

## GRUPO I – CLASSE II – SEGUNDA CÂMARA

TC 025.653/2013-0.

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Entidade: Município de Acarapé/CE.

Responsáveis: José Acélio Paulino de Freitas (CPF 273.174.393-04) e Ágape Construção e Incorporação Ltda. (CNPJ 11.022.326/0001-36).

Representação legal: Carlos Eduardo Maciel Pereira (11677/OAB-CE), representando José Acélio Paulino de Freitas, e Flávio Jacinto da Silva (6416/OAB-CE), representando a Ágape Construção e Incorporação Ltda..

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. FNDE. CONVÊNIO. EXECUÇÃO APENAS PARCIAL DO OBJETO. CITAÇÃO SOLIDÁRIA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIOS À COLETIVIDADE. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA.

## RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) em desfavor do Sr. José Acélio Paulino de Freitas, ex-prefeito municipal de Acarapé/CE (gestão: 2009/2012), diante da não execução do objeto do Convênio nº 656420/2009, celebrado entre o FNDE e a referida municipalidade, cujo objeto consistia na construção de uma creche no âmbito do Proinfância.

2. Esta TCE foi instaurada pelo FNDE em cumprimento à determinação constante do Acórdão 1.946/2011-TCU-Plenário, proferido em processo de representação formulada por equipe de auditoria da Secex/CE a partir de fiscalização nos recursos federais repassados ao município de Acarapé/CE.

3. Após analisar o feito, o auditor da Secex/CE lançou a sua instrução de mérito às fls. 1/9, da Peça nº 22, com a anuência do diretor da unidade técnica (Peça nº 23), nos seguintes termos:

*“(...) 2. Conforme disposto na cláusula sexta do Termo de Convênio, foram previstos o valor total de R\$ 1.090.167,53 para a execução do objeto, dos quais R\$ 1.079.265,85 seriam repassados pelo concedente e R\$ R\$ 10.901,68 corresponderiam à contrapartida.*

*3. Os recursos federais foram repassados em única parcela, mediante a ordem bancária 2009OB657185, no valor de R\$ 539.632,92, emitida em 10/12/2009, creditada em conta específica em 5/1/2010 (peça 2, p. 83).*

*4. O ajuste vigeu no período de 23/12/2009 a 12/12/2011 e previa a apresentação da prestação de contas até 60 dias após o término da vigência do convênio, conforme a cláusula décima sexta do ajuste, alterado pelo termo aditivo acostado à peça 2, p. 19-21.*

*5. A Prefeitura de Acarape/CE, por meio do Ofício 219/2011, datado de 22/3/2011, solicitou ao FNDE a prorrogação de prazo de vigência do convênio em tela por mais 180 dias (peça 1, p. 390).*

*6. Por meio do Despacho do dia 14/6/2001, acostado à peça 1, p. 398, a CGEST/FNDE encaminhou o processo para a emissão de termo aditivo de vigência do Convênio 656420/2009, o qual foi autorizado e assinado pelos concedente e convenente (peça 2, 19-21).*

*7. O Memo 1533/2011-DICIN/COORI/SUDIT/FNDE/MEC, de 15/8/2011, solicitou providências no sentido de instaurar tomada de contas especial, para apurar irregularidades e*

eventual dano na aplicação dos recursos financeiros no valor de R\$ 539.632,92, transferidos ao município em apreço, tendo em vista informações de irregularidades na aplicação dos recursos originadas de auditoria realizada pelo TCU.

8. Em cumprimento à determinação deste Tribunal no Acórdão 1946/2011-Plenário, constante do item 9.3 (TC 006.637/2011-6), que trata de Representação de Auditoria da Secex/CE (peça 2, p. 77), o FNDE instaurou a devida tomada de contas especial para apurar irregularidades e eventual dano na aplicação dos recursos financeiros já transferidos à Prefeitura, assim como, o Presidente do órgão concedente expediu Termo de Rescisão do Convênio 656420/2009, celebrado com a Prefeitura Municipal de Acarape/CE (peça 2, p. 57).

9. O convênio foi rescindido antes de finalizar o prazo de vigência, portanto não houve prestação de contas para auferir os valores executados até o momento da rescisão.

10. A rescisão foi motivada por uma série de irregularidades constadas in loco pelo TCU nas obras da unidade do PROINFÂNCIA do Município de Acarape/CE, apontadas em Relatório (peça 2, p. 67-75):

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;

4. as razões de justificativas apresentadas pelo Sr. José Acélio Paulino de Freitas, Prefeito Municipal de Acarape, não elidiram as irregularidades pelas quais foi ouvido em audiência;

5. relativamente à Ágape Construções & Incorporação Ltda. verificou-se que tratava de empresa familiar de pequeno porte, com baixa capacidade financeira, com apenas quatro empregados em 2010.

#### Exame Técnico

11. O Convênio 656420/2009 (Siafi 654673), firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e a Prefeitura Municipal de Acarape/CE, tinha por objeto a construção de escolas, no âmbito do Programa Nacional de Reestruturação e Aprendizagem da Rede Escolar Pública de Educação Infantil-PROINFÂNCIA, conforme o Plano de Trabalho (peça 1, p. 332-340).

12. A Tomada de Contas Especial referente ao convênio 656420/2009 foi instaurada pelo FNDE em cumprimento à determinação deste Tribunal, constante do item 9.3 do Acórdão 1946/2011-Plenário, exarado em processo de Representação de Auditoria da Secex/CE (TC- 006.637/2011-6), apresentada por integrantes de equipe desta Secretaria designados para realizarem auditoria de conformidade no Município de Acarape/CE, objetivando verificar a aplicação de recursos federais oriundos de diversos programas de transferências voluntárias (TC-004.765/2011- 7).

13. A motivação para a instauração de TCE se deu em decorrência dos itens 38 a 42 que compõem a conclusão exposta no Relatório emitido por esta Secretaria, após análise das alegações de defesa apresentadas pelo Sr. José Acélio Paulino de Freitas, ex-prefeito (peça 2, p. 67-75), a seguir discriminada:

38. As razões de justificativa apresentadas pelo Senhor José Acélio Paulino de Freitas, Prefeito Municipal de Acarape/CE não elidiram as irregularidades pelas quais foi ouvido em audiência relativamente ao descompasso entre a execução física e financeira do Convênio 656420/2009 (Registro Siafi 654637), celebrado entre a PM de Acarape/CE e o FNDE para a construção de escola de ensino infantil - projeto padrão, e a realização de pagamentos à empresa Ágape Construção & Incorporação Ltda. (011.022.326/0001-36) sem que os correspondentes serviços tenham sido executados.

39. As planilhas de medição da obra ora apresentadas, Peça 15, p. 9-11, evidenciaram a realização de pagamentos da ordem de três vezes maiores que os serviços apontados como realizados, em

desacordo com o artigo 65 da Lei 8666/93 que veda a antecipação do pagamento, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço.

40. Relativamente à Ágape Construção & Incorporação Ltda. verificou-se tratar-se de empresa familiar de pequeno porte, com baixa capacidade financeira, com apenas quatro empregados em 2010, criada apenas um ano e oito meses anteriormente à Tomada de Preços 2010.04.22.01, realizada com vistas à execução do objeto do convênio.

41. Esses fatos somados evidenciam um grande risco de inexecução do contrato, que já consumiu 50% do valor do convênio sem a correspondente execução dos serviços. A partir da comparação da planilha orçamentária proposta pela PM de Acarape, e aprovada pelo FNDE em dezembro de 2009, com os serviços apontados nas planilhas de medição verifica-se que a razão entre a execução dos serviços efetivamente avançados por meio do Convênio 656420/2009 (Registro Siafi 654637) e os valores repassados ao município corresponde a 9,3 % (R\$ 50.101,64 - serviços preliminares / 539.632,92 - valor repassado).

42. Entretanto, considerando os serviços executados restringem-se à instalação de canteiro de obra, que não prestam por si só aos objetivos do convênio, e tendo em vista que o porte e a capacidade financeira da empresa indicam risco de inexecução do contrato, propõe-se a conversão dos presentes autos em tomada de contas especial pelo valor total repassado à municipalidade'.

14. Segundo consta do Parecer 98/202-DIPRE/COAPC/CGCAP/DIFIN/FNDE/MEC, de 13/6/2012 (peça 2, p. 113-119), o dano ao Erário corresponde ao valor total repassado de R\$ 539.632,92, em razão da não execução do objeto pactuado no Convênio 656420/2009.

15. Quanto à responsabilização, mostrou-se correta a indicação do Sr. José Acélio Paulino de Freitas, ex-prefeito da cidade de Acarape/CE (gestão 2009-2012), por ter sido o prefeito que celebrou e geriu os recursos do convênio durante sua vigência.

16. No entanto, foi chamada também a compor solidariamente o polo passivo desses autos, diante das falhas apontadas, a empresa Ágape Construções & Incorporação Ltda., CNPJ 11.022.326/0001-36, responsável pela execução dos serviços de escolas, no âmbito do Programa Nacional de Reestruturação e Aprendizagem da Rede Escolar Pública de Educação Infantil-PROINFÂNCIA, objeto do convênio em apreço e que recebeu indevidamente por serviços não realizados, uma vez que somente executou os serviços de terraplanagem.

17. Conforme consta da peça 3, o Sr. José Acélio Paulino de Freitas solicitou a este Tribunal cópia integral do processo, tendo recebido a cópia eletrônica (CD), conforme termo de recebimento assinado em 4/10/2013 (peça 4).

18. Assim, com base na instrução anterior (peça 7), alvitrou-se a citação dos responsáveis, conforme redação a seguir:

a) realizar a citação do Sr. José Acélio Paulino de Freitas (CPF 273.174.393-04), na condição de Prefeito Municipal de Acarape/CE (gestão 2009-2012) e da empresa Ágape Construções & Incorporação Ltda. (CNPJ 11.022.326/0001-36), com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU, para que, no prazo de quinze dias, apresentem alegações de defesa e/ou recolham, solidariamente aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE a quantia abaixo indicada, atualizada monetariamente a partir da respectiva data até o efetivo recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia eventualmente ressarcida, na forma da legislação em vigor:

Valor Original (R\$)	Data da Ocorrência
539.632,92	5/1/2010

Valor atualizado até 21/11/2014: R\$ 716.902,33

Ocorrência: não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais repassados pela Funasa à Prefeitura Municipal de Acarape/CE por meio do Convênio 656420/2009 (Siafi 654673), que tinha como objetivo a construção de escolas, no âmbito do Programa Nacional de Reestruturação e Aprendizagem da Rede Escolar Pública de Educação Infantil-PROINFÂNCIA no

*município, em decorrência da não consecução dos objetivos pactuados no convênio, tendo em vista as irregularidades apontadas no Relatório acostado à peça 2, fls. 67/75:*

*Conduta dos responsáveis:*

*- Sr. José Acélio Paulino de Freitas, na condição de prefeito do município de Acarape/CE (gestão 2009-2012), celebrou e geriu recursos do Convênio 656420/2009, durante sua vigência, no qual foram detectadas irregularidades na execução do objeto pactuado;*

*- empresa Ágape Construções & Incorporação Ltda.: na condição de empresa responsável pela execução do objeto do Convênio 656420/2009, recebeu indevidamente por serviços não realizados ou realizados em desacordo com o projeto inicial.*

*19. Examina-se a seguir as respostas às citações efetivadas.*

*Das alegações apresentadas*

*20. O Sr. José Acélio Paulino de Freitas tomou ciência do ofício que lhe foi remetido, conforme documento constante da peça 16, tendo apresentado tempestivamente suas alegações de defesa, conforme documentação integrante da peça 14.*

*21. Em resposta à citação, o responsável apresentou alegações de defesa (peça 14) por meio de Procurador legalmente constituído (peça 15) contendo, em síntese, os seguintes argumentos:*

*21.1. a presente tomada de contas especial trata do mesmo objeto da 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);*

*21.2. a inicial delimita a conduta do requerido, acusando-o de haver antecipado pagamentos sem a devida contraprestação e de manter-se omissivo diante do claro descompromisso da empresa Ágape Construções & Incorporação Ltda. para com suas obrigações contratuais;*

*21.3. nos autos da ação Judicial, diversamente do que consta da exordial e da presente tomada de contas especial, restou comprovado que a execução dos serviços superou, em muito, a fase da mera terraplanagem;*

*21.4. o Poder Judiciário já reconheceu que a execução da obra não se limitou à fase de instalação de canteiro de obra ou a de terraplanagem. Em verdade, foram executados serviços correspondentes a R\$ 608.461,69, o que supera em R\$ 63.647,13 os valores pagos de R\$ 544.814,56;*

*21.5. a rigor, a obra somente não foi concluída em razão da ausência de repasse, pela União Federal, da quantia de R\$ 539.632,93, referente à 2ª. Parcela, que seria suficiente para a conclusão e entrega do equipamento à população, o que também foi reconhecido pelo Poder Judiciário;*

*21.6. a empresa Ágape Construções & Incorporação Ltda. possuía e possui porte e capacidade financeira para executar o contrato, tendo sido excluída do polo passivo da Ação de Improbidade Administrativa, exatamente em razão da demonstração de que executou a obra até o limite dos valores que lhe foram repassados;*

*21.7. junta vários precedentes jurisprudenciais a respeito de improbidade administrativa e, solicita, ao fim, que a presente tomada de contas especial seja considerada improcedente, à míngua de suporte fático-jurídico a embasar as irregularidades indicadas;*

*21.8. solicita, ainda, perícia de engenharia para provar todo o alegado no processo.*

*Análise*

*22. Em primeiro lugar, há de se ressaltar a independência das instâncias administrativa e judicial.*

*23. Preliminarmente, conforme se observa na defesa ora apresentada pelo Sr. José Acélio Paulino de Freitas, por meio de procurador constituído, os argumentos expostos, equivocadamente, embasaram-se nos termos da Lei 8.429/1992, dando a entender, que trata o presente processo de contas de Ação de Improbidade Administrativa.*

*24. No âmbito do TCU, e no caso de recursos recebidos via convênios ou outros instrumentos congêneres, a regra geral é a obrigação dos gestores públicos de demonstrar a correta aplicação dos recursos recebidos.*

25. Quanto ao mérito, o responsável trouxe meras alegações genéricas, não trazendo provas concretas do cumprimento do objeto do convênio. A defesa apresentada não foi capaz de elidir sua responsabilidade nas irregularidades constatadas na presente tomada de contas especial.

26. Ademais, é importante ressaltar que, consoante jurisprudência pacificada no âmbito deste Tribunal, o ônus de comprovar a regularidade integral na aplicação dos recursos públicos compete ao gestor, por meio de documentação consistente, que demonstre cabalmente os gastos efetuados, bem assim, o nexo causal entre estes e os recursos repassados, em atenção aos arts. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, e 93, do Decreto-lei 200/1967.

27. No caso concreto, a equipe de auditoria do TCU constatou in loco, em 16/3/2011, que, do total de serviços constantes no contrato original e no primeiro termo aditivo que somente havia sido executada parte dos serviços de terraplanagem referentes ao primeiro termo aditivo ao contrato, consoante comprovam as fotos constantes do relatório fotográfico (peça 19), extraído da auditoria TC-004.765/2011-7 (peça 11).

28. A evolução da obra, constante na 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), ocorreu após a intervenção do TCU, por meio da citada auditoria e das medidas cautelares tomadas.

29. A Sentença da Meritíssima Juíza, prolatada em 1º de outubro de 2014, foi no sentido de (peça 20, p. 4):

‘(i) não convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita e considerando, ainda, que a exordial atende aos requisitos enumerados pelo art. 282, do CPC, RECEBO A INICIAL, nos termos do art. 17, §9º, da Lei nº 8.429/1992, tão-somente em relação ao demandado JOSÉ ACÉLIO PAULINO DE FREITAS, o qual deverá ser citado, oportunamente, para contestar a presente ação, no prazo inicial’; (...).

30. Desse modo, não restam dúvidas em relação à conduta culposa do Sr. José Acélio Paulino de Freitas em relação aos fatos mencionados no item 13 da presente instrução.

31. Nesse sentido, já sinalizava o Exmo. Sr. Ministro-Relator no Voto (peça 22) constante da Representação (TC 006.637/2011-6):

‘11. Concordo com as análises e conclusões apresentadas pela unidade técnica, mas diverjo de suas propostas quanto ao procedimento a ser adotado. Em relação ao momento de aplicação de multa ao gestor municipal, entendo deva ser quando do julgamento da tomada de contas especial, após apuradas definitivamente a integralidade das irregularidades e o eventual dano. Quanto à tomada de contas especial, entendo deva ser determinado ao FNDE que a instaure, vez que relevante a sua apreciação sobre as questões a serem tratadas nos autos’.

32. Não fosse o bastante, vê-se que a responsável não apresentou qualquer prova de que o objeto do convênio teria sido executado, ainda que parcialmente, e de que a população local teria sido beneficiada com a alegada conclusão parcial das obras. O responsável, 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.

33. Dessa forma, em face da ausência de elementos capazes de demonstrar nos autos a boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos e que permitam concluir pela ocorrência de boa-fé por parte do responsável, alvitro no sentido da irregularidade das presentes contas, com fundamento no art. 16, inciso III, “b” e “c”, da Lei nº 8.443, de 1992, para condenar os responsáveis ao pagamento solidário do débito apurado nestes autos, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora devidos, na forma da legislação em vigor, além de lhes aplicar a multa prevista no art. 57 da mesma lei.

*Das alegações apresentadas*

34. As alegações de defesa da empresa Ágape Construção & Incorporação Ltda. foram apresentadas por meio de procurador constituído (peça 13).

35. Em síntese, apresenta os seguintes argumentos:

35.1. *houve celebração de contrato com o Município de Acarape para execução das obras de engenharia para construção da Creche Escola;*

35.2. *alega a transparência do processo licitatório, o que afasta qualquer alegação de que a licitação possa ter sido fraudada;*

35.3. *houve a necessidade da execução de serviços de terraplanagem e construção de alvenaria de pedra argamassada, serviços estes que não estavam previstos no orçamento básico, que após a assinatura do aditivo, foram devidamente executados;*

35.4. *informa que independente das adversidades, seja pelo acréscimo de serviços ou pelas fortes chuvas que assolaram aquela região à época da construção, a empresa promovida não deixou de aplicar verbas repassadas pela prefeitura, concluindo os serviços de: a) projetos; b) serviços de terraplanagem; c) muro de arrimo; d) muros e fechamentos; e) canteiro de obras; f) movimento de terra; g) fundações; h) caixa d'água; i) estruturas de concreto; j) paredes e divisórias; k) revestimento e l) aterramento e proteção contra descargas atmosféricas;*

35.5. *aduz que, em razão da adequação do terreno para o início das obras (serviços de terraplanagem), a construção da escola não pôde seguir, à risca, o cronograma estabelecido, motivo pelo qual o relatório da Secex/CE indicou que a verba não estava sendo empregada no objeto do convênio;*

35.6. *destaca que a execução das obras da escola só pôde ser iniciada após o aterramento de sua base;*

35.7. *complementa que o aterramento anterior foi imprescindível para a posterior alocação das fundações, motivo pelo qual o andamento da obra foi retardado, não atendendo, então, ao prazo de sessenta dias;*

35.8. *em relação aos pagamentos, ressalta que a empresa, em virtude do acréscimo dos serviços constantes no primeiro aditivo, se viu forçada a realizar obra diversa da contratada para possibilitar a execução da escola, o que demandou mais recursos financeiros, os quais a empresa não dispunha;*

35.9. *destaca que os pagamentos foram efetuados de forma legítima, sem trazer prejuízo ao erário, uma vez que os serviços foram realizados e os valores pagos totalmente aplicados na construção da escola;*

35.10. *alega que em nenhum momento, nos autos, ficou demonstrada a incorporação de bens, rendas, verbas ou valores oriundos do convênio com o FNDE, pelo contrário, toda a verba repassada pela prefeitura para a empresa promovida foi devidamente empregada na obra em referência, conforme fotos e relatórios juntados nos autos do processo 0000923-43.2013.4.05.8100, no qual foi rejeitada a Ação de Improbidade Administrativa, por inexistirem atos de improbidade;*

35.11. *por fim, solicita o arquivamento da presente tomada de contas especial.*

*Análise*

36. *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.*

37. *Nem mesmo as fotos citadas no processo judicial, conforme trecho abaixo, em curso 7ª Vara da Justiça Federal na Seção Judiciária do Ceará (processo 0000923-43.2013.4.05.81.00), foram juntadas aos autos:*

*'(...) restou comprovada a necessidade de adequação do terreno para 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**, devendo ser ressaltado que a obra ficou inacabada por conta da rescisão do convênio determinada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), não havendo, portanto, como aplicar-se o art. 3º da Lei 8.429/1992 aos demandados ÁGAPE CONSTRUÇÃO & INCORPORAÇÃO LTDA EPP e MARCELO FRANKLIN GONDIM, de modo que a tais promovidos não poderão ser aplicadas as penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa'.*

38. Assim, dadas as circunstâncias consignadas nos autos e considerando que não há nesta TCE elementos capazes de afastar as irregularidades apontadas, entendo que não assiste melhor sorte aos responsáveis do que a condenação, haja vista que a não execução do objeto conveniado nos termos ajustados, resultando na falta de atingimento da finalidade social prevista em favor da comunidade, enseja a imputação de dano ao erário pelo valor integral dos valores federais transferidos.

#### Conclusão

39. Após a análise técnica acima, confrontando as informações constantes no processo judicial e na defesa apresentada pelos responsáveis, verifica-se a má aplicação dos recursos transferidos.

40. A obra se encontra inacabada e o Convênio 656420/2009 (Siafi 654673) foi rescindido.

41. Dessa forma, em face da ausência de elementos capazes de demonstrar nos autos a boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos e que permitam concluir pela ocorrência de boa-fé por parte dos responsáveis, alvitro o julgamento pela irregularidade das presentes contas, com fundamento no art. 16, inciso III, 'b' e 'c', da Lei nº 8.443, de 1992, para condenar os responsáveis ao pagamento solidário do débito apurado nestes autos, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora devidos, na forma da legislação em vigor, além de lhes aplicar a multa prevista no art. 57 da mesma lei.

42. No entanto, em relação aos valores a serem ressarcidos (R\$ 539.632,92), há de se considerar as datas constantes na informação da peça 17 do TC 006.637/2011-6, em função dos pagamentos efetuados à empresa, abaixo:

'34. Pelo cotejamento dos valores efetivamente pagos e os constantes das planilhas de medição ora apresentadas constata-se, de plano, a realização de pagamentos sem correspondente prestação de serviços. Foram pagos R\$ 544.814,56, sendo R\$ 43.434,56 em 11/6/2010 (Nota Fiscal 055), R\$ 100.000,00 em 17/8/2010 (Nota Fiscal 078) e R\$ 401.380,00 em 15/12/2010 (Nota Fiscal 132), conforme documentos localizados na Peça 1, p. 58-62, ao passo que os serviços medidos correspondem ao montante de R\$ 188.391,40. Ou seja, os serviços prestados correspondem a um terço do montante repassado à empresa Ágape Construção & Incorporação Ltda'.

#### Proposta de Encaminhamento

43. Ante o exposto, alvitro que o Tribunal decida:

I) julgar irregulares as contas do Sr. José Acélio Paulino de Freitas (CPF 273.174.393-04), com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas 'b' e 'c', e 19, **caput**, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-lo, em solidariedade com a empresa Ágape Construção & Incorporação Ltda. (CNPJ 11.022.326/0001-36), ao pagamento das quantias abaixo especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados desde as datas indicadas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das quantias devidas aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a", da citada Lei c/c o art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno do TCU:

Valor original (R\$)	Data da Ocorrência
43.434,56	11/6/2010
100.000,00	17/8/2010
396.198,36	15/12/2010

II) aplicar, individualmente, ao Sr. José Acélio Paulino de Freitas e à empresa Ágape Construção & Incorporação Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o

*recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente, na forma da legislação em vigor*

*III) autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno do Tribunal, o parcelamento das dívidas constante deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas, atualizadas monetariamente até a data do pagamento, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais;*

*IV) autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas constantes do Acórdão, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992;*

*V) encaminhar cópia do Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentarem à Procuradoria da República no Estado do Ceará, com fundamento no § 7º do art. 209 do RI/TCU, a fim de subsidiar a 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);*

*VI) dar ciência ao Município de Acarape/CE e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) do julgamento proferido”.*

4. Por seu turno, embora tenha concordado com a aludida proposta no tocante ao ex-prefeito, o titular da unidade técnica opinou pela exclusão da responsabilidade da empresa Ágape Construção e Incorporação Ltda., por entender que ela não deu causa ao dano ou ao desperdício dos recursos públicos, lançando, para tanto, o seu parecer à Peça nº 24, nos seguintes termos:

*“A presente tomada de contas especial foi instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE por força do Acórdão 1946/2011-Plenário, proferido em processo de Representação formulada por equipe de auditoria desta Secex que realizava trabalho de fiscalização nos recursos federais repassados ao Município de Acarape/CE, mediante transferências voluntárias. Convém recapitular os fatos registrados no referido processo de Representação (TC-006.637/2011-6), com vistas ao reforço e contribuição para o possível aperfeiçoamento da proposta do Sr. Auditor.*

*2. A representação da equipe de auditoria desta Secex tratou, especificamente, do Convênio 656420/2009 (Siafi 654673), celebrado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) objetivando 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 executado, 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.*

*3. Como houve demora no fornecimento dos boletins de medição requisitados pela equipe, esta representou prontamente 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 responsável, ainda como Prefeito Municipal de Acarape/CE, teve ciência dessa deliberação, inclusive mediante recebimento de cópia, em 14/4/2011, conforme documento que constitui a peça 21 do presente processo.*

*4. O responsável, em sua defesa, alega que ‘as obras superam, em muito, os serviços de terraplenagem e de simples instalação de canteiro de obras, o que já foi reconhecido pelo Poder Judiciário’. Presumindo-se verdadeira, tal declaração, deduz-se que o responsável, mesmo diante da ordem do Tribunal a ele próprio e ao FNDE para que não fossem mais vertidos recursos para a obra, até deliberação em contrário, deu andamento aos serviços mesmo sem garantia de que disporia dos recursos necessários à completa execução do empreendimento. Tal ilegalidade, mesmo que viesse a ser comprovada, não teria o condão de justificar os fatos que deram origem à presente TCE. Pelo contrário, reforça-os, pois confirma de vez o desperdício dos recursos público por ele geridos.*

5. Igualmente inadmissível é a tentativa do responsável de inculpar o Tribunal, mesmo que indiretamente, pela não execução integral da obra, o que se deduz de sua alegação de que ‘A rigor, a obra somente não foi concluída em razão da ausência de repasse, pela União Federal, da quantia de R\$ 539.632,93 (...), referente à 2ª parcela, que seria suficiente para a conclusão e entrega do equipamento à população’. Ora, o responsável tinha perfeito conhecimento que foram os indícios de má execução da obra e falta de confiabilidade na sua conclusão, falhas que lhe foram diretamente atribuídas, que levaram a Corte de Contas a bloquear temporariamente os recursos da obra.

6. Portanto, diante da competência do TCU, não lhe cabia dar andamento aos serviços como se não houvesse qualquer impedimento no Tribunal, mas sim adotar as devidas providências no sentido do resguardo dos recursos públicos sob sua responsabilidade, para que não fossem desperdiçados, e envidar esforços no sentido de reverter a decisão cautelar e, se possível, obter a liberação do empreendimento.

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”.

5. Enfim, anuindo à proposta do auditor federal, o MPTCU, representado nos autos pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, lançou o seu parecer à Peça nº 25, nos seguintes termos:

“Esta 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 conveniente, 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 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 terraplenagem	82%	100.000,00
03	9/12/2010	Serviços de terraplenagem e muro de arrimo	41%	88.391,40
Total dos serviços executados				

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”.

É o Relatório.