

GRUPO II - CLASSE IV - Plenário

TC-016.090/2009-2 (Sigiloso)

Apenso: TC-019.309/2011-2.

Natureza: Tomada de contas especial

Unidade: Município de Divinópolis do Tocantins/TO.

Responsáveis: Adriana Alves Pereira (CPF 829.345.091-68); Áurea Maria Matos Rodrigues (CPF 547.004.181-68); Construtora Magalhães (CNPJ 07.561.309/0001-08); Edimar Alves de Sá (CPF 370.788.441-49); José Roberto Ribeiro Forzani (CPF 411.388.566-49); Marcos Wagno Gomes Bradão (CPF 002.593.621-23); Município de Divinópolis do Tocantins/TO (CNPJ 24.851.461/0001-36); Raimundo Natanael Barbosa Evangelista (CPF 387.776.731-15); Rodolfo Costa Botelho (CPF 067.964.351-68); Rosário Construções e Refrigeração Ltda. (CNPJ 38.136.123/0001-27); Selma Borges da Costa (CPF 882.425.441-15) e Vilmar Francisco da Silva (CPF 597.237.001-82).

Advogada constituída nos autos: Áurea Maria Matos Rodriguês (OAB/TO 1227).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DA CONVERSÃO DE DENÚNCIA. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS. AUDIÊNCIAS E CITAÇÕES. ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA E RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DE ALGUNS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DE OUTROS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTAS.

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial resultante da conversão de processo de denúncia, que apurou irregularidades na aplicação de recursos públicos federais no âmbito da Prefeitura Municipal de Divinópolis do Tocantins/TO.

2. Por meio do Acórdão 2388/2009 - Plenário, o Tribunal, além de converter os autos, autorizou a realização das citações e audiências dos responsáveis, nos termos propostos pela Secex/TO no Relatório de Fiscalização 568/2009 (peça 3, p. 38-41):

“2.1. com fundamento no inciso II do art. 12 da Lei 8.443/92, a citação solidária dos responsáveis, Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito, do Município de Divinópolis do Tocantins/TO, na pessoa do atual prefeito e da Construtora Magalhães Ltda., contratada, na pessoa do representante legal, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem alegações de defesa ou recolham aos cofres do Tesouro Nacional, em virtude de ter autorizado pagamentos indevidos (Rodolfo Cosia Botelho), recebimento de valores indevidos (empresa contratada Construtora Magalhães Ltda.), por ter se beneficiado diretamente de recursos públicos federais utilizados de maneira irregular (Município de Divinópolis do Tocantins/TO), a quantia de R\$ 8.820,00 (oito mil e oitocentos e vinte reais); atualizada, a partir de 20/6/2008 e a quantia de R\$ 57.882,93 (cinquenta e sete mil e oitocentos e oitenta e dois reais e noventa e três centavos), atualizada a partir de 15/4/2008; (3:9)

2.2. com fulcro no inciso II do art. 12 da Lei 8.443/92, a citação do Município de Divinópolis do Tocantins/TO, na pessoa do atual gestor, solidariamente com o Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito, e com o Sr. Edimar Alves de Sá, atual prefeito, para, no prazo de quinze dias,

apresentar alegações de defesa ou recolher aos cofres do Tesouro Nacional, as quantias abaixo assinaladas, devidamente corrigidas a partir das datas informadas, em virtude do não atingimento dos objetivos do convênio, uma vez que não promoveram o efetivo uso das instalações, mobiliário, equipamentos e veículos do Centro de Comercialização, construído e equipado com recursos federais oriundos de convênios firmados com o Ministério do Desenvolvimento Agrário: R\$ 74.161,99 (setenta e quatro mil e cento e sessenta e um reais e noventa e nove centavos), em 25/5/2004; R\$ 168.737,50 (cento e sessenta e oito mil e setecentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos), em 18/8/2005; e R\$ 44.480,00 (quarenta e quatro mil e quatrocentos e oitenta reais), em 22/6/2007; (3.3)

2.3. com fundamento no inciso II do art. 12 da Lei 8.443/92, a citação Solidária da Sr^a Selma Borges da Costa e da Sr^a Adriana Alves Pereira, para, no prazo de quinze dias, apresentarem alegações de defesa ou recolherem aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, a quantia de R\$ 74.800,00 (setenta e quatro mil e oitocentos reais), devidamente corrigida a partir de 19/6/2008, em virtude do extravio de equipamento adquirido com recursos do Convênio 1983/2006, sob suas responsabilidades, conforme relatado no campo “situação encontrada do achado” 3.6.1, provocando o não atingimento dos objetivos do convênio; (3.6)

2.4. com fundamento no inciso II do art. 12 da Lei 8.443/92, a citação solidária do, Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito, com a empresa contratada, Rosário Ind. e Com. Cim. e art. Ltda., CNPJ 36.136.123/0001-27, para, no prazo de quinze dias, apresentarem alegações de defesa ou recolherem aos cofres do Tesouro Nacional, as quantias de R\$ 5.456,65 (cinco mil e quatrocentos e cinquenta e seis reais e sessenta e cinco centavos) e R\$ 5.876,93 (cinco mil e oitocentos e setenta e seis reais e noventa e três centavos), atualizadas a partir de, respectivamente, 1/12/2008 e 10/12/2008, data dos últimos pagamentos, em virtude de pagamento de serviços oriundos de contratos contendo na composição do BDI, itens indevidos (IRPJ e CSLL), nos termos do Acórdão TCU 325/2007; (3:8)

3. nos termos do art. 43, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, audiência:

3.1. do Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito, para que apresente, no prazo de quinze dias, razões de justificativa, em decorrência de ter homologado processo de licitação com indícios de procedimentos fraudulentos na condução do processo licitatório que indicam possível ocorrência de direcionamento da licitação ou licitação montada; (3.1)

3.2. da Sr^a Áurea Maria Matos Rodrigues, Assessora Jurídica, para que apresente, no prazo de quinze dias, razões de justificativa, por ter emitido parecer jurídico pró-forma, contribuindo para a homologação de processo licitatório com indício de direcionamento, bem como à homologação de Convite sem a existência de três propostas válidas. (3.1)

3.3. do Sr. José Roberto Ribeiro Forzani, gestor do Incra/TO, para que apresente, no prazo de quinze dias, razões de justificativa para a formalização de convênios distintos, com o Município de Divinópolis do Tocantins, tendo objetos similares (Convênios nº 10.00/2007 e 17.000/2008). (4.1)

3.4. do Sr. Edimar Alves de Sá, atual prefeito, e do Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito, para, no prazo de quinze dias, apresentarem razões de justificativa por não terem dado, até a presente data, efetiva utilização e operacionalidade ao aterro sanitário construído com recursos federais concedidos pela Fundação Nacional de Saúde/Funasa, nos termos do Convênio 499/2004. (3.3)

3.5. dos Srs. Marcos Wagno Gomes Brandão e Raimundo Natanael Barbosa Evangelista, membros da Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Divinópolis do Tocantins/TO, e do Sr. Vilmar Francisco da Silva, Presidente da Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Divinópolis do Tocantins/TO, para, no prazo de quinze dias, apresentarem razões de justificativa por terem processado licitação com indícios de direcionamento ou licitação forjada. (3.1)”

3. As alegações de defesa e razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis foram analisadas pela Secex/TO no seguinte sentido (peça 17, p. 1-27):

“II - Alegações de Defesa

Município de Divinópolis do Tocantins/TO, por meio do representante legal.

4. O Município de Divinópolis do Tocantins, por meio do representante legal, foi instado, via Ofício 1512/2009-TCU/Secex/TO (fls. 184/5, Principal), de 11/11/2009, a apresentar alegações de defesa, solidariamente com o Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito e a Construtora Magalhães Ltda., contratada, em virtude de:

- Ato impugnado: beneficiar-se diretamente de recursos públicos federais utilizados de maneira irregular.

- Dispositivos violados: art. 20 da IN STN 1/1997 e artigos 40, inciso XIV, e 65, inciso II, alínea ‘c’, da Lei 8.666/1993.

- Débito e data do fato gerador: R\$ 57.882,93 (cinquenta e sete mil, oitocentos e oitenta e dois reais e noventa e três centavos), em 15/4/2008 e R\$ 8.820,00 (oito mil e oitocentos e vinte reais), em 20/6/2008.

5. O responsável solicitou dilação do prazo (fl. 277), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 278. Em resposta à citação, apresentou as alegações de defesa às fls. 839 a 849, tempestivamente.

Análise

6. Muito embora o município tenha sido chamado aos autos, entende-se que no presente caso, não há como sustentar a tese de responsabilização solidária do ente federativo pelo débito apurado nas presentes contas, nos termos das disposições da Decisão Normativa/TCU 57, de 5 de maio de 2004.

7. É que não se vislumbra aproveitamento em prol da municipalidade dos recursos aplicados irregularmente, visto que os recursos considerados irregulares foram pagos em proveito da empresa contratada e não do ente municipal.

8. Caso houvesse imputação de débito ao município, haveria dupla apenação. A primeira quando teve maquinários e servidores alocados em serviços contratados com terceiros. A segunda quando da condenação de devolução dos recursos aos cofres federais.

9. Diante disso, sem adentrar na argumentação trazida pelo atual prefeito municipal, entende-se que deve o ente federativo ser excluído da relação processual no que diz respeito à questão ora tratada, porquanto não haver comprovação de que se beneficiou da aplicação irregular dos recursos federais transferidos ao Município de Divinópolis do Tocantins, no âmbito do Convênio 10.000/2007.

Município de Divinópolis do Tocantins/TO, por meio do representante legal.

10. Via Ofício 1511/2009-TCU/Secex/TO (fls. 190/1), de 11/11/2009, o Município de Divinópolis do Tocantins, por meio do representante legal, foi citado, solidariamente com o Sr. Rodolfo Costa Botelho e com o Sr. Edimar Alves de Sá, em virtude de:

- Ato impugnado: não atingimento dos objetivos do convênio, uma vez que não promoveu o efetivo uso às instalações, ao mobiliário, aos equipamentos e aos veículos do Centro de Comercialização, construído e equipado com recursos federais oriundos de convênios firmados com o Ministério do Desenvolvimento Agrário/MDA.

- Dispositivos violados: art. 31, 1º, inciso I, da IN STN 1/1997.

- Débito e data do fato gerador: R\$ 74.161,99 (setenta e quatro mil, cento e sessenta e um reais e noventa e nove centavos), em 25/5/2004; R\$ 168.737,50 (cento e sessenta e oito mil, setecentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos), em 18/8/2005; e R\$ 44.480,00 (quarenta e quatro mil e quatrocentos e oitenta reais), em 22/6/2007.

11. O defendente inicia a peça de defesa às fls. 834 a 837, afirmando que a acusação contida no Relatório da CGU não deve prevalecer.

12. Informa que o Centro de Comercialização foi construído mediante celebração de convênio entre o município e o Ministério do Desenvolvimento Agrário/MDA, e projetado para ser administrado via parceria entre o município e a Comissão de Implantação de Ações Territoriais da Área de Proteção Ambiental do Cantão/CIAT APA CANTÃO, órgão colegiado formado pela sociedade civil organizada e coordenada pelo MDA.

13. Nesse contexto, lembra que o modelo de gestão a ser implementado é o recomendado pelo Programa Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Territórios Rurais/Pronat, órgão do próprio MDA, concluindo que a responsabilidade do MDA, no presente caso, não acabou quando celebrou o convênio, tendo em vista que o próprio Ministério determina o modelo de gestão do Centro de Comercialização.

14. Destaca que o então gestor, Sr. Rodolfo Costa Botelho, tão logo concluiu a obra, o fez saber ao CIAT, colocando as instalações, bens e mobiliários à disposição do MDA para iniciarem o funcionamento, *'e ficou à mercê do órgão para que escolhesse qual entidade não governamental seria o parceiro no funcionamento do Centro'*.

15. Acrescenta que tal escolha não ocorreu, apresentando Declaração do representante do MDA (fl. 836), na qual reconhece a culpa do órgão concedente, tendo em vista que o município não poderia iniciar as atividades do Centro. Nem ele, nem o ex-gestor.

16. Ressalta que devido à demora na escolha da entidade pela CIAT, à iminência de o município ser condenado pelo TCU a devolver os recursos, e aliada à importância do projeto para a região, procurou o CIAT novamente, informando-o da gravidade da situação, tendo sido decidido que as atividades do Centro de Comercialização dar-se-iam a partir de janeiro de 2010.

17. Rechaça qualquer acusação de que tenha se beneficiado com o uso irregular dos recursos, tendo em vista que a obra foi totalmente construída e junto com o mobiliário adquirido está apta a entrar em funcionamento.

18. Apela que a falta momentânea de funcionalidade é mera infração administrativa e nunca de devolução total da verba, *'afinal há que se diferenciar entre o desvio de dinheiro público onde sequer se faz a obra e a situação presente, onde a obra conveniada e todo o mobiliário foram construídos, encontrados e fiscalizados, por uma questão de justiça'*.

19. Encaminha, à fl. 836, Declaração, de 21/12/2009, do Sr. Marcelo Gualberto Caldeira, Delegado Substituto do MDA/DFDA/TO, na qual constam as seguintes informações:

(a) a Prefeitura Municipal de Divinópolis do Tocantins concluiu em 12/6/2009 o Contrato de Repasse 157595-93, e em 19/9/2009, o Contrato de Repasse 169824-16, referentes à construção e ampliação do Centro de Comercialização APA CANTÃO;

(b) o processo de gestão da Central de Comercialização para esta unidade segue o modelo recomendado pelo Pronat do MDA, devendo ser acordado entre o poder público municipal e a sociedade civil organizada, por meio da CIAT APA CANTÃO;

(c) a definição de qual entidade será parceira ainda está em processo de discussão pela CIAT APA CANTÃO;

(d) na proposta de gestão, caberá à Prefeitura Municipal de Divinópolis do Tocantins/TO apoiar e monitorar as ações da entidade administradora do Centro de Comercialização de Produtos da Agricultura Familiar; dotar a entidade parceira das condições e informações necessárias ao bom funcionamento do bem; e fiscalizar a gestão da entidade, de forma a garantir o uso adequado dos bens adquiridos com recursos públicos, objetos dos contratos de repasses durante sua vida útil.

20. Acosta ainda, à fl. 837, Declaração de 21/12/2009, do Sr. Edimar Alves de Sá, Prefeito Municipal, na qual o gestor afirma o início das atividades do Centro de Comercialização APA CANTÃO a partir da 1ª quinzena de janeiro de 2010.

Análise

21. **Prima facie**, o defendente pretende ver reconhecida a inexistência de irregularidades, tendo em vista que alega a execução dos objetos dos Contratos de Repasses 0193887-72/2006/MDA/Caixa, 0169824-16/2004/MDA/Caixa e 0157595-93/2003/MDA/Caixa.

22. Todavia, a implementação das políticas públicas específicas para a comercialização da agricultura familiar caberia, data vênia, ao governo municipal de Divinópolis do Tocantins e não à Comissão de Implantação de Ações Territoriais. Esta seria parceira, e não necessariamente a responsável pela condução do processo.

23. Corroborando com esse entendimento, a alocação de recursos por meio do Contrato de Repasse 0193887-72/2006/MDA/Caixa (Termo do Contrato às fls. 28 a 34 do Anexo 11), repassados para apoiar a estruturação da Comissão de Instalação de Ações Territoriais (CIAT), na região da APA CANTÃO, com a seguinte justificativa no Plano de Trabalho (fls. 35 a 39 do Anexo 11), *in verbis*:

‘Para haver um avanço na discussão de uma política de desenvolvimento a partir de territórios rurais faz-se necessário à otimização de um espaço para o planejamento, desenvolvimento e monitoramento/avaliação das ações de apoio à agricultura familiar. Esta estruturação da sede da CIAT no centro de comercialização em Divinópolis/TO trará avanços na gestão e controle social e irá facilitar o acesso às políticas públicas aos agricultores familiares na região da APA CANTÃO’.

24. Outrossim, no âmbito dos Contratos de Repasse 0169824-16/2004/MDA/Caixa (Termo de ajuste às fls. 14 a 20 do Anexo 11) e 0157595-93/2003/MDA/Caixa (Termo de ajuste às fls. 2 a 8 do Anexo 11), especificamente nos Planos de Trabalho (fls. 21/5 e 10/13 do Anexo 11), consta no campo ‘Metodologia de Execução’ (construção/aquisição, utilização e administração) que o gerenciamento será entre prefeitura, Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural Sustentável/CMDRS e CIAT.

25. Essas informações constantes nos planos de trabalhos levam à dedução de que o CMDRS estava formado ou com formação em andamento. No entanto, nos autos, o defendente não faz qualquer alusão ao mesmo, nem mesmo se foi efetivamente criado.

26. Quanto à Declaração (fl. 836) do Sr. Marcelo Gualberto Caldeira, Delegado Substituto MDA/DFDA/TO, na qual informa que a definição de qual entidade será parceira ainda está em processo de discussão pela CIAT APA CANTÃO, entende-se que o modelo de gestão previsto não vinculava o gestor municipal na implementação de ações dirigidas à consecução dos objetivos dos convênios. Tratava-se apenas de modelo de gestão recomendado pelo Pronat.

27. Nesse sentido, deve-se pontuar que houve mora administrativa na atuação dos gestores municipais, cujo resultado foi o não atingimento dos objetivos propostos nos contratos de repasse em questão.

28. Além disso, *in loco* verificou-se que os bens e equipamentos adquiridos com os recursos ora tratados estão a servir a comunidade de Divinópolis do Tocantins.

29. Desse modo, e considerando que o objeto de pactuação com o Governo Federal não atingiu os objetivos almejados, resultando em acréscimo patrimonial auferido pelo município, tais recursos devem ser inteiramente restituído à União, visto que, os equipamentos, veículos e a centro de comercialização estão sendo utilizados pelo Município de Divinópolis do Tocantins/TO em atividades de interesse da municipalidade.

30. Deveras, salienta-se o início da irregularidade na gestão do ex-prefeito, Sr. Rodolfo Costa Botelho, protraindo-se na gestão do sucessor, Sr. Edimar Alves de Sá, porquanto, a ambos competia promover o efetivo uso das instalações, do mobiliário e dos equipamentos e veículos do Centro de Comercialização, construído e equipado com recursos federais oriundos de convênios firmados com o Ministério do Desenvolvimento Agrário.

31. Outrossim, no caso vertente, verifica-se que o município se beneficiou com os recursos aplicados irregularmente, devendo, então, ser condenado em débito, sem prejuízo de se

julgar, desde logo, irregulares as contas dos Srs. Rodolfo Costa Botelho e Edimar Alves de Sá, aplicando-lhes multa, com fulcro no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92.

32. Quanto ao **termo a quo** para contagem do prazo de devolução dos recursos pelo ente federativo, consoante Acórdão 1.143/2009-Plenário e Acórdão 627/2010-2ª Câmara, deve ser considerado o dia 31 de janeiro do exercício seguinte. Nessa data, a administração municipal, nos termos do art. 165, I e § 5º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, contará com a autorização legislativa orçamentária ordinária e com a programação orçamentário-financeira, podendo iniciar o pagamento parcelado do débito junto à administração federal, sem comprometer a sua boa e regular gestão fiscal, em respeito ao princípio do planejamento fiscal.

33. Assim, o TCU deve rejeitar as alegações do Município de Divinópolis do Tocantins, por meio do representante legal, e cientificá-lo, nos termos dos artigos 12, § 1º, e 22, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 202, §§ 2º e 3º do RI/TCU, da concessão de novo e improrrogável prazo, de quinze dias, a contar de 31/1/2011, para que comprove perante este Tribunal, o recolhimento das quantias aos cofres do Inbra.

Edimar Alves de Sá, Prefeito Municipal de Divinópolis do Tocantins.

34. O Sr. Edimar Alves de Sá, Prefeito Municipal, foi instado, por meio Ofício 1516/2009-TCU/Secex/TO (fls. 194/5), de 11/11/2009, a apresentar alegações de defesa, solidariamente com o Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito, e o Município de Divinópolis do Tocantins/TO, na pessoa do atual gestor, em virtude de:

- Ato impugnado: não atingimento dos objetivos do convênio, uma vez que não promoveu o efetivo uso às instalações, mobiliário, equipamentos e veículos do Centro de Comercialização, construído e equipado com recursos federais oriundos de convênios firmados com o Ministério do Desenvolvimento Agrário.

- Dispositivos violados: art. 31, 1º, inciso I, da IN STN 1/1997.

- Débito e data do fato gerador: R\$ 74.161,99 (setenta e quatro mil, cento e sessenta e um reais e noventa e nove centavos), em 25/5/2004; R\$ 168.737,50 (cento e sessenta e oito mil, setecentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos), em 18/8/2005; e R\$ 44.480,00 (quarenta e quatro mil e quatrocentos e oitenta reais), em 22/6/2007.

35. O defendente apresentou peça de defesa às fls. 868 a 871, de conteúdo idêntico à apresentada pelo Município de Divinópolis do Tocantins, por meio do representante legal, já reproduzida nos subitens 11 a 20 desta instrução.

Análise

36. No respeitante à defesa apresentada pelo responsável, as conclusões registradas nos subitens 21 a 33 da presente instrução são válidas, exceto quanto à devolução dos recursos, tendo em vista a inexistência de indícios de locupletamento dos recursos ora tratados, por parte do responsável.

37. Nesse contexto, entende-se que devem ser rejeitadas as alegações de defesa apresentadas, uma vez que não são capazes de elidir as irregularidades do ato pelo qual foi chamado aos autos, aplicando-lhe, a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92.

Construtora Magalhães Ltda.-ME (R M Construções), contratada.

38. A empresa contratada, na pessoa do representante legal, foi instada, por intermédio do Ofício 1513/2009-TCU/Secex/TO (fls. 186/7), de 11/11/2009, a apresentar alegações de defesa, solidariamente com o Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito e o Município de Divinópolis do Tocantins/TO, em virtude de:

- Ato impugnado: recebimento de pagamentos sem a contraprestação dos serviços.

- Dispositivos violados: art. 20 da IN STN 1/1997 e artigos 40, inciso XIV, e 65, inciso II, alínea 'c', da Lei 8.666/1993.

- Débito e data do fato gerador: R\$ 57.882,93 (cinquenta e sete mil, oitocentos e oitenta e dois reais e noventa e três centavos), em 15/4/2008 e R\$ 8.820,00 (oito mil e oitocentos e vinte reais), em 20/6/2008.

39. A responsável solicitou dilação do prazo (fl. 304), tendo sido concedida por meio do Despacho à fl. 319.

40. Em resposta à citação, a defendente apresentou as alegações de defesa à fl. 332, com as seguintes assertivas:

- . a acusação de ter recebido pagamento sem a contraprestação de serviços, objeto da licitação nº 004/2007, não procede;

- . a empresa é séria e está no mercado há muitos anos;

- . a empresa *'ganhou a licitação, efetuou a obra e para tanto usou seus equipamentos e seus empregados, conforme provam a documentação anexa, rol de máquinas utilizadas e relação de empregados'*;

- . a obra *'foi executada e devidamente fiscalizada pelos técnicos do Incra e da Prefeitura de Divinópolis'*.

- . a empresa contesta veementemente as acusações descabidas de que foi vítima.

Análise

41. Inicialmente, cabe assinalar que as justificativas apresentadas foram genéricas, não tratando de forma específica da questão a ser esclarecida.

42. A existência da informação contida na Relação de pessoal e equipamentos disponíveis para execução da obra a ser licitada, conforme Tomada de Preço nº 004/2007, anexada à fl. 333, não é suficiente para que comprove que na execução do objeto convencional em questão, não foram empregados homens e equipamentos pertencentes à Administração Municipal.

43. De se notar ainda que a documentação juntada não trouxe nenhuma novidade apta a justificar ou afastar a irregularidade pela qual foi chamada aos autos.

44. Desta forma, considera-se que as alegações apresentadas não foram capazes de afastar o juízo de irregularidade atribuído aos atos praticados, devendo, pois, ser rejeitada pelo TCU, condenando-lhe, em consequência, a ressarcir ao erário, a quantia recebida sem que tenha havido contraprestação de serviços.

Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito do Município de Divinópolis do Tocantins/TO (Alegações de defesa às fls. 856 a 866).

45. O Sr. Rodolfo Costa Botelho foi instado, por intermédio do Ofício 1515/2009-TCU/Secex/TO (fls. 188/9), de 11/11/2009, em solidariedade com o Município de Divinópolis do Tocantins/TO e a Construtora Magalhães Ltda.-ME, contratada, a apresentar alegações de defesa ou devolver aos cofres públicos a quantia abaixo consignada, em virtude de:

- Ato impugnado: autorização de pagamentos sem a contraprestação dos serviços.

- Dispositivos violados: art. 20 da IN STN 1/1997 e artigos 40, inciso XIV, e 65, inciso II, alínea 'c', da Lei 8.666/1993.

- Débito e data do fato gerador: R\$ 57.882,93 (cinquenta e sete mil, oitocentos e oitenta e dois reais e noventa e três centavos), em 15/4/2008 e R\$ 8.820,00 (oito mil e oitocentos e vinte reais), em 20/6/2008.

46. O defendente solicitou dilação do prazo (fl. 296), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 311, apresentando, em resposta à citação, arrazoado de fls. 856 a 866.

47. Inicialmente, afirma que *'tal ato nunca houve no município e muito menos na licitação expressamente onde se acusa tenha acontecido. O que houve foi uma denúncia de gente mal intencionada e sem o menor critério'*.

48. A seguir, relata que era praxe da Administração, na sua gestão, ao angariar verbas de convênio para a realização de obras, seja na zona rural, seja na zona urbana, também fazer as obras possíveis à Administração com recursos próprios, ao redor das obras licitadas. Isso para que *'as obras aparecessem mais, saltassem aos olhos dos seus munícipes'*.

49. Aduz que no caso das obras relativas ao Convênio 10.000/2007 (licitação nº 004/2007), cujo objeto era a construção de 32,7 km de estradas vicinais, uma ponte de 6,00 x 4,00 metros e quatro bueiros de 1,00 x 8,00 metros na zona rural, o procedimento não foi diferente. Ou seja, concomitante à realização das obras do convênio, a prefeitura iniciou obras menores na mesma região, tais como, melhorias de estradas vicinais de lugares próximos, tapagem de buracos, limpeza e roço de estradas etc.

50. Afirma que foi em razão disso que, possivelmente, os trabalhadores do município foram vistos nos arredores da região das obras, trafegando pelas estradas vicinais que estavam sendo construídas e dirigindo as máquinas do município, na mesma época, *'mas estes nunca realizaram qualquer tipo de trabalho nas obras licitadas e nem tampouco as máquinas do município foram utilizadas'*.

51. Argumenta que mesmo após o término das obras licitadas, os mesmos trabalhadores continuaram a prestar serviços ao município, e fizeram nos exercícios de 2008 e 2009 alguns serviços rotineiros. Talvez tenha sido por essa razão que, quando perguntado por fiscais da CGU, se haviam trabalhado nos locais exatos onde as obras licitadas foram construídas e com máquinas do município, *'confusamente responderam que sim, todavia é imperioso dizer que os técnicos da CGU estiveram no Município dois anos depois, em 2009 (...). Repita-se: esse trabalho não foi na época da feitura das obras licitadas, mas antes e depois disso'*.

52. Finalizando, o defendente aduz que, *'após serem esclarecidos do equívoco, esses trabalhadores naturalmente concordaram, por uma questão de amor à justiça, em retificar o conteúdo da declaração dada aos técnicos da CGU, e para tanto refizeram suas declarações'*.

53. Informa ainda que os Presidentes dos assentamentos beneficiados, incomodados com a acusação feita pela denúncia, se ofereceram para dar testemunho de que a acusação era improcedente, tendo assinado as declarações anexadas aos autos.

Análise

54. Apesar de a peça de defesa se referir a 'Relatório da CGU' e aos 'técnicos da CGU', trata-se, de fato, do Relatório de Inspeção às fls. 105 a 149.

55. Conquanto tenham sido acostadas aos autos as declarações do Sr. Antônio Ferreira da Silva (fl. 841); do Sr. Pedro Lima Noleto (fl. 842); do Sr. Elzídio Henrique Duarte (fl. 843); do Sr. Orlando José da Fonseca (fl. 844); e do Sr. Edivaldo Feitoza da Silva (fl. 845), bem como da Sr^a Creusa Ferreira de Souza (fl. 846); do Sr. Paulo Sérgio Pereira da Silva (fl. 847); do Sr. Fernando Ermano de Castilho (fl. 848); e do Sr. Genivaldo Nascimento dos Santos (fl. 849), entende-se que as mesmas são falaciosas. Primeiro, pela existência de declarações firmadas pelos mesmos declarantes, em sentido contrário. Segundo, pelas circunstâncias em que as primeiras declarações foram emitidas. É que, durante uma fiscalização, na presença de pessoas estranhas e fiscais do governo, provavelmente haveria resistência natural à manifestação desses declarantes para assinarem os termos. Por serem servidores municipais, maior ainda a probabilidade de silenciarem aos auditores. Também por não se tratar de pessoas analfabetas, infere-se que, todos eles, na ocasião, tinham pleno conhecimento da situação vivenciada, haja vista terem trabalhado na execução das obras. Terceiro, pelo fato de o defendente não ter conseguido arregimentar, de todos os declarantes, a afirmação contraditória (cotejo das declarações anexadas às fls. 252 a 257 do volume do Anexo 5 e as de fls. 841 a 849 do volume 4-Principal).

56. Sem embargo, devido à constatação da equipe de auditoria não ter se apoiado exclusivamente nas declarações, cujos elementos de convicção dos indícios probatórios da irregularidade decorreram das indagações, *in loco*, a vários municípios moradores dos assentamentos beneficiados, é mister trazer à colação as disposições do Código de Processo Civil, *in verbis*:

'art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato'.

57. Outrossim, causa estranheza, as versões e o encadeamento das questões específicas da execução das obras relativas às estradas vicinais nos assentamentos, objetos dos Convênios 10.000/2007 e 17.000/2008, pelas seguintes razões: (i) o Prefeito Municipal e o Incra pretendiam firmar o Segundo Termo Aditivo do Convênio 10.000/2007, o que significa dizer que, em tese, a empresa contratada no âmbito desse Convênio havia realizado serviços superiores ao previsto; (ii) na impossibilidade da realização do Segundo Termo Aditivo, foi firmado o Convênio 17.000/2008 que, à luz da interpretação das justificativas apresentadas pelo Superintendente do Incra, sintetizados nos subitens 109 a 115 desta instrução, tal convênio teve como finalidade regularizar situação consumada, consistente na realização de serviços superiores ao previsto; (iii) mesmo tendo como fim a regularização de situação consumada no âmbito do Convênio 10.000/2007, a execução do objeto do Convênio 17.000/2008 foi contratada junto à empresa distinta da que executou os serviços previstos no Convênio 10.000/2007.

58. Urge, nesse passo, ressaltar que as alusões relativas à alegação de que era praxe do gestor municipal fazer serviços paralelos aos arredores dos serviços licitados encontra distorção lógica ao se perceber que, repita-se, se serviços foram executados a mais, tais serviços foram pagos no âmbito do Convênio 17.000/2008 à Construtora Providência Ltda., CNPJ 08.742.973/0001-08 (fls. 201/206 do volume 1, do Anexo 5), contratada por meio do Convite 024/2008.

59. Tal conclusão funda-se do cotejo dos documentos às fls. 240 e 244 a 249. Especificamente no item II - Proposta do Segundo Termo Aditivo ao Convênio 10.000/2007, o parecerista informa que:

Às fls. 338/370 o Chefe do Executivo Municipal junta o Ofício n 150/2008 e seus anexos, solicitando Termo Aditivo de Construção de estradas vicinais, em síntese, expõe que executou um quantitativo maior do que o previsto no convênio. Nesse caso, solicita recursos no valor de R\$ 99.917,64 (noventa e nove mil, novecentos e dezoito reais e sessenta e quatro centavos), que seriam aplicados na execução de 19,0 km de estradas vicinais e construção de 14 bueiros tubulares simples/duplos dentro do Assentamento, em virtude de adequação executados pelo projetista das obras, o Sr. Marcione Nunes Coelho, Engenheiro Civil'.

60. Ademais, no parecer à fl. 249, o Procurador Federal, conclusivamente, entende que *'não deveria a Administração persistir com este convênio, promovendo uma alteração do objeto conveniado através do Segundo Termo Aditivo, pelo que sugerimos a celebração de um novo convênio, cujo objeto contenha as obras sugeridas na alteração deste, e com um Projeto básico, de melhor adequação técnica aos seus objetivos'.*

61. Considerando, que é da natureza das justificativas, a ponderação das mesmas, de forma que os argumentos do responsável sejam analisados, medidos e ponderados com a lógica e as regras da experiência, deve se desprezar o inverossímil e o improvável, para se acolher o que se evidencia racional, coerente e compatível com as circunstâncias. E certamente há uma confusão argumentativa nas justificativas trazidas aos autos pelos responsáveis, agravada pelo fato de não ter comprovado que os servidores e maquinário do município não foram utilizados na execução do objeto convenial.

62. Portanto, entende-se que as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho devem ser rejeitadas, uma vez que não elidiram as irregularidades do ato pelo qual foi chamado aos autos.

63. Em consequência, deve ser condenado a ressarcir aos cofres do Incra, o débito apurado, solidariamente com a Construtora Magalhães Ltda.-ME, contratada.

Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito do Município de Divinópolis do Tocantins/TO (Alegações de defesa às fls. 851 a 854).

64. O Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito, foi instado, por meio Ofício 1514/2009-TCU/Secex/TO (fls. 192/3), de 11/11/2009, a apresentar alegações de defesa, solidariamente com o Sr. Edimar Alves de Sá, Prefeito Municipal, e o Município de Divinópolis do Tocantins/TO, na pessoa do atual gestor, em virtude de:

- Ato impugnado: não atingimento dos objetivos do convênio, uma vez que não promoveu o efetivo uso às instalações, mobiliário, equipamentos e veículos do Centro de Comercialização, construído e equipado com recursos federais oriundos de convênios firmados com o Ministério do Desenvolvimento Agrário.

- Dispositivos violados: art. 31, 1º, inciso I, da IN STN 1/1997.

- Débito e data: R\$ 74.161,99 (setenta e quatro mil, cento e sessenta e um reais e noventa e nove centavos), em 25/5/2004; R\$ 168.737,50 (cento e sessenta e oito mil, setecentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos), em 18/8/2005; e R\$ 44.480,00 (quarenta e quatro mil e quatrocentos e oitenta reais), em 22/6/2007.

65. O responsável solicitou dilação do prazo (fl. 296), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 311, arremando aos autos peça defensiva, às fls. 868 a 871, de conteúdo idêntico à apresentada pelo Município de Divinópolis do Tocantins, por meio do representante legal, já reproduzida nos subitens 11 a 20 desta instrução.

Análise

66. Concernente à defesa apresentada pelo responsável, as conclusões registradas nos subitens 21 a 33 da presente instrução são válidas, exceto quanto à devolução dos recursos, tendo em vista a inexistência de indícios de locupletamento dos recursos por parte do responsável.

67. Anote-se que, apesar de a fl. 852 não se referir à irregularidade em questão, vê-se que houve equívoco do defendente ao acostar a folha relativa à resposta, compreendendo, então, que o conteúdo é idêntico à defesa apresentada pelo Município de Divinópolis do Tocantins e pelo Sr. Edimar Alves de Sá.

68. Nessa direção, entende-se que as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho devem ser rejeitadas, uma vez que não elidiram as irregularidades do ato pelo qual foi chamado aos autos, aplicando-lhe, a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92.

Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito (Alegações de defesa às fls. 873 a 875).

69. O Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito, foi instado, por meio Ofício 1517/2009-TCU/Secex/TO (fls. 202/3), de 11/11/2009, a apresentar alegações de defesa, solidariamente com a empresa Rosário Indústria e Comércio de Artefatos de Cimento e Construções Ltda., em virtude de:

- Ato impugnado: pagamento de serviços oriundos de contratos contendo na composição do BDI, itens indevidos (IRPJ e CSLL), nos termos do Acórdão TCU 325/2007.

- Dispositivos violados: Acórdão 325/2007-TCU-Plenário.

- Débito e data do fato gerador: R\$ 5.456,65 (cinco mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e sessenta e cinco centavos), em 1/12/2008 e R\$ 5.876,93 (cinco mil, oitocentos e setenta e seis reais e noventa e três centavos), em 10/12/2008.

70. O responsável solicitou dilação do prazo (fl. 296), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 311.

71. O defendente apresentou arrazoado, às fls. 873 a 875, com conteúdo idêntico ao apresentado pela Empresa contratada e pontuada nos subitens 75 a 79 desta instrução.

Análise

72. Em virtude da análise procedida nos subitens 80 a 84 desta instrução, entende-se que o TCU deve acolher as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho quanto ao ato irregular aqui capitulado, consistente em pagamento de serviços oriundos de contratos contendo na composição do BDI, itens indevidos (IRPJ e CSLL).

Rosário Indústria e Comércio de Artefatos de Cimento e Construções Ltda., CNPJ 38.136.123/0001-27 (Alegações de defesa às fls. 830 a 832).

73. A Empresa Rosário Indústria e Comércio de Artefatos de Cimento e Construções Ltda., CNPJ 38.136.123/0001-27, contratada, foi instada, por meio do Ofício 1509/2009-TCU/Secex/TO (fls. 200/1), de 11/11/2009, solidariamente com o Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito, em virtude de:

- Ato impugnado: recebimento de pagamento de serviços oriundos de contratos contendo na composição do BDI, itens indevidos (IRPJ e CSLL), nos termos do Acórdão TCU 325/2007.
- Dispositivos violados: Acórdão 325/2007-TCU-Plenário.
- Débito e data do fato gerador: R\$ 5.456,65 (cinco mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e sessenta e cinco centavos), em 1/12/2008 e R\$ 5.876,93 (cinco mil, oitocentos e setenta e seis reais e noventa e três centavos), em 10/12/2008.

74. A responsável solicitou dilação do prazo (fl. 298), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 313.

75. Preliminarmente o representante da empresa certifica que o item carece de esclarecimentos de dúvidas sobre os custos envolvidos no processo de construção, tendo a Empresa Piniweb que trabalha na preparação dos índices de custo, na pesquisa de preços e na montagem de composições do TCPO publicado um verdadeiro manual de BDI.

76. A seguir, reproduz o conceito de custos diretos e indiretos formulado pela Empresa Piniweb, para, ao final comentar: *‘O Custo Total é igual aos Custos Diretos mais os Custos Indiretos. Entre esses custos estão Encargos Fiscais. São os impostos, como Imposto de Renda, PIS, ISS, Cofins, CSLL, entre outros. Esses encargos podem incidir sobre o faturamento, isto é, sobre o preço final da obra, sobre os serviços ou sobre o lucro.*

77. Relata as especificidades relativas às taxas de BDI, para concluir que com *‘o objetivo de desonerar o BDI e exibi-lo em patamares aceitáveis, a maior parcela das metodologias de cálculo é parecida’*, apresentando tabela de composição de BDI na qual consta a previsão de inclusão da CSLL e do IRPJ.

78. Discrimina os impostos incidentes sobre a nota fiscal, a saber: ISS, Cofins, PIS, IRPJ e CSLL, para afirmar que sendo o IRPJ e a CSLL impostos incidentes sobre a nota fiscal, legal é a sua cobrança. Tanto é assim é que a planilha de cálculos da licitação em comento foi analisada e aprovada pela Caixa Econômica Federal, que autorizou seu pagamento.

79. Finaliza solicitando reconsideração da decisão de rejeição inicialmente proferida.

Análise

80. Consoante o Enunciado 254 da Súmula da Jurisprudência/TCU, o Imposto de Renda Pessoa Jurídica/IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido/CSLL não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas/ BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

81. Todavia, quanto à parcela do IRPJ e CSLL, o Tribunal vem admitindo, em determinados casos, a manutenção no BDI de contratos já firmados, conforme se depreende do excerto do Acórdão 1591/2008-Plenário, *in verbis*:

‘PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL.

(...)

2. A indicação em destaque na composição do BDI do imposto de renda pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro líquido não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que as empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta.

3. A evolução da jurisprudência do Tribunal não deve impactar as relações jurídicas já constituídas, salvo se comprovada a existência de sobrepreço’.

82. Também no Voto do Ministro-Relator, no Acórdão 3046/2009 - Plenário, foi exarado o seguinte entendimento:

'33. Voltando o foco às parcelas da CSLL (1,08%) e da Administração Local (1,50%), considerando a inexistência de indícios de sobrepreço da planilha de custos diretos da obra, entendendo que, a despeito de a licitação e o contrato em comento serem posteriores ao Acórdão 325/2007-Plenário, possam, excepcionalmente, ser mantidas no BDI contratado.'

83. Do exposto, observa-se que tais entendimentos bem se amoldam ao caso em comento, em virtude de a licitação e o contrato serem anteriores ao Acórdão 325/2007-Plenário.

84. Nessa esteira, propõe-se ao Tribunal, o acolhimento das alegações de defesa apresentadas pelo representante da empresa, consistentes no recebimento de pagamento de serviços oriundos de contratos contendo na composição do BDI, itens indevidos (IRPJ e CSLL).

Adriana Alves Pereira (Alegações de defesa às fls. 329 a 330).

85. A Sr^a Adriana Alves Pereira foi instada, por meio do Ofício 1518/2009-TCU/Secex/TO (fls. 198/9), de 11/11/2009, solidariamente com a Sr^a Selma Borges da Costa, a apresentar alegações de defesa ou recolher aos cofres públicos a quantia abaixo consignada, em virtude de:

- Ato impugnado: extravio de equipamento adquirido com recursos do Convênio 1983/2006, sob suas responsabilidades, conforme relatado no campo 'situação encontrada no achado', provocando o não atingimento dos objetivos do convênio.

- Dispositivos violados: art. 63 da Lei 4.320/1964.

- Débito e data do fato gerador: R\$ 74.800,00 (setenta e quatro mil e oitocentos reais), em 19/6/2008.

86. A defendente solicitou dilação do prazo (fl. 294), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 309.

87. Inicia a defesa, alegando que a acusação que pesa sobre ela de falta do dever de cuidado não procede, tendo em vista que o furto consiste em fatalidade afeta a qualquer objeto inclusive àqueles guardados em cofres.

88. Assevera que os aparelhos ficaram expostos do lado de fora do hospital, devido a visitas de vários políticos à cidade, exatamente no dia em que os volumes foram entregues, tendo sido colocado uma faixa explicativa sobre eles acerca da aquisição, para que toda a comunidade ficasse sabendo.

89. Afirma que, após o evento, os volumes foram devidamente guardados, na espera da conclusão das obras de reforma do hospital, quando o aparelho seria montado na sala construída para esse fim específico, tendo sido percebido o sumiço do volume apenas no dia em que o técnico veio montar o aparelho. *'Com a falta o equipamento não pode ser montado por completo, e daí seu não funcionamento.'*

90. Informa que tão logo soube da falta do volume, envidou esforços juntamente com a servidora Selma Borges da Costa (solidária) para encontrar o volume, consultando a empresa onde o mesmo foi adquirido, a transportadora, entrevistando todos os servidores do hospital. Esse procedimento demandou tempo e ao final, por não terem tido êxito na empreitada, buscaram auxílio da polícia para solucionar o caso, fato que até o momento não ocorreu, tendo em vista que o Inquérito Policial instaurado não foi concluído, como informa o próprio Relatório de Inspeção.

91. Argumenta que a falta de apuração por parte da polícia não pode ser creditada como falha a ser imputada à defendente e a Sr^a Selma Borges da Costa, até mesmo porque, caso a investigação policial já tivesse sido realizada, certamente a peça faltante já teria sido encontrada.

92. Conclui: *'Ademais, releva dizer que não restou provado que o sumiço tenha se dado ainda quando os volumes ficaram expostos pelo período em que estavam à mostra para toda população, o que supera a acusação de violação do dever de cuidado (...).'*

Análise

93. Apesar de a defendente fazer menção ao Relatório dos Técnicos da CGU, trata-se, na verdade, do Relatório de Inspeção contido às fls. 105 a 149, que originou o Acórdão 2388/2009-TCU-Plenário.

94. Tratando especificamente do ato pelo qual a responsável foi chamada aos autos pelo TCU, a defendente apresenta tese que não afasta a sua responsabilidade. Primeiro, porque era de se exigir comportamento diverso daquele que foi adotado, em especial no ato de conferir os volumes que continham o equipamento, quando da entrega pela transportadora e após, quando da retirada destes da frente do hospital. Segundo, porque tinha o dever de garantir que a exposição dos volumes aos munícipes não poria em risco a guarda dos bens.

95. Nessa sequência, os atos foram praticados sem a observância do dever de cuidado e zelo que deve nortear qualquer ato que envolva bens e valores públicos, pois: (i) a defendente assinou o recebimento dos volumes sem conferir (confissão feita no depoimento prestado a polícia à fl. 46 do Anexo 4) quantos volumes estavam sendo entregues, pois, nem chegou a presenciar a entrega dos mesmos, ou seja, apenas assinou o recebimento; (ii) a Coordenadora Administrativa da Saúde, Sr^a Selma Borges da Costa, ao tomar conhecimento de que os volumes foram entregues, não agiu tempestivamente para que se desse a devida guarda dos volumes, tendo em vista que, nos termos dos documentos colhidos (fls. 46 a 48 do Anexo 4), os volumes ficaram expostos do lado de fora do hospital.

96. Aliás, cabe destacar que a corresponsabilidade pelo ressarcimento ao erário do valor relativo ao equipamento de Raio-X da Sr^a Selma Borges da Costa, Coordenadora Administrativa da Saúde, funda-se, exatamente, por não ter providenciado a guarda do equipamento entregue pela transportadora, e pelo 'atesto' falso nas notas fiscais do equipamento recebido pela Sr^a Adriana.

97. De acordo com o art. 63 da Lei 4.320/64, a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor ou entidade beneficiária, tendo por base os títulos e documentos probatórios do respectivo crédito ou da habilitação ao benefício. Nessa fase, atesta-se a efetiva entrega da mercadoria ou da execução dos serviços. Assim, aquele que apõe a sua assinatura, certificando a realização do serviço ou o recebimento do bem, torna-se responsável por aquela afirmação, assumindo todas as consequências daí advindas, conforme asseverou o Relator no voto condutor da Decisão-TCU 211/2002.

98. É inarredável afirmar que tais falhas ocasionaram o não atingimento dos objetivos do Termo de Convênio, uma vez que o aparelho que se encontra instalado na Unidade de Saúde de Divinópolis do Tocantins/TO é imprestável aos fins almejados, denotando, pois, a obrigação de ressarcir aos cofres federais os valores concernentes ao aparelho de Raio-X.

99. Quanto ao fato de o Inquérito Policial não ter sido concluído, em nada altera o dever de ressarcir ao patrimônio público a quantia desviada por atos praticados sem a observância do dever de cuidado a que estava afeta a responsável naquela ocasião.

100. Observa-se ainda, que a equipe de auditoria indagou à empresa fornecedora dos bens a possibilidade de as partes extraviadas do aparelho serem vendidas separadamente, o que foi veementemente negado.

101. No respeitante à alegação de que adotou todas as providências cabíveis a tempo e a enunciação hipotética da ocorrência de crime de furto em qualquer circunstância julga-se controvertido esse entendimento no caso em apreço. A uma, porque entre a entrega dos volumes pela transportadora e a constatação do sumiço de parte do equipamento decorreu um período de seis meses. A duas, porque entre a descoberta do sumiço do volume e a tomada das providências engendradas pela responsável, decorreu um mês para que a responsável noticiasse à polícia para fins de apuração do fato.

102. Relevante mesmo é que o erário não pode ficar à mercê do descuido daqueles que legalmente tem o dever de cuidado, devendo, portanto, suportar os prejuízos advindos de conduta culposa. Assertiva no dever de prestar contas que decorre diretamente do princípio da

indisponibilidade do interesse público. É dever inerente a qualquer gestor de bens públicos. É tão inafastável que a ele está afeto qualquer indivíduo que de algum modo, mesmo transitoriamente, seja entregue recursos públicos de qualquer espécie. Tudo de acordo com disposição expressa no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, a saber:

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública e privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

103. Sendo assim, as alegações de defesa apresentadas pela responsável não devem ser acatadas pelo Tribunal, condenando-lhe, em consequência, solidariamente com a Sr^a Selma Borges da Costa, a ressarcir o dano causado ao patrimônio público.

Selma Borges da Costa (Alegações de defesa às fls. 335 a 336).

104. A Sr^a Selma Borges da Costa foi instada, por intermédio do Ofício 1510/2009-TCU/Secex/TO (fls. 196/7), de 11/11/2009, solidariamente com a Sr^a Adriana Alves Pereira, a apresentar alegações de defesa ou recolher aos cofres públicos a quantia abaixo consignada, em virtude de:

- Ato impugnado: extravio de equipamento adquirido com recursos do Convênio 1983/2006, sob suas responsabilidades, conforme relatado no campo situação encontrada do achado 3.6 (fl. 122 do Principal), provocando o não atingimento dos objetivos do convênio.
- Dispositivos violados: art. 63 da Lei 4.320/1964.
- Débito e data do fato gerador: R\$ 74.800,00 (setenta e quatro mil e oitocentos reais), em 19/6/2008.

105. A defendente solicitou dilação do prazo (fl. 300), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 315.

106. O arrazoadado acostado às fls. 335 a 336 contém argumentação idêntica à defesa da Sr^a Adriana Alves Pereira (responsável solidária), reproduzidas nos subitens 87 a 92 desta instrução.

Análise

107. Tendo em vista a análise procedida nos subitens 93 a 103 retro, entende-se que as alegações de defesa apresentadas pela responsável não afastaram o juízo de irregularidade atribuído ao ato praticado.

108. Desta forma, o Tribunal deve rejeitar as alegações de defesa apresentadas, com a consequente condenação em débito da Sr^a Selma Borges da Costa, solidariamente com a Sr^a Adriana Alves Pereira.

III - Razões de justificativa

José Roberto Ribeiro Forzani, Superintendente Regional do Incra no Tocantins (Razões de justificativa às fls. 209 a 265).

109. O Sr. José Roberto Ribeiro Forzani foi instado, por intermédio do Ofício 1501/2009-TCU/Secex/TO (fls. 168/9), de 11/11/2009, a apresentar razões de justificativa pela formalização de convênios distintos, com o Município de Divinópolis do Tocantins/TO, tendo objetos similares (Convênios 10.000/2007 e 17.000/2008).

110. Em resposta, o audiente, por meio do OFÍCIO/Incra/GAB/TO/Nº 3695 (fls. 209/210) apresentou os seguintes argumentos, acostando aos autos a documentação de fls. 211 a 265:

. os objetos dos convênios 10.000/2007 e 17.000/2008 apresentam, realmente, grande similitude;

. o convênio 17.000/2008 só foi firmado para terminar a execução de parte do objeto do primeiro (10.000/2007), cujo fato está consubstanciado em documentos do primeiro processo (54400.003012/2007-97);

. nos documentos de engenharia, às fls. 231 a 239, consta o levantamento dos valores e do objeto de cada um dos PAs que necessitavam do complemento, ou seja, os PAs Mulher Cidadã (10 km), Santa Júlia (10 km) e Piedade (9 km);

- . nas referidas planilhas existem somente dois itens - revestimento primário e drenagem e obras de artes especiais. Todos os demais serviços já haviam sido executados;
- . apesar de as planilhas estarem definindo no objeto Implantação, pelos itens constantes percebe-se que se trata apenas de complementação, pois não há os serviços preliminares e a terraplenagem, obras mais caras na composição de custos de abertura de estradas vicinais, como pode ser verificada no projeto básico do convênio 10.000/2007;
- . houve relatório de engenharia concordando com os valores propostos que foram encaminhados para análise jurídica (fl. 240);
- . por meio do Parecer PGF/PFE/Nº 94/2008 (fls. 244/9) opinou-se pela impossibilidade do pedido de aditivo de valor, sugerindo, ao final, que a Administração celebrasse um novo convênio, para terminar, efetivamente, o objeto, o que acabou sendo feito;
- . conclui: os objetos dos convênios em questão apresentam grande similitude por terem sido executados, de forma parcial, nos mesmos PAs, sendo que o convênio 17.000/2008 foi firmado para completar, de forma satisfatória, o objeto estabelecido no convênio 10.000/2007, que, por problemas ligados à produção do projeto básico, não apresentou um revestimento primário adequado com a quantidade de material estabelecido e ainda faltaram várias obras de artes correntes, ou seja, afastou-se a assinatura de aditivo ao convênio 10.000/2007, firmando-se um novo convênio (17.000/2008).

Análise

111. Preliminarmente, é necessário assentar que o Convênio 17.000/2008 foi firmado para repassar recursos ao ente federativo por serviços que já haviam sido executados, conforme informação constante à fl. 246, item II - Proposta do Segundo Termo Aditivo do Parecer Jurídico emitido pela Procuradoria Federal (fls. 244/9).

112. Sendo assim a redundância dos objetos era conhecida pelo audiente, que ao atender o pleito do conveniente, culminou na celebração de convênio sem respaldo legal, tendo em vista que os serviços já haviam sido executados pelo município.

113. Essa sistemática na celebração de convênio vai de encontro ao art. 8º, V, da Instrução Normativa 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, que veda a realização de despesas em data anterior ou posterior à vigência dos contratos e/ou convênios.

114. Contribui também para a culpabilidade, o fato de afirmar que *'problemas ligados à produção do projeto básico, não apresentou um revestimento primário adequado com a quantidade de material estabelecido e ainda faltaram várias obras de artes correntes'*, por entender inverdadeiro, ao confrontar com as informações trazidas aos autos pelo próprio justificante. A situação de fato, de acordo com o pedido do gestor municipal, é que foram executados serviços superiores ao quantitativo previsto nas planilhas orçamentárias concernentes aos objetos do Convênio 10.000/2007, ou seja, a afirmação não suporta a realidade dos fatos, configurando conveniente apenas para justificar a assinatura do convênio, mas não apta a afastar a irregularidade.

115. Dessa forma, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. José Roberto Ribeiro Forzani, aplicando-lhe, em consequência, a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/93, em virtude de ter celebrado convênios distintos, para objetos similares, para a execução de serviços já realizados, com afronta ao art. 8º, inciso V, da Instrução Normativa 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional.

Sr. Raimundo Natanael Barbosa Evangelista, Membro da Comissão de Licitação do Município de Divinópolis do Tocantins/TO (Razões de justificativas às fls. 338 a 354).

116. O Sr. Raimundo Natanael Barbosa Evangelista foi instado, mediante o Ofício 1502/2009-TCU/Secex/TO (fls. 170/1), de 11/11/2009, a apresentar razões de justificativa por ter processado licitação com indícios de direcionamento ou licitação forjada.

117. O audiente solicitou dilação do prazo (fl. 292), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 307 do presente autos.

118. Cabe destacar que as justificativas apresentadas pelo responsável correspondem, **ipsis litteris**, às do Sr. Rodolfo Costa Botelho, sintetizadas e analisadas nos subitens 171 a 193 desta instrução.

Análise

119. Desse modo, considera-se que as justificativas apresentadas pelo responsável não lograram êxito em afastar as irregularidades arguidas, logo, devem ser rejeitadas pelo Tribunal.

120. Contudo, em função da infração cometida pelo Sr. Raimundo Natanael Barbosa Evangelista possuir menor gravidade, em decorrência de ter atuado como membro da CPL, e não ordenador de despesas, entende-se que deve ser cominada penalidade de menor graduação à cominada ao Sr. Rodolfo Costa Botelho, com fulcro no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/93, c/c inciso II do art. 268 do RI/TCU.

Sr. Marcos Wagno Gomes Brandão, Membro da Comissão de Licitação do Município de Divinópolis do Tocantins/TO (Razões de justificativas às fls. 356 a 467).

121. O Sr. Marcos Wagno Gomes Brandão foi instado, por intermédio do Ofício 1503/2009-TCU/Secex/TO (fls. 172/3), de 11/11/2009, a apresentar razões de justificativa por ter processado licitação com indícios de direcionamento ou licitação forjada.

122. O responsável solicitou dilação do prazo (fl. 290), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 305.

123. A peça justificatória apresentada pelo audiente possui conteúdo idêntico à apresentada pelo Sr. Rodolfo Costa, reproduzidas sinteticamente nos subitens 171 a 179 desta instrução.

Análise

124. A par da análise procedida nos subitens 180 a 193 da presente instrução, considera-se que os argumentos trazidos à colação não elidiram a responsabilidade do justificante, razão pela qual devem ser rejeitadas pelo TCU.

125. Contudo, em função da infração cometida pelo Sr. Marcos Wagno Gomes Brandão possuir menor gravidade, em decorrência de ter atuado como membro da CPL, e não ordenador de despesas, entende-se que deve ser cominada penalidade de menor graduação à cominada ao Sr. Rodolfo Costa Botelho, com fulcro no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/93, c/c inciso II do art. 268 do RI/TCU.

Sr. Vilmar Francisco da Silva, Presidente da Comissão de Licitação (Razões de justificativa às fls. 717 a 828).

126. O Sr. Vilmar Francisco da Silva foi instado, por meio do Ofício 1508/2009-TCU/Secex/TO (fls. 182/30), a apresentar razões de justificativa em função de ter processado licitação com indícios de direcionamento ou licitação forjada.

127. O justificante solicitou dilação de prazo para resposta (fl. 267), tendo sido concedida por meio do Despacho à fl. 270, com fulcro na delegação de competência do Ministro-Relator, inserta na Portaria 6-GM-ASC, de 11/12/2009, apresentando arrazoado às fls. 717 a 721, acompanhado de documentação às fls. 722 a 828, com conteúdo **ipsis litteris** às justificativas apresentadas pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho, reproduzidas nos subitens 171 a 179 desta instrução.

Análise

128. Em virtude da análise procedida nos subitens 180 a 193 da instrução, entende-se que as justificativas trazidas pelo audiente não devem ser acatadas, pois não se mostraram suficientes a afastar as irregularidades pelas quais foi chamado em audiência.

129. Portanto, o Tribunal deve rejeitar as razões de justificativa apresentadas, e em consequência, cominar-lhe a multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/93, c/c inciso II do art. 268 do RI/TCU.

Sr. Edimar Alves de Sá, Prefeito Municipal (Razões de justificativa às fls. 717 a 828).

130. O Sr. Edimar Alves de Sá foi instado, mediante Ofício 1507/2009-TCU/Secex/TO (fls. 180/1), de 11/11/2009, a apresentar as razões de justificativa por não ter dado, até a presente

data, efetiva utilização e operacionalidade ao aterro sanitário construído com recursos federais concedidos pela Fundação Nacional de Saúde/Funasa, nos termos do Convênio 499/2004. Solicitou dilação do prazo (fl. 277), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 278.

131. Em resposta à audiência, o responsável apresentou resposta à fl. 706, acostando documentação de fls. 707 a 715, na qual fez as seguintes alegações:

- . o Relatório da CGU exagera ao pedir explicações sobre a não funcionalidade do aterro sanitário;

- . o aterro foi inaugurado em 27/12/2008, pelo ex-gestor, que deixou o cargo três dias depois da inauguração, restando claro que não houve tempo hábil à utilização da obra na gestão deste;

- . já colocou a obra para funcionar (fotos anexas da prova da utilização do aterro, onde se pode ver o lixo armazenado);

- . o atraso do funcionamento da obra decorreu da demora em se conseguir as licenças necessárias ao funcionamento concedidas pelos órgãos ambientais;

- . a falta de responsabilidade dos audientes, no ato julgado falho pelos técnicos da CGU, está provada na constatação de que assim que a autorização de funcionamento foi liberada, a obra ganhou funcionalidade.

- . acosta aos autos: Licença de Operação (fl. 710); Parecer Técnico (fls. 707/9); Termo de Compromisso e fotos (fls. 711/5).

Análise

132. As alegações de defesa apresentadas pelo responsável possuem conteúdo idêntico ao apresentado pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho, reproduzidas sinteticamente e analisadas, às fls. 195 a 196 dos autos.

133. Pelas mesmas razões pontuadas nos subitens 197 a 201, propõe-se acatar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Edimar Alves de Sá, Prefeito Municipal.

Sr^a Áurea Maria Matos Rodrigues, Assessora Jurídica (Razões de justificativa às fls. 469 a 575).

134. A Sr^a Áurea Maria Matos Rodrigues foi instada, por intermédio do Ofício 1504/2009-TCU/Secex/TO (fls. 174/5), de 11/11/2009, a apresentar razões de justificativa por ter emitido parecer pró-forma, contribuindo para homologação de Convite sem a existência de três propostas válidas.

135. A audiente solicitou prorrogação de prazo para apresentar suas justificativas (fl. 302), tendo-lhe sido concedido o pedido, consoante a Despacho à fl. 317.

136. As justificativas e os respectivos documentos que as acompanham foram apresentados tempestivamente, tendo sido acostadas às fls. 469 a 575 destes autos.

137. Inicialmente, afirma que é uma afronta à liberdade profissional da advogada o fato de o Tribunal ter determinado a audiência para oitiva da advogada, que tem o direito garantido pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil de elaborar seus pareceres como melhor lhe parecer.

138. Afirma que o *'parecer do advogado é discricionário e não vinculado. Ou seja, ele só deve obediência à legalidade e aos demais princípios constitucionais, não podendo ser objeto de censura da CGU tal como no caso presente, que ao fazer isso, exorbitou de seu dever de fiscalizar'*.

139. Em relação à acusação de não ter anotado, no edital de licitação da compra de máquinas que formam uma patrulha mecanizada, a irregularidade da aquisição do edital pelas empresas concorrentes, no valor R\$ 300,00 (trezentos reais), menciona que o valor efetivamente cobrado foi R\$ 210,00 (duzentos e dez reais).

140. Informa que o valor cobrado se explica para evitar prejuízos à municipalidade, tendo em vista que empresas sem condições competitivas adquirem os editais licitatórios no intuito de intimidar os verdadeiros concorrentes, pois colocam preços irrisórios nas propostas. Com isso ganham as licitações e revendem para outras empresas que possuem condições para construir a obra ou fornecer o produto. Caso tais empresas não encontrem outras dispostas a comprarem as

licitações nas quais foram vencedoras, simplesmente abandonam o local, sem nunca mais aparecerem.

141. Aduz que o valor de R\$ 210,00 (duzentos e dez reais), ou até mesmo, de R\$ 300,00 (trezentos reais) não é muito dinheiro para as empresas que desejam concorrer, as quais ficam gratas à Administração por afastar os aventureiros de plantão.

142. Comenta: *‘Assim é que muito antes de restringir a competitividade dos concorrentes sérios, o valor da licitação em apreço visou apenas evitar prejuízo para o erário com perda de tempo provocada pelos atravessadores. E depois, o edital só precisa ser pago se for solicitado pelo concorrente. Não é uma imposição a sua compra, obviamente’.*

143. Sobre a menção no relatório da acusação da falta de previsão de critério de aceitabilidade dos preços unitários e global nos processos licitatórios, assevera que este item vem sempre em toda e qualquer licitação, mesmo que não o seja de forma explícita, pois é parte integrante do ato de licitar. Completa *‘Em todos os editais do município, dentro do item Critério de Julgamento, consta a cláusula: ‘O objeto da presente licitação será adjudicado aos licitantes cujas propostas apresentem o MENOR PREÇO UNITÁRIO (está escrito em letras maiúsculas mesmo nos editais), e esteja substancialmente adequado nos termos da presente licitação’.*

144. Acrescenta que, *‘de acordo com a doutrina dominante, o obrigatório é o valor do orçamento, sendo o preço máximo, facultativo, bem como o mínimo, em razão da ocorrência das propostas inexequíveis’.*

145. Quanto à falha contida no parecer jurídico concernente ao prazo entre a visita técnica e a apresentação da proposta aduz que esse requisito visa facilitar a vida das empresas concorrentes, *‘coisa que os técnicos deviam elogiar no município, já que no item acerca dos R\$ 300,00 acusou justamente o Município de restringir participações de concorrentes.’* Afirmar que a justificativa para tal proceder está no fato de que municípios pequenos como o de Divinópolis do Tocantins/TO *‘quase inexitem empresas locais que possam tocar obras de vulto que não se encaixe na modalidade de carta convite por absoluta falta de estruturas das mesmas’.*

146. Acrescenta que, como as empresas são, quase sempre, de cidades distantes, e considerando o custo das empresas para que os técnicos possam vir mais de uma vez ao local onde se realizará a licitação, a praxe é fazerem a visita técnica em um período do dia, e, no outro, apresentarem as propostas. *‘Releva dizer que a legislação específica não especifica interstício de tempo para tal ato. Portanto se este ato é imediato ou não, não infringe nenhum artigo legal e tampouco provoca prejuízos’.*

147. A respeito da acusação no procedimento da licitação para a compra de um conjunto de máquinas pesadas (Contrato de Repasse 0188430-52; Siafi 549139), por ter havido desclassificação irregular de licitante, sob a alegação de que a mesma não informou o número de telefone para contato, quando o número constava no timbre do envelope enviado pela licitante, e por exigir, de outra empresa, que apresentasse, com timbres cartorários, certidão federal passível de conferência via internet, contesta veementemente as acusações. Alega que, jamais, certidão cuja conferência possa ser feita via internet foi recusada por isso, considerando tratar-se de equívoco da equipe de fiscalização, informando que na licitação mencionada houve recusa de certidão municipal, cujo ente não possuía sítio na internet para possibilitar a conferência.

148. Complementa que *‘como o relatório não menciona a qual empresa se refere ao fazer a acusação, fica impossível para a defesa tratar do caso específico, o fazendo apenas em linhas genéricas’.* Nesse caso, assevera que *‘a defesa se reserva o direito de reaver o caso assim que a acusação lhe passar o nome exato da empresa e que se defesa a acusação, motivo para o qual requer desde já nova intimação e renovação do prazo para se manifestar a contento’.*

149. Quanto ao fato de ter desabilitado licitante com fulcro na falta de número de telefone exigido na proposta, no âmbito do Contrato de Repasse 0188430-52, alega que havia exigência expressa no edital. Por ser o edital a lei entre as partes e, portanto, elemento normativo da licitação, a Comissão de Licitação entendeu que houve descumprimento do edital.

150. Sobre a falha no parecer de que houve pareceres considerando aptas licitações, na modalidade Convite, sem três propostas válidas, aduz que a regra do § 7º do art. 22 da Lei 8.666/93 deve ser interpretada com cautela, pois, segundo doutrina dominante, a ausência de justificativa não invalida, por si só, o procedimento. Argumenta: *'Se estiver comprovado o preenchimento dos requisitos legais, a remessa dos convites em número mínimo ou o comparecimento de número inferior ao mínimo não caracterizará vício, mesmo se a 'justificativa' de comissão inexistir, em razão de que comprovada estará a boa-fé dos membros da Comissão de Licitação'*.

151. Informa que, *in casu subjecto*, tratava-se de aquisições de gêneros alimentícios para merenda escolar, que em virtude da pequena quantidade, do desinteresse dos pequenos mercadinhos e mercearias existentes no município em gastarem com impostos para participarem das licitações, terminam sendo um problema para as administrações de cidades pequenas como Divinópolis do Tocantins. *'Assim, a boa-fé da administração restou provada conforme se pode comprovar com a documentação constante dos processos licitatórios onde consta que sempre, em todos os casos, foram enviadas três propostas, mas que as empresas não acorreram ao convite'*.

152. Além disso, aduz que em todas as atas de sessões de licitação constam em seu conteúdo o motivo de habilitação ou desabilitação de cada caso, e que nos casos em que houve tempo hábil, foi feita a repetição da licitação. Mas que, como se tratava de gêneros alimentícios para merenda escolar, há que se analisar a necessidade dos discentes quanto à disponibilidade de merenda.

153. Por fim, argumenta que outro ponto que justifica a dispensa é o fato de que em se tratando de comida, muitos produtos são perecíveis, devendo ser adquiridos em quantidades módicas, dando-se preferência ao comércio local, pela possibilidade de se adquirir produtos mais frescos e saudáveis.

Análise

154. Preliminarmente, é necessário assentar que, apesar de fazer referência ao Relatório da CGU, as justificativas dizem respeito ao item 3.1 do Relatório de Inspeção às fls. 105 a 149.

155. Outrossim, cabe ressaltar que, quanto à inconsistência entre o valor apontado pela equipe e aquele efetivamente cobrado pela Administração Municipal, observa-se que a constatação da equipe faz referência aos editais das Tomadas de Preços (fls. 24 a 27 e 107 a 119 do Anexo 3 e fl. 22 a 26 do Anexo 5) e não especificamente à Concorrência colacionada à justificativa pela audiente.

156. Relativamente à responsabilização de parecerista jurídico, esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que esse profissional pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for vinculativo ou mesmo opinativo. Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gere, arrecade, guarde e administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável por este Tribunal, pois o art. 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio *'ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário'*.

157. O voto condutor do Acórdão 190/2001-TCU-Plenário expõe com precisão a posição deste Tribunal sobre o tema, nos seguintes termos:

'O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais antijurídica que fosse situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos, e poderia levar a um caos generalizado na administração'.

158. A responsabilização solidária do parecerista por dolo ou culpa decorre da própria Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), a qual, em seu art. 32, dispõe que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. A disciplina do art. 186 do Código Civil conduz à mesma conclusão ao estatuir o seguinte: *'Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'*.

159. Ademais, complementando o dispositivo citado, o art. 927 do mesmo código traz a seguinte previsão: *'Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo'*. Nessa linha, existindo parecer que, por dolo ou culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, haverá responsabilidade solidária entre gestores e pareceristas.

160. O Supremo Tribunal Federal, tratando da responsabilização pelo parecer vinculativo, permite a responsabilidade solidária do parecerista em conjunto com o gestor, conforme voto condutor proferido em julgamento do Plenário (MS 24631/DF, de 9/8/2007, Relator Ministro Joaquim Barbosa):

'B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter de responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso'.

161. Vale ressaltar que o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/1993 prescreve que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. O Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, ao discorrer sobre a responsabilidade do consultor jurídico, assim se pronunciou no voto condutor do MS 24584/DF, de 9/8/2007, de sua relatoria:

'Daí a lição de Marçal Justen Filho em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, página 392, citada no parecer da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, no sentido de que, „ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado“.

(...)

Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico - artigo 133 da Constituição Federal - não pode ser confundida com indenidade. Fica sujeita, na Administração Pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que pratiquem'.

162. A jurisprudência desta Corte de Contas há muito consolidou esse entendimento, conforme consignado nos Acórdãos 1.674/2008-TCU-Plenário, 157/2008-TCU-1ª Câmara e 1.554/2004-TCU-2ª Câmara.

163. No caso em apreço, foi constatado nos processos licitatórios em análise, que não foi obtido o número mínimo de três propostas habilitadas, nem existe justificativa no processo que demonstre limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados. Não obstante, a parecerista considerou que o procedimento licitatório atendeu a todas as disposições legais.

164. No entanto, a jurisprudência desta Corte de Contas, fundamentada no art. 22, §§ 3º e 7º, da Lei 8.666/1993 e consubstanciada na Súmula/TCU 248, entende que, para licitações na modalidade convite, é necessário número mínimo de três propostas válidas, ressalvado as hipóteses de limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, que tornem impossível a obtenção desse número mínimo de licitantes.

165. Verifica-se, portanto, que a continuidade do processo licitatório sem esse número mínimo de propostas válidas, sem justificativa, configura-se ato ilegal, por afrontar o art. 22, §§ 3º e 7º, da Lei 8.666/1993, sendo dever do parecerista jurídico, apontar as impropriedades contidas nos

procedimentos licitatórios, apresentando sugestões corretivas à Administração das ilegalidades verificadas no processo.

166. Importa ressaltar que os esclarecimentos trazidos aos autos pela responsável repousam no campo da total irresponsabilidade do advogado, o qual já foi descaracterizado nos subitens retro. Melhor sorte não lhe assiste ao menoscabo dos indícios de irregularidades apontados nos autos, pela suficiência das evidências constantes nos autos (fls. 56 a 67 do Anexo 6 - Recurso da inabilitação de licitante por ausência de nº de telefone e exigência de cópia autenticada da certidão de FGTS).

167. De igual modo, outras disposições da Lei de Licitações também não foram observadas pela parecerista, como a que exige recolhimento do valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) para aquisição do edital (evidências às fls. 24 a 27 e 107 a 119, do Anexo 3), como requisito de habilitação das empresas interessadas em participar do certame, tendo em vista que o art. 32, § 5º, da Lei 8.666/93 dispõe que:

‘§ 5º. Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida’.

168. Por tudo isso, propõe-se que o TCU rejeite as razões de justificativa apresentadas pela Srª Áurea Maria Matos Rodrigues, Assessora Jurídica do Município de Divinópolis do Tocantins, e aplique-lhe, em consequência, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, por ter emitido parecer pró-forma, contribuindo para homologação de Convite sem a existência de três propostas válidas.

Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito do Município de Divinópolis do Tocantins/TO (Razões de justificativa às fls. 577 a 690).

169. O Sr. Rodolfo Costa Botelho foi instado, mediante Ofício 1505/2009-TCU/Secex/TO (fls. 176/7), de 11/11/2009, a apresentar razões de justificativa por ter homologado processo de licitação com indícios de procedimentos fraudulentos na condução de processo licitatório que indicam possível ocorrência de direcionamento de licitação ou licitação montada.

170. O justificante solicitou dilação do prazo (fl. 296), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 311, apresentando, tempestivamente, as suas razões de justificativa.

171. Inicialmente, informa que para contratação do objeto do Contrato de Repasse 022258-33 (Siafi 631434) foram realizados três convites (51/2008; 44/2008 e 43/2008).

172. Aduz que a suposta fraude levantada pela fiscalização, consistente no fato de que as duas empresas vencedoras dos Convites 51/2008 e 43/2008 possuíam o mesmo sócio-administrador, o Sr. Jefferson Jaime Cassoli, afigura-se infundada, tendo em vista que, em nenhum artigo da Lei de Licitações está escrito que um mesmo sócio não possa concorrer com uma ou mais empresas em uma licitação. *‘Ainda mais, quando se trata de duas licitações distintas, como é o caso em tela’.*

173. Alega: *‘E se no campo da legalidade a participação não encontra barreiras, tampouco, no campo da moralidade existem óbices’*, para esclarecer que as empresas são legalmente constituídas, estão com a documentação correta, os impostos foram pagos, são empresas constituídas bem antes de se cogitar da realização das licitações. Por fim, ao Sr. Jefferson Jaime Cassoli é permitido ter quantas empresas desejar. Além de que as licitações são para objetos diferentes. O Convite 51/2008 foi para a execução de estrutura metálica e forro de PVC e o 43/2008, para fornecimento de materiais elétricos.

174. Afirma que, quanto à acusação constante no mesmo item de que a Administração realizou as referidas licitações e depois comunicou à Caixa Econômica Federal de que executaria as obras diretamente, e ao final foram realizadas pelas empresas contratadas, não constitui infração a ser penalizada, sendo apenas um mero erro administrativo, pois, ao final, foram as empresas que executaram as obras.

175. Da falta de notificação às entidades obrigatórias (partidos políticos, entidades sindicais e empresariais) afirma que, quase sempre, todas são notificadas das verbas recebidas para execução de obras pelo município. Se em algum caso a notificação não tenha ocorrido, trata-se de caso esporádico, já que a rotina é notificar, acrescentando que em municípios pequenos, todos são notificados das verbas auferidas, pois sempre é feita muita festa nas ruas da cidade, pela Administração, que é a mais interessada em noticiar os seus feitos ao povo.

176. Alega ainda, a respeito da ausência de notificação, a lisura e responsabilidade do ex-gestor, vez que, todas as obras conveniadas foram encontradas pelos técnicos da CGU, não faltando nenhuma, com padrão de qualidade acima do normal, como evidenciado no Relatório de Fiscalização. Se eventual falta de comunicação formal de obras e de verbas ocorreu, não se deu por motivos escusos, mas apenas por mero erro administrativo, não resultando em nenhum prejuízo ao erário.

177. Para reforçar esse argumento, e considerando que as comunicações enviadas às entidades, nos termos exigido pelo art. 2º da Lei 9.452, de 20 de março de 1997, não são inclusas no processo licitatório, sendo arquivadas em separado, encaminha cópias das mesmas, às fls. 673 a 690.

178. Sobre a homologação de licitação, na modalidade Convite, sem três propostas válidas, afirma, genericamente, que a ausência de justificativa não invalida o procedimento.

Análise

179. Inicialmente, cabe assinalar que, apesar de o justificante se referir ao Relatório da CGU e aos técnicos da CGU, as razões de justificativa apresentadas dizem respeito ao Relatório de Inspeção às fls. 105 a 149, cuja apreciação das medidas preliminares propostas originou o Acórdão 2388/2009-TCU-Plenário.

180. Quanto à justificativa acerca dos procedimentos licitatórios realizados no âmbito do Contrato de Repasse 022258-33 (Siafi 631434), refuta-se a tese aventada pelo justificante, tendo em vista que as contratações realizadas pela Administração Pública devem se pautar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme expressa disposição do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

181. Também o art. 3º da Lei 8.666/93 dispõe que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. E Será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

182. Nesse contexto, é dever da Administração e dos particulares que com ela venham a manter relações de negócio jurídico, observarem as normas vigentes, especificamente o princípio da moralidade administrativa.

183. Essa assertiva reflete os ensinamentos de renomados doutrinadores. Para Di Pietro (In Direito Administrativo, ed. Atlas, 2006), sempre que se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

184. Marçal Justen Filho (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, editoro dialética) anota que em hipótese alguma, porém, a conduta adotada pela Administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Sob esse enfoque é que se interpretam os princípios da moralidade e da probidade. A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. Moralidade soma-se a legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral será inválida.

185. Por sua vez, Alexandre de Moraes (In Direito Constitucional, editora Atlas) leciona que pelo princípio da moralidade administrativa, não basta ao administrador o cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui pressuposto de todo ato da administração pública, a partir da Constituição de 1988.

186. Segundo Hely Lopes Meireles, a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima. A lição do mestre sintetiza a doutrina de Maurice Hauriou, principal sistematizador da teoria da moralidade administrativa. Para este autor, não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Explica que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos - non omne quod licet honestum est. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.

187. Ao convidar empresas (Convites 51/2008 e 43/2008), com mesmo sócio-administrador (extratos Sistema CNPJ às fls. 77 e 78 do Anexo 13) para objetos fracionados do Contrato de Repasse 0262258-33 (Siafi 631434) - Reforma da Rodoviária Municipal de Divinópolis do Tocantins, o ato da Administração Municipal atentou contra o princípio da moralidade.

188. É que, não se pode olvidar, que a realização de procedimento licitatório, principalmente na modalidade Convite, cujas empresas licitantes possuem o mesmo sócio não ofenda a moralidade administrativa.

189. Quanto à ausência de notificação às entidades obrigatórias (partidos políticos, entidades sindicais e empresariais), a documentação apresentada pelo audiente para fins de comprovar a notificação encontra-se corrompida.

190. Essa proposição deriva das seguintes observações: (i) foram encaminhados os originais dos Ofícios (fls. 673 a 690); (ii) pelas características do papel vê-se que os ofícios foram impressos para encaminhado ao TCU, ou seja, não estiveram arquivados como faz crer o Sr. Rodolfo. Veja-se que não há sinais de nenhum tipo de perfuração que possibilite o arquivamento em qualquer tipo de pasta-arquivo, nem tão pouco há nota de rodapé que permita o arquivo em pasta eletrônica; (iii) todos os ofícios foram encaminhados a pessoas envolvidas nos autos e/ou com grau de parentesco e /ou interesse político/parceiro do audiente, a saber: Sr. Vilmar Francisco da Silva (responsável pelas licitações e Secretário Municipal de Administração); Sr. Valdely Lima de Oliveira (interesse político/parceiro); Sr. Edimar Alves de Sá (Prefeito Municipal, parceiro do Sr. Rodolfo e ouvido em audiência pelo mesmo motivo); Sr^a Ângela Maria Matos Rodrigues Botelho (esposa do Sr. Rodolfo Costa Botelho); (iv) a constatação de informações desconhecidas nos seguintes ofícios: o Ofício Circular nº 200/2009 (fl. 678) se refere a verbas relativas ao Convênio 0259.309-88/2008, assinado pelo Prefeito de então (Sr. Rodolfo Costa Botelho, com data de recebi de 22/12/08); os Ofícios às fls. 680 e 688 se referem ao mesmo Ofício Circular 125/2009, relativo ao Convênio 245495-58/2007, com data de recebido em 31/7/2008, dirigido ao Sr. Vilmar Francisco da Silva (fl. 680) e ao Sr. Edimar Alves de Sá (fl. 688); o Ofício Circular 100/2009 (fl. 690) se refere a obras do convênio 17.000/2008, enviado pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho ao Sr. Edimar Alves de Sá.

191. Relativamente à exigência do valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) para aquisição do edital (evidências às fls. 24 a 27 e 107 a 119, do Anexo 3), como requisito de habilitação das empresas interessadas em participar do certame, não há como afastar que essa exigência limita a participação de possíveis interessados, indo de encontro à previsão do § 5º, art. 32, da Lei 8.666/93.

192. Acerca de ter sido constatado nos processos licitatórios em análise, a ausência do número mínimo de três propostas habilitadas, sem a justificativa no processo que demonstre limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, os argumentos do justificante não afastaram a irregularidade constatada, com fulcro na jurisprudência desta Corte de Contas, fundamentada no art. 22, § 3º e 7º, da Lei 8.666/1993 e consubstanciada na Súmula/TCU 248.

193. Por tudo isso, entende-se que as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho não elidiram as irregularidades capituladas. Em consequência propõe-se a rejeição das mesmas, cominando-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito do Município de Divinópolis do Tocantins/TO (Razões de justificativa às fls. 692 a 704).

194. Mediante o Ofício 1506/2009-TCU/Secex/TO (fls. 178/9), de 11/11/2009, foi instado a apresentar razões de justificativa por não ter dado, até a presente data, efetiva utilização e operacionalidade ao aterro sanitário construído com recursos federais concedidos pela Fundação Nacional de Saúde/Funasa, nos termos do Convênio 499/2004.

195. Solicitou dilação do prazo (fl. 296), tendo sido concedido por meio do Despacho à fl. 311. No pedido de prorrogação de prazo, fez referência ao Ofício 1516/2009-TCU/Secex/TO (fls. 194/5) e não ao Ofício 1506/2009-TCU/Secex/TO (fls. 178/9), de 11/11/2009, tendo o Despacho também se referido ao Ofício 1516/2009-TCU/Secex/TO (fls. 311). No entanto, em prol da garantia da ampla defesa que deve reger todos os atos da Administração Pública, entende-se que se trata de erro não intencional que não altera nem a natureza das justificativas nem a análise das mesmas.

196. Por meio do arrazoado acostado às fls. 692 a 704, o justificante traz as seguintes alegações:

- . o Relatório da CGU exagera ao pedir explicações sobre a não funcionalidade do aterro sanitário.
- . o aterro foi inaugurado em 27/12/2008, pelo ex-gestor, que deixou o cargo três dias depois da inauguração, restando claro que não houve tempo hábil à utilização da obra;
- . o atual gestor já colocou a obra para funcionar (fotos anexas às fls. 701 a 703 que prova a utilização do aterro, onde se pode ver o lixo armazenado);
- . o atraso do funcionamento da obra decorreu da demora em se conseguir as licenças necessárias ao funcionamento concedidas pelos órgãos ambientais;
- . a falta de responsabilidade dos audientes, no ato julgado falho pelos técnicos da CGU, está provada na constatação de que assim que a autorização de funcionamento foi liberada, a obra ganhou funcionalidade.
- . acosta aos autos: Licença de Operação (fl. 694); Parecer Técnico (fls. 695/7); Termo de Compromisso (fls. 698/9); fotos (fls. 700/4).

Análise

197. Quanto às fotografias de fls. 700 a 704, que, de acordo com o ex-gestor, demonstrariam a regular aplicação dos recursos no objeto do convênio, a jurisprudência desta Corte de Contas considera baixa a força probatória de fotografias, pois embora possam, eventualmente, comprovar a realização do objeto, não revelam, efetivamente, a origem dos recursos aplicados. E mais, retratam uma situação, mas não demonstram o nexo entre os recursos federais transferidos e as despesas apresentadas na execução do objeto. Quando desacompanhadas de provas mais robustas, as fotografias são insuficientes para que comprove a regularidade da aplicação dos recursos públicos transferidos por meio de convênio.

198. Cabe frisar que incide sobre o gestor o ônus da prova quanto à regular aplicação dos valores que lhe foram confiados para consecução do objeto pactuado. Tal comprovação é decorrente de expressa disposição contida no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim do disposto no art. 93 do Decreto-lei 200/1967, c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986.

199. Nesse sentido é o teor dos seguintes julgados deste Tribunal: Acórdãos 153/2007-TCU-Plenário, 1293/2008-TCU-2ª Câmara e 132/2006-TCU-1ª Câmara.

200. Contudo, apesar de as fotografias não se constituírem prova suficiente para demonstrar que os recursos do convênio foram utilizados de forma regular, via telefone teve-se conhecimento de que o aterro sanitário está, realmente, em funcionamento.

201. Assim, propõe-se acatar as alegações de defesa apresentadas pelo defendente. ’

4. A unidade técnica, então, concluiu, entre outras proposições, pela rejeição das alegações de defesa de diversos responsáveis, com julgamento pela irregularidade de suas contas, condenação em débito e aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92. Também propôs a rejeição das razões de justificativa de alguns envolvidos, o que resultaria na cominação da multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92. Em relação ao Município de Divinópolis do Tocantins, a proposta era de rejeição da defesa e de fixação de novo e improrrogável prazo para pagamento do valor devido.

5. Naquela oportunidade, acolhendo a sugestão do Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé, com o intuito de evitar descompassos processuais, esta Corte, por meio do Acórdão 1.084/2011 – 2ª Câmara (peça 17, p. 35-36), alterado em decorrência de inexatidão material pelos Acórdãos 2.704/2011 – 2ª Câmara (peça 17, p. 41) e 8.332/2011 – 1ª Câmara (peça 18, p. 42), decidiu conceder novo e improrrogável prazo para o município restituir a importância devida e postergou a apreciação sobre os atos de gestão que deram origem a tais débitos, bem como as eventuais responsabilidades, para a etapa de exame de mérito do processo.

6. Posteriormente, o Tribunal decidiu ainda, consoante Acórdão 11.117/2011 - 2ª Câmara, não conhecer das peças encaminhadas como recursos por alguns dos responsáveis, acolhendo-as como novos elementos de defesa (peça 19, p. 24-25).

7. Transcorrido o novo prazo fixado sem a liquidação tempestiva do débito, a Secex/CE, com a concordância quase integral do MP/TCU, apresentou proposta de encaminhamento essencialmente coincidente com a anterior, acrescida de proposição no sentido do julgamento pela irregularidade das contas do município e de sua condenação em débito, após analisar os novos elementos de defesa apresentados (peça 69):

“Construtora Magalhães Ltda.-ME (R M Construções), contratada.

13. A empresa contratada, na pessoa do representante legal, apresentou a documentação que compõe a peça 58, acolhidas pelo Tribunal como novos elementos de defesa, alegando, em síntese:

- que a decisão emanada nos autos não merece prosperar devido à imprecisão, confusão e ausência de individualização da pena aplicada aos responsáveis;
- que participou de apenas uma licitação no Município de Divinópolis, em 2008, cujo contrato no valor de R\$ 490.000,00 teve a obra devidamente executada e fiscalizada pelos técnicos do Incra e da Prefeitura Municipal de Divinópolis/TO;
- que a empresa contesta a condenação no valor de R\$ 287.379,39;
- que sejam aceitas suas justificativas e provas de que a obra para o qual foi contratada foi executada por maquinários e empregados próprios.

Análise

14. A empresa fez uma enorme confusão sobre o débito apontado no Acórdão 1.084/2011-TCU, 2ª Câmara, nos valores de R\$ 74.161,99 (25/5/2004), R\$ 168.737,50 (18/8/2005) e R\$ 44.480,00 (22/6/2007), que totaliza R\$ 287.379,39.

15. Primeiro, porque o Acórdão 1.084/2011-TCU-2ª Câmara apenas rejeitou as alegações de defesa apresentadas pelo Município de Divinópolis do Tocantins/TO, concedendo-lhe novo e improrrogável prazo para recolhimento da importância devida.

16. Segundo, porque o débito em questão nenhuma pertinência tem com a empresa, sendo objeto de questionamentos juntos a outros responsáveis.

17. Sendo assim, os novos elementos de defesa em nada acrescentam ou interferem nas análises feitas nos subitens 38 a 44, da instrução de pp. 1 a 28 da peça 17, sendo, além de inequívoca, mera repetição do que já foi analisado anteriormente.

18. Portanto, permanece o juízo de valor no sentido de que as alegações apresentadas não foram capazes de afastar o juízo de irregularidade atribuído aos atos praticados, devendo, pois, ser rejeitada pelo TCU, condenando, em consequência, a ora defendente a ressarcir ao erário a quantia recebida sem que tenha havido contraprestação de serviços.

Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito do Município de Divinópolis do Tocantins/TO

19. A peça 65 apresentada pelo responsável como recurso e acolhida pelo Tribunal como novos elementos de defesa (Acórdão 11.117/2011-TCU-2ª Câmara), alega, em síntese, que:

- a decisão prolatada no Acórdão 1.084/2011-TCU-2ª Câmara é imprecisa, confusa e sem individualização da pena cominada aos responsáveis;
- no seu período de gestão os atos foram pautados pela lisura e respeito aos princípios que norteiam a boa Administração Pública;
- no âmbito da Licitação 44/2007 sagrou-se vencedora a Construtora Magalhães, tendo sido realizada a obra e utilizados equipamentos e empregados próprios, conforme prova a documentação que a empresa acostou em sua defesa;
- desde logo, requer que seja considerada como prova emprestada a defesa apresentada pela Construtora Magalhães;
- a obra realizada pela Construtora Magalhães foi devidamente fiscalizada pelos técnicos do Incra e pela Prefeitura Municipal de Divinópolis/TO;
- em sua defesa inicial juntou declarações tidas como prova suficiente a afastar as irregularidades, tendo as mesmas sido consideradas nulas pelos técnicos da CGU;
- como os técnicos da CGU não provaram os vícios das provas apresentadas, a acusação foi baseada em suposições, o que constitui arbitrariedade;
- na época da realização das obras em comento, o município realizava outras obras, portanto, não há que se falar em servidores da prefeitura trabalhando em favor da Construtora Magalhães;
- a acusação sobre as obras foi objeto do Inquérito Policial 426/2009-4, o qual concluiu que não foram identificados indícios de autoria e materialidade delitiva;
- deve ser afastado o pedido de condenação contido no Relatório de Fiscalização quanto a falta de funcionalidade do Centro de Comercialização (Siafi 582951) e do Aterro Sanitário (Siafi 533750), tendo em vista que o aterro sanitário está em funcionamento e o centro de comercialização já iniciou suas atividades;
- as acusações relativas aos procedimentos de licitação da Reforma da Rodoviária Municipal, objeto no qual foram vencedoras duas empresas que possuíam o mesmo sócio-administrador não merecem acolhimento, tendo em vista que não há na Lei de Licitações, impedimento para tal ocorrência;
- a acusação de falta de notificação aos partidos políticos e às demais entidades não procede, sendo injusto e ilegal que o TCU rejeite as provas apresentadas por terem sido rubricados os ofícios por pessoas ligadas ao gestor municipal, vez que eram detentoras dos cargos para os quais as comunicações deveriam ser encaminhadas;
- devem ser afastados os indícios de irregulares concernentes ao recolhimento da quantia de R\$ 300,00 para aquisição do edital de licitação e a ausência de três propostas válidas nos convites realizados para aquisição de gêneros alimentícios;
- deve ser nula a decisão condenatória do Acórdão 1.084/2011-TCU-2ª Câmara.

Análise

20. As alegações do responsável contidas na nova peça de defesa não traz qualquer elemento novo a apreciar.

21. O responsável reproduz as mesmas justificativas já analisadas nos subitens 45 a 74 e 169 a 201 da instrução de pp. 1 a 28 da peça 17.

22. O único fato novo contido nos elementos de defesa diz respeito ao equívoco relativo à decisão prolatada no Acórdão 1.084/2011-TCU-2ª Câmara, em virtude de que a mesma concede novo e improrrogável prazo para o Município de Divinópolis recolher as quantias ali referidas.

23. Portanto, em nada resta alterado o entendimento deduzido na referida instrução.

Adriana Alves Pereira

24. A peça 62 apresentada pela responsável como recurso e acolhida pelo Tribunal como novos elementos de defesa (Acórdão 11117/2011-TCU-2ª Câmara), alega que:

- a decisão do Acórdão 1.084/2011-TCU-2ª Câmara foi imprecisa, confusa e não houve individualização da pena cominada quanto ao débito ali quantificado;
- adotou as diligências cabíveis quanto ao desaparecimento do aparelho de Raio-X;
- a condenação proferida no referido acórdão não deve prosperar, até mesmo porque a somatória do débito ali apontado é de R\$ 287.379,49, e o aparelho de Raio-X custou apenas R\$ 67.300,00;
- pelos vícios apontados, a decisão prolatada no referido acórdão deve ser anulada.

Análise

25. Há equívoco no entendimento da responsável quanto à decisão contida no Acórdão 1.084/2011-TCU-2ª Câmara, tendo em vista que o mesmo apenas rejeitou as novas alegações de defesa e concedeu novo e improrrogável prazo para o município recolher a quantia devida.

26. Portanto, os novos elementos de defesa deduzidos na peça 62, apenas reiteram as alegações já analisadas nos subitens 85 a 103 da instrução de pp. 1 a 28 da peça 17, não se mostrando apto a promover alterações no juízo de valor ali deduzido.

Selma Borges da Costa

27. A peça 64 apresentada pela responsável como recurso e acolhida pelo Tribunal como novos elementos de defesa (Acórdão 11.117/2011-TCU-2ª Câmara), alega:

- que a decisão do Acórdão 1.084/2011-TCU-2ª Câmara foi imprecisa, confusa e não houve individualização da pena cominada quanto ao débito ali quantificado;
- que adotou as diligências cabíveis quanto ao desaparecimento do aparelho de Raio-X;
- que contesta a condenação proferida no referido acórdão, até mesmo porque a somatória do débito ali apontado é de R\$ 287.379,49, e o aparelho de Raio-X custou apenas R\$ 67.300,00;
- no final, requer a nulidade da decisão prolatada.

Análise

28. Há equívoco no entendimento da responsável quanto à decisão contida no Acórdão 1.084/2011-TCU-2ª Câmara, tendo em vista que o mesmo apenas concedeu novo e improrrogável prazo para o município recolher o débito lá quantificado.

29. Portanto, os novos elementos de defesa deduzidos na peça 62, apenas reiteram as alegações já analisadas nos subitens 104 a 107 da instrução de pp. 1 a 28 da peça 17, não se mostrando apto a promover alterações no juízo de valor ali deduzido.

Sr. Raimundo Natanael Barbosa Evangelista, Membro da Comissão de Licitação do Município de Divinópolis do Tocantins/TO

30. A peça 60 apresentada pelo audiente e recebida pelo Tribunal como novos elementos de defesa (Acórdão 11.117/2011-TCU-2ª Câmara) possui conteúdo idêntico à apresentada pelo Sr. Vilmar Francisco da Silva, Presidente da Comissão de Licitação, reproduzida sinteticamente nos subitens 34 a 39 desta instrução.

Análise

31. A par da análise procedida nos subitens 34 a 39 da presente instrução, considera-se que os argumentos trazidos à colação não elidiram a responsabilidade do justificante, razão pela qual devem ser rejeitadas pelo TCU.

Sr. Marcos Wagno Gomes Brandão, Membro da Comissão de Licitação do Município de Divinópolis do Tocantins/TO

32. A peça 60 apresentada pelo audiente e recebida pelo Tribunal como novos elementos de defesa (Acórdão 11.117/2011-TCU-2ª Câmara) possui conteúdo idêntico à apresentada pelo Sr. Vilmar Francisco da Silva, Presidente da Comissão de Licitação, reproduzida sinteticamente nos subitens 34 a 39 desta instrução.

Análise

33. A par da análise procedida nos subitens 34 a 39 da presente instrução, considera-se que os argumentos trazidos à colação não elidiram a responsabilidade do justificante, razão pela qual devem ser rejeitadas pelo TCU.

Sr. Vilmar Francisco da Silva, Presidente da Comissão de Licitação

34. O responsável apresentou a documentação que compõe a peça 59, acolhidas pelo Tribunal como novos elementos de defesa (Acórdão 11.117/2011-TCU-2ª Câmara), alegando, em síntese:

- que a decisão emanada nos autos não merece prosperar devido à imprecisão, confusão e ausência de individualização da pena aplicada aos responsáveis;
- que a condenação no valor de R\$ 287.379,39 aos responsáveis arrolados nos autos de forma generalizada impede a garantia de defesa do acusado;
- que o processo em análise contém inúmeras obras e outros atos administrativos da Prefeitura de Divinópolis do Tocantins, de forma globalizada, e que nesse emaranhado não se consegue identificar quem é responsável pelo o quê, ofendendo, assim, a garantia do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa;
- que cabe aos técnicos do TCU, provar que a prova apresentada - os ofícios de comunicação enviados aos partidos políticos e instituições públicas - estava viciada;
- que não considerar a prova apenas por suposições constitui arbitrariedade;
- que não houve direcionamento de licitação, bem como cobrança de valor excessivo para aquisição de edital licitatório;
- que sejam aceitas suas justificativas e anulada a decisão prolatada nos autos.

Análise

35. Todas as questões aduzidas pelo responsável quanto aos atos para os quais foi ouvido em audiência pelo Tribunal foram objeto de análise nos subitens 124 a 129 da instrução de pp. 1 a 28 da peça 17, sobre a qual já teve, inclusive, pronunciamento do Ministério Público junto ao Tribunal (pp. 31 a 34 da peça 17).

36. Em virtude disso, permanece o juízo de valor deduzido na instrução de pp. 1 a 28 da peça 17, no sentido de que as justificativas trazidas pelo audiente não devem ser acatadas, pois não se mostraram suficientes a afastar as irregularidades.

37. Além disso, o responsável fez enorme confusão sobre o débito apontado no Acórdão 1.084/2011-TCU, 2ª Câmara, nos valores de R\$ 74.161,99 (25/5/2004), R\$ 168.737,50 (18/8/2005) e R\$ 44.480,00 (22/6/2007), uma vez que o Acórdão 1.084/2011-TCU-2ª Câmara decidiu apenas pela rejeição das alegações de defesa apresentada pelo Município de Divinópolis do Tocantins/TO, concedendo-lhe novo e improrrogável para recolhimento da importância devida.

38. Ressalte-se que o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa foi amplamente garantido pelo Tribunal, tendo em vista que houve perfeita caracterização dos indícios de irregularidades para as quais os responsáveis foram ouvidos em audiência; houve a oportuna notificação dos mesmos de todos os atos processuais; houve a admissão e o acolhimento de todas as justificativas apresentadas, como comprova a peça apresentada pelo responsável como recurso, que mesmo carente de requisito de admissibilidade foi acolhida como novos elementos de defesa, em prestígio ao princípio constitucional alegado.

39. Sendo assim, os novos elementos de defesa em nada acrescentaram ou interferiram nas análises feitas em instrução de pp. 1 a 28 da peça 17, sendo, além de inequívoca, mera repetição do que já foi analisado anteriormente.

Sr^a Áurea Maria Matos Rodrigues, Assessora Jurídica

40. A peça 61 apresentada pela Sr^a Áurea Maria Matos Rodrigues e recebida como novos elementos de defesa (Acórdão 11.117/2011-TCU-2^a Câmara) contém, em síntese que:

- a decisão prolatada no Acórdão 1084/2011-TCU-2^a Câmara não merece prosperar por ser imprecisa, confusa e sem individualização da pena, requisito obrigatório em toda condenação, sob pena de anulação;

- atuou em inúmeros processos jurídicos e administrativos, tendo sido acusada via Relatório de Fiscalização apenas nos administrativos;

- cabe a acusação provar os atos irregulares, visto que a mesma não era gestora, ordenadora de despesas, nem exercia cargo administrativo, sendo, meramente assessora jurídica, fato que a coloca livre de tal responsabilidade, uma vez que o parecer é meramente discricionário;

- não houve falhas ou erros nas análises dos processos de aquisição de gêneros alimentícios e demais, cujos indícios de irregularidade ensejaram a realização de audiência;

- a condenação ao valor de R\$ 287.379,49 não merece prosperar, até mesmo porque os técnicos da CGU propugnam pela aplicação de multa à recorrente, e que tal multa, obviamente não atingiria tal cifra;

- pugna pela nulidade completa da decisão emanada no Acórdão 1.084/2011-TC-2^a Câmara.

Análise

41. A audiente confundiu a decisão prolatada no Acórdão 1.084/2011-TC-2^a Câmara. Essa decisão apenas rejeitou as alegações de defesa apresentadas pelo Município de Divinópolis do Tocantins/TO e concedeu-lhe novo e improrrogável prazo para recolhimento das seguintes importâncias: R\$ 74.161,99 (25/5/2004); R\$ 168.737,50 (18/8/2005) e R\$ 44.480,00 (22/6/2007), que somam R\$ 287.379,39.

42. Quanto às demais justificativas trazidas pela responsável trata-se de questionamentos e alegações já deduzidas e analisadas nos subitens 134 a 168 da instrução de pp. 1 a 28 da peça 17.

43. Sendo assim, os novos elementos de defesa em nada acrescentaram ou interferiram nas análises feitas na referida instrução, sendo, além de equivocada, mera repetição do que já foi analisado anteriormente.

Município de Divinópolis do Tocantins/TO

44. Em sessão da Segunda Câmara realizada em 22/2/2011, o Tribunal decidiu, por intermédio do Acórdão 1.084/2011, retificado pelos Acórdãos 2.074/2011-TCU-2^a Câmara e 8.332/2011-TCU-1^a Câmara:

a) com fundamento no § 1, do inciso IV; e inciso II do art. 12 da Lei 8.443, rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Município de Divinópolis do Tocantins/TO, fixando-lhe novo e improrrogável prazo de quinze dias, a partir da notificação, para o recolhimento aos cofres do Ministério do Desenvolvimento Agrário, os valores abaixo indicados, atualizados monetariamente a partir das datas também indicadas até a data da efetiva devolução:

Data	Valor (R\$)
25/5/2004	74.161,99
18/8/2005	168.737,50
22/6/2007	44.480,00

b) postergar a apreciação sobre os atos de gestão que deram origem a tais débitos, bem como as eventuais responsabilidades, para a etapa de exame de mérito do processo, a concretizar-se findo o prazo estabelecido no item 'a', acima;

c) determinar à Secex/TO que proceda a nova instrução dos autos assim que findo o prazo estabelecido no item 'a', acima.

45. Apesar de o município ter sido devidamente notificado da decisão do TCU (Ofícios 664/2011-TCU/Secex/TO, de 26/5/2011 (pp. 1 e 22 da peça 18), e 1163/2011-TCU/Secex/TO, de 29/9/2011 (pp. 15 e 20 da peça 19), o mesmo não recolheu a importância devida no prazo estabelecido.

46. Portanto, propõe-se julgar, com fulcro nos artigos 1º, inciso I, e 16, inciso III, alínea ‘b’ e ‘c’, e 19, *caput*, 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, irregulares as contas, e condenar o Município de Divinópolis do Tocantins/TO ao pagamento das importâncias de R\$ 74.161,99 (setenta e quatro mil, cento e sessenta e um reais e noventa e nove centavos), em 25/5/2004; R\$ 168.737,50 (cento e sessenta e oito mil, setecentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos), em 18/8/2005; e R\$ 44.480,00 (quarenta e quatro mil e quatrocentos e oitenta reais), em 22/6/2007, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, nos termos da legislação vigente, até a efetiva quitação do débito, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da referida quantia aos cofres do Ministério do Desenvolvimento Agrário/MDA.”

8. Entendi, todavia, que o valor do débito apontado na citação endereçada ao Sr. Rodolfo Costa Botelho, ex-Prefeito municipal, ao Município de Divinópolis do Tocantins e à Construtora Magalhães Ltda., empresa executora do objeto do Convênio 10.000/2007 (subitem 2.1 antes reproduzido) mostrava-se inadequado e inferior ao realmente devido:

“Considerando que o valor total dos recursos repassados foi utilizado para o pagamento da Construtora Magalhães Ltda. (pç. 28, p. 46/47), empresa supostamente executora das obras, a qual, conforme os elementos constantes dos autos, não teria sido a executora do objeto conveniado, o valor do débito relativo à presente irregularidade deve ser imputado aos responsáveis, solidariamente, no valor total dos recursos federais repassados (R\$ 474.000,00).”

9. Além disso, reconheci que a citação do município quanto a esta irregularidade foi indevida, uma vez que não havia nos autos elementos que indicassem que o ente tenha sido beneficiário dos recursos em pauta.

10. Dessa forma, determinei a retificação das citações solidárias do Sr. Rodolfo Costa Botelho e da empresa Construtora Magalhães Ltda.-ME, imputando-lhes, solidariamente, o débito no valor total dos recursos federais repassados por força do Convênio 10.000/2007.

11. Apresentada nova proposta de mérito pela Secex/TO (peças 94-96), após realizadas as citações sem a manifestação dos responsáveis, o Ministério Público junto ao TCU apontou falha nos ofícios citatórios no que se refere à irregularidade, descrita de forma genérica e superficial (peça 97). Anuindo à proposição do Procurador, determinei à unidade técnica refazer as citações do Sr. Rodolfo Costa Botelho e da Construtora Magalhães Ltda. - ME, com indicação precisa e detalhada do ato, do fato ou da conduta irregular que originou o dano, com a supressão da inconsistência quanto ao valor atualizado do débito.

12. Cumpridas as determinações, a Secex/TO, em manifestações uniformes, analisou as novas alegações de defesa apresentadas e ofereceu proposta de encaminhamento (peça 121) no seguinte sentido:

“ALEGAÇÕES DE DEFESA E ANÁLISE

Sr. Rodolfo Costa Botelho (ex-prefeito)

12. O defendente repete todos os argumentos já deduzidos e analisados à peça 17, p. 6-8, especificamente nos subitens 45 a 53 da instrução, no sentido de que a obra (i) foi executada pela empresa contratada, e que (ii) apresentando novas declarações dos funcionários da prefeitura que prestaram declaração quando da auditoria deste Tribunal em sentido inverso ao afirmado na inicial.

13. Em razão de tais argumentos terem sido devidamente analisados na instrução de peça 17, p. 6-8, subitens 54 a 63 da referida instrução, entende-se desnecessária a repetição dos mesmos.

Construtora Magalhães (CNPJ 07.561.309/0001-08)

14. Por meio de procuradora devidamente constituída (peça 111), inicialmente alterca anulação da citação pela ausência dos fatos acusatórios, prejudicando a garantia da ampla defesa assegurada constitucionalmente.

15. A seguir, em síntese afirma:

- possui natureza jurídica de microempresa;
- vencedora da licitação 4/2007, prestou os serviços de estradas vicinais ao Município de Divinópolis/TO, no âmbito do Convênio 54400.003012/97, no valor total contratado de R\$ 490.000,00;

- a obra foi totalmente executada, devidamente fiscalizada pelos técnicos do Inbra e do ente municipal, tendo sido expedida a Declaração de Conclusão da Obra e o Termo de Recebimento Definitivo;

- não existe nos autos prova ou indícios de autoria dos fatos irregulares contra o ex-prefeito, Sr. Rodolfo Costa Botelho, nem contra a empresa;

- toda a acusação baseia-se em alegações feitas por inimigos políticos, ex-servidores municipais, tendo os mesmos cometido o crime de falso testemunho;

- a legislação vigente (art. 401 do Código Processo Civil) afirma que a prova exclusivamente testemunhal não é suficiente para condenar em débito os ora defendentes;

- a obra foi totalmente executada, tendo o Tribunal, no caso, aplicado rigor excessivo, ao arrepio de provas produzidas nos autos de defesa (notas fiscais de compra do material para execução da ponte, dos bueiros, dos combustíveis, cópias de contrato de locação de máquinas, Declaração do Presidente dos Assentamentos de que a obra foi executada pela requerida);

- as provas inequívocas da execução da obra conveniada (relação de empregados fixos, cópia do pagamento dos salários pagos aos empregados contratados especificamente para a obra - Cícero Magalhães, Whaytiman Coelho Alencar, Jairon Batista Sousa, Luciano Aires Rodrigues, Hélio Silvestre Teixeira, controle de ponto dos empregados fixos) se somam às outras já juntadas e somadas aos demais elementos dos autos, não se pode admitir e validar provas testemunhais como nos autos;

- a acusação está fundeada apenas em suposições, em provas testemunhais de inimigos do ex-prefeito, com conteúdo idêntico, redigidos com a mesma letra, a demonstrar o conluio;

- ademais, à época, o município realizava obras na mesma região nas estradas municipais de acesso aos demais assentamentos e fazenda do município, não podendo se falar, portanto, na presença de servidores do município trabalhando em favor da construtora;

- a acusação foi alvo do Inquérito Policial nº 0426/2009-4 da Polícia Federal, cuja conclusão foi a não identificação de autoria e materialidade delitiva.

16. As alegações de defesa trazem os mesmos documentos e as mesmas alegações contidas na peça nº 58, cuja análise foi lá procedida.

17. A documentação que a empresa alega ser prova irrefutável (notas fiscais de compra de gêneros alimentícios/combustíveis/insumos, contratos firmados com entre particulares, fichas de controle de produção com mesma letra, dando a impressão de terem sido produzidas *a posteriori* etc.), na verdade, não são provas suficientes de que a empresa executou à sua expensas a obra.

18. Também não vincula a conclusão contida em inquérito da Polícia Federal o julgamento das contas de competência da Corte de Contas.

19. Óbvio que o tempo abrevia e contribui para a influência negatória que possa ter tido os funcionários que desdisseram o afirmado.

20. Não é demais lembrar que Divinópolis do Tocantins é uma cidade pequena, onde todos os habitantes interagem no dia o dia, onde o poder público municipal exerce o papel de maior empregador, onde o ex-Prefeito (Sr. Rodolfo Costa Botelho) exerce influência política como ex-gestor e atual Secretário de Esportes do Governo do Tocantins.

21. Também as provas trazidas pela empresa não são tão incontestáveis como a firma. Nem mesmo todos os funcionários que aponta como fixos ou trabalhadores na obra, constam informados na Relação Anual de Informações Sociais/Rais 2008 (peça 119), a exemplo do Sr. Cícero Magalhães, Whaytiman Coelho Alencar, Jairon Batista Sousa, Valério Bovo.

22. Quanto ao principal locador dos equipamentos/maquinários (Sr. Hélio Silvestre Teixeira), percebe-se que nenhum contrato foi registrado em cartório ou possui testemunhas. Tal constatação causa estranheza por tratar-se de empresário do ramo, sócio-gerente de várias empresas, conforme informações do Sistema CPF (peça 120).

23. Ante o exposto entende-se que os responsáveis não lograram êxito em afastar as irregularidades pelas quais foram chamados aos autos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

24. Pelo exposto, encaminham-se os autos à consideração superior com a seguinte proposta:

24.1. rejeitar as alegações de defesa do Sr. Rodolfo Costa Botelho (CPF 067.964.351-68) quanto à autorização de pagamentos à empresa Construtora Magalhães Ltda.-ME, sem a correspondente prestação, por parte da empresa, dos serviços previstos no contrato firmado com a Prefeitura Municipal de Divinópolis do Tocantins/TO, tendo por finalidade a execução do objeto do Convênio 10.000/2007, firmado entre o referido município e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra);

24.2. rejeitar as alegações de defesa da empresa Construtora Magalhães Ltda.-ME apresentadas pelo recebimento de pagamentos sem a correspondente prestação dos serviços previstos no contrato firmado com a Prefeitura Municipal de Divinópolis do Tocantins/to tendo por finalidade a execução do objeto do Convênio 10.000/2007, firmado entre o referido município e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra);

24.3. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'c', 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/92, julgar irregulares as contas do Sr. Rodolfo Costa Botelho (CPF 067.964.351-68), condenando-o, solidariamente com a empresa Construtora Magalhães Ltda. - ME (CNPJ 07.561.309/0001-08), ao pagamento das importâncias abaixo discriminadas, atualizadas monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a efetiva quitação do débito, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da ciência, para que comprove, perante este Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional (Ministério do Desenvolvimento Agrário), nos termos do artigo 23, inciso III, da Lei 8.443/92 c/c o artigo 214, inciso III, do RI/TCU;

Data	Valor (R\$)
25/01/2008	148.964,14
31/01/2008	75.760,20
21/02/2008	75.695,68
14/03/2008	101.400,00
18/04/2008	72.179,98

24.4. aplicar, individualmente, ao Sr. Rodolfo Costa Botelho (CPF 067.964.351-68) e à empresa Construtora Magalhães Ltda. -ME (CNPJ 07.561.309/0001-08), a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do Acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

24.5. acolher as alegações de defesa apresentadas por Rodolfo Costa Botelho (CPF 067.964.351-68) e Edimar Alves de Sá (CPF 370.788.441-49) a respeito do não atingimento dos objetivos do convênio firmado entre o Município de Divinópolis do Tocantins/TO e o

Ministério do Desenvolvimento Agrário para instalação, mobiliário, equipamentos e veículos do Centro de Comercialização;

24.6. julgar irregulares as contas do Município de Divinópolis do Tocantins/TO (CNPJ 24.851.461/0001-36), com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'b', 19, *caput*, e 23, inciso III, da Lei 8.443/92, e condená-lo em débito, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar do dia 31/1/2010, para que comprove perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno, o recolhimento, aos cofres do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), das importâncias discriminadas na tabela abaixo, devidamente atualizadas e acrescidas dos juros de mora pertinentes, calculados a partir das datas indicadas até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor:

Data	Valor (R\$)
25/5/2004	74.161,99
18/8/2005	168.737,50
22/6/2007	44.480,00

24.7. rejeitar as alegações de defesa oferecidas pelas Sras. Adriana Alves Pereira (CPF 829.345.091-68) e Selma Borges da Costa (CPF 882.425.441-15) em relação ao extravio de equipamento adquirido com recursos do Convênio 1983/2006;

24.8. julgar irregulares as contas das Sras. Adriana Alves Pereira (CPF 829.345.091-68) e Selma Borges da Costa (CPF 882.425.441-15), com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'b', 19, *caput*, e 23, inciso III, da Lei 8.443/92, e condenar-lhes solidariamente, em débito, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a' do RI/TCU) o recolhimento, aos cofres do Fundo Nacional de Saúde/FNS, da importância de R\$ 74.800,00, devidamente atualizadas e acrescidas dos juros de mora pertinentes, calculados a partir de 19/6/2008 até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

24.9. acatar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho (CPF 067.964.351-68) e pela empresa Rosário Construções e Refrigeração Ltda. (CNPJ 38.136.123/0001-27), no respeitante à citação realizada em virtude de pagamento de serviços oriundos de contratos contendo na composição do BDI, itens indevidos (IRPJ e CSLL);

24.10. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho (CPF 067.964.351-68) por ter homologado processo de licitação com indícios de procedimentos fraudulentos na condução de processo licitatório que indicam possível ocorrência de direcionamento de licitação ou licitação montada;

24.11. aplicar ao Sr. Rodolfo Costa Botelho (CPF 067.964.351-68) a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/92, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que efetue e comprove perante este Tribunal o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do Acórdão condenatório até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

24.12. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pela Srª Áurea Maria Matos Rodrigues (CPF 547.004.181-68) em relação à emissão de parecer pró-forma, contribuindo para homologação de Convite sem a existência de três propostas válidas;

24.13. aplicar à Srª Áurea Maria Matos Rodrigues (CPF 547.004.181-68) a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/92, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que efetue e comprove perante este Tribunal o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do Acórdão condenatório até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

24.14. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. José Roberto Ribeiro Forzani (CPF 411.388.566-49) em relação à formalização de convênios distintos, com o Município de Divinópolis do Tocantins/TO, tendo objetos similares (Convênios 10.000/2007 e 17.000/2008);

24.15. aplicar ao Sr. José Roberto Ribeiro Forzani (CPF 411.388.566-49) a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/92, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que efetue e comprove perante este Tribunal o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do Acórdão condenatório até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

24.16. acatar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Rodolfo Costa Botelho (CPF 067.964.351-68) e Edimar Alves de Sá (CPF 370.788.441-49), em virtude de audiência realizada por não terem dado efetiva utilização e operacionalidade ao aterro sanitário construído com recursos federais concedidos pela Fundação Nacional de Saúde/Funasa, nos termos do Convênio 499/2004;

24.17. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Vilmar Francisco da Silva (CPF 597.237.001-82), Marcos Wagno Gomes Bradão (CPF 002.593.621-23) e Raimundo Natanael Barbosa Evangelista (CPF 387.776.731-15) em relação ao processamento de licitação com indícios de direcionamento ou licitação forjada;

24.18. aplicar aos Srs. Vilmar Francisco da Silva (CPF 597.237.001-82), Marcos Wagno Gomes Bradão (CPF 002.593.621-23) e Raimundo Natanael Barbosa Evangelista (CPF 387.776.731-15), individualmente, a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei 8.443/92, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que efetue e comprove perante este Tribunal o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do Acórdão condenatório até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

24.19. autorizar, desde logo, caso solicitado pelos responsáveis, o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/92 c/c o art. 217 do RI/TCU, fixando o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, devendo incidir sobre cada uma os encargos devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

24.20. alertar os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217, § 2º, do RI/TCU;

24.21. autorizar, desde logo, nos termos do artigo 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

24.22. dar ciência ao Município de Divinópolis do Tocantins/TO, na pessoa de seu representante legal, que a não observância às situações a seguir enumeradas, poderá ensejar a cominação de penalidades, por infringir as normas legais, conforme constatação registrada pelo Relatório de Inspeção (cópia anexa):

24.22.1. obrigatoriedade de se empregar, nas aquisições de bens e serviços comuns, envolvendo repasses voluntários de recursos públicos da União, a modalidade pregão, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1º do Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, tendo em vista a situação relatada no item 3.4 do Relatório de Inspeção;

24.22.2. obrigatoriedade de, quando contratar obras e serviços, com suporte em verbas federais, observar as normas da Lei 8.666/93, especialmente o art. 67 da Lei 8.666/93, tendo em vista a situação relatada no item 3.2 do Relatório de Inspeção;

24.22.3. obrigatoriedade de se observar as normas aplicáveis à organização e à condução do processo administrativo licitatório, de forma a inibir os vícios e irregularidades existentes nos processos analisados, conforme levantamento inserido no campo 'situação encontrada' do achado 3.7 do Relatório de Inspeção;

24.22.4. obrigatoriedade de se observar as normas atinentes à elaboração do cardápio da merenda escolar, nos termos dos normativos emitidos pelo FNDE/MEC, tendo em vista a situação relatada no item 3.10 do Relatório de Inspeção;

24.22.5. ausência de articulação com o Ministério da Saúde de forma a conferir funcionalidade aos equipamentos adquiridos com recursos federais, por meio do Fundo Nacional de Saúde, no âmbito dos Convênios 871/2007; 687/2006; 1754/2006; 2522/2006; 1983/2006 e 1823/2006, haja vista a situação relatada no item 3.1 do Relatório de Inspeção;

24.23. recomendar ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento que adote as medidas cabíveis para regularizar a situação da propriedade e destinação dos equipamentos adquiridos com recursos do Erário Federal, no âmbito do Contrato de Repasse 0188430-52 (Siafi 549139), tendo em vista a situação relatada no item 4.2 do Relatório de Inspeção (cópia anexa);

24.24. encaminhar cópia do Relatório de Inspeção ao Ministério Público do Estado do Tocantins e ao Conselho Tutelar do Município de Divinópolis do Tocantins/TO para conhecimento das condições precárias detectadas no Transporte Escolar prestado pela Prefeitura Municipal de Divinópolis/TO para que adotem - no âmbito de suas competências - as medidas que julgarem pertinentes, tendo em vista a situação relatada no item 3.5 do mencionado relatório;

24.25. encaminhar cópia da documentação à Procuradoria da República no Estado do Tocantins, para ajuizamento das ações civis e penais, nos termos do § 3º, do artigo 16, da Lei 8.443/92;

24.26. encaminhar cópia do Acórdão, com respectivos Relatório e Voto:

24.26.1. à Polícia Federal - Superintendência Regional - Tocantins (SR/DPF/TO), em virtude da solicitação de informações, feita por meio do ofício nº 3592/2009 - IPL 0426/2009-4 - SR/DPF/TO, acerca de auditorias ou fiscalizações realizadas no Convênio 595239;

24.26.2. ao denunciante;

24.26.3. ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins;

24.26.4. à Câmara de Vereadores do Município de Divinópolis do Tocantins/TO.”

13. O Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé, em sua derradeira intervenção nos autos (peça 125), manifestou-se parcialmente de acordo com a proposta da unidade técnica:

“(…)

Conforme esclarece a instrução à peça 121, ressalvando alguns poucos documentos, as alegações de defesa trazem os mesmos argumentos e documentos que embasaram as alegações anteriores, que foram satisfatoriamente analisadas pela unidade técnica e pelo *parquet* especializado.

Com efeito, os elementos de defesa produzidos pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho, com exceção de declarações recentemente prestadas por servidores da prefeitura, são os mesmos apresentados anteriormente e que foram analisados na instrução técnica de 13/5/2010 (peça 17, p. 6-8).

Como documento novo, o Sr. Rodolfo Costa Botelho apresenta declarações feitas por servidores da prefeitura (peça 117, p. 7-12). Em síntese, contrariamente às declarações prestadas anteriormente à equipe de fiscalização da Secex/TO, essas pessoas **negam que tenham participado da execução da obra** objeto do Convênio celebrado entre o Incra e o Município de Divinópolis do Tocantins. Os Srs. Pedro Lima Noletto, Edivaldo Feitosa da Silva, Antonio Ferreira da Silva e Paulo da Silva Abreu afirmam que cometeram equívoco quando firmaram as declarações anteriores, vez que a prefeitura estava recuperando estradas vicinais da mesma região (peça 117, p. 7, 9, 11 e 13).

Também consta das alegações de defesa do Sr. Rodolfo Costa Botelho cópia de relatório produzido por Delegada do Departamento de Polícia Federal, ondem constam depoimentos de fiscais do Incra e de sócios da Construtora Magalhães Ltda. - ME. Em suma, os depoimentos negam que os serviços tenham sido executados com pessoal ou equipamentos ou materiais da prefeitura (peça 17, p. 13-14).

Para análise dos reflexos dessas declarações na configuração da irregularidade, voltemos ao exame do conteúdo do relatório de fiscalização da Secex/TO. Segundo subitem 3.9.4 do relatório, as declarações de ex-servidores, ex-contratados e servidores ativos constituíam as únicas evidências da ocorrência da irregularidade (peça 3, p. 33). Na época, foram seis os servidores ou contratados da prefeitura que declararam expressamente ter prestado serviços na abertura de estradas vicinais na zona rural do Município de Divinópolis do Tocantins, mais especificamente nos assentamentos Mulher Cidadã, Santa Júlia, Piedade e Toledo (peça 33, p. 31-36).

Percebe-se, assim, que das seis pessoas que declararam ter trabalhado na abertura das referidas estradas vicinais, quatro se retrataram e, hodiernamente, afirmam que não participaram da execução desses serviços.

Considerando que **a configuração dessa irregularidade está baseada tão somente nas alegações feitas por servidores ou prestadores de serviço da prefeitura e que a maior parte dessas pessoas, em documentos recentes, desdiz a afirmação anterior**, entendo que **tais elementos de defesa descaracterizam a irregularidade** e afastam o débito.

As alegações da Construtora Magalhães Ltda. - ME, em sua maioria, são as mesmas apresentadas anteriormente (peça 58). Sem embargo, entendo conveniente tecer algumas observações acerca de determinados argumentos contidos em sua peça de defesa.

Assim como a instrução, penso que a documentação que a empresa qualifica como prova irrefutável (notas fiscais de compra de alimentos, combustíveis e insumos; contratos firmados com particulares; fichas de controle de produção etc.) **não demonstram inequivocamente** que tenha executado a obra às suas expensas. As fichas de controle de produção, por exemplo, são documentos produzidos por uma empresa particular e não trazem dados ou informações que possam confirmar sua veracidade ou idoneidade (peça 113, p. 1-17).

As notas fiscais de compra de alimentos, refeições e materiais diversos não registram dados que possam vinculá-las à obra *sub examine*, de modo que **não provam cabalmente** a efetiva participação da contratada na execução das obras (peça 113, p. 18-51).

Embora constitua fato de menor importância, registro que as seguintes notas fiscais foram emitidas após o prazo de validade: a) nota fiscal relativa à compra de manilhas, emitida por Vilage Indústria de Premoldados de Concreto Ltda., no valor de R\$ 1.715,00 (peça 113, p. 40); nota fiscal relativa à compra de madeirite, emitida por Madeicom, no valor de R\$ 83,00 (peça 113, p. 26).

De fato, tais documentos **não provam** a participação da empresa na execução dos serviços, porém, **constituem indícios** de que tenham prestado serviços no município. Considerando as declarações (de servidores e contratados) apresentadas pelo Sr. Rodolfo Costa Botelho, que, a meu ver, como visto, fragilizam o fundamento para a condenação dos responsáveis, entendo que tais documentos **podem ser admitidos como indícios** de que a empresa executou a abertura das estradas em questão.

Segundo pesquisa realizada pela Secex/TO, alguns dos empregados que a Construtora indica como fixos não constam da Relação Anual de Informações Sociais-Rais de 2008: Dorivan Leite da Silva, Fábio Carvalho Rodrigues, Cícero Magalhães e Diego Augusto de Arruda (peça 112, p. 4, 8-12 e 15 e peça 119). Os documentos relacionados aos empregados e prestadores de serviço autônomos já faziam parte das alegações de defesa apresentadas anteriormente (peça 58).

Por outro lado, em favor da empresa, devemos considerar as fichas de registro de empregado e, sobretudo, a Certidão de Acervo Técnico Parcial nº 348/2008, emitida pelo então Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Tocantins - Crea/TO, no sentido de que o Engenheiro Civil Diego Augusto de Arruda era o responsável técnico de obras na zona rural do Município de Divinópolis do Tocantins (**construção de estradas vicinais**, uma ponte e quatro bueiros, peça 112, p. 13).

Em resumo, os documentos apresentados pela Construtora Magalhães Ltda. - ME, caso considerados isoladamente, não provam que tenha efetivamente construído as estradas vicinais objeto do Convênio. Não obstante, tendo em vista os elementos trazidos pelo Sr. Rodolfo Costa

Botelho, penso que a documentação deve ser reconhecida como **indícios** de que tenha executado os mencionados serviços.

Ante o exposto, este membro do Ministério Público de Contas manifesta concordância com a proposta da unidade técnica, consignada na peça 121, p. 5-8, ressaltando o seguinte: a) os subitens 24.1 a 24.4 devem ser suprimidos; b) deve ser acrescido item que contemple o acolhimento das alegações de defesa do Sr. Rodolfo Costa Botelho e da Construtora Magalhães Ltda. - ME em relação à irregularidade consubstanciada na ocorrência de pagamentos à contratada sem a correspondente prestação dos serviços previstos no contrato firmado com a Prefeitura Municipal de Divinópolis do Tocantins, que constituem o objeto do Convênio 10.000/2007, celebrado entre o citado município e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra.”

É o relatório.