

Proc. TC-001.118/2015-3
Tomada de Contas Especial

Parecer

Cuidam os autos da Tomada de Contas Especial resultante da conversão de Representação encaminhada ao Tribunal pela Controladoria Geral da União – CGU –, contendo relatório de fiscalização sobre a aplicação de recursos federais no Município de Salgado de São Félix/PB, o qual apresenta resultados de ação de controle desenvolvida em função de ocorrências presumidamente irregulares naquele município (peça n.º 3 do processo em apenso – TC-005.937/2011-6).

2. No bojo dos autos da Representação, a Unidade Técnica informou que o município de Salgado de São Félix/PB foi objeto de investigação no âmbito da “Operação Transparência”, deflagrada em novembro de 2009, por parte do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Estado da Paraíba e da Polícia Federal, ocasião em que foram apontados esquemas de licitações fraudulentas espalhadas por 140 municípios do Estado (peça n.º 62 do processo em apenso).

3. Relatou, ainda, a existência de um *modus operandi* específico nessas licitações forjadas, para, então, concluir pelo enquadramento nessa fraude da situação detectada no Contrato de Repasse n.º 0174446-32/2005, celebrado entre a Caixa Econômica Federal – CEF – e o município de Salgado de São Félix/PB para a construção de quadra poliesportiva.

4. Em nossa manifestação à época, consideramos que não havia elementos de prova ou mesmo indícios suficientes para se chegar à convicção pretendida – de fraude na execução do contrato de repasse supra –, razão pela qual propusemos a improcedência da representação ou, alternativamente, a adoção de diligências saneadoras, com vistas a trazer aos autos os elementos probatórios das irregularidades supostamente ocorridas (peça n.º 65 do TC-005.937/2011-6, apenso), tendo essa última providência sido acatada pelo eminente Relator (peça n.º 66 do TC-005.937/2011-6).

5. Com a juntada aos autos do TC-005.937/2011-6 das peças n.ºs 67/73, o Tribunal deliberou por converter a Representação em TCE, com a subsequente citação dos responsáveis (Acórdão n.º 7.834/2014 – 1.ª Câmara).

6. Já no bojo desta TCE, após as citações pertinentes, a Secex/PB externa sua compreensão de que os elementos constantes do feito demonstram a existência meramente “de fachada” da empresa Biana Construções e Serviços Ltda., razão pela qual entende quebrado o nexo causal entre a execução da obra prevista e os pagamentos feitos à referida empresa (peça n.º 88).

7. Nessa linha, sugere, em pareceres uniformes (peças n.ºs 88/89), a irregularidade das contas dos prefeitos gestores (cada qual em relação ao montante por ele gerido), Senhores Apolinário dos Anjos Neto (2005/2008) e Adaurio Almeida (2009/2012), com a correspondente condenação solidária com a empresa Biana Construções e Serviços Ltda., Fabiana dos Santos Ferreira (sócia), Audy Lopes Fernandes (sócio) e Adriano Ferreira de Melo (sócio) e Raniere Pereira Dantas (sócio), pelos débitos apurados nos autos.

8. Com as devidas vênias da Unidade Técnica, a despeito do intuito protetivo do erário, calcado no combate à corrupção e ao desestímulo às ações criminosas ou irregulares por parte de gestores ou agentes privados, não nos parece possível extrair do limitado suporte probatório existente nos autos elementos robustos ou outros indícios bastantes para alcançar as conclusões *supra*, no sentido de qualificar a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. como empresa “de fachada” e, com isso, desconstituir toda a prestação de contas apresentada, consoante exporemos adiante.

9. Como se pode perceber da análise deste feito, todo o acervo probatório acerca das possíveis irregularidades ocorridas nos municípios paraibanos está juntado ao processo de Representação em apenso, razão pela qual doravante nos concentraremos no seu exame.

10. Com relação ao Relatório de Demandas Especiais produzido pela CGU (peça n.º 3 do apenso), este dedica essencialmente as pp. 14/19 para tratar do contrato de repasse em tela. Em síntese,

são expostas as condições da obra do ginásio poliesportivo, com a sua paralisação entre 27/06/2008 e 27/01/2010, devido a impasse surgido junto à CEF acerca da comprovação do exercício pleno da propriedade do imóvel destinado à execução do objeto. São também mencionadas notícias divulgadas pela imprensa local e também a “operação transparência”, capitaneada pela Polícia Federal, bem como a existência de solicitação da relação de trabalhadores na obra (não atendida pela Prefeitura) para, ao final, concluir que “há pelo menos indícios de que as irregularidades apontadas na denúncia, no tocante à contratação de empresa ‘fantasma’, sejam passíveis de procedência” (peça n.º 3, p. 19).

11. Não há, portanto, elementos probatórios contundentes ou robustos no aludido Relatório da CGU, capazes de conduzir o julgador à convicção de que a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. é uma empresa “de fachada” ou “fantasma” e, ainda, de que a obra do ginásio poliesportivo construída no Município de Salgado de São Félix/PB não foi por ela executada.

12. Ao contrário, os pagamentos realizados à empresa contratada foram seguidos de recolhimentos de impostos como o ISS (peça n.º 34, p. 12, peça n.º 38, p. 12, peça n.º 41, p. 13, peça n.º 43, pp. 11/13, peça n.º 46, p. 8), de encargos previdenciários sobre trabalhadores (peça n.º 38, p. 11, peça n.º 41, p. 13, peça n.º 43, p. 14, peça n.º 46, pp. 9/10), da anotação de responsabilidade técnica junto ao CREA/PB (peça n.º 39, pp. 3/4, e peças n.ºs 51, 53/56), com existência inclusive de ações trabalhistas em face da referida empresa (peça n.º 43, p. 15), o que parece corroborar a existência de fato e o funcionamento da empresa (ao menos à época dos fatos), sobretudo, a execução das obras objeto da avença ora questionada, circunstancia inclusive confirmada pelo agente repassador, a CEF.

13. Também milita em prol dessa convicção, de não se tratar de empresa “de fachada”, o fato de ela ter contratado outra empresa para realizar os serviços de fabricação e montagem de estrutura metálica com cobertura (peça n.º 36), contrato esse que seria completamente desnecessário e sem sentido (fugindo ao *modus operandi* comumente visto nas fraudes), caso a empresa fôsse “de fachada” e os serviços estivessem sendo executados de fato por funcionários da Prefeitura, como se deduz das conjecturas feitas pelo MPF.

14. Aliás, quanto aos documentos oriundos da operação da Polícia Federal e do MPF, estes compõem as peças n.ºs 67/73 do apenso, constituindo-se, basicamente, de interrogatórios de empresários locais e do conteúdo de computadores e de outros objetos apreendidos em casas de pessoas investigadas e de considerações feitas pelo órgão acusador, a partir de suas percepções sobre os fatos ora inquiridos.

15. No tocante aos testemunhos (peças n.ºs 67 e 73), estes foram dirigidos apenas aos Senhores Antônio Soares da Silva e José Roberto Marcelino Pereira, ambos empresários do ramo da construção civil. Segundo se depreende dos seus depoimentos, não há indicações de que a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. seja empresa fictícia, não havendo também qualquer menção sobre a obra do ginásio poliesportivo do Município de Salgado de São Félix/PB ou sobre a sua possível execução direta pela Prefeitura, sendo incabível deles se extrair a conclusão de que a referida empresa é fictícia.

16. Com efeito, o primeiro depoente acima mencionado (Senhor Antônio Soares da Silva) se limitou a afirmar, em relação a empresa Biana e/ou a seus sócios, que o senhor “José Roberto Marcelino Pereira tem empresas e quando ganha licitação pede parceria com outras empresas, ocasionalmente com AUDY LOPES FERNANDES, parceiro do interrogado e proprietário da CONSTRUTORA BIANA” (peça n.º 67, p. 2).

17. Por sua vez, o interrogatório produzido pelo Senhor José Roberto Marcelino Pereira, embora incisivo acerca da existência meramente formal de algumas outras empresas questionadas, é inconclusivo a respeito da empresa Biana, se restringindo a afirmar que “não sabe dizer se a BIANA é empresa de fachada” (peça n.º 73, p. 5).

18. Quanto aos demais elementos colhidos, há um trecho do Despacho exarado pelo Procurador da República responsável pela investigação no qual ele, já se preparando para um futuro oferecimento de peça acusatória contra diversas pessoas, afirma existirem ao menos 3 níveis de atuação na organização criminosa, sendo o 1.º nível atribuído a diversas pessoas físicas (todas sem

conexão com esta TCE), as quais criariam e manteriam pessoas jurídicas faticamente inexistentes (peça n.º 68, p. 3).

19. Já no 2.º nível dessa mesma organização (no qual estaria o sócio da empresa Biana, Senhor Audy Lopes Fernandes), estariam as empresas às quais as obras captadas pelas empresas do 1º nível seriam repassadas, mediante “o pagamento de percentuais incidentes sobre o valor das obras a serem executadas” (peça n.º 68, p. 3). O 3.º nível seria referente a servidores da Funasa, que nenhum reflexo têm com esta TCE.

20. Dessa forma, até mesmo do trecho do Despacho do Procurador da República descrevendo o suposto funcionamento da organização criminosa, não se conclui, inequivocamente, que a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. era “de fachada”. Ao revés, pelo que depreendemos das poucas menções feitas a ela no aludido Despacho, parece-nos que ela era destinatária da execução de obras captadas com sobrepreço por outras empresas, essas, sim, aparentemente fictícias, cabendo a esta última a real execução do objeto contratado.

21. No caso em tela, a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. se sagrou vencedora da tomada de preços n.º 07/2007, sem a existência de interpostas empresas e sem indícios de sobrepreço no valor acordado, razão pela qual não vislumbramos a quebra do nexo de causalidade entre a obra executada e os dispêndios direcionados à empresa contratada, ao menos de posse da documentação integrante dos autos.

22. Vale notar, repita-se, contrariamente à percepção a que chegou a Unidade Técnica, a existência de diversos elementos que manifestam uma atuação real da empresa Biana Construções e Serviços Ltda., ao menos no presente caso, tais como recolhimentos de impostos como o ISS, de encargos previdenciários sobre trabalhadores, da anotação de responsabilidade técnica junto ao CREA/PB, de ações trabalhistas em face da referida empresa, dentre outros como os que integram a prestação de contas (peças n.ºs 27/56).

23. Outro aspecto a se considerar é que o suporte fático utilizado pela Secretaria Instrutiva para fundamentar sua conclusão de que a empresa é “de fachada” decorre, essencialmente, de trechos da Ação Civil Pública apresentada pelo MPF (desacompanhados das provas que a respaldam), da qual são extraídos trechos de interrogatórios que não constam destes autos, a exemplo de afirmação atribuída à Senhora “Francinete Pereira da Silva, secretária de uma das firmas de fachada e cúmplice do esquema” (peça n.º 87, p. 10), a cujo depoimento não temos acesso nesta oportunidade, sendo inviável atribuir-lhe veracidade ou mesmo contestá-lo.

24. Demais disso, sobressai dos autos, ainda, questão processual de singular relevância, qual seja, o aproveitamento pelo TCU da documentação probatória produzida unilateralmente pelo MPF e pela Polícia Federal, sem a submissão prévia ao contraditório e à ampla defesa. No caso de documentos licitatórios, notas fiscais, recibos, extratos bancários e outros elementos dessa mesma natureza documental, não temos dúvidas de aceitá-los e de admitir que o contraditório se dará na fase de citação pelo Tribunal.

25. No entanto, com relação aos interrogatórios e à análise da mídia extraída de equipamentos apreendidos pela Polícia Federal, parece-nos que a sua admissão sem prévia validação pelo Poder Judiciário e sem submissão anterior ao contraditório geraria uma situação de quebra de isonomia, com violação ao princípio da paridade de armas no processo. É que, caso os interrogatórios sejam aceitos pelo Tribunal, a parte não teria mecanismos processuais junto ao TCU para contraditá-los, uma vez que a Corte entende que todas as provas devem ser apresentadas sob a forma documental, o que excluiria a possibilidade de inquirição de testemunhas da defesa.

26. Da mesma sorte, de pouca valia teria essa inquirição feita em caráter particular pelo próprio responsável, com a emissão de declaração por parte de suas testemunhas, uma vez o Tribunal vem atribuindo às declarações de terceiros valor apenas em relação à pessoa do declarante, sem extensão à veracidade do fato, valendo-se, para tanto, de interpretação do disposto no art. 368 e seu parágrafo único do antigo Código de Processo Civil, atualmente reproduzido no art. 408 da Lei n.º 13.105/2015, com o seguinte conteúdo:

“Art. 408. 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 de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade”.

27. Dessa forma, tem-se, nessa hipótese peculiar, uma situação na qual o MPF, na condição de órgão de investigação e de titular das ações penais e cíveis de improbidade administrativa, realiza os interrogatórios das pessoas por ele escolhidas, sem a necessidade de ouvir eventuais testemunhas arroladas pelas partes investigadas, produzindo uma prova que, se aproveitada pelo TCU, não terá condições processuais de ser contrastada por prova da mesma natureza.

28. Em suma, a produção de provas testemunhais de forma unilateral pelo Estado ou por qualquer órgão que o represente, sem possibilitar posteriormente que tais provas sejam contraditadas pelos mesmos meios facultados ao Poder Público, viola as garantias processuais das partes, as quais veem seu direitos diminuídos em face do Estado, com nítida afronta aos princípios da isonomia e da paridade de armas no processo.

29. Por outro lado, em última análise, caso se entendesse pela validação dessas provas testemunhais produzidas pelo MPF sem o contraditório produzido naquela mesma instância ou perante o Poder Judiciário, a elas deveria ser conferido, no máximo, o mesmo tratamento que o TCU concede às declarações de terceiros, vale dizer, limitada presunção de veracidade, restrita ao conhecimento do fato, mas não à sua comprovação em si.

30. Esse mesmo raciocínio *supra* se aplica às mídias apreendidas e cujo conteúdo foi extraído pela Polícia Federal, uma vez que foram incorporadas a estes autos em fragmentos selecionados pelo MPF, sem a possibilidade de serem analisadas em sua completude e sem submissão às mesmas formas de produção e impugnação a que tiveram acesso o órgão acusador. Ressalte-se, outrossim, que tais mídias nada contribuem para o esclarecimento ou comprovação dos fatos supostamente irregulares atribuídos aos responsáveis.

31. Por fim, quanto ao mérito desta TCE, por não vislumbramos elementos concretos que levem à convicção de que a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. é uma empresa fictícia, “fantasma”, “de fachada” ou sem existência fática, consideramos que os diversos elementos constantes da prestação de contas denotam a execução integral do objeto da avença retro, inclusive com a vinculação dos recursos à empresa e à realização por ela da obra em questão, a exemplo dos seguintes: publicação em jornal sobre a Tomada de Preços (p. 11, peça n.º 30, processo em apenso); publicação em jornal da Ata de abertura e julgamento das propostas de licitação (p. 39, peça n.º 28, processo em apenso); certidões das empresas licitantes em diversos órgãos federais e locais (peça n.º 28, processo em apenso); boletins de medição das etapas construídas, notas fiscais, recibos, extratos bancários, cheques e outros documentos relativos ao processo de pagamento no âmbito do município, contendo menção ao contrato de repasse (peças n.º 32, 34, 38, 41, 43, 44, 46, processo em apenso, dentre outras); guias de recolhimento da previdência social em nome da empresa Biana Construções e Serviços Ltda. (pp. 11, peça n.º 38, p. 14, peça n.º 43, p. 9, peça n.º 46, processo em apenso); Anotação de Responsabilidade Técnica da obra em nome de profissional contratado pela empresa Biana (p. 3, peça n.º 39 e peças n.ºs 50, 51, 53 e 54, processo em apenso); relatórios de acompanhamento do empreendimento elaborados pela Caixa, atestando a execução da obra; existência de ação trabalhista em face da empresa contratada, dentre outros.

32. Tais elementos, a nosso ver, indicam, satisfatoriamente, a existência real da empresa, a plena execução da obra objeto do Contrato de Repasse n.º 0174446-32/2005, além de estabelecerem o necessário nexo de causalidade entre os recursos federais e a obra construída, constituindo prova com presunção relativa de aplicação dos recursos federais na finalidade pactuada, somente podendo ser desconstituída tal presunção por conjunto probatório ou indiciário robusto em sentido contrário, não presente nos autos em apreciação, voltamos a frisar.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Ministério Público

33. Com essas considerações meritórias, pedindo novamente vênias à Secex/PB, esta representante do Ministério Público se manifesta pela regularidade com ressalva das presentes contas, dando-se quitação aos responsáveis e arquivando-se o processo.

Ministério Público, 8 de agosto de 2016.

Cristina Machado da Costa e Silva
Subprocuradora-Geral