

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara
TC 025.653/2013-0.

Natureza: Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Entidade: Município de Acarapé/CE.

Recorrentes: Ágape Construção e Incorporação Ltda.
(11.022.326/0001-36).

Representação legal: Carlos Eduardo Maciel Pereira (OAB/CE 11677) e Flávio Jacinto da Silva (OAB-CE 6416).

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. RETIFICAÇÃO DO VALOR DO DÉBITO DE OFÍCIO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada pelo auditor da Secretaria de Recursos (peça 49), cujas propostas contaram com a anuência dos dirigentes daquela área (peças 50-51) e do Ministério Público junto ao TCU (peça 52), transcrita a seguir com os ajustes de forma pertinentes:

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto pela Ágape Construção e Incorporação Ltda. (peça 42), empresa responsável pela execução do objeto do Convênio 656420/2009, contra o Acórdão 8.369/2016-TCU-2ª Câmara (peça 26), de Relatoria do Exm. Ministro André Luis de Carvalho.

1.1 A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. **José Acélio Paulino de Freitas** e pela empresa **Ágape Construção e Incorporação Ltda.**;

9.2. julgar irregulares as contas do Sr. **José Acélio Paulino de Freitas** para condená-lo ao pagamento da quantia de R\$ 188.391,40 (cento e oitenta e oito mil, trezentos e noventa e um reais e quarenta centavos), com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, desde 5/1/2010 até a data dos recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. condenar, ainda, o Sr. **José Acélio Paulino de Freitas**, solidariamente com a **Ágape Construção e Incorporação Ltda.**, ao pagamento da quantia de R\$ 351.241,52 (trezentos e cinquenta e um mil, duzentos e quarenta e um reais e cinquenta e dois centavos), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, desde 5/1/2010 até a data dos recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. aplicar ao Sr. **José Acélio Paulino de Freitas** e à **Ágape Construção e Incorporação Ltda.**, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e no valor de 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais),

respectivamente, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, 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;

9.6. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, caso não atendidas as notificações; e

9.7. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para a adoção das medidas judiciais cabíveis.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial (TCE) 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 656420/2009 (Siafi 654637, peça 1, p. 350-372), celebrado entre o FNDE e a referida municipalidade, cujo objeto consistia na construção de uma creche no âmbito do Proinfância.

3. 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\$ 10.901,68 corresponderiam à contrapartida.

4. 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.

5. Foram responsabilizados José Acélio Paulino de Freitas, ex-prefeito municipal de Acarapé/CE (gestão: 2009/2012) e a empresa Ágape Construção e Incorporação Ltda., responsável pela execução do objeto do Convênio 656420/2009. As contas foram julgadas irregulares. Os dois responsáveis foram condenados em débito, nos termos dos itens 9.3 e 9.4 acima transcritos, sendo-lhes aplicada multa no valor de R\$ 150.000,00 e 200.000,00, respectivamente.

6. A empresa, ora recorrente, foi condenada solidariamente apenas em relação a uma parcela do débito (de R\$ 351.241,52, em 5/1/2010), e multa no valor de R\$ 200.000,00, tendo em vista que a empresa Ágape Construção e Incorporação Ltda. teria executado, em 2010, os serviços preliminares referentes a canteiro de obras, os serviços de terraplenagem e o muro de arrimo, correspondendo a R\$ 188.391,40. Assim, o débito imputável à empresa correspondeu à diferença entre o montante por ela recebido (R\$ 539.632,92) e o valor do que foi executado (R\$ 351.241,52).

7. Examina-se, nesta oportunidade, o recurso de reconsideração (peça 42) interposto pela empresa executora das obras, sob a relatoria do Ministro Vital do Rêgo Filho.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. O responsável teve ciência de sua notificação em 30/8/2016 (peça 39). O presente recurso de reconsideração foi interposto em 14/9/2016, dentro do prazo estabelecido pelo art. 285 do RI/TCU.

9. Refere-se ainda a responsável legitimado e meio recursal adequado para impugnar o Acórdão 8.369/2016-TCU-2ª Câmara.

10. Dessa forma, ratifica-se a proposta de conhecimento do recurso, com efeito suspensivo, formulada nos exames de peças 43 e 44 e acolhida pelo Relator, Ministro Vital do Rêgo Filho, conforme Despacho de peça 46.

EXAME DE MÉRITO**11. RECURSO DE ÁGAPE CONSTRUÇÃO E INCORPORAÇÃO LTDA.****12. Delimitação do recurso**

12.1 No recurso apresentado pela empresa Ágape Construção e Incorporação Ltda., responsável pela execução do objeto do Convênio 656420/2009, será necessário verificar, em síntese, se:

a) houve execução de serviços relacionados ao objeto suficientes para justificar o recebimento de R\$ 351.241,52, referente à parte da parcela única repassada pelo Governo Federal ao Município de Acarapé/CE.

13. Razões recursais referentes a execução de serviços relacionados ao objeto suficientes para justificar o recebimento de R\$ 351.241,52, referente à parte da parcela única repassada pelo Governo Federal ao Município de Acarapé/CE

14. A recorrente pleiteia a reconsideração do julgado, para que suas contas sejam consideradas regulares, com o afastamento da condenação e da multa aplicada, bem como o arquivamento do presente processo. Para tanto, invoca os seguintes argumentos (peça 42):

a) a empresa venceu licitação tomada de preços, por preço global, e não unitário, portanto, não foram cometidos atos lesivos à administração, haja vista previsão do art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1999, permitindo, à critério da empresa, a modificação dos preços dos produtos e serviços contratados, desde que observados os limites previstos no orçamento básico da Prefeitura Municipal de Acarapé/CE. Ressaltando-se ainda que, na construção civil os preços variam aproximadamente em 5%, conforme o Índice Nacional de Custo da Construção (INCC) daquele ano.

b) o projeto inicial da prefeitura não apontou a realidade do terreno, que estava completamente desnivelado e acidentado, sendo assim, conseqüentemente, o orçamento básico não previu serviços preliminares necessários. Considerando a necessidade do aterramento após a realização do estudo topográfico do terreno, o que é condição necessária para a construção de qualquer obra, houve a necessidade da execução de serviços de terraplanagem e construção de alvenaria de pedra argamassada, que foram executados após a assinatura do aditivo.

c) também foi necessária a realização de um projeto de fundação, após a execução dos serviços de terraplanagem, que também não estava previsto no orçamento original, embora fosse requisito do projeto inicial.

d) a utilização de recursos não foi empregada exatamente no objeto do convênio e o cronograma de execução não foi seguido à risca, porque foram necessários serviços prévios essenciais que não foram previstos no orçamento original, bem como no projeto inicial.

e) de outro modo, considerando que a execução das obras da escola só poderia ser iniciada após o término do aterramento da sua base, na realidade, a recorrente ficou responsável pela construção de duas obras: a primeira relacionada ao aterramento do terreno e a segunda, a construção da escola, objeto da licitação. Sendo assim, o cronograma de andamento da obra foi atrasado, não atendendo o prazo de 60 dias e os recursos financeiros foram utilizados para cobrir os acréscimos de serviços constantes no primeiro aditivo.

f) há processo judicial (0000923-43.2013.4.05.8100) tratando da mesma matéria, que considerou, na sentença da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará e na 2ª instância (TRF-5), que a empresa Ágape comprovou a necessidade de adequação do terreno para início da execução das obras de engenharia, razão pela qual alterou o cronograma físico inicial, bem como que a construção estava além da terraplanagem.

g) toda a verba repassada da Prefeitura para a empresa foi devidamente empregada na obra, conforme demonstrado pelos relatórios, documentos e fotos anexados aos autos.

15. Complementarmente as suas alegações, a recorrente anexou certidões negativas de débitos em nome da empresa, cópia do contrato para execução das obras de engenharia para construção da

escola de ensino infantil e aditivos, anotação de responsabilidade técnica da obra (ART), projeto básico, estudo topográfico, projeto estrutural das fundações (executivo), estudo de sondagem do terreno, planilha orçamentária com os serviços executados e fotos da obra e execução dos serviços.

16. Análise

17. Preliminarmente, é relevante destacar que os argumentos trazidos são similares aos já apresentados na ocasião da apresentação das alegações de defesa, em resposta as citações realizadas (peça 22, p. 6-7). Na ocasião não foram juntadas as fotos mencionadas no processo judicial em curso, o que foi feito nesta oportunidade (peça 42, p. 63-81).

18. Também é oportuno pontuar 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 que a sentença proferida pelo juízo cível, sob qualquer fundamento, não vincula a decisão administrativa proferida pelo TCU, em razão do princípio da independência das instâncias (Acórdão 131/2017-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues).

19. Ademais, é clara a distinção dos assuntos abordados nas instâncias. No processo judicial foi entendido que houve a necessidade de execução de obras preliminares a realização do objeto, já no âmbito deste Tribunal de Contas da União, discute-se a regularidade desse procedimento, ou melhor, se foram utilizados regulamente os recursos recebidos, se a parte é servível ou benéfica à municipalidade, se houve execução proporcional ao pagamento realizado, etc.

20. Superadas essas preliminares, passa-se a análise da questão principal, isto é, se os valores recebidos foram proporcionais aos serviços realizados.

21. De início, apresenta-se, em ordem cronológica, os seguintes fatos jurídicos:

- a) o ajuste teve vigência no período de 23/12/2009 a 12/12/2011, com o prazo de até 60 (sessenta) dias, após o término da vigência do convênio, para a apresentação da prestação de contas;
- b) os recursos federais foram repassados, em parcela única, no valor de R\$ 539.632,92, sendo que o crédito dos valores na conta da Municipalidade ocorreu no dia **5/1/2010** (peça 2, p. 83);
- c) pela carta proposta de 12/5/2010, a **Ágape** se comprometeu a executar as obras de engenharia para a construção de Escola de Ensino Infantil no valor de R\$ 1.601.802,34, nos termos das planilhas orçamentárias anexas a proposta (peça 1, p. 28-41, do TC 025.653/2013-0 – Representação);
- d) em 4/6/2010 a proposta da **Ágape** foi declarada vencedora (peça 1, p. 42, do TC 025.653/2013-0);
- e) em 9/6/2010, **Ágape** celebra o contrato com o ente para “Execução das obras de engenharia para a construção de escola de ensino Infantil – Projeto Padrão FNDE/MEC – no Município de Acarape/CE” no prazo de 09 (nove) meses (peça 1, p. 43-51 do TC 025.653/2013-0, destaques no original);
- f) no dia seguinte, 10/6/2010, foi dada ordem de serviço autorizando o início das obras (peça 1, p. 52 do TC 025.653/2013-0)
- g) no mesmo dia, 10/6/2010, foi assinado o Primeiro Termo Aditivo ao contrato celebrando, acrescentando ao valor global dos serviços a quantia de R\$ 217.324,58, com a justificativa de era necessário para a viabilização do início da obra de construção da Escola de Ensino Infantil da localidade de São Francisco.
- h) em visita à obra, no dia 16/3/2011, a equipe de auditoria do TCU verificou que apenas parte dos serviços de terraplenagem havia sido executada e em volume totalmente insuficiente para justificar o pagamento, à empresa contratada, de toda a primeira parcela repassada pelo FNDE, no total de R\$ 544.814,56 (aí incluídos os rendimentos financeiros).
- i) em 22/3/2011, ou seja, uma semana após a fiscalização deste Tribunal, o ex-prefeito solicita ao

FNDE a prorrogação de prazo por mais 180 (cento e oitenta) dias para construção das escolas “*em virtude dos recursos não terem sido liberados em sua totalidade, pois a obra está paralisada no aguardo de um parecer favorável*” (peça 1, p. 390). Tal pedido de prorrogação foi acompanhado do Segundo Termo Aditivo ao contrato celebrado, assinado em 4/3/2011.

j) verificou-se, ainda, que o convênio foi rescindido, antes de finalizar o seu prazo de vigência, devido às seguintes irregularidades (destacadas à Peça nº 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 3.800m² 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”.

22. Como mencionado acima, no âmbito de sua peça recursal, a recorrente apresentou “fotos da obra e execução dos serviços” (peça 42, p. 63-81). As imagens mostram um espaço já nivelado, terraplanado, com muros construídos e foço. A princípio, esse novo relatório fotográfico vai de encontro com o relatório fotográfico apresentado pela equipe de auditores do TCU na ocasião de visita *in loco*, realizada em 16/3/2011, conforme imagens constantes na peça 11, do processo originador TC 004.765/2011-7, que evidenciam um grande espaço vazio cheio de terra.

23. Ademais, ressalta-se que declarações de terceiros, fotos e informações sobre a regularização da obra possuem restrito valor probatório, isto é, não são elementos que permitem, por si só, comprovar a regular realização do objeto. Este é o entendimento similar ao adotado por esta Corte de Contas em casos afins (Acórdão 8.938/2015-2ª Câmara, de relatoria do Ministro André de Carvalho e Acórdão 1.624/2008-2ªC, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro).

24. Embora a recorrente apresente defesa acerca da possibilidade de alterações dos valores, por se tratar de obra por preço global, bem como a necessidade de adequação preliminar do objeto não prevista no projeto inicial e nem, conseqüentemente, contemplada no orçamento da obra, identificou-se que na proposta apresentada pela empresa, com data de 12/5/2010, (TC 006.637/2001-6, peça 1, p. 29-41), estavam previstos serviços preliminares, tais como barracão para escritório de obras e locação da obra. Além disto, no parágrafo segundo (Da Contratada) do contrato celebrado (TC 006.637/2001-6, peça 1, p. 44-45), conforme item “j”, é responsabilidade da contratada executar todos os serviços complementares julgados necessários para que o local tenha condições de uso satisfatório.

25. Outrossim, não foram apresentados documentos comprobatórios da execução do projeto que corresponde aos valores recebidos. Perquirindo os autos, de acordo com os documentos fiscais, é possível identificar que a empresa Ágape Construção & Incorporação Ltda. recebeu R\$ 544.814,56, durante o exercício de 2010, conforme tabela abaixo:

Documento	Data	Valor
Nota Fiscal 055	11/6/2010	R\$ 43.434,56
Nota Fiscal 078	17/8/2010	R\$ 100.000,00
Nota Fiscal 132	15/12/2010	R\$ 401.380,00
	Total	R\$ 544.814,56

Fonte: processo original (REPR), TC 006.637/2011-6, peça 1, p. 58-62.

26. Contudo, de acordo com o exame das planilhas de medição apresentadas, no mesmo período, a empresa teria executado apenas parte de alguns serviços, quais sejam: serviços preliminares – canteiro de obras, serviços de terraplanagem e muro de arrimo, que correspondiam à quantia de R\$ 188.391,40.

Medição	Data	Serviços	% execução	Valor (R\$)
----------------	-------------	-----------------	-------------------	--------------------

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

Fonte: processo original (REPR), TC 006.637/2011-6, peça 15, p. 9-11.

27. De pronto, sem a adição de documentos comprobatórios da realização de serviços correspondentes ao débito imputado de R\$ 351.241,52 (R\$ 544.814,56 – R\$ 188.391,40), isto é, documentos que comprovam o adequado uso dos recursos recebidos por meio da realização proporcional dos serviços pagos, não é possível chegar a outra conclusão senão a de recebimento indevido de valores, seja por adiantamento de serviços, seja por serviços não executados.

28. Depreende-se, então, das razões recursais, que, além de não comprovar a execução regular das etapas na proporção dos valores recebidos, e nem a origem dos recursos das eventuais obras realizadas após as medições constantes nos autos.

29. Por essas razões, propõe-se **negar provimento** ao recurso em exame, mantendo-se a condenação tal como proferida pelo Tribunal.

CONCLUSÃO

30. O recurso de reconsideração analisado nesta oportunidade não foi acompanhado de elementos probatórios necessários para infirmar as premissas fáticas em que o Tribunal se baseou para proferir a condenação, principalmente pela ausência de documentos fiscais comprobatórios dos recursos recebidos além das medições de serviços realizados.

31. Nessa linha, permanecem as evidências de descompasso entre a execução financeiro do Convênio 656420/2009 e os seus recursos recebidos, bem como a inutilidade da parte supostamente realizada.

32. Em não sendo afastadas essas premissas, não há como deixar de reconhecer a consequência necessária que delas decorrem, de condenação da empresa, com a aplicação das sanções previstas em lei.

V – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

33. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992:

I – **conhecer do recurso de reconsideração** interposto pela empresa Ágape Construção e Incorporação Ltda. contra o Acórdão 8.369/2016-2ª Câmara, e, no mérito, **negar-lhe provimento**;

II – dar ciência da deliberação ao recorrente, ao órgão concedente dos recursos e à Procuradoria da República no Estado do Ceará [cf. item 9.7 do acórdão recorrido].

É o relatório.