

## VOTO

Trata-se de tomada de contas especial convertida de representação de autoria da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, segundo o item 9.2.2 do Acórdão 2678/2010-TCU-Plenário, resultante do julgamento do TC 013.939/2009-5. Os recursos federais em questão são oriundos do Contrato de Repasse 0192808-99/2006, cujo objeto foi a construção habitacional, regularização fundiária e ampliação de rede de distribuição de água no município de Caxias/MA, no âmbito do Programa de Urbanização, Regularização e Integração de Assentamentos Precários.

2. Com gestão do Ministério das Cidades e operado com recursos do Orçamento Geral da União (OGU), o Programa Urbanização, Regularização e Integração de Assentamentos Precários tem por objetivo promover a urbanização, a prevenção de situações de risco e a regularização fundiária de assentamentos humanos precários, articulando ações para atender as necessidades básicas da população e melhorar sua condição de habitabilidade e inclusão social.

3. As irregularidades examinadas nestes autos se resumem em:

a. indícios de fraude nas notas fiscais comprobatórias de despesas (documento não fiscal, falso ou falsificado), no valor de R\$ 1.939.931,13;

b. indícios de pagamento de serviços que não foram executados pela contratada, no valor de R\$ 77.462,88 (7/3/2008);

c. não apresentação à equipe de fiscalização de nota fiscal original que respaldou pagamento de despesas, no valor de R\$ 213.099,24 (19/12/2006);

d. falta de publicidade devida ao contrato/aditivo;

e. indícios de procedimentos fraudulentos na condução da Concorrência 7/2006 e da Tomada de Preços 13/2006, indicando possível ocorrência de conluio, direcionamento de licitação ou licitação montada.

4. Os responsáveis foram citados e a unidade técnica elaborou a instrução à peça 66. No entanto, alertado pelo Ministério Público junto ao TCU, verifiquei que a empresa Barros Construções e Empreendimentos Ltda., vencedora da Concorrência 7/2006 e da Tomada de Preços 013/2006 e beneficiária dos recursos do contrato de repasse, foi citada em razão de duas irregularidades praticadas durante a execução dos contratos: indícios de fraude nos documentos comprobatórios de despesas e de recebimento de pagamento por serviços não executados. Justapondo-se esses fatos, em especial a falsidade das notas fiscais, e a alteração contratual da sociedade, que hoje tem outros sócios e outra denominação, vislumbrei a necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica da empresa e de citar os seus sócios à época dos fatos, para que fosse possível o ressarcimento ao erário pelas pessoas que praticaram o ato ilícito.

5. Acerca da matéria, a jurisprudência desta Casa consolidou-se no sentido de adotar a mencionada teoria para alcançar administradores ou sócios de entidades privadas, reais responsáveis pela prática de atos ilegais geradores de prejuízo à Administração Pública, quando a atuação ilícita deles fica demonstrada nos autos (Acórdãos 83/2000, 182/2000, 189/2001, 463/2003, 195/2004, 143/2006, 873/2007, 2151/2008, 791/2009, 779/2009, 1925/2012, todos do Plenário, dentre outros). Há de se ressaltar que, nos processos que tramitam nesta Corte, o alcance da pessoa dos sócios, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica, prescinde das formalidades exigidas pelo art. 50 do Código Civil, pois depender de autorização judicial para alcançar aqueles que efetivamente lesam o erário não se coaduna com o ordenamento jurídico vigente, em que prepondera o princípio da independência das instâncias, de que se vale o TCU, quando do exercício de suas competências constitucionais.

6. Assim, determinei que fossem realizadas novas citações incluindo os ex-sócios da Barros Construções e Empreendimentos Ltda.. Na instrução à peça 123, a Secex/MA examinou as alegações de defesa apresentadas e concluiu pela irregularidade das contas, condenando os responsáveis ao

ressarcimento do débito, bem como aplicação de multa e declaração de inidoneidade da empresa Santos Correia Empreendimento Ltda. O Ministério Público junto ao TCU aquiesceu à proposta.

7. Acolho as propostas da unidade técnica, pelas razões expostas a seguir.

8. Conforme consta do relatório de auditoria do TC 013.939/2009-5, do qual originaram estes autos, para a execução do objeto do Contrato de Repasse 0192808-99, a Prefeitura Municipal de Caxias realizou dois procedimentos licitatórios: a Concorrência 007/2006, para aquisição de materiais de construção, e a Tomada de Preços 013/2006, para execução dos serviços de engenharia (mão-de-obra). Como resultado, foram firmados dois contratos com a empresa Barros Construção e Empreendimentos Ltda. nos valores de R\$ 9.515.718,59 e R\$ 1.080.326,00, respectivamente.

9. A equipe de fiscalização constatou, no que tange ao contrato decorrente da Concorrência 7/2006, a existência de notas fiscais paralelas, espelhadas ou duplicadas, no total de R\$ 1.866.728,72, quando se comparam os documentos fiscais inseridos na prestação de contas do contrato de repasse com aqueles constantes nos processos de pagamentos disponibilizados para a equipe de fiscalização. Segundo o relatório de auditoria, *“quando os documentos fiscais de numeração idêntica são comparados, não obstante apresentarem os mesmos valores e a mesma discriminação de itens, evidenciam diferenças quanto à tipologia do número das notas e à ocupação do espaço disponível para a descrição dos produtos”*. Em relação à Nota Fiscal 218, de 31/1/2007, no valor de R\$ 73.202,40, referente ao contrato decorrente da Tomada de Preços 13/2006, em um dos formulários, no campo destinado à discriminação do serviço, foi omitida a identificação do contrato.

10. O ex-Prefeito Humberto Ivar Araújo Coutinho e o ex-Secretário de Infraestrutura Vinícius Leitão Machado apresentaram alegações de defesa afirmando que, em razão de a Caixa autorizar o pagamento dos serviços apenas após a aprovação de cada medição, a Secretaria Municipal enviava as medições com as notas fiscais originais. Essas notas nem sempre eram devolvidas e, de acordo com os defendentes, *“para viabilizar o pagamento às empresas contratadas, a prefeitura se via obrigada a emitir segundas vias dos referidos documentos”*. Acrescentam que foi um erro humano *“factivei”*, que os extratos não demonstram a existência de pagamentos duplicados e, por fim, que não houve débito ou dano ao erário. Após a nova citação, adicionaram que o fato de as notas fiscais terem sido reemitidas ao invés de recuperadas configura mera falha formal por erro escusável e que a Caixa teria negado o requerimento para que justificasse o motivo do extravio das notas fiscais originais.

11. Quanto a esses indícios de fraude nas notas fiscais, além do ex-Prefeito e do ex-Secretário de Infraestrutura, também foram citados solidariamente, a empresa Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda. (antiga Barros Construções e Empreendimentos Ltda.), que não se pronunciou, e seus ex-sócios Tayanne Mayara Mendes Barros e Italo Anderson Mendes Barros, os quais repetiram as alegações dos representantes do município.

12. Em sua análise, a unidade técnica salientou que a imputação se refere à possível fraude nos documentos e não à inexecução dos serviços. Concluem que os responsáveis não tiveram êxito em esclarecer as inconsistências verificadas e, portanto, tais documentos não podem ser aceitos para comprovação dos pagamentos efetuados e *“impedem o estabelecimento do liame causal entre os gastos efetuados e os recursos recebidos”*.

13. Manifesto-me no mesmo sentido da Secex/MA, tendo em vista que as notas fiscais existentes não são dignas de serem aceitas como comprovação das despesas. Um dos argumentos colocados pelos defendentes foi de que os extratos não comprovaram pagamentos duplicados e, por esta razão, não teria havido prejuízo ao erário. Consta nos autos os extratos de duas contas bancárias: 647.032-9 (peça 2, pp. 29 a 35) e 006.257-9 (peça 2, pp. 36 e 39). É possível identificar os débitos referente às notas fiscais 360 e 361, no valor de R\$ 659.017,65 (p. 32, 08/02/2007) e R\$ 539.876,88 (p. 36, 31/05/2007), mas relativamente à nota fiscal 505, em que pese ter a data de 18/07/2007, não há valor correspondente em nenhum dos dois extratos. Diante disso, observa-se que não os montantes debitados não se referem diretamente aos valores das notas fiscais, sendo que não foi trazida pela defesa a demonstração dessa relação também. Consequentemente, a existência ou não de pagamentos em duplicidade não está

demonstrada e, nesse ponto, retornamos a questão da impossibilidade de uma nota fiscal falsa ser admitida para comprovação de despesa.

14. Não havendo documentos esclarecendo a boa e regular aplicação do montante repassado, não se tem, por consequência, como estabelecer o nexos causal entre a execução das obras com os valores federais repassados, sobretudo porque esta é a responsabilidade daqueles que lidam com dinheiro público, ou seja, têm o ônus de atestar como ele foi empregado. Recuso, desta forma, as alegações de defesa dos responsáveis, imputando-lhes solidariamente o débito, com aplicação da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

15. A segunda irregularidade tratada nos autos são os *“indícios de pagamento de serviços que não foram executados pela contratada, no valor de R\$ 77.462,88 (7/3/2008)”*, relativo ao contrato decorrente da Tomada de Preços 13/2006. Segundo a equipe de fiscalização, o serviço *“trabalho social”*, previsto no detalhamento do objeto, foi realizado diretamente pela prefeitura e não pela construtora Barros, que foi paga pela sua execução.

16. Nas primeiras alegações, o ex-Prefeito e o ex-Secretário asseveraram que o trabalho social fora feito pela Secretaria Municipal de Ação Social. Nos novos argumentos, diferentemente, contaram que se tratava de uma ação conjunta entre a prefeitura e a construtora. Não apresentaram documentos de comprovação. Os ex-sócios da empresa, Tayanne Mayara Mendes Barros e Italo Anderson Mendes Barros, afirmaram apenas que cumpriram os procedimentos regulares previstos na contratação.

17. Segundo a unidade técnica, *“a Avaliação Final do Trabalho Social feita pela Caixa discriminou que a entidade executora fora a prefeitura de Caxias (MA), por administração direta, sob a responsabilidade da técnica/assistente social Maria de Fátima Ligouri Trinta, mesma informação constante do Relatório Final do Trabalho Técnico Social, que relatou ainda a participação de vários parceiros como Sesi/Senai, CETCMA, associações de moradores, comerciantes, grupo de jovens e igrejas, além das secretarias de educação, saúde, esporte, cultura e ação social, sendo que nada há nestes documentos que relacione as atividades desenvolvidas com a empresa Barros Construções e Empreendimentos Ltda.”* E adicionou que *“a mencionada integração entre as equipes de trabalho social e de engenharia, ao contrário de demonstrar a execução pela empresa contratada, evidencia que havia duas equipes trabalhando para o alcance do objetivo ajustado: a do trabalho social, na conscientização das pessoas, e a da obra, na execução dos serviços”*.

18. Rejeito as alegações de defesa apresentadas quanto a essa irregularidade pelos mesmos motivos expostos pela Secex/MA. O contrato de repasse aqui examinado se assemelha a muitos outros celebrados no País, com vícios que facilitam a prática de fraudes e desvios de recursos públicos, a exemplo da falta de detalhamento do objeto da transferência. Isso ocorre explicitamente quando se prevê a contratação de obras e, de forma mais sutil, quando se trata de outros objetos como é o caso de *“trabalho social”*. As falhas na elaboração de projetos para os repasses e contratações, principalmente quando se refere a obras de saneamento básico das quais o Brasil é tão carente, apontam para um problema cultural na nossa Administração Pública, que consiste na repisada falta de planejamento.

19. Em conclusão, o item *“trabalho social”* foi pago, mas não foi executado pela construtora, o que caracteriza um prejuízo ao erário que deve ser ressarcido pelos responsáveis solidariamente, bem como ser objeto da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

20. A terceira irregularidade refere-se à não apresentação à equipe de fiscalização da Nota Fiscal 202, original, que respaldou o pagamento de R\$ 213.099,24 (19/12/2006). Não está mencionado nas instruções ou no relatório de auditoria do TC 013.939/2009-5 à qual contrato se refere. Citados, os responsáveis repetiram a alegação apresentada a respeito das notas fiscais duplicadas, ou seja, que enviavam as originais para a Caixa, juntamente com as medições.

21. Acolhendo a linha da Secex/MA, rejeito as alegações de defesa por não ter havido comprovação da despesa paga.

22. As outras duas falhas apontadas pela equipe de fiscalização foram objeto de audiências dos responsáveis. Pela ausência de comprovação de publicação do resumo dos termos de contrato respectivos, e de seus aditamentos, na imprensa oficial, o ex-prefeito sustentou que se trataria de falha

meramente formal, não causando prejuízo ao erário, e que não constitui causa de invalidade. A unidade técnica alertou que a Lei de Licitações e Contratos condiciona a eficácia dos contratos a essa divulgação (art. 61, parágrafo único) e ressaltou que os deveres contratuais não entram em vigor até que sejam apregoados.

23. Não há como considerar essa omissão como falha formal, pois tem, certamente, as consequências legais e jurídicas mencionadas na análise da Secex/MA. Assim, rejeito as razões de justificativa com a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

24. A última irregularidade apreciada são os indícios de conluio na condução da Concorrência 7/2006 e da Tomada de Contas 13/2006, direcionando a licitação e forjando o processo licitatório. Com relação à concorrência, os fatos que indicariam a fraude seriam: a) ausência de numeração das folhas do processo licitatório; b) ausência de comprovação de publicidade do certame, ocasionando a participação apenas da empresa Barros Construções e Empreendimentos Ltda.; c) não exigência de qualificação econômico-financeira, em que pese se tratar de contrato no montante de R\$ 9.564.877,83; e d) não exigência de qualificação técnica. No que tange à Tomada de Preços 13/2006, foram verificados: a) ausência de publicidade; b) que a Barros Construções, vencedora do certame, não foi inabilitada apesar de não ter comprovado sua habilitação jurídica; c) duas licitantes que compareceram ao certame (Barros Construções e Empreendimentos Ltda. e Santos Correia Construção e Empreendimentos Ltda.) apresentaram os mesmos documentos que não foram previstos no edital; e d) segundo a Secex/MA, *“analistas do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, ao analisar processo licitatório com características idênticas ao ora em exame (números do processo, licitação e contrato, data da habilitação, nome do credor e valor), registrou que: ‘constatou-se nos processos listados acima que a Certidão de Registro e Quitação de Pessoa Jurídica, expedida pelo CREA, comprovando a regularidade com a entidade apresentado pela empresa Barros Construções e Empreendimento Ltda., se encontrava vencida na época da habilitação, uma vez que a certidão venceu em 01.05.2006 e a abertura das tomadas de preços ocorreu em 24.05.2006’. Nos documentos disponibilizados à equipe de fiscalização do TCU, verifica-se que a certidão mencionada tem data de validade de 31/12/2006”*.

25. Manifesto-me, neste ponto, pela rejeição das razões de justificativa, visto que os fatos apontados não foram esclarecidos e os indícios de fraude são contundentes e permitem inferir, inequivocamente, que a sequência de omissão dos responsáveis não foi ocasional, mas tiveram como finalidade fraudar o certame e favorecer a contratada, que, no decorrer da execução contratual, acrescentou ao rol de atos irregulares a elaboração de notas fiscais falsas. Adiciono a aplicação da multa do art. 58, inciso II da Lei 8.443/1992 aos responsáveis e a declaração de inidoneidade das licitantes para participarem de licitação na Administração Pública Federal. Seguem as razões.

26. Para a ausência de numeração das folhas, os responsáveis alegaram que se trata de falha formal. A unidade técnica, por sua vez, propõe que as razões não sejam acatadas neste ponto, eis que viola o princípio da legalidade (arts. 3º e 38, **caput**, da Lei 8.666/1993 e art. 22, **caput** e § 4º da Lei 9.784/1999). Ademais, as normas preveem a numeração para que os atos da Administração Pública sejam formalizados organizadamente e, com isso, permitir a transparência dos atos públicos. Um processo desorganizado, com os documentos juntados sem ordem cronológica e paginação, impede a análise por parte dos cidadãos e até do controle e, conseqüentemente, contraria o princípio da publicidade.

27. A contestação alegando falha formal se repete no caso da falta de publicação dos editais. Aqui o prejuízo para a Administração ficou mais evidente. A não divulgação dos certames impediu a participação de maior número de licitantes, violando seu caráter competitivo e propiciando a participação de apenas uma empresa, no caso da concorrência, e de duas, na tomada de preços.

28. Quanto à comprovação da qualificação econômico-financeira e técnica, a interpretação conjunta dos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e 27 da Lei 8.666/1993 conduz à conclusão de que tal documentação deve ser exigida se for indispensável à garantia do cumprimento do contrato. A Secex/MA acolheu as razões de justificativa do ex-Prefeito e do ex-Secretário quanto a essas irregularidades, tendo em vista que a peça editalícia exigiu os documentos solicitados no art. 31 da Lei

8.666/1993 e “a solicitação de apresentação de declaração de superveniência de fato impeditivo da habilitação substitui outras formas comprobatórias de habilitação”, segundo art. 32, § 2º, da Lei de Licitações.

29. Adicionalmente, para corroborar a conclusão da existência de fraude, as duas únicas licitantes na tomada de preços apresentaram os mesmos documentos além do solicitado, indicando que as propostas foram elaboradas pela mesma pessoa: documentos contábeis, certidão negativa de falência, cronograma físico-financeiro, atestados de qualificação técnica e certificado de registro cadastral. Os responsáveis justificaram que seria por força do hábito, tendo em vista que a maioria das licitações solicita essa relação. A exemplo dos demais, tal fato isoladamente não provaria nada. No entanto, vem ratificar o indício. Com efeito, vários indícios graves, precisos e concordantes, analisados em conjunto, podem levar à certeza processual do fato indicado, quando se unem e se consolidam sob forte nexo lógico. A necessidade da conclusão, obtida mediante o exame do conjunto de todos os indícios, constitui, por assim dizer, o verdadeiro fundamento do valor probatório dos indícios.

30. A empresa Barros Construções e Empreendimentos Ltda. não comprovou a sua habilitação jurídica na Tomada de Preços 13/2006. O edital exigia a apresentação de requerimento de empresário, no caso de empresa individual; ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor; e inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício. A firma apresentou apenas Certidão Simplificada da Junta Comercial do Maranhão, que foi aceita pela comissão de licitação. Mais um fato para o conjunto que converge para a conclusão da fraude.

31. Na sequência de ocorrências verificadas pela equipe de fiscalização, constam também: a) as licitantes têm contador comum, Tânia Maria Mendes Barros, genitora dos sócios da Barros Construções e Empreendimentos Ltda. e procuradora dessa empresa. Nos papéis da licitação, quem assina os documentos contábeis da Santos Correia Construção e Empreendimento Ltda. é o Técnico em Contabilidade Fábio Roberto Sampaio Mendes, irmão de Tânia, e a estrutura de apresentação do balanço e demonstrativos contábeis de ambas as empresas é idêntica; b) a Santos Correia tem como endereço registrado nos órgãos oficiais o mesmo da residência da sócia administradora, bem como da procuradora, da Barros Construções; c) o Sócio-Administrador da Santos Correia, Mário César Medeiros dos Santos, foi uma das testemunhas do contrato de constituição e da sua segunda alteração da Barros Construções; d) Jerônimo da Cunha Correia foi sócio comum de ambas licitantes no período de 3/9/2002 a 7/7/2005; e) ambas as empresas já funcionaram no mesmo endereço; e f) a Certidão de Registro e Quitação de Pessoa Jurídica, expedida pelo CREA, da Barros Construções e Empreendimento Ltda. se encontrava vencida na época da habilitação.

32. Com relação à preliminar de irregular conversão automática do processo em tomada de contas especial, foi adequada a análise da Secex/MA. A conversão dos autos tem como pressuposto a existência de dano ao erário, mas é durante o processo que haverá o contraditório e serão identificados precisamente os responsáveis e quantificado o débito.

33. A segunda preliminar, sustentando a ausência de nexo causal entre a conduta do prefeito e os achados de auditoria, também não procede, pois apesar de a culpa, nos processos de competência desta Corte de Contas, ser de natureza subjetiva, ela se configura aqui na negligência e na culpa **in eligendo**.

34. Quanto à responsabilização do agente público, cabe lembrar que o ônus de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos é do gestor, que deve se conduzir de acordo com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

35. Por fim, a reconsideração da pessoa jurídica foi motivada no despacho que a efetivou e os fundamentos estão transcritos no início deste voto. E, considerando que a empresa Barros Construções e Empreendimentos Ltda. alterou sua denominação para Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda., estendo os efeitos da sanção de suspensão para participar em licitação na Administração Pública aplicada a uma empresa para outra do mesmo grupo econômico, constituída com o objetivo de burlar a sanção imposta à primeira.

36. Concluo, portanto, pela rejeição da defesa dos responsáveis com relação às irregularidades de fraude nos documentos comprobatórios de despesas, de pagamentos de serviços não executados e não

apresentação de nota fiscal que comprovasse a despesa no montante de R\$ 213.099,24. Elas configuram prejuízo ao erário e o débito referente a cada uma deve ser ressarcido solidariamente pelos agentes. Pelo dano ao erário, aplico multa no valor de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais) ao ex-Prefeito Humberto Ivar Araújo Coutinho e aos demais agentes - Vinícius Leitão Machado, Italo Anderson Mendes Barros, Tayanne Mayara Mendes Barros e a empresa Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda. -, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

37. A falta de publicidade referente aos editais e contratos, bem como os indícios de fraude nas licitações, também não foram esclarecidos nas razões de justificativa e serão aplicadas multas individuais no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) aos responsáveis e declarada a inidoneidade das empresas. Estendo, por fim, os efeitos da sanção de suspensão de participar em licitação na Administração Pública aplicada à Barros Construções e Empreendimentos Ltda. para sua sucessora Sampaio Oliveira Construções e Empreendimentos Ltda., com a aplicação da teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica pelo TCU.

Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de outubro de 2014.

OSÉ MÚCIO MONTEIRO  
Relator