

VOTO

Em exame embargos de declaração opostos por Marilene Campelo Nogueira e Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite em face do Acórdão 2.249/2017 - Plenário, prolatado nos autos de tomada de contas especial instaurada em razão de irregularidades no Convênio 830282/2007, celebrado com o FNDE para a construção de escola-creche.

2. Diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos para a espécie, os presentes embargos podem ser conhecidos por este Tribunal, com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992 e 287 do Regimento Interno/TCU.

3. Quanto ao mérito, entendo que não estão configuradas as supostas omissões e contradições aduzidas pelas embargantes, ex-prefeita e ex-secretária municipal de educação do Município de Aracoiaba/CE.

4. Grande parte dos argumentos revelam mero inconformismo com o julgado, os quais não encontram guarida nesta espécie recursal, que não se presta à rediscussão de mérito da matéria.

5. Afirmam as embargantes, em síntese, que o acórdão embargado teria censurado as contas em face do apontamento da equipe de auditoria de que a empresa contratada seria de fachada, de modo que o nexo de causalidade teria sido quebrado, mas se teria omitido ou olvidado, nas razões de decidir, o fato de que para a prestação do serviço de execução da obra poderia haver subcontratação e não necessariamente que o material humano e maquinário da empresa vencedora teria de ser utilizado 100%, bem como que não teria sido abordado que a obra fora regular e devidamente executada, tanto que a prestação de contas se encontraria adimplente.

6. Aduzem que em momento algum permitiu-se a cessão de parcela do contrato para a execução da prestação dos serviços. Outrossim, ventilam que a suposta irregularidade apontada teria repousado no fato de que a empresa contratada seria de fachada, entretanto jamais teria sido questionado o fato de que o objeto foi atingido na integralidade. Imputam que a deliberação adotada se deu com base em achismos e que não haveria prova robusta, e por isso invocam o princípio do *in dubio pro reo*.

7. Entendem que a deliberação atacada imputou responsabilidade objetiva, e ignorou elementos que afastariam a culpa *in elegendo* ou *in vigilando*.

8. E, também, no que se refere a alegação exclusiva da ex-prefeita, que haveria contradição quanto ao reconhecimento da existência de descentralização administrativa ao mesmo tempo em que se considerou não ser a simples delegação de competência capaz de afastar a responsabilidade daquela.

9. Já a ex-secretária, aduz em sua exclusiva defesa, que todos os atos praticados denotam simplesmente o exercício regular da função de ordenadora da despesa e, tendo agido de boa-fé, sequer chegou a desconfiar de algo errado. Não havendo provas que demonstrem dolo, apenas elementos indiciários de que tinha ciência de que seria de fachada a empresa, não haveria como desconsiderar a alta probabilidade de que os fatos tivessem ocorrido de forma diversa da deduzida no acórdão.

10. Ora, pela leitura do inteiro teor do acórdão embargado vê-se que a deliberação não comportou as supostas omissões e contradições aqui suscitadas. Durante as apurações que se efetivaram nestes autos, chegou o Ministério Público a ventilar a possibilidade aventada nos embargos de que o serviço poderia ter sido executado com a subcontratação pela empresa de parcela dos serviços, e assim foi mencionado no relatório daquela deliberação, com os desfêchos subsequentes do processo, resultando no aprofundamento da questão:

“34. O Douto Ministério Público (...), em parecer da lavra do Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé (peça 70), propôs uma terceira solução. Considerou que não estavam suficientemente robustecidas as provas dos autos em desfavor da empresa Goiana Construções e dos agentes públicos, notadamente a fraude noticiada. Em função disto, sugeriu que fossem carreados aos autos outros elementos de provas oriundos dos processos que correm junto à Justiça Federal do Ceará,

tendo por base os inquéritos policiais instaurados na Operação Gárgula. Após esta operação, fosse realizada nova instrução da presente TCE, levando-se em consideração os seguintes aspectos:

a) comprovação ou afastamento da ocorrência de fraude na TP 1/2008, via conluio entre licitantes, para que a sociedade Goiana fosse a única a apresentar proposta ao Município de Aracoiaba;

b) identificação do (s) efetivo (s) executor (es) da obra no Município de Aracoiaba (creche), se a sociedade Goiana (mesmo com infringência à legislação tributária e trabalhista) ou terceiros por ela subcontratados (formal ou informalmente), com eventual indicação da ocorrência de inexecução, execução parcial e/ou superfaturamento, se for o caso;

c) eventual convivência/participação de gestores públicos da Prefeitura Municipal de Aracoiaba/CE na suposta fraude à TP 1/2008 e na possível execução fraudulenta do objeto do Convênio 830282;

(...)

35. Em despacho, o E. Ministro relator acolheu a proposta do MP/TCU e restituiu os autos à Secex/CE para que fossem adotadas as medidas apuratórias, em especial, as indicadas no parecer do MP (peça 71).

36. Diante disto, a Secex/CE passou à coleta de novos elementos probantes no material obtido junto à Justiça/Polícia Federal” (destaquei)

11. O conjunto de elementos carreados ao processo, todavia, trouxe reforço à constatação de que se tratava de uma empresa de fachada efetivamente, integrante de um pool de empresas fraudadoras ligadas a um mesmo responsável, o que redundou em renovação das citações face os elementos aportados ao processo. Ao final, prevaleceu a convicção de que houve a perda do nexo de causalidade entre a origem e a aplicação dos recursos, porquanto ainda que a obra tivesse sido executada, não haveria como atribuir sua execução pela empresa e às expensas das verbas federais, tornando-se também inócua a prestação de contas apresentada, conforme os seguintes excertos da instrução e do voto por mim proferido, em sequência:

“97. As informações nos presentes autos levam a concluir que a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. não existia de fato, sendo uma entidade fictícia, existente apenas em documentos, como notas fiscais.

98. A conclusão forçosa é que não foi a empresa contratada que realizou os serviços. Eles foram realizados por outra entidade, ou por outras pessoas. Cita-se a jurisprudência do TCU a respeito:

98.1. Acórdão 9.580/2015 - TCU - Segunda Câmara: ‘Para a comprovação da regular aplicação dos recursos recebidos mediante convênio ou contrato de repasse, não basta a demonstração de que o objeto pactuado foi executado, mas que foi realizado com os recursos repassados para esse fim.’

98.2. Acórdão 997/2015 - TCU - Plenário: ‘A prestação de contas deve demonstrar não só a execução do objeto pactuado no convênio, mas também o nexo de causalidade, por meio do vínculo estrito entre os recursos federais repassados e as despesas incorridas para a consecução do objeto conveniado, sem o que não há comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos.’

98.3. Acórdão 2.675/2012 - TCU - Plenário: ‘A contratação de empresa ‘de fachada’ não constitui elemento fidedigno para que comprove a execução de objeto conveniado. A existência física do objeto do convênio não constitui, por si só, elemento apto a comprovar a regular aplicação dos recursos federais.’

98.4. Acórdão 2.044/2016 - TCU - Primeira Câmara: ‘A contratação de empresa de fachada por entidade conveniente rompe o nexo de causalidade entre os recursos federais repassados e o objeto executado, pela impossibilidade fática de a obra ter sido executada por empresa que não existia de fato.’

99. Ressalta-se o último desses julgados, que enfatiza a impossibilidade fática da realização da obra. De fato, toda a argumentação colocada, por exemplo, o fato de ter havido um procedimento licitatório, não possui efeito de elidir as irregularidades, tendo em vista a impossibilidade de o objeto ter sido realizado por empresa não efetivamente existente.

100. Para o mérito dos presentes autos, não é relevante a constatação da realização do objeto, ou a existência da prestação de contas final, uma vez que houve a perda do nexo de causalidade: não é possível afirmar que a empresa recebedora dos recursos federais tenha executado o objeto conveniado se era empresa sem capacidade operacional, ou seja, meramente de fachada, conforme comprovou o inquérito da Polícia Federal e o Ministério Público Federal. Referidas instituições concluíram tratar-se, de fato, de empresa participante de organização criminosa para desviar recursos públicos, mediante fraudes em certames realizados nos municípios do Ceará. Na Ação Penal, o Ministério Público Federal requereu, entre outras penalidades, que fosse decretada a dissolução compulsória das empresas participantes da organização criminosa detectada, entre elas a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. Para a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais repassados não basta que a obra/objeto tenham sido executados (no caso de uma obra, por exemplo, ela poderia ter sido executada com outros recursos, ou até mesmo já existir previamente ao convênio). Igualmente também não se requer somente a documentação formal da prestação de contas, que pode, perfeitamente, representar uma ‘fantasia’, uma fraude documental desvinculada da execução do convênio. São necessários três requisitos indispensáveis e firmemente associados: é necessário que o objeto do convênio tenha sido executado com os recursos do convênio e pela empresa vencedora do certame (ou seja, analogicamente, numa notação matemática, teríamos: $\text{COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS} = [\text{EXECUÇÃO DO OBJETO}] + [\text{COM OS RECURSOS DO CONVÊNIO}] + [\text{pela EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME}]$). Qualquer cisão nesse liame lógico que une os recursos federais à empresa vencedora do certame e à conclusão do objeto conveniado quebra o imprescindível nexo de causalidade de comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos. É o que se evidenciou de forma objetiva nos presentes autos. É também o que se evidenciou nos inquéritos da Operação Gárgula e na Ação Penal decorrente: de uma maneira geral, sob o manto de legalidade nas licitações, empresas com vínculos entre si e/ou sem capacidade operacional sagravam-se vencedoras dos certames (fraude na licitação), cujas obras/serviços eram executadas por terceiros subcontratados, com preços superfaturados e/ou materiais de qualidades inferiores (fraude na execução).

101. Tem-se que a jurisprudência deste Tribunal é farta no sentido de que a contratação de sociedade empresarial fictícia impede a comprovação da regular utilização dos recursos públicos canalizados para a consecução do objeto do mesmo contrato (Acórdãos 802/2014-Plenário, TC-012.078/2012-3 24 4703/2014-1ª Câmara, 6986/2014-1ª Câmara e 2246/2015-1ª Câmara e Acórdão 758/2015- Plenário).”

“11. Incorporado aos autos os elementos do processo originário e da Ação Penal 0002811-13.2014.4.05.8100 em tramitação na 11ª Vara Federal da Justiça Federal no Estado do Ceará e denúncia do Ministério Público Federal (peças 79/82), determinei a realização de citações complementares (peça 86).

12. Novamente instruindo o feito a Secex/CE propôs, em sua derradeira instrução reproduzida integralmente no relatório precedente, rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelas responsáveis Marilene Campelo Nogueira e Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, ex-Prefeita e ex-Secretária municipal, respectivamente, considerar revéis a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. e seus sócios, excluir da relação processual os membros da comissão de licitação, julgando-se ainda as contas irregulares, com condenação solidária ao débito imputado aos responsáveis, com a aplicação de multa proporcional e das sanções de inidoneidade e inabilitação.

13. Em derradeiro parecer, o Representante do Ministério Público/TCU neste feito pôs-se de acordo com as proposições da secretaria (...*omissis*...).

14. Devidamente examinadas as questões trazidas a estes autos, bem como as alegações de defesa dos responsáveis que aqui compareceram, consigno que acompanho a análise e conclusões constantes da instrução técnica elaborada no âmbito da Secex/CE, e que recebeu a anuência e judiciosas considerações do Ministério Público/TCU.

15. Registro, a propósito da anexação aos autos de cópias da ação penal movida contra o grupo de pessoas e empresas envolvidas nas fraudes objeto da ‘Operação Gárgula’, que os elementos capitaneados na auditoria realizada por meio da FOC, por si sós, já conferiam um conjunto de indícios vários e coincidentes no sentido da inexistência operacional da empresa contratada, a qual é, inclusive, revel, juntamente com seus sócios, neste e noutros processos em tramitação neste Tribunal nos quais tal fato restou também evidenciado (vide, e.g. o TC-007.720/2012-2, objeto do Acórdão 2.099/2015 - Plenário, o TC-016.283/2012-0, objeto do Acórdão 1276/2017 - Plenário, o TC-045.577/2012-9, objeto do Acórdão 1277/2017 - Plenário, e o TC-007.713/2012-6, conduzido a apreciação Plenária e objeto de vistas do Ministro Bruno Dantas em 28/10/2015 e Vital do Rêgo, em 30/11/2016).

16. Consoante também consignei naqueles outros autos, a maior evidência da inexistência da empresa está baseada na sua não localização nos endereços por ela informados e na ausência de empregados, próprios ou terceirizados, verificada anteriormente à FOC, pela Polícia Federal e CGU, e confirmada a posteriori por visita *in loco* dos auditores deste Tribunal, cujas constatações consignadas no relatório têm força probatória, ante suas presenças nos locais onde deveriam se encontrar funcionando.

17. Nestes autos, além dos indícios de irregularidades coletados pela equipe, foram acostados elementos constituintes da ação penal movida com base na ‘Operação Gárgula’, em que se evidencia, como já constatado nos processos anteriormente apreciadas por esta Corte de Contas, cujos acórdãos colacionei retro, que dentre o pool de empresas capitaneadas pelo escritório de contabilidade ETAP, encontrava-se a empresa Goiana Construções e Prestações de Serviço Ltda., a qual servia de fachada para a contratação por parte dos entes municipais envolvidos e realização de obras por terceiras empresas ou pessoas, eis que essa empresa não possuía realmente capacidade operacional.

18. A propósito, a jurisprudência deste Tribunal é farta no sentido de que a contratação de sociedade empresarial fictícia obstaculiza a comprovação da regular utilização dos recursos públicos canalizados para a consecução do objeto do mesmo contrato. Cito como exemplo os Acórdãos 802/2014-Plenário, 4703/2014-1ª Câmara, 6986/2014-1ª Câmara e 2246/2015-1ª Câmara e Acórdão 758/2015-Plenário.

19. Cabe lembrar que tanto nestes autos, como naqueles cujos acórdãos [que] citei no item 15 retro, a equipe de auditoria cuidou de visitar os endereços da empresa Goiana Construções e Prestações de Serviços Ltda. a fim de confirmar as constatações indicadas, ainda na fase de planejamento de auditoria da FOC, de forma a verificar se tratava-se de empresa de fachada, como indicava o ‘Relatório de Demandas Especiais 00206.001088/2009-17 Operação Gárgula’, elaborado em época próxima à execução das obras objeto deste processo.

20. O relatório fotográfico elaborado pela equipe de fiscalização em visita aos endereços da empresa corrobora os indícios que conduziram à constatação de se tratar de empresa de fachada, sem capacidade operacional, elemento que, em conjunto com as demais evidências, constantes destes autos e da fiscalização empreendida, conduzem à evidente perda do nexo de causalidade entre os recursos transferidos e a execução das obras.”

12. Quanto à responsabilidade das embargantes, que aduzem contradições e omissões, foram elas perfeitamente indicadas nas instruções e pareceres proferidos, havendo este relator ainda apontado a responsabilidade nos seguintes termos, com o afastamento de suas alegações principais:

“27. Não socorre à responsável Marilene Campelo Nogueira, ex-Prefeita, a alegação de descentralização administrativa, porquanto na qualidade de prefeita responde pelos recursos federais empregados uma vez signatária do convênio, devendo acompanhá-lo e prestar contas da sua regular aplicação, com o ônus de tal encargo, que, em Direito Financeiro, é do gestor signatário do convênio. Afinal, o dever de prestar as contas devidas perante a União é do signatário do ajuste (art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal), atuando como garantidor da regular aplicação dos recursos que lhe foram confiados. E, se delega a seus subordinados, ainda há que responder por culpa *in vigilando* e *in eligendo*.”

28. Ademais, embora se trate de execução fraudulenta do objeto do convênio, haja vista que a detentora do contrato com a prefeitura é uma empresa meramente de fachada, a alegação da responsável de que não restou provado dolo em sua atuação não lhe socorre, porquanto basta a existência de culpa em sua conduta e o nexo causal entre essa e o dano para configurar sua responsabilidade. E, como dito pela secretaria, quanto à capacidade operacional, a ex-prefeita não logrou êxito em provar o dever de cuidado em relação ao acompanhamento da empresa contratada na fase de execução do ajuste, cujas situações demonstraram perda do nexo de causalidade entre as origens e aplicações de recursos.

29. Como garantidora do ajuste firmado com a União, ainda que delegasse atribuições à sua secretária municipal, caberia à ex-prefeita supervisionar os atos da ex-secretária de educação, responsável pela homologação do certame, assinatura do contrato, ordem de serviço, atesto pela realização dos serviços e ordenação dos pagamentos. E não poderia se furtar de supervisionar essa diversidade de atribuições simplesmente com base na alegação de delegação de competência, visto que assinou o ajuste representando o ente federado perante a União.

30. Em relação à secretária municipal, resta evidente que suas razões de justificativa acerca da capacidade operacional e regularidade da documentação da empresa aferida em fase anterior, de licitação, não lhe socorre, porquanto interessa, para fins da condenação que ora proponho, que no caso houve o pagamento de empresa sem capacidade operacional, cujos serviços foram executados por terceiros, haja vista que os autos demonstraram a inexistência de funcionários e estrutura para operar por parte da Goiana. Destarte, os atos praticados pela ex-secretária, referendados pela ex-prefeita, e que a tornaram solidária, revelam a inexistência de providências necessárias visando a impedir os pagamentos a uma empresa ficta. No mínimo há culpa grave, embora o esquema revelado pela operação policial aponte, na ação penal, ação deliberada de um grupo de agentes públicos e privados.”

13. Assim, não há as contradições ou omissões na deliberação embargada. Este Tribunal apreciou matéria de sua competência e embora tivesse os autos contado com prova emprestada em reforço ao conjunto probatório já carreado ao processo, atuou com base em competência distinta da instância judicial. Não há que se falar, portanto, em contradições ou omissões no julgado se se aferiu condutas culposas dos agentes públicos que contribuíram para o dano em razão da contratação de obras junto a empresa sem existência de fato e pagamento a ela por serviços supostamente executados. Esses gestores afirmam, inclusive, em sede de embargos, terem acompanhado a execução das obras, contraditando, isso sim, o quadro de impossibilidade de real execução das obras por uma empresa de existência meramente formal, no papel, e, diria até, de desconhecimento acerca do que vinha ocorrendo na execução do objeto.

14. Os argumentos trazidos nos embargos, portanto, revelam apenas inconformismos e não a efetiva existência de omissões e contradições, eis que são cristalinos os fundamentos adotados na deliberação embargada. Decorrem as dúvidas suscitadas ao longo das peças recursais apenas do interesse que as partes têm de ver a decisão reformada, trazendo questões para rediscussão de mérito. Reputam, inclusive, que a deliberação se deu com base em meros achismos, quando o que se verifica efetivamente é a existência de um grande esquema de fraudes com a participação, no convênio em questão, de uma das principais empresas utilizadas pelo escritório de contabilidade ETAP para o desvio de recursos públicos federais.

15. Não havendo, portanto, omissões a serem sanadas, nem contradições a serem resolvidas, não há como serem esses vícios reconhecidos e aclarados nesta oportunidade. Cabe portanto conhecer dos embargos e no mérito rejeitá-los.

Dessarte, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 4 de abril de 2018.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator