo, rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas.

II.4. Irregularidade: *liquidação e pagamento de prestação de serviços com base em documento de despesa sem identificação do título e do número do convênio na nota fiscal, em inobservância ao art. 30 da IN-STN 1/1997*

II.4.1. Alegações de defesa do Sr. Vicente Arouche Santos

47. Segundo o defendente, a ausência do número do convênio na Nota Fiscal 021 constituiria mera irregularidade, posto que a inobservância da exigência prevista no artigo 30 da Instrução Normativa 01/1997 não macularia os fatos registrados no documento fiscal (peça 28, p. 1).

Análise:

48. No contexto dos autos, a irregularidade apontada assume importância maior pois corrobora o entendimento de que a obra indicada na nota fiscal em apreço não dizia respeito à aplicação de recursos do convênio (v. item 30.2) e, assim sendo, presume-se que houve desvio de finalidade dos recursos repassados sem o devido reembolso à União. O defendente ratificou a ocorrência da irregularidade, apesar de ter buscado reduzir-lhe a importância. Assim sendo, rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas.

III. Das respostas às audiências

III.1. Irregularidade: *prática de atos ilegais e ilegítimos na realização do Convite 25/1999 e na execução do respectivo contrato, com incorrência no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, em inobservância aos princípios da legalidade, da moralidade e da legitimidade previstos nos arts. 37, caput, e 70 da Constituição da República, em razão de:*

a) a nota fiscal 021 que data de 26/7/1999, data, inclusive, da homologação e da emissão da ordem de fornecimento de serviço, o que seria tecnicamente impossível de ocorrer, isto é, a obra ter tido sua autorização de execução e execução no mesmo dia;

III.1.1. Razões de justificativas do Sr. Vicente Arouche Santos

49. O defendente relatou que a sessão pública da Comissão de Licitação que classificara as empresas licitantes teria acontecido às 09:00h do dia 21/7/1999 e fora homologada horas mais tarde pela Administração Pública, após ter recebido, da Comissão de Licitação, o resultado da classificação, uma vez que os licitantes teriam abdicado do direito de impugnar, *“em prestígio ao princípio da celeridade, e interesse maior da coletividade diretamente beneficiada com as obras de edificação do Ginásio poliesportivo”*. A ocorrência per si não desabonaria os atos da sessão pública e muito menos o ato homologatório. Ressaltou que a adjudicação da licitação só teria sido procedida no dia 26/7/1999, coincidindo com a data de emissão da ordem de serviço autorizadora do início das obras. Acrescentou que o fato da emissão da Nota Fiscal de Serviços coincidir com a data da homologação, *“deve-se à falta de orientação das partes diretamente envolvidas, que entenderam que necessariamente a data de emissão da Nota Fiscal deveria ser a mesma data da ordem de serviço”* (peça 28, p. 1-2).

50. Enfatizou que a Nota Fiscal de Serviço expressamente ressalva que não vale como recibo, ou seja, *“justificando plenamente que a data de sua emissão apenas guardou relação com a data da ordem de serviço”*. Concluiu que, *“obviamente que uma obra do porte da que foi edificada jamais poderia ser executada no mesmo dia. Imaginar diferente é menosprezara inteligência alheia”* (peça 28, p. 2).

Análise:

51. A nota fiscal, no dizer de Iêdo Batista Neves (*“Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocados latinos”*, APM Editora) é o documento pelo qual *“é autorizada a circulação de qualquer mercadoria. Serve de base para cobrança de impostos que recaem sobre a mesma. Em sentido geral, corresponde à relação das mercadorias que o cliente adquire com designação de quantidade, espécie e preço (verbetes “Nota”)*. O que se apontou como irregularidade é que a nota pressupõe a conclusão do serviço, tendo sido, então, a despesa incorrida, isto é, ter se verificado a prática de todos os atos do credor que enseja a caracterização de seu crédito a possibilitar-se cobrar pagamento. Acertos que indiquem que a data da nota fiscal não corresponde a configuração da condição mencionada implica dizer que é documento inidôneo a fazer prova dos fatos a que se relaciona.

52. Desse modo, ao assumir que houve entendimentos para emissão da nota fiscal em apreço sem que a obra estivesse concluída, o defendente confirma ser o documento inidôneo, o qual não poderia ter sido usado para prestação de contas perante a União, o que procedeu o defendente, como

mencionado no item 24 (documentos juntados). O acerto contraria o senso geral de que os documentos devem refletir a realidade dos fatos a que se referem o que implica em concluir pela atuação de má-fé do defendente em apreço.

53. Assim sendo, rejeitam-se as razões de justificativa apresentadas.

III.1.1. Razões de justificativas da Construtora Trimetal Ltda.

54. A Construtora Trimetal Ltda., afirmou que nunca participara de nenhuma licitação referente ao convênio 577/98 firmado entre o Município de São Vicente Férrer/MA e o Ministério do Esporte, tendo colocado o sócio gerente da empresa à disposição desse TCU para prestar esclarecimento, depoimento, testemunhas, a qualquer tempo (peça 31, p. 6).

Análise:

55. Os elementos relacionados nos itens 30 e ss. corroboram os argumentos apresentados pela defendente de que não participara da licitação. Acolhem-se, assim, suas razões de justificativa.

III.2. Irregularidade: *prática de atos ilegais e ilegítimos na realização do Convite 25/1999 e na execução do respectivo contrato, com incorrência no art. 16, inciso III, alínea "b", da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, em inobservância aos princípios da legalidade, da moralidade e da legitimidade previstos nos arts. 37, caput, e 70 da Constituição da República, em razão de:*

(...)

b) a empresa vencedora do indicado certame, C. Trimetal Ltda., CNPJ 23.600.836/0001-22, possuir como atividade principal o comércio de materiais de construção em geral e não a construção de edificações;

III.2.1. Razões de justificativas do Sr. Vicente Arouche Santos

56. O defendente refutou a imputação sob o argumento de que a empresa em questão teria procedido, ainda nos idos de 1998, a averbação na Junta Comercial alterando seu ramo de atividade para o Código 5422-5 (Obras Viárias - Inclusive Manutenção) (peça 28, p. 2, e peça 29, p. 2).

Análise:

57. Com efeito, o documento apresentado evidencia que houve alteração de atividade econômica de Comércio Varejista de Produtos Metalúrgicos (código 5244-2) para Obras Viárias – Inclusive Manutenção (código 5422-5) (peça 29, p. 2). Essa evidência não afasta o apontado pois não se incluiu entre suas atividades a construção de edificações. Ademais, como aponta a peça 5, p. 1, que reproduz consulta de 6/7/2012, para fins tributários no âmbito federal, a atividade econômica principal continua sendo o comércio varejista de materiais de construção em geral. Mais recentemente, em consulta ao Sintegra, evidencia-se que, no âmbito estadual (peça 33), a empresa também ostenta como atividade econômica principal o comércio varejista de materiais de construção em geral.

58. Dada as circunstâncias de se ter evidências de que a obra não foi realizada e de que o contrato com a empresa não dizia respeito ao convênio em apreço, conveniente se torna a reapreciação desse tópico à luz das evidências a serem obtidas junto ao Banco do Brasil acerca da movimentação financeira do convênio para que se possa avaliar a relevância da irregularidade para ao caso pois, caso se obtenha mais elementos que afastem a responsabilidade da empresa, a presente ocorrência deixará de ter relevância para o presente processo.

III.2.2. Razões de justificativas da Construtora Trimetal Ltda.

59. A empresa defendente informou que, à época da emissão da Nota Fiscal 021, de 26/7/1999, tinha como atividade econômica principal: "*Obras Viárias - Inclusive Manutenção sob. Código 5422-5*", como evidencia cópia de averbação do contrato social da empresa Construtora

Trimetal Ltda., devidamente registrado na Junta Comercial do Estado do Maranhão. Estaria, assim, mediante o documento apresentado, comprovado que tinha como *“atividade principal a construção de obras e NÃO, o comércio de materiais de construção em geral como apontada na tomada de contas especial desse TCU”* (peça 31, p. 6 e 8-9).

60. Por outro lado, a Construtora Trimetal Ltda., afirmou que nunca participara de nenhuma licitação referente ao convênio 577/98 firmado entre o Município de São Vicente Férrer/MA e o Ministério do Esporte, tendo colocado o sócio gerente da empresa à disposição desse TCU para prestar esclarecimento, depoimento, testemunhas, a qualquer tempo (peça 31, p. 6).

Análise:

61. Adote-se, aqui, as considerações apresentadas nos itens 57 e 58 para sugerir que se retome a apreciação do presente tópico após a obtenção das informações sobre a movimentação financeira dos recursos do convênio a serem obtidas junto ao Banco do Brasil.

III.3. Irregularidade: *prática de atos ilegais e ilegítimos na realização do Convite 25/1999 e na execução do respectivo contrato, com incorrência no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, em inobservância aos princípios da legalidade, da moralidade e da legitimidade previstos nos arts. 37, caput, e 70 da Constituição da República, em razão de:*

(...)

c) a empresa R. da Conceição Santana e Cia. Ltda., CNPJ 02.442.873/0001-80, ter sido identificada na base CNPJ como Pereira Campos Comércio e Confecções, e ter como atividade econômica o comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios, também incompatível com o objeto da obra indicada;

III.3.1. Razões de justificativas do Sr. Vicente Arouche Santos

62. O defêdente indicou a Comissão de Licitação como responsável exclusiva pela ocorrência, *“a quem na pessoa de seu presidente incumbe todos os atos meramente procedimentais, não podendo este erro ser imputado ao Gestor Público, a quem tão somente compete expedir a ordem de realização da licitação, sua homologação e a contratação”* (peça 28, p. 2).

Análise:

63. O defêdente não refutou a irregularidade e apontou a Comissão de Licitação como responsável exclusiva por tal ocorrência. Acontece que, ao homologar o certame (cf. peça 2, p. 3), entende o TCU que, na qualidade de ordenador de despesa, é responsabilidade do gestor checar se todos os procedimentos adotados pela Comissão de Licitação encontram-se de acordo com a legislação aplicável para, só então, cancelar os certames. (v. Acórdão 1618/2011 – TCU - Plenário).

64. De todo modo, considerando que o que se evidencia até agora é que a licitação não ocorreu (v. itens 29 a 31), o fato ora evidenciado passa a constituir mais uma prova dessa irregularidade. Considerando o indício de participação dos membros da Comissão de Licitação na preparação das peças da suposta licitação, sem que se evidencie sua relação direta com o desvio dos recursos, o que ainda assim implicaria na capitulação do fato no art. 93 da Lei 8.666/1993 quer cuida de condutas penalmente reprováveis, restaria comunicar o fato ao Ministério Público Federal para a adoção das ações cabíveis contra os membros da comissão e o gestor ora defêdente, que se serviu dessa documentação para prestar contas dos recursos repassados.

65. Nesses termos, rejeitam-se as razões de justificativa apresentadas.

III.3.2. Razões de justificativas da Construtora Trimetal Ltda.

66. A Construtora Trimetal Ltda. afirmou que nunca participara de nenhuma licitação referente ao convênio 577/98 firmado entre o Município de São Vicente Férrer/MA e o Ministério do

Esporte, tendo colocado o sócio gerente da empresa à disposição desse TCU para prestar esclarecimento, depoimento, testemunhas, a qualquer tempo (peça 31, p. 6).

Análise:

67. Não foi evidenciado indícios de conluio da Construtora Trimetal Ltda. com as outras empresas. Antes mesmo, a dita vencedora negou ter participado de qualquer licitação, como dito no parágrafo anterior. Desse modo, entende-se que a irregularidade em comento não respeita a atuação da empresa, ainda que se evidencie, a partir de novas evidências, ter sido efetivamente beneficiada pelo pagamento (v. item 61). Sendo assim, acolhem-se as razões de justificativa apresentadas.

III.4. Irregularidade: *prática de atos ilegais e ilegítimos na realização do Convite 25/1999 e na execução do respectivo contrato, com incorrência no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, em inobservância aos princípios da legalidade, da moralidade e da legitimidade previstos nos arts. 37, caput, e 70 da Constituição da República, em razão de:*

(...)

d) inexistência de identificação, nas propostas apresentadas, na ata de abertura das propostas, no controle de propostas e no mapa de classificação de propostas dos responsáveis pelas empresas R. N. Construções, CNPJ 02.359.780/0001-96 (R. N. Construções e Comércio Ltda.) e R. da Conceição Santana e Cia.;

III.4.1. Razões de justificativas do Sr. Vicente Arouche Santos

68. O defendente imputou a ocorrência a “erros atinentes a procedimentos afetos à competência da Comissão de Licitação na pessoa de seu presidente, não podendo o Gestor Público responder por atos meramente administrativos na execução da licitação”, atos esses que não teriam tido assim como não teriam potencial de **animus dolandi** a ser-lhe imputado (peça 28, p. 2-3).

Análise:

69. Reiterem-se, aqui, as considerações feitas nos itens 63 e 64, para concluir pelo encaminhamento dos fatos para conhecimento do Ministério Público Federal e rejeição das razões de justificativa, vez que as irregularidade não foi refutada nem a responsabilidade afastada.

III.4.2. Razões de justificativas da Construtora Trimetal Ltda.

70. A Construtora Trimetal Ltda. afirmou que nunca participara de nenhuma licitação referente ao convênio 577/98 firmado entre o Município de São Vicente Férrer/MA e o Ministério do Esporte, tendo colocado o sócio gerente da empresa à disposição desse TCU para prestar esclarecimento, depoimento, testemunhas, a qualquer tempo (peça 31, p. 6).

Análise:

71. Assim como tratado no item 67, não foi evidenciado indícios de conluio da Construtora Trimetal Ltda. com as outras empresas. Antes mesmo, a dita vencedora negou ter participado de qualquer licitação, como dito no parágrafo anterior. Desse modo, entende-se que a irregularidade em comento não alcança a empresa, ainda que se evidencie, a partir de novas evidências, ter sido efetivamente beneficiada pelo pagamento (v. item 61). Sendo assim, acolhem-se as razões de justificativa apresentadas.

CONCLUSÃO

72. Em face da análise promovida nos itens 24 a 31, 39 a 42, 44 a 46 e 48 propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Srs. Vicente Arouche Santos, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a ele atribuídas.

73. Em face da análise promovida nos itens 51 a 53, 63 a 65 e 69, propõe-se rejeitar parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Vicente Arouche Santos, uma vez que não foram suficientes para sanear todas as irregularidades a ele atribuídas.

74. Em face da análise promovida nos itens 55, 67 e 71, propõe-se acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pela Construtoras Trimetal Ltda., uma vez que foram suficientes para elidir as parte das irregularidades a ela atribuídas.

75. Com vistas ao saneamento das questões tratadas na seção “Exame Técnico” (análise das alegações de defesa da construtora - itens 32 a 35 - e das razões de justificativa apresentadas no itens 57, 58, 59 e 60), para fins de definir a responsabilidade individual ou solidária pelos atos de gestão inquinados, considera-se necessária, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 157 do RI/TCU, a realização de diligência ao Banco do Brasil, para obter informações acerca dos gestores responsáveis pela movimentação da conta corrente 112194 da Agência 2628 (conta bancária favorecida com o depósito dos recursos do convênio repassados pelo governo federal), extratos bancários dessa conta desde a data do repasse, em 27/11/1998 (v. item 3), até o março de 2013 ou até o seu encerramento, se anterior, e cópia dos documentos de saque utilizados para movimentação da referida conta (itens 36, 58, 61).

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

76. O advogado constituído pela Construtora Trimetal Ltda. para atuar em sua representação neste processo (cf. peça 19), em nenhuma das oportunidades em que se manifestou nos autos (peças 17, 20 e 31), juntou cópia de sua carteira de identidade da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), motivo pelo qual, para fins de saneamento desse vício de representação da parte, propõe-se a fixação, nos termos do §1º do art. 145 do Regimento Interno/TCU, de prazo de dez dias, ao advogado representante, para que junte aos autos cópiado referido documento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

77. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) realizar **diligência**, com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 157 do RI/TCU, ao Banco do Brasil para que, no prazo de quinze dias, sejam encaminhados os seguintes documentos / informações:

a.1) nome dos gestores responsáveis pela movimentação da conta corrente 11219-4 da Agência 2628 (conta bancária favorecida com o depósito dos recursos do convênio 577/98 repassados pelo governo federal);

a.2) extratos bancários da conta corrente 11219-4 da Agência 2628, desde a data do repasse, em 27/11/1998, até o março de 2013 ou até o seu encerramento, se anterior;

a.3) cópia dos documentos de saque utilizados para movimentação da referida conta, no mesmo período acima indicado.

b) fixar, nos termos do §1º do art. 145 do Regimento Interno/TCU, prazo de dez dias ao Sr. Ajalmar Rego da Rocha Filho, advogado da parte Construtora Trimetal Ltda., para que apresente, para juntada aos autos, cópia de sua carteira de identidade da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em 19 de março de 2013

assinado eletronicamente
Alberto de Sousa Rocha Júnior
AUFC/Matr. 6482-3