

**Proc. TC-025.653/2013-0**  
**Tomada de Contas Especial**

## **PARECER**

Essa tomada de contas especial foi instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE em cumprimento a determinação constante do Acórdão 1.946/2011-Plenário, proferido em processo de Representação formulada por equipe de auditoria da Secex/CE que realizava trabalho de fiscalização nos recursos federais repassados ao Município de Acarape/CE, mediante transferências voluntárias.

A representação da equipe de auditoria tratou especificamente do Convênio 656420/2009 (celebrado com o FNDE), objetivando a construção de uma creche no âmbito do programa Proinfância. Em visita à obra, no dia 16/2/2011, os auditores verificaram que apenas uma parte dos serviços de terraplenagem referentes ao aditivo assinado logo depois do início do contrato havia sido executada, em volume totalmente insuficiente para justificar o pagamento, à construtora contratada, de toda a primeira parcela repassada pelo FNDE, e mais rendimentos financeiros, no total de R\$ 544.814,56.

Como houve demora no fornecimento dos boletins de medição requisitados pela equipe, esta representou ao Tribunal, que, pelo Acórdão 886/2011-TCU-Plenário, resolveu determinar ao FNDE, cautelarmente, a suspensão de novos repasses ao convenente, e a este, também como medida de cautela, que se abstinhasse de efetuar novos pagamentos à contratada.

O convênio foi rescindido antes de finalizar o prazo de vigência, motivado por, entre outras, as seguintes irregularidades, consoante registro da instrução da Secex/CE (peça 22):

“1. descompasso entre a execução financeira do convênio 656420/2009, uma vez que no ano de 2010 foram pagos à empresa vencedora da licitação Ágape Construção & Incorporação quase a totalidade do valor repassado pelo FNDE ao município, referente a primeira parcela e em contrapartida a mesma executou apenas os serviços de terraplanagem;

2. assinatura de termo aditivo no valor de R\$ 217.324,58, sem anuência do FNDE, em razão do acréscimo de 3.800m<sup>2</sup> de alvenaria de pedra argamassada;

3. as planilhas de medições e pagamentos apresentados evidenciaram a realização de pagamentos da ordem de três vezes maiores que os serviços apontados como realizados”

Foi, então, realizada a citação solidária do Sr. José Acélio Paulino de Freitas e da empresa acima mencionada, pela quantia de R\$ 539.632,92.

O auditor da Secex/CE, após analisar as alegações de defesa, sustentou que os argumentos trazidos pelos responsáveis não foram suficientes para afastar as irregularidades apuradas, nem para demonstrar o correto uso dos recursos públicos recebidos. Desse modo, propôs, em síntese, o julgamento pela irregularidade das contas, com a condenação solidária dos responsáveis ao pagamento da quantia indicada em sua peça, além da aplicação da multa proporcional ao prejuízo causado.

Essa proposta de encaminhamento está amparada, em essência, nos seguintes argumentos oferecidos pelo auditor:

1. O Sr. José Acélio Paulino de Freitas, embora tenha alegado que foram executados serviços correspondentes a R\$ 608.461,69, o que superaria em R\$ 63.647,13 os valores pagos de R\$ 544.814,56, não acostou qualquer elemento de prova nesse sentido;

2. Em relação à ação de improbidade administrativa que tramita na 7ª. Vara da Justiça Federal na Seção Judiciária do Ceará (processo 0000923-43.2013.4.05.81.00), vigora o princípio da independência das instâncias administrativa e judicial;

3. Houve o recebimento da ação de improbidade em relação ao Sr. José Acélio Paulino de Freitas, conforme a decisão judicial proferida até o momento;

4. As alegações da empresa Ágape Construção & Incorporação Ltda., da mesma forma das apresentadas pelo José Acélio Paulino de Freitas, estão desacompanhadas de qualquer prova de que o objeto do convênio teria sido executado, ainda que parcialmente, não tendo sido juntadas aos autos nem as fotos que são mencionadas no processo judicial.

O Diretor da Secex/CE manifestou integral anuência à proposta de encaminhamento formulada pelo Auditor. O Secretário, de seu turno, embora tenha concordado com a proposição oferecida no tocante ao ex-Prefeito, opinou pela exclusão da empresa do rol de responsáveis, e o fez amparado nos seguintes argumentos:

“7. Ao não suspender o contrato de execução das obras, em descumprimento à decisão do TCU, penso que a responsabilização da firma no presente processo, a exemplo do que ocorreu na Ação de Improbidade Administrativa objeto do processo 0000923-43.2013.4.05.8100, passa a não ter suficiente sustentação. É que, ainda presumindo-se como verdadeiro que a firma inverteu todos os recursos que recebeu na execução dos serviços contratados, o que se mostra bastante provável, não se pode dizer que a contratada afastou-se de suas obrigações contratuais, pelo contrário.

8. Com relação à efetiva execução dos serviços até o limite da primeira parcela repassada, ou até mais, concordo com o Sr. Auditor em que os responsáveis não lograram, de fato, comprovar tal assertiva, revelando inclusive displicência em sua defesa ao referir-se a fotos e outros elementos que não foram sequer encaminhados. No entanto, como disse, é bastante provável que isso tenha ocorrido, pois houve, de fato, o reconhecimento da Sra. Juíza responsável pela 7ª Vara Federal, em que corre aquela ação judicial.

Ante o exposto, manifestamos total concordância com a proposta de encaminhamento alvitrada nos pareceres, exceto no que se refere à empresa Ágape Construção e Incorporação Ltda., que deve ser excluída do rol de responsáveis pela presente TCE, por não ter dado causa ao dano ou desperdício dos recursos tratados no processo”.

Concordamos, em essência, com a proposta formulada pelo auditor, que recebeu a adesão do Diretor. Há uma razão simples que nos impede de aderir à opinião do Secretário: ela se funda, como se constata da leitura da transcrição precedente, em presunções e possibilidades que não encontram amparo na documentação probatória que consta no processo.

A esse respeito, esclarecedor é o posicionamento do auditor, que, de forma repetida e categórica, sustenta que os responsáveis não trouxeram aos autos documento algum que viesse a demonstrar a execução da obra no valor correspondente ao montante recebido. Ao examinar os elementos de defesa apresentados, pudemos comprovar a procedência de tal afirmação.

Vale assinalar que são os elementos de prova carreados aos autos que dão suporte ao julgador do convencimento do que ocorreu no plano dos fatos. No caso vertente, temos como prova inicial a visita *in loco* de auditores do TCU e o conjunto fotográfico a revelar absoluto descompasso entre o que foi executado e o que foi recebido. Em estrita observância ao devido processo legal, essa prova de acusação foi submetida ao contraditório, conferindo aos acusados a plena oportunidade de demonstrar a correta aplicação dos recursos públicos, mediante a juntada de elementos de persuasão. Como não

**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**  
**Ministério Público junto ao TCU**  
**Gabinete do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico**

apresentaram tais provas, o processo deve seguir o seu curso, cabendo-lhes assumir as consequências de não trazer ao feito documentos probatórios em seu favor.

Não nos parece razoável, de outro tanto, presumir “como verdadeiro que a firma inverteu todos os recursos que recebeu na execução dos serviços contratados”, exclusivamente com base no fato de que houve rejeição do recebimento da ação de improbidade relativamente à empresa, conforme sentença noticiada no processo.

É de se realçar que não se trata de sentença absolutória em sede penal, com negativa de autoria ou afirmação de inexistência do fato, hipóteses que vinculariam o juízo da Corte de Contas. A regra, tão densamente repetida no Tribunal de Contas, é da independência das instâncias, o que leva à necessidade de se examinar o conjunto probatório constante do processo no TCU, para fins de formação de juízo de valor.

É evidente que a mesma conclusão a que chegou a sentença pode ser aquela a que se chega na Corte de Contas. É possível e até provável. Porém, para tanto, é preciso que haja a oportunidade de apreciação dos mesmos elementos de prova. Como visto, no processo no TCU, os responsáveis optaram por não juntar conteúdo probatório.

Diga-se, ainda, que, em tese, é possível que da própria sentença se possa extrair elementos de convicção a revelar o integral emprego dos recursos recebidos para a execução do objeto. Contudo, não é esse o caso. O único ponto em que a sentença fundamenta a exclusão da empresa é o parágrafo em que afirma literalmente “que restou comprovada a necessidade de adequação do terreno para o início da execução de obras de engenharia para a construção de Escola de Ensino Infantil - Projeto Padrão FNDE/MEC - alterando, inclusive, o cronograma físico inicial -, e que a construção está além dos serviços de terraplanagem, ao contrário do alegado na inicial, ilação esta que se extrai da visualização das fotos juntadas aos autos” (peça 20, p. 4).

A conclusão de que houve execução para além de serviços de terraplanagem se deu, conforme as palavras da magistrada, mediante ilação, com base em conjunto fotográfico. Sem adentrar no mérito da força probatória a que a jurisprudência do TCU empresta a fotografias, é indispensável frisar que nem mesmo tais fotografias foram juntadas ao feito, como bem salientou o auditor. As fotos que se encontram à peça 19 são as apresentadas pelos auditores do TCU resultantes da visita ao local da obra.

Para nos certificar do quanto foi efetivamente executado ao tempo da visita dos auditores, recorreremos a uma das instruções da Representação que originou a presente TCE e que se encontra na peça 17 do referido feito (TC-006.637/2011-6). Naquele documento percebemos que o que foi realizado não se circunscreveu a serviços de terraplanagem, tendo atingido o montante de R\$ 188.391,40. Da referida instrução, convém reproduzir o trecho abaixo, para contribuir com o melhor encaminhamento a ser dado nesta TCE:

“Verifica-se, a partir do exame das planilhas de medição apresentadas, que a empresa teria executado, em 2010, serviços preliminares - canteiro de obras, serviços de terraplanagem e muro de arrimo, correspondentes à quantia de R\$ 188.391,40. O resumo das planilhas de medição encontra-se demonstrado no quadro a seguir:

Medição	Data	Serviços	% execução	Valor (R\$)
01	11/6/2010	Serviços preliminares - canteiro de obras	100%	50.101,64
02	4/8/2010	Serviços de terraplanagem	82%	100.000,00
03	9/12/2010	Serviços de terraplanagem e muro de arrimo	41%	88.391,40
Total dos serviços executados				188.391,40

**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**  
**Ministério Público junto ao TCU**  
**Gabinete do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico**

Se não podemos aderir à proposição do Secretário, por ausência de lastro probatório, também não podemos consentir na íntegra com a proposta do auditor, pois desconsidera a prova existente para fins de abatimento do valor que constitui débito a ser imputado à construtora. Não é aceitável que o montante invertido pela empresa componha a dívida. Assim, cremos que o débito imputável à empresa deve ser a diferença entre o montante por ela recebido e o valor do que foi executado, soma essa que deve se dar em solidariedade com o ex-prefeito.

De outro tanto, acompanhamos, no caso vertente, a jurisprudência da Corte no sentido de imputar débito integral ao gestor quando se constata desperdício de valores públicos, ante a inexistência de benefício concreto para a coletividade (Acórdãos 2.828/2015 – Plenário, 3.324/2015 – 2ª Câmara e 3.429/2014 – 1ª Câmara). Assim, o ex-prefeito deve ainda responder individualmente pela quantia de R\$ 188.391,40, eis que tais valores, embora aplicados pela empresa no objeto, não reverteram em proveito algum para a sociedade local.

É a manifestação deste representante do Ministério Público junto ao TCU.

Ministério Público, em 14 de dezembro de 2015.

*(Assinado Eletronicamente)*  
**Marinus Eduardo De Vries Marsico**  
Procurador