VOTO

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, em face do Acórdão 8.369/2016-TCU-2ª Câmara, prolatado nos seguintes termos:

> 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 (...)
>
> 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 (...)
>
> 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 (...)

2. Originalmente, os autos cuidam 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, celebrado entre o FNDE e a referida municipalidade, para a construção de uma creche no âmbito do Proinfância.

3. Além do gestor, foi responsabilizada a empresa Ágape Construção e Incorporação Ltda., contratada para a execução da obra. Foi-lhe imputado débito equivalente à diferença entre os valores recebidos e os serviços de fato executados, no total de R$ 351.241,52. Já o ex-prefeito foi condenado em débito pelo valor total aplicado (R$ 351.241,52 + R$ 188.391,40), pois a parcela da obra executada não apresenta serventia ao município.

4. No recurso, a contratada intenta afastar as irregularidades pelas quais foi condenada. Em suma, alega que o projeto inicial da prefeitura não apontou a realidade do terreno, que estava completamente desnivelado e acidentado. Por esta razão, teria sido necessário acrescentar serviços de terraplanagem, projeto de fundação e alvenaria de pedra argamassada, entre outros.

5. Afirma que "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".

6. Além disso, a recorrente argumenta que há processo judicial tratando da mesma matéria (0000923-43.2013.4.05.8100) e que, na sentença da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará e na 2ª instância (TRF-5), a empresa teria comprovado a necessidade de adequação do terreno para início da execução das obras de engenharia, razão pela qual alterou o cronograma físico.

7. Suas alegações foram devidamente analisadas pela Secretaria de Recursos (Serur) deste Tribunal, que propôs conhecer o recurso de reconsideração e, no mérito, negar-lhe provimento. Para a unidade técnica, permanecem as evidências de descompasso entre a execução financeira do Convênio 656420/2009 e os recursos recebidos, bem como a inutilidade da parte supostamente realizada. O encaminhamento sugerido contou com a anuência do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU).

8. De início, conheço o recurso de reconsideração, uma vez preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, nos termos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8443/1992, c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU. No mérito, proponho acompanhar as propostas uníssonas da Serur e do MPTCU, cujas análises adoto como minhas razões de decidir.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58315488.

9. A recorrente afirma ter entregue serviços suficientes para justificar os valores recebidos. Alega ter executado: projeto de fundação, serviço de terraplanagem, muro de arrimo, muros e fechamentos, canteiro de obras, movimento de terra, fundações, fundação Castelo D'água (caixa d'água), estruturas de concreto, paredes e divisórias, revestimento, aterramento e proteção contra descargas atmosféricas (peça 42, p. 61 e 62). Argumenta que alguns serviços não estavam previstos na planilha inicial da prefeitura, mas foram executados para que a obra pudesse ter continuidade, a exemplo do projeto de fundações.

10. Para demonstrar a veracidade das informações, a recorrente apresenta fotos que seriam das obras de construção da creche (peça 42, p. 63-81) e dois recibos de serviços pagos por ela, sendo um de projeto de fundações, no valor de R$ 9.000,00, e outro de sondagem, no valor de R$ 7.500,00 (peça 42, p. 42 e 59, respectivamente).

11. Relembro, primeiro, que, em vistoria realizada no local, em 16/3/2011, a equipe de auditoria do TCU verificou que somente alguns serviços iniciais haviam sido executados e em volume insuficiente para justificar o pagamento realizado à empresa contratada. Em razão desse descompasso entre a execução física e financeira, o TCU imputou à construtora um débito de R$ 351.241,52.

12. Nessa fase processual, a empresa torna a alegar que concluiu outros serviços, inclusive alguns que não estariam previstos na planilha inicial. Contudo, os elementos trazidos aos autos não são suficientes para atestar a regular execução da obra.

13. As fotos apresentadas (peça 42, p. 63-81) retratam serviços de terraplenagem, fundação, muro de arrimo, muro de fechamento e caixa d'água. Mas o registro fotográfico, por si só, sem a devida medição e aceite por parte da contratante, é insuficiente para que eles sejam considerados como concluídos. O mesmo vale para os recibos dos serviços de sondagem e projeto de fundações, sobre os quais não constam manifestações da contratante, nem do FNDE.

14. Além disso, os custos relativos à terraplenagem e ao muro de arrimo já haviam sido aceitos e abatidos dos valores pagos, quando do cálculo do débito. E, diferente do que alega a recorrente, não é possível identificar nas fotos a execução de estruturas de concreto, paredes e divisórias, revestimento, aterramento e proteção contra descargas atmosféricas. Pelo contrário, as obras estavam ainda em estágio muito inicial. Ainda assim, haviam sido efetuados pagamentos no montante total de R$ 544.814,56, quase que um terço do valor acordado para a construção da creche (R$ 1.601.802,34).

15. Sobre as sentenças judiciais, a Serur esclarece 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. Logo, resta respeitado o princípio da separação das instâncias.

16. Ademais, no processo judicial foi entendido que houve a necessidade de execução de obras preliminares para a realização do objeto. Já no âmbito desta Casa, discute-se a regularidade desse procedimento e se foram utilizados adequadamente os recursos recebidos, se a parte é servível ou benéfica à municipalidade, se houve execução proporcional ao pagamento realizado, etc.

17. Por tais razões, acompanho entendimento da Secretaria de Recursos de que os documentos apresentados não são suficientes para comprovar a regularidade dos pagamentos realizados à empresa, pois não foi descaracterizado o descompasso entre a execução física das obras e os valores repassados à construtora.

18. Por outro lado, ao analisar os argumentos da recorrente, identifiquei no processo erro de cálculo a ser corrigido de ofício. Para a apuração do prejuízo, este Plenário adotou proposta trazida pelo representante do Ministério Público junto ao TCU, que sugeriu adotar, na imputação do débito à construtora, o valor relativo à diferença entre os serviços pagos e os serviços executados. Para tanto, foi consultada instrução elaborada ainda no âmbito do TC 006.637/2011-6 (peça 17), a qual trazia o detalhamento do que havia sido concluído até então.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58315488.

19. De acordo com as medições disponíveis nos autos, estavam parcialmente concluídos os serviços preliminares de canteiro de obras (100%), terraplanagem (100%) e muro de arrimo (41%). Pela execução desses itens, a empresa deveria ter recebido o total de R$ 238.493,04 (relativo à soma das parcelas de R$ 50.101,64, R$ 100.000,00 e R$ 88.391,40), e não R$ 188.391,40, valor que constou da tabela da Secretaria de Controle Externo no Estado do Ceará e que foi adotado pelo MPTCU. Assim, a diferença entre o valor recebido e aquele que deveria ter sido pago seria de R$ 306.321,52, e não R$ 351.241,52.

20. Dessa forma, proponho retificar de ofício o Acórdão 8.369/2016-TCU-2ª Câmara, de modo que a empresa Ágape Construção e Incorporação Ltda. passe a responder pelo débito de R$ 306.321,52, em solidariedade com o ex-prefeito de Acarapé. Por coerência, proponho reduzir a multa que lhe foi aplicada, na mesma proporção.

21. Por outro lado, para que não haja *reformatio in pejus*, incabível nessa etapa processual, deixo de propor o refazimento da citação do Sr. José Acélio Paulino de Freitas que, em verdade, deveria responder pelo débito de R$ 238.493,04, sem solidariedade, e não R$ 188.391,40.

22. Por esses motivos, posiciono-me por conhecer do recurso de reconsideração, para, no mérito, negar-lhe provimento, mas alterar de ofício as disposições do acórdão aguerrido, retificando o valor apontado como débito no subitem 9.3 do Acórdão 8.369/2016-TCU-2ª Câmara, o qual passa de R$ 351.241,52 para R$ 306.321,52, e o valor da multa aplicada no subitem 9.4 da mesma decisão de R$ 150.000,00 para R$ 130.816,62.

Diante do exposto, VOTO para que seja adotada a minuta de deliberação que ora trago ao exame deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de dezembro de 2017.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58315488.