

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 001.118/2015-3 [Apenso: TC 005.937/2011-6]

Natureza: Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial.

Entidades/Órgãos: Município de Salgado de São Félix/PB.

Recorrentes: Aduario Almeida (058.805.564-68) e Apolinário dos Anjos Neto (457.281.944-00).

Representação legal: Arthur M. L. Fialho (OAB/PB 13.264) e outros, representando Apolinário dos Anjos Neto; Fábio Brito Ferreira (OAB/PB 9.672), representando Aduario Almeida; Waldemir Emanuel Pereira Rangel e outros, representando Ricardo Leyser Goncalves.

Sumário: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTRATO DE REPASSE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS RECURSOS REPASSADOS E A CONSECUÇÃO DO OBJETO PACTUADO, ANTE A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA INVESTIGADA PELA POLÍCIA FEDERAL NA “OPERAÇÃO TRANSPARÊNCIA” E SUPOSTAMENTE TIDA COMO “DE FACHADA” PARA OS PROPÓSITOS DO AJUSTE. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS OU INDICIÁRIOS SUFICIENTES PARA CORROBORAR A CONCLUSÃO DE QUE A EMPRESA CONTRATADA FOSSE FICTÍCIA E/OU NÃO TIVESSE EXECUTADO DIRETAMENTE A OBRA E, COM ISSO, A EMBASAR A CONDENAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELO TRIBUNAL. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS DENOTANDO A EXECUÇÃO, PELA EMPRESA CONTRATADA, DO OBJETO PACTUADO. PROVIMENTO. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. REGULARIDADE DAS CONTAS.

RELATÓRIO

Transcrevo, a seguir, com alguns ajustes de forma, a análise empreendida pelo auditor encarregado do feito no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur (peça 144), a qual contou com a anuência do diretor da unidade técnica (peça 145):

“INTRODUÇÃO

1.1. Cuida-se de recursos de reconsideração (peças 119 e 120), interpostos pelos ex-prefeitos de Salgado de São Félix/PB Srs. Apolinário dos Anjos Neto (gestão 2005-2008) e Aduario Almeida (gestão 2009-2012) contra o Acórdão 374/2017-TCU-Plenário (peça 97), relator Min. Bruno Dantas, por meio do qual o Tribunal julgou tomada de contas especial instaurada em razão de irregularidades identificadas na aplicação de recursos transferidos por meio de Contrato de Repasse.

1.2. Transcreve-se a decisão recorrida:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 1.834/2014-1ª Câmara (TC 005.937/2011-6), em razão de irregularidades identificadas na aplicação de recursos transferidos por meio do Contrato de Repasse 0174446-32/2005 (Siafi 528339), celebrado entre a prefeitura de Salgado de São Félix e o Ministério do Esporte (ME), para a construção de um ginásio poliesportivo;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em:

9.1. considerar revêis, para todos os efeitos, Audy Lopes Fernandes (396.698.904-20), Adriano Ferreira de Melo (013.255.014-84), Fabiana dos Santos Ferreira (066.880.154-98), Raniere Pereira Dantas (029.786.124-79) e Biana Construções e Serviços Ltda. (08.021.035/0001-19), nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.2. julgar irregulares as contas de Apolinário dos Anjos Neto (457.281.944-00), Aduario Almeida (058.805.564-68), Audy Lopes Fernandes (396.698.904-20), Adriano Ferreira de Melo (013.255.014-84), Fabiana dos Santos Ferreira (066.880.154-98), Raniere Pereira Dantas (029.786.124-79) e Biana Construções e Serviços Ltda. (08.021.035/0001-19), com fulcro nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'd', 19 e 23 da Lei 8.443/1992, condenando-os, solidariamente, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores por ventura ressarcidos:

9.2.1. Apolinário dos Anjos Neto (457.281.944-00), em solidariedade com Biana Construções e Serviços Ltda. (CNPJ 08.021.035/0001-19); Fabiana dos Santos Ferreira (066.880.15498); Audy Lopes Fernandes (396.698.904-20); Adriano Ferreira de Melo (013.255.014-84) e Raniere Pereira Dantas (029.786.124-79):

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATAS DA OCORRÊNCIA
78.548,23	25/1/2008

9.2.2. Adáurio Almeida (058.805.564-68), em solidariedade com Biana Construções e Serviços Ltda. (CNPJ 08.021.035/0001-19); Fabiana dos Santos Ferreira (066.880.154-98); Audy Lopes Fernandes (396.698.904-20); Adriano Ferreira de Melo (013.255.014-84); Raniere Pereira Dantas (029.786.124-79):

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATAS DA OCORRÊNCIA
66.958,91	28/1/2010
25.674,33	18/11/2010
162.736,78	28/1/2011
62.581,72	23/11/2011
3.499,73	6/1/2012
35.975,89	6/1/2012
49.983,11	13/6/2012

9.3. aplicar a Apolinário dos Anjos Neto (457.281.944-00), Aduario Almeida (058.805.564-68), Audy Lopes Fernandes (396.698.904-20), Adriano Ferreira de Melo (013.255.01484), Fabiana dos Santos Ferreira (066.880.154-98), Raniere Pereira Dantas (029.786.124-79) e Biana Construções e Serviços Ltda. (08.021.035/0001-19), as multas abaixo indicadas, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

<i>RESPONSÁVEL</i>	<i>VALOR DA MULTA (R\$)</i>
<i>Apolinário dos Anjos Neto</i>	<i>14.000,00</i>
<i>Adaurio Almeida</i>	<i>60.000,00</i>
<i>Audy Lopes Fernandes</i>	<i>74.000,00</i>
<i>Adriano Ferreira de Melo</i>	<i>74.000,00</i>
<i>Fabiana dos Santos Ferreira</i>	<i>74.000,00</i>
<i>Raniere Pereira Dantas</i>	<i>74.000,00</i>
<i>Biana Construções e Serviços Ltda.</i>	<i>74.000,00</i>

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

9.5. autorizar, caso solicitado, o pagamento das dívidas dos responsáveis em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

9.6. alertar os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do § 2º do art. 217 do Regimento Interno deste Tribunal;

9.7. considerar graves as infrações cometidas por Apolinário dos Anjos Neto (457.281.944-00), Adaurio Almeida (058.805.564-68), Audy Lopes Fernandes (396.698.904-20), Adriano Ferreira de Melo (013.255.014-84), Fabiana dos Santos Ferreira (066.880.154-98) e Raniere Pereira Dantas (029.786.124-79), nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992;

9.8. inabilitar os responsáveis arrolados no subitem 9.7 deste Acórdão para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública pelo período de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992;

9.9. declarar a inidoneidade da Biana Construções e Serviços Ltda. (08.021.035/0001-19), para participar, por cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992;

9.10. encaminhar cópia desta deliberação, bem como do relatório e do voto que a fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado da Paraíba, nos termos do § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.

9.11. dar ciência do presente acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, ao Ministério do Esporte e à Prefeitura Municipal de Salgado de São Félix/PB.

HISTÓRICO

1.3. Em análise, processo de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 1.834/2014-1ª Câmara (TC 005.937/2011-6), em razão de irregularidades identificadas na aplicação de recursos transferidos por meio do Contrato de Repasse 0174446-32/2005 (Siafi 528339), celebrado entre a prefeitura de Salgado de São Félix e o Ministério do Esporte (ME), para a construção de um ginásio poliesportivo.

1.4. A irregularidade apurada nos autos diz respeito à ausência de comprovação do nexo de causalidade entre os recursos repassados e a consecução do objeto do contrato de repasse, uma vez que a obra prevista foi contratada e paga à empresa investigada pela Polícia Federal na 'Operação Transparência' e tida como 'de fachada' para os propósitos do ajuste.

1.5. Feitas as citações da empresa contratada, inclusive com a desconsideração da personalidade jurídica, bem como de seus sócios e dos prefeitos à época, a Secex/PB

manifestou-se no sentido de rejeitar as alegações de defesa (peça 88), haja vista restar comprovado que a contratada para execução das obras seria fictícia.

1.6. O Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU) discordou do encaminhamento proposto (peça 90), por entender não haver elementos probatórios ou indiciários suficientes a suportar a conclusão de que a Empresa Biana Construções e Serviços Ltda. fosse uma empresa de fachada e por entender fragilizados uma série de pressupostos processuais ligados à ampla defesa e ao contraditório que colocariam em xeque o devido processo legal.

1.7. O Relator, Exmo. Ministro Bruno Dantas (peça 92), acompanhou a proposta da unidade técnica e divergiu do parecer do MPTCU, por entender que existem elementos suficientes nos autos, derivados da fiscalização da CGU, do inquérito policial e da ação ajuizada pelo MPF, para comprovar que a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. correspondia a uma empresa de fachada, que a tomada de preços foi fraudada e que os ex-gestores públicos tinham conhecimento das irregularidades, participando do esquema.

1.8. Prolatado o Acórdão 374/2017-TCU-Plenário (peça 97), foram opostos embargos de declaração por Adaurio Almeida, os quais foram conhecidos e rejeitados por meio do Acórdão 1.047/2019-TCU-Plenário (peça 116).

1.9. Insurgem-se contra a decisão original os Srs. Adaurio Almeida e Apolinário dos Anjos Neto, interpondo recurso de reconsideração (peças 119 e 120).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

1.10. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 121-123), ratificados pelo Exmo. Ministro João Augusto Ribeiro Nardes (peça 125), que conheceu do recurso interposto, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.2.2, 9.3, 9.4, 9.7 e 9.8 do acórdão recorrido, com extensão aos demais devedores solidários.

EXAME DE MÉRITO

2. Delimitação

2.1. Constitui objeto do presente recurso de reconsideração definir se:

a) inexistem nos autos elementos probatórios ou indiciários de que a empresa contratada seria de fachada;

b) a Caixa concluiu pelo cumprimento de 100% da parcela que coube ao Sr. Apolinário dos Anjos Neto, afastando sua responsabilidade;

c) o fato de somente agora ter sido chamado aos autos traz prejuízo à defesa do Sr. Apolinário dos Anjos Neto;

d) houve violação do princípio constitucional da ampla defesa e inexistente nos autos comprovação de conduta do Sr. Adaurio Almeida que demonstre conluio com a responsável pela execução da obra, ou de que a empresa fosse de fachada;

e) houve desproporcionalidade nas sanções aplicadas ao Sr. Adaurio Almeida.

3. Da inexistência de elementos probatórios da qualificação da Empresa Biana Construções e Serviços Ltda. como sociedade fictícia e do ateste da Caixa sobre a conclusão da 1ª etapa da obra, além da violação da ampla defesa (peça 100, p. 2-7)

3.1. O Sr. Apolinário dos Anjos Neto questiona a imputação de débito e multa unicamente na suposição de que a Empresa Biana seria fictícia. Menciona voto do Ministério Público junto ao TCU/MPTCU, o qual entendeu que não haver elementos probatórios ou indiciários suficientes a corroborar a conclusão de que a Empresa Biana Construções e Serviços seria de fachada ou não tivesse executado a obra, e reproduz excerto do acórdão atacado (p. 2-4).

3.2. Advoga que a parcela da obra do referido contrato de repasse executada na gestão do defendente foi a primeira, a qual foi considerada devida pela Caixa Econômica Federal, caso contrário não teria liberado ao poder público municipal os recursos restantes da avença (p. 4-5).

3.3. Assevera que a referida parcela da obra, questionada nos presentes autos, foi de fato executada pelo defendente, culminando em uma quadra poliesportiva padronizada dentro dos

parâmetros técnicos exigidos pelo Ministério do Esporte, beneficiando a população do Município até os dias atuais, e acosta fotos do empreendimento em utilização (p. 4-6).

3.4. Afirma que zelou de forma extreme pela adequação do projeto ao plano de trabalho e observou de forma pormenorizada os procedimentos legais e formais para conclusão da obra. Afirma que se a Corte de Contas estivesse em dúvida quanto à não execução da obra, deveria ter determinado inspeção in loco, providência essa que, mesmo requerida pela defesa, não foi tomada, o que levou ao reconhecimento da obra (p. 6-7).

3.5. Assere que a própria CEF fiscalizou a obra e constatou sua fiel execução, não se podendo, por isso, falar em restituição ao erário (p. 7).

3.6. Acrescenta que o defendente somente agora foi instado a apresentar justificativa quanto à suposta inexecução da obra objeto do contrato de repasse, o que atentaria contra o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa (p. 7).

3.7. Afirma que nada pode ser a ele imputado, uma vez que adotou todas as medidas que estavam ao seu alcance (p. 7-8):

- i) abriu procedimento licitatório para viabilizar a contratação das obras e serviços;*
- ii) atendeu a todos os pré-requisitos da Lei de Licitações e legislação correlata;*
- iii) toda a documentação dos licitantes foi regularmente apresentada;*
- iv) todos os órgãos fiscais, federais, estaduais e municipal, forneceram as respectivas certidões negativas de débito.*

3.8. Assevera que à época de realização do certame a empresa supostamente de fachada demonstrou e cumpriu com todas as obrigações fiscais, legais e administrativas para participação no processo, não cabendo ao defendente adotar procedimento investigatório prévio para cogitar de eventual situação desabonadora em contradição com os documentos juntados naquela ocasião (p. 7-8).

3.9. Afirma que se a empresa veio a ser declarada inidônea ou tenha sido descoberto seu caráter fraudulento, tais fatos não podem ser imputados ao defendente, visto que não tinha conhecimento de tal situação (p. 9).

3.10. Aduz que se trata, na espécie, de minúsculo município do interior da Paraíba, não havendo como obter qualquer verba para construção do ginásio, o que leva à conclusão óbvia de que o dinheiro foi oriundo do Contrato de Repasse 0174446/2005 (Siafi 528339), celebrado entre a Prefeitura e o Ministério do Esporte (p. 9).

3.11. Não se mostraria razoável ou proporcional que o ex-gestor fosse instado a devolver recursos aplicados unicamente pela suspeita de que a empresa contratada é acusada de fraude, sem a demonstração de prejuízo ao erário (p. 9).

3.12. Acosta excertos de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que exigiram dano patrimonial ao erário para que se condenasse o gestor ao ressarcimento. Menciona ainda julgados do TCU (Acórdãos 338/2008-TCU-Plenário, 2.748/2011-TCU-Plenário e 1.432/2009-TCU-Plenário), segundo os quais a fraude à licitação, sem configuração de dano aos cofres públicos, não enseja a condenação em débito (p. 10-11).

3.13. Assevera que diante do quadro exposto, o máximo que se poderia ter é o julgamento pela irregularidade das contas, mas jamais com a determinação para devolução do valor repassado e efetivamente utilizado. Afirma ainda que sequer ocorreu o trânsito em julgado da ação judicial que apura as irregularidades da empresa contratada, sendo a condenação baseada em indícios uma afronta ao princípio constitucional da não culpabilidade (p. 12)

Análise

3.14. Preliminarmente, cumpre afastar a alegação de ofensa à ampla defesa, decorrente da tardia notificação do defendente Apolinário dos Anjos nestes autos.

3.15. Registre-se que o Contrato de Repasse 0174446-32/2005 (Siafi 528339) foi firmado em 28/10/2005, derivando-se a partir daí todos os demais atos de gestão do recorrente, inclusive

o Contrato celebrado entre a Prefeitura e a Empresa Biana Construções e Serviços Ltda. (peça 50, p. 6-8).

3.16. Esta TCE é originária da conversão de representação encaminhada ao TCU pela Controladoria Geral da União, considerada procedente por meio do Acórdão 7.834/2014-TCU-1ª Câmara (TC 005.937/2011-6), que determinou a citação dos responsáveis, entre os quais o Sr. Apolinário dos Anjos Neto.

3.17. No TC 005.937/2011-6, não se olvidou dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Inclusive o MP/TCU, zeloso dessas garantias constitucionais, sugeriu alternativamente a improcedência da referida representação ou a promoção de diligências saneadoras. O Relator a quo optou pela segunda proposta, restituindo os autos à Secex/PB para que carresse aos autos elementos capazes de fundamentar a caracterização das fraudes apontadas.

3.18. O acatamento dessa determinação pela Unidade Técnica resultou em proposta de conhecer da representação, considerá-la procedente, convertendo-a em TCE e determinando a citação dos responsáveis. Consequentemente, foi prolatado Acórdão 7.834/2014-TCU-1ª Câmara. O detalhamento desses fatos pode ser visto na instrução à peça 2 e no item 3.28 abaixo.

3.19. Como se verá a seguir, não houve ofensa à ampla defesa, na medida em que as irregularidades datam de 2008 e citação do Sr. Apolinário dos Anjos Neto ocorreu em 2015, não tendo transcorrido dez anos entre esses dois marcos temporais.

3.20. Convertida esta representação em tomada de contas especial, o ex-gestor foi citado, no âmbito desta Corte, em 26/6/2015, conforme aviso de recebimento à peça 81 destes autos, tendo esse ato sido ordenado em 02/12/2014 (peça 3). A data da ocorrência que lhe foi atribuída pelo item 9.2.1 do Acórdão 374/2017-TCU-Plenário data de 25/01/2008. Portanto, não há que se falar em presunção de prejuízo à ampla defesa, decorrente do transcurso decenal.

3.21. Em termos de prescrição, deve-se lembrar que o débito para com o erário é considerado imprescritível (Súmula TCU 282). Quanto à multa, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em dez anos, nos termos assentados no Acórdão paradigmático 1.441/2016-TCU-Plenário. Nesse sentido, deve-se ter presente que a referida prescrição é contada a partir da data da ocorrência da irregularidade sancionada. Além disso, o ato que ordenar a citação interrompe essa prescrição.

3.22. Ainda nessa quadra, esta Corte tem jurisprudência no sentido de que eventuais deficiências ou mesmo ausência do contraditório ocorridas na fase interna da tomada de contas especial não invalidam a continuidade do processo, nem prejudicam ou impossibilitam o posterior estabelecimento do contraditório no TCU. Nessa vertente, os Acórdãos 5.612/2012-TCU-1ª Câmara, rel. min. José Múcio Monteiro, 5.661/2014-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas e 3.013/2009-TCU-Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro.

3.23. Cumpre analisar, doravante, se os recorrentes trazem aos autos indícios que coloquem em dúvida a conclusão recorrida de que a obra em apreço não foi realizada pela empresa contratada e de que se tratava de sociedade de fachada.

3.24. Cumpre assinalar que a execução do empreendimento em si jamais foi colocada em xeque neste processo, restando despiciendas as alegações do recorrente quanto a esse fato.

3.25. A decisão recorrida tomou por base os indícios colimados pela Secex/PB e sintetizados pelo Relator a quo, Ministro Bruno Dantas (peça 92, p. 2-3):

a) de acordo com o Relatório de Demandas Especiais 00214.000510/2008-37 da CGU, denunciante afirmou que a obra do ginásio poliesportivo foi executada pela prefeitura, com seus funcionários, conhecidos como diaristas, e juntaram fotos para comprovar a afirmação (peça 3, p. 17, do TC 005.937/2011-6);

b) um dos sócios da empresa, Audy Lopes Fernandes, foi citado em vários depoimentos do IPL 411/2009 como integrante do esquema de fraude a licitações existente no estado da Paraíba;

c) os fatos que envolveram a licitação em relevo põe em cheque o seu caráter competitivo e a sua regularidade, a saber: i) o aviso de edital não foi publicado no Diário Oficial do Estado; ii) o objeto descrito nas publicações era 'construção de obras de infraestrutura urbana', sem especificação precisa; iii) apenas solicitaram o edital duas empresas: a Coinpa Construtora e Indústria de Premoldados da Paraíba Ltda. e a Biana Construções e Serviços Ltda., sendo que somente a Biana Construções apresentou proposta, no valor de R\$ 412.000,00, próximo ao montante previsto no contrato de repasse (peça 3, p. 18 do TC 005.937/2011-6);

d) a Biana Construções e Serviços Ltda. foi criada em 26/5/2006, segundo dados da Receita Federal, ou seja, a menos de um ano da realização da licitação, cujo edital foi publicado em fevereiro de 2007;

e) durante a fiscalização da CGU, a prefeitura, embora solicitada, não apresentou a relação de trabalhadores constantes no Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (Sefip), disponibilizando apenas o comprovante de matrícula no Cadastro Específico do INSS (CEI), documento insuficiente para comprovar que os serviços pagos estavam sendo executados por trabalhadores da Biana Construções e Serviços;

f) a prefeitura permitiu, sem questionamento, que a Biana Construções e Serviços Ltda. fosse representada, durante todo o processo licitatório e contratual, por Audy Lopes Fernandes, sendo que, na época da licitação e do início do contrato, ele não constava como sócio da empresa (no Cadastro CPF/CNPJ da Receita Federal, ele só ingressou na sociedade em 14/8/2009), nem possuía procuração nos autos;

g) no IPL 411/2009, verificou-se que a empresa funcionava no mesmo endereço de outra empresa de fachada pertencente ao grupo criminoso, a Atlas Construções, Projetos e Serviços Ltda., e que sua sede era muito simples para uma construtora que apresentou faturamento anual superior a dois milhões de reais entre 2006 e 2009;

h) no referido inquérito policial, apurou-se também que o quadro de funcionários da empresa era praticamente inexistente;

i) no depoimento de Francinete Pereira da Silva, secretária de uma das firmas de fachada, colhido no âmbito do inquérito policial, ela afirma explicitamente que a Biana Construções e Serviços Ltda. era uma empresa de fachada.

15. Acrescente-se que, em pesquisa realizada na rede mundial de computadores, não há indícios da existência de fato da Biana Construções e Serviços Ltda. (apesar do faturamento milionário, ela não possui homepage e não constam informações sobre outras obras por ela executadas). Ao contrário, a pesquisa resultou em vários links com notícias e ações judiciais (Processos 0001557-25.2016.4.05.8200 e 0000829-71.2013.4.05.8205- Ações Cíveis Públicas) nas quais a Biana Construções e Serviços Ltda. é indicada como empresa de fachada.

16. De acordo com jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal (RE 68.006-MG) e desta Corte (Acórdãos Plenário 2.143/2007, 502/2015, 3.270/2012 etc.), 'indícios vários e coincidentes são prova'. Assim, considero restar comprovado que a empresa contratada pela prefeitura era uma empresa fictícia e que os gestores à época detinham conhecimento de tal fato, participando do esquema de burla à licitação e de desvio de dinheiro público.

3.26. Verifica-se, portanto, que a despeito da prestação de contas apresentada conter a documentação relativa à execução financeira e execução física do objeto, bem como a confirmação da Caixa, enquanto interveniente no Contrato de Repasse, da regularidade do empreendimento, o Tribunal deliberou sancionar o recorrente com base nos indícios de que a empresa contratada não realizou as obras, por se tratar de empresa de fachada.

3.27. Compulsando-se o recurso do Sr. Aduario Almeida (peça 119, p. 23-67 e peça 120, p. 173) identifica-se a juntada de cópias de autos de **reclamações trabalhistas** relativas a 5 funcionários da empresa Biana Construções e Serviços Ltda., Antônio Fernandes da Silva, Antônio Ferreira da Silva, Leonardo Laurentino dos Santos, Pedro Silva Machado, Olívio Chagas de Amorim Neto, relativos ao Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

3.28. Nas referidas reclamações, os reclamantes afirmam que prestavam serviços na construção do Ginásio de Esportes do Município de Salgado de São Félix (peça 119, p. 29, 40, 51 e 61).

3.29. Em acréscimo, identificam-se, no processo apenso de Representação que deu origem a esta TCE (TC 005.937/2011-6), outros elementos que, se não afastam os fortes indícios de que a pessoa jurídica em apreço participava de esquemas fraudulentos, põem em dúvida razoável a afirmativa de que a empresa não existiria de fato e de que não teria executado as obras concernentes ao Contrato de Repasse 0174446-32/2005:

i) declaração da assessoria jurídica da Prefeitura de Salgado de São Félix/PB, de que a empresa Biana Construções e Serviços Ltda., atendeu a todos os dispositivos constantes da legislação em vigor para execução dos serviços de construção do ginásio poliesportivo (TC 005.937/2011-6, peça 30, p. 2);

ii) contrato entre a firma Biana e a Empresa José Edirailton Leite de Andrade para fabricação e montagem da estrutura metálica coberta do ginásio (TC 005.937/2011-6, peça 36);

iii) guias de recolhimento da Previdência Social s/ trabalhadores (TC 005.937/2011-6, peça 38, p. 11, peça 41, p. 13, peça 43, p. 14, peça 46, p. 9-10 e TC 001.118/2015-3, peça 20, p. 5-6,);

iv) guias de recolhimento de ISS (TC 005.937/2011-6, p. 34, p. 12, peça 38, p. 12, peça 41, p. 13, peça 43, p. 11-13, peça 46, p. 8);

v) anotações de responsabilidade técnica junto ao CREA/PB (TC 005.937/2011-6, peça 39, p. 3-4, peça 51, p. 53-56, peças 53-56);

vi) relatórios de acompanhamento do empreendimento lavrados pela Caixa, atestando a execução física e financeira da obra no percentual de 100%, com registro de aprovação no SIAFI 2013NS001775 (peça 119, p. 21-22).

3.30. Compulsando-se o material acostado aos autos como 'prova emprestada', juntado às peças 67-73 do TC 005.937/2011-6, não se identifica qualquer menção ao Sr. Apolinário dos Anjos Neto, senão à empresa Biana e seus sócios, Fabiana dos Santos Pereira, Audy Lopes Fernandes, Adriano Ferreira de Melo e Raniere Pereira Dantas, nos diversos depoimentos e documentos colhidos no inquérito. O nome do ex-prefeito aparece tão somente na ação civil pública proposta pelo Ministério Público e acostada à peça 87, na qual o acusado figura como prefeito municipal de Salgado de São Félix/PB, à época dos fatos narrados, e que o mesmo determinou a abertura do processo licitatório fraudulento (peça 87, p. 5).

3.31. Afora esses elementos externos, que a bem da verdade, **não foram submetidos ao contraditório e à ampla defesa dos recorrentes**, visto que as peças resguardadas por sigilo (pertinentes às provas emprestadas) não foram submetidas ao escrutínio dos responsáveis (peça 6 destes autos), consta tão somente relatório de fiscalização da CGU (peça 3, p. 14-19, TC 005.937/2011-6), no qual são apresentadas fotografias sem qualquer identificação dos trabalhadores em questão, paralisação da obra por conta de problemas de desapropriação, notícias de imprensa e referências à 'operação transparência' da Polícia Federal, além de solicitação da relação de trabalhadores não atendida pela Prefeitura, com a conclusão de que haveria indícios da existência de contratação de empresa 'fantasma'.

3.32. Deve-se registrar que a questão relativa à desapropriação foi dirimida por meio do Decreto Municipal de desapropriação 3/2006, com a apresentação à Caixa do termo de imissão provisória de posse do terreno, concedida em 15/2/2007, pela Comarcas Judicial de Itabaiana/PB (peça 51, p. 3-4).

3.33. Em meio a esse conjunto de evidências, o Ministério Público junto ao TCU/MPTCU, em duas oportunidades (peça 65 do TC 005.937/2011-6 e peça 90 destes autos), manifestou-se no sentido de que tanto a conversão em TCE da representação, quanto a condenação dos responsáveis nestes autos, estavam se dando principalmente com base em elementos extraprocessuais (Operação Transparência e denúncia do MPF) ou conclusões da CGU, estas

não embasadas em provas documentais, além do que o material colhido junto ao inquérito policial não fora ainda submetido ao prévio contraditório na fase judicial, circunstâncias essa que enfraqueceriam os elementos de responsabilização em apreço (peça 90, p. 3):

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

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

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

3.34. *Em linha com o entendimento exarado pelo Parquet de contas, e uma vez que os elementos de convicção juntados ao processo, oriundos do inquérito policial, originam-se, em sua maioria, de declarações de terceiros (depoimentos), os recorrentes não dispõem dessa faculdade no âmbito do TCU para exercer o pleno contraditório, vez que o **processo de contas não cogita de provas testemunhais**, e que as declarações de terceiros têm seu valor atribuído pelo TCU **somente em relação à pessoa do declarante**, não se estendendo à veracidade dos fatos, por aplicação extensiva do art. 408 do Código de Processo Civil de 2015:*

Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade

3.35. *Com efeito, o acórdão recorrido lançou mão de argumentos preponderantemente ligados às **investigações em curso no âmbito policial**, acostadas aos autos como peças sigilosas.*

3.36. *Nelson Nery Jr. conceitua prova emprestada como 'aquela que, embora produzida em outro processo, se pretende produza efeitos no processo em questão. Sua validade como documento e meio de prova, desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado, é admitida pelo sistema brasileiro' (NERY Jr., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 8ª. Edição, p. 191). Na mesma linha, **Luiz Guilherme Marinoni**, para quem 'a observância do contraditório na produção da prova é fundamental para que esta possa emprestar os seus efeitos a outros autos' (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 3ª. Edição, 2006. p. 323).*

3.37. *De outra quadra, **Fredie Didier Jr.** assinala que 'somente é lícita a importação de uma prova para ser utilizada contra quem tenha participado do **processo** em que foi produzida*

— *a prova não pode ser usada contra quem não participou da sua produção*’ (DIDIER JR., Fredie et. al. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 134) (Grifos nossos). É a hipótese dos autos, em que os ora recorrentes, além de não figurarem como partes em processo judicial, a não ser o Sr. Apolinário dos Anjos Neto na inicial da ação civil promovida pelo MPF (peça 87), sequer são mencionados no inquérito da Polícia Federal, constante das peças 67-73, e transladadas ao TC 005.937/2011-6, apenso.

3.38. Também o **Enunciado 52** do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, assinalou que ‘para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do **contraditório no processo de origem**, assim como **no processo de destino**, considerando-se que neste último, a prova mantenha a sua natureza originária’ (Grifos acrescidos).

3.39. A par das considerações já lançadas, é pacífica a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal, de que a ‘prova emprestada’ tem sua validade no processo administrativo condicionada ao reconhecimento **por sentença judicial**, observado o **prévio contraditório** entre os litigantes. Não é outra a orientação traçada pelo Superior Tribunal, consolidada na inteligência da **Súmula 591 do STJ**:

Súmula 591: É permitida a ‘prova emprestada’ no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

‘3. Há sintonia entre as partes do processo penal e os fatos que deram origem aos dois processos, assim como existem outras provas nos autos do PAD a corroborar as provas emprestadas. As referidas provas foram transladadas por meio da devida autorização do juízo criminal e submetidas ao contraditório, tendo havido direito de defesa. A Primeira Seção do STJ tem aceitado o empréstimo de provas, desde que haja atenção ao devido processo legal e ao contraditório. Precedentes: MS 17.472/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 22.6.2012; MS 15.787/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.8.2012; e MS 16.122/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 24.5.2011’. (RMS 33.628/PE 2011/0014650-8, rel. Min. Humberto Martins, julgamento em 2/4/2013)

3.40. Também o **Supremo Tribunal Federal** tem assentado a nulidade da prova emprestada que não foi previamente consolidada em juízo, com a observância dos brocardos do contraditório e da ampla defesa:

‘A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do contraditório, traduzindo-se em prova ilícita’. (Rel. n. 11243, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 8/6/2011, Tribunal Pleno).

‘É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. - A prova emprestada, quando produzida com transgressão ao princípio constitucional do contraditório, notadamente se utilizada em sede processual penal, mostra-se destituída de eficácia jurídica, não se revelando apta, por isso mesmo, a demonstrar, de forma idônea, os fatos a que ela se refere. Jurisprudência’. (RHC n. 106.398, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4/10/2011,).

‘4. A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes’. (RMS 28.774/DF, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 22/9/2015)

‘A jurisprudência desta Suprema Corte admite a utilização de prova emprestada da instância criminal, no intuito de instruir processo administrativo disciplinar, resguardadas as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa’. (RMS 0074918-37.2010.3.00.0000 DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 16/5/2017)

3.41. Não bastasse, os referidos do inquérito juntados aos autos sequer foram submetidos ao escrutínio dos recorrentes, maculando duplamente o princípio da ampla defesa, que deve ser observado igualmente no TCU quanto a esses elementos. Nesse sentido, também o STF se pronunciou:

‘8. Na espécie, as mencionadas garantias constitucionais foram observadas, uma vez que ao recorrente foi assegurada a oportunidade de se manifestar sobre a prova emprestada, no bojo do processo administrativo disciplinar. Com efeito, após ter sido notificado (evento 2, fls. 118-20), Robson Sarlo Dutra apresentou defesa escrita (evento 3, fls. 40-60), no bojo do processo administrativo disciplinar, na qual impugnou a utilização da prova emprestada’. (RMS 0074918-37.2010.3.00.0000 DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 16/5/2017)

3.42. Sem embargo, ainda que não se trate aqui exclusivamente de decisão fundada em provas emprestadas, fora de dúvida que estas fundamentaram fortemente o juízo adotado na decisão guerreada. Nos autos do TC 012.604/2012-7, no âmbito do qual se processou tomada de contas especial envolvendo agentes públicos e empresas contratadas no Município de Pacatuba/CE, o Tribunal deparou-se com idêntica situação, relativa à utilização de ‘prova emprestada’, compartilhada pelo Ministério Público Federal e pela **Justiça Federal**, relativa às investigações da ‘Operação Gárgula’ da Polícia Federal. Naquela assentada, o Exmo. Ministro Relator do recurso de reconsideração interposto, Bruno Dantas, assim se pronunciou:

12. Embora o Voto condutor do acórdão recorrido esclareça que as informações colhidas não foram suficientes para alterar o mérito, **não há dúvidas de que corroboraram e, com isso, fundamentaram parcialmente a decisão adotada, conforme esmiuçado pela Serur e pelo MPTCU em suas manifestações na fase recursal (peças 123-126), transcritas no relatório que precede este Voto.**

13. Já destaquei que, no caso em apreço, as provas colhidas posteriormente à citação cuidaram de detalhar e caracterizar o modus operandi das fraudes no contrato de repasse objeto desta TCE. Assim, a ausência de notificação aos responsáveis para contraditá-las **restringiu a possibilidade de refutarem elementos atinentes à conduta, ao nexo de causalidade entre essa e o resultado ilícito, e à culpabilidade, o que poderia reduzir ou afastar parcial ou totalmente as respectivas responsabilidades. Portanto, é inequívoco que houve ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.**

14. É sabido que o art. 298 do Regimento Interno apregoa a **aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos do Tribunal, do qual merecem atenção os seguintes dispositivos (grifei):**

‘Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.’

15. Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos seguintes julgados:

‘A condenação não pode se fundamentar em irregularidade sobre a qual o responsável não foi chamado a se manifestar’ (enunciado associado ao Acórdão 3.903/2016-Primeira Câmara).

‘Faz-se necessária nova notificação dos responsáveis quando parte das irregularidades apontadas na fase instrutiva não consta nas citações promovidas, com vistas a evitar prejuízo ao contraditório e à ampla defesa’ (enunciado associado ao Acórdão 3.527/2010-Segunda Câmara).

‘Deve-se promover novamente o contraditório no caso de juntada aos autos, após ou concomitantemente à realização de audiência ou citação dos responsáveis, de novos documentos que lhes sejam desfavoráveis’ (enunciado associado ao Acórdão 3.615/2015-Primeira Câmara).

:

16. Não é demais lembrar que tal conclusão socorre não apenas ao recorrente, mas a todos os responsáveis que, embora revéis, também foram prejudicados pela falha processual, devendo-lhes ser reparada a oportunidade de apresentação de defesas (RI/TCU, art. 161).

(...)

18. Feitas essas considerações, especialmente à luz do Código de Processo Civil e à jurisprudência desta Corte, concluo que o presente recurso deve ser conhecido e provido, no sentido de anular o Acórdão 2.668/2015-TCU-Plenário, em homenagem aos constitucionais princípios do contraditório e da ampla defesa, para que possa ser prolatada nova decisão, eivada dos vícios constatados. (Grifos acrescidos)

3.43. Como consequência, foi prolatado o **Acórdão 329/2018-TCU-Plenário**, que **anulou o Acórdão 2.668/2015-TCU-Plenário**, restituindo os autos ao Relator a quo da decisão impugnada para as providências de saneamento dos autos, com a abertura do devido processo de contraditório e prolação de novo julgamento do processo. Ressalve-se que naquela assentada as provas foram compartilhadas **pela Justiça Federal, ou seja, já submetidas ao prévio contraditório e à ampla defesa.**

3.44. Acrescente-se às considerações lançadas que os elementos já acostados aos autos (recolhimento de impostos, encargos previdenciários, anotações de responsabilidade técnica, prestações de contas e vistorias da Caixa), aliados a outros trazidos em sede recursal (reclamações trabalhistas), permitem lançar dúvida razoável sobre a condição de 'fantasma' da Empresa Biana Construções e Serviços Ltda., e sobre a conclusão de que a mesma não realizou as obras de construção do ginásio poliesportivo.

3.45. O reconhecimento dessa dívida, no caso concreto, não afasta os indícios de que a referida pessoa jurídica participava de esquemas para fraudar licitações, seja para dar cobertura em licitações forjadas, seja para realizar as obras em lugar de terceiros, conforme se deduz dos interrogatórios obtidos junto à Polícia Federal. Porém, a condenação dos recorrentes torna-se fragilizadas se a matriz de responsabilização carece de fundamentos documentais e fáticos que evidenciem o nexo de causalidade entre sua conduta omissiva ou comissiva, ou sem que lhe tenham sido oportunizados o pleno exercício do contraditório. No caso em apreço, o contraditório em relação aos elementos de prova emprestada **não se exerceu nem em sede judicial e nem nestes autos**, o que **fulmina o princípio do devido processo legal**, tanto em seu sentido formal, quanto em seu sentido substancial ou objetivo

3.46. Desse modo, e diante de todo o exposto, propõe-se, em relação ao recorrente Apolinário dos Anjos Neto, conhecer do seu recurso de reconsideração e dar-lhe provimento para anular o acórdão vergastado, e para que o Exmo. Ministro Relator do recurso, caso entenda pertinente, requeira à Justiça Federal da Seção Judiciária da Paraíba, cópia dos eventuais elementos de prova já submetidos ao crivo do contraditório e aceitos pelo juízo, nos autos da **Ação Civil Pública 0006945-11.2013.4.05.8200**, para posterior incorporação a estes autos como prova emprestada legítima, e subseqüente submissão ao recorrente para o exercício da ampla defesa.

3.47. Propõe-se ainda estender aos demais responsáveis arrolados nos autos, por questão de isonomia, à exceção do Sr. Aduário Almeida, cuja análise a seguir suscitará orientação diversa, os efeitos do encaminhamento ora proposto, nos termos do art. 161 do Regimento Interno do TCU:

Art. 161. Havendo mais de um responsável pelo mesmo fato, a defesa apresentada por um deles aproveitará a todos, mesmo ao revel, no que concerne às circunstâncias objetivas, e não aproveitará no tocante aos fundamentos de natureza exclusivamente pessoal.

4. Da violação do princípio constitucional da ampla defesa e da ausência de comprovação nos autos de que o recorrente agiu em conluio com a empresa contratada e de que esta fosse de fachada (peça 119, p. 3-16)

4.1. O Sr. Aduario Almeida, em preliminar, afirma que o acórdão recorrido pautou-se exclusivamente em elementos de informação extraídos dos autos do Inquérito Policial nº 411/09-SR/DPF/PB, mais precisamente, em evidências produzidas perante a autoridade policial, e por isso mesmo, não submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa (p. 3).

4.2. Assevera que primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, em processo que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda valer a prova, o que não teria ocorrido nos presentes autos (p. 3).

4.3. Aponta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual a prova emprestada é somente aquela trasladada e oriunda de outro processo judicial e, além disso, no processo em que foi produzida, há que se oportunizar à parte contra a qual a prova se dirige o exercício da ampla defesa, por meio do contraditório (p. 3).

4.4. Aduz ser evidente o prejuízo acarretado à defesa do recorrente, estando em jogo o exercício de seus direitos políticos, cuja plenitude deve ser assegurada de acordo com os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Afirma tratar-se de vício processual apontado pelo MPTCU, em seu parecer à peça 90 (p. 4-5).

4.5. Em arremate, assevera que como os elementos de informação utilizados pelo TCU não foram produzidos em sede de processo judicial, no qual fosse parte também o recorrente, há de ser reconhecida a natureza unilateral da prova, dada a impossibilidade de contradita-la, motivo pelo qual pugna pela anulação do acórdão guerreado (p. 5).

4.6. Argumenta que todos os atos de recebimento de valores, licitação, pagamento da primeira medição, atesto da segunda medição e execução da obra em terreno objeto de desapropriação por parte do Município, couberam ao seu antecessor, o Sr. Apolinário dos Anjos Neto, enquanto que ao recorrente coube, após a regularização das pendências sobre a propriedade do imóvel, a continuidade da execução da obra, culminando em sua efetiva conclusão. Ainda em sua gestão, a prestação de contas foi apresentada aos órgãos concedentes, sem quaisquer questionamentos (p. 5-6).

4.7. Conclui que não praticou qualquer ato de gestão relativo à licitação e/ou contratação que se alega ser fraudulenta (ambas ocorridas em 2007), já que sua ascensão à chefia do Executivo municipal se deu apenas em 1º/1/2009, e que todos atos por ele praticados restringiram-se ao legítimo exercício de suas atribuições, efetuando o repasse dos valores à empresa contratada, após a prévia fiscalização da Caixa e do engenheiro fiscal da Prefeitura atestando a execução da obra, seguindo à risca o previsto no Manual de Transferência de Recursos da União da Controladoria-Geral da União, conforme atestam os documentos juntados aos autos (p. 6-7).

4.8. Afirma ter sido precipitada a conclusão do acórdão recorrido, ao asseverar que o recorrente tinha conhecimento que a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. correspondia a uma empresa de fachada ou ainda que a Tomada de Preços 3/2007 foi fraudada e participou do esquema com o intuito de desviar recursos públicos (p. 7).

4.9. Assere que os elementos de que se utilizou o acórdão em suas razões de decidir não seriam suficientes para esse desiderato, a não ser por mera presunção, conjectura, suposição ou palpite, visto que a investigação do Ministério Público Federal sobre os fatos objeto da presente TCE resultou na propositura da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa de nº 0006945-11.2013.4.05.8200, que tramita em segredo de justiça perante 3ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, conforme peça 87 dos autos. Além disso, petição inicial do MPF aponta que a apuração não indicou a inexecução dos objetos dos convênios e contratos, mas a ocorrência de irregularidades que frustraram o caráter competitivo da licitação (p. 7-8).

4.10. Aponta que o recorrente não foi alçado à condição de réu ou responsável na referida ação, já que assumiu a Prefeitura em 2009, após a prática dos atos fraudulentos em 2007,

motivo pelo qual o acórdão recorrido obviou a necessária individualização das condutas, caracterizando verdadeira responsabilidade objetiva, inadmitida no ordenamento pátrio (p. 8).

4.11. Assevera estar comprometida a higidez do acórdão, visto não estarem comprovados os requisitos do art. 16, III, da Lei 8.443/1992, para reconhecer a irregularidade das contas, e que não tinha o recorrente como praticar conduta diversa, pois não havia justificativa para obstar o andamento de uma obra que aparentava regularidade (p. 8-9).

4.12. Aponta jurisprudência do TCU no sentido do afastamento da responsabilidade de ex-prefeito sucessor contra o qual não se identificou evidências de participação no esquema de fraude à licitação, nos autos do TC 002.652/2014-5 (p. 9-10).

4.13. Afirma inexistir no acórdão recorrido qualquer narrativa quanto à conduta volitiva atribuída ao recorrente, que demonstrasse o conluio entre este e o suposto responsável pela execução da obra, não havendo sequer a identificação desse suposto executor (p. 10).

4.14. Menciona o parecer do MPTCU no sentido da existência do nexo de causalidade entre os recursos federais e a obra construída, bem como trecho do Relatório de Demandas Especiais da CGU, datada de 2008, anterior à gestão do recorrente, e indene de menções a eventuais irregularidades na execução do empreendimento (p. 11-12).

4.15. Afirma que localizou 4 reclamações trabalhistas ajuizadas por funcionários da empresa Biana relativamente à obra objeto desta apuração, durante o período de fevereiro de 2010 a janeiro de 2011 (p. 12-13 e p. 23-67).

4.16. Prossegue, reproduzindo trechos do parecer do MPTCU à peça 90, para insistir que a atuação do recorrente não foi impulsionada por culpa grave ou má-fé, tampouco resultou em prejuízo ao erário (p. 13-14).

4.17. Argumenta que lhe foi atribuída responsabilidade objetiva, pautada unicamente no fato de ter exercido a chefia do Executivo municipal quando da conclusão da obra, em detrimento do princípio da presunção de inocência. Menciona julgado do TRF em que agentes públicos tiveram a responsabilidade afastada por inexistência de conluio, no âmbito da mesma 'Operação Transparência' (p. 14-15).

Análise

4.18. Aplicam-se ao Sr. Adaurio Almeida, de modo geral, as análises efetuadas em relação ao recorrente Apolinário das Neves no que se refere à utilização de prova emprestada nestes autos, sem prejuízo das considerações que se passa a tecer.

*4.19. Entretanto, de forma diversa do primeiro recorrente, o Sr. Adaurio não participou de qualquer ato relativo ao planejamento, orçamento, licitação ou contratação da empresa Biana Construções e Serviços Ltda., procedendo tão somente aos **pagamentos restantes** para conclusão do empreendimento, após as **vitorias procedidas pela Caixa** (peça 58, p. 44-46, peça 59, p. 4-5, 7 e 10 e peça 60, p. 37).*

4.20. Também inexistente qualquer menção ao nome do Sr. Adaurio Almeida no material colhido junto à Polícia Federal (peças 67-73, TC 005.937/2011-6, apenso), como também não o foi na petição inicial do Ministério Público Federal dirigida à Seção Judiciária Federal da Paraíba (peça 87 destes autos).

*4.21. Desse modo, se com relação ao primeiro recorrente restam dúvidas razoáveis quanto ao seu nível de participação em esquema fraudulento direcionado à contratação de suposta empresa de fachada, com relação ao segundo recorrente **a presunção de culpabilidade é ainda menor**, visto que foi arrolado aos autos simplesmente por dar continuidade ao contrato firmado por seu antecessor.*

*4.22. É de se presumir que o recorrente agiu amparado por **inexigibilidade de conduta diversa**, visto que aparentemente todas os requisitos previstos em lei para conclusão do empreendimento foram atendidos, culminando com a devida prestação de contas e aprovação final da Caixa e respectivo registro de aprovação no Siafi (peça 119, p. 21-22).*

4.23. Nesse sentido, vale fazer referência a julgado desta Corte (**Acórdão 448/2018-TCU-Plenário, relator Min. José Múcio Monteiro**) que se deparou com situação semelhante, em que as obras foram concluídas, mas não havia indícios suficientes a indicar que os serviços não teriam sido feitos pela empresa contratada, ou que o gestor médio que acompanhasse o contrato pudesse ter identificado irregularidades nesse sentido:

10. Apesar de reconhecer a presença de indícios de que a empresa participou de procedimentos licitatórios fraudulentos, além da prática de irregularidades de ordem tributária e administrativa, não consigo extrair das ocorrências mencionadas acima a conclusão pela inexistência da [empresa 1]. Primeiro, o fato de a empresa ter participado de licitações irregulares não lhe confere a qualidade de ser de fachada ou fantasma. Pode ser motivação para a aplicação da sanção de inidoneidade; mas daí a estar atestada a sua inexistência no mundo real vai enorme distância.

11. Também não creio que o baixo número de vínculos empregatícios possa indicar, por si só, ser a [empresa 1] de fachada. O fato de a empresa não possuir quadro de empregados suficiente para executar o serviço para o qual foi contratada não se constitui, no meu entendimento, prova cabal da sua inexistência, na medida em que ela pode se valer de contratos de prestação de serviços firmados com pessoas físicas; eventual irregularidade nessa relação se circunscreve ao âmbito do direito trabalhista e dessa maneira deve ser tratado.

4.24. Referido julgado deu origem ao seguinte Enunciado de jurisprudência sistematizada do TCU:

O fato de determinada empresa não possuir quadro de empregados suficiente para executar o serviço para o qual foi contratada não constitui, por si só, prova cabal da sua inexistência (empresa de fachada). (**Acórdão 448/2018-TCU-Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro**)

4.25. No âmbito desta Corte de contas, há também entendimento firmado do sentido de que não há que se imputar automaticamente responsabilidade aos gestores que afirmam desconhecer eventual conluio em licitação, com base unicamente em investigações da Polícia Federal:

Os gestores não devem responder por fatos relacionados a conluio em licitação, quando a apuração levar à conclusão de que desconheciam o contexto em que a irregularidade foi praticada, somente descoberta a partir de investigações da Polícia Federal. (**Acórdão 1.975/2013-TCU-Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer**)

4.26. Saliente-se que o recorrente juntou ao recurso cópia da prestação de contas (peça 120) cujas peças já constam do TC 005.937/2011-6 (apenso), e cópias de processos de reclamações trabalhistas de cinco funcionários da Empresa Biana Construções e Serviços Ltda. que **exerciam atividades na construção do Ginásio de Esportes**, (peça 119, p. 23-67), das quais se extraem os excertos a seguir:

‘O Reclamante prestava seus serviços na construção do Ginásio de Esportes do Município de Salgado de São Félix, localizado na entrada do referido Município e pertencente à segunda Reclamada. O horário de trabalho do Reclamante era de 07:00hs às 11:00hs e de 12:00hs às 16:00hs, com uma hora de intervalo para o almoço, de segunda-feira a sexta-feira. Aos sábados, o horário de trabalho era de 07:00hs às 11:00hs’. (Peça 119, p. 40)

‘O Reclamante foi admitido pela primeira Reclamada na função de servente de obra em 01º de fevereiro de 2010, a qual exerceu até o dia 31 de janeiro de 2011, data em que foi demitido indiretamente. O salário mensal do Reclamante foi avençado em R\$ 510,00 (quinhentos reais), isto é, um salário mínimo.

O Reclamante prestava seus serviços na construção do Ginásio de Esportes do Município de Salgado de São Félix, localizado na entrada do referido Município e pertencente à segunda Reclamada. O horário de trabalho do Reclamante era de 07:00hs às 11:00hs e de 12:00hs às

16:00hs, com uma hora de intervalo para o almoço, de segunda-feira a sexta-feira. Aos sábados, o horário de trabalho era de 07:00hs às 11:00hs'. (Peça 119, p. 50-51)

'O Reclamante foi admitido pela primeira Reclamada na função de servente de pedreiro em 01º de fevereiro de 2010, a qual exerceu até o dia 31 de janeiro de 2011, data em que foi demitido indiretamente. O salário mensal do Reclamante foi avençado em R\$ 510,00 (quinhentos reais), isto é, um salário mínimo.

Salgado de São Félix, localizado na entrada do referido Município e pertencente à segunda Reclamada. O horário de trabalho do Reclamante era de 07:00hs às 11:00hs e de 12:00hs às 16:00hs, com uma hora de intervalo para o almoço, de segunda-feira a sexta-feira. Aos sábados, o horário de trabalho era de 07:00hs às 11:00hs'. (Peça 119, p. 61-62)

4.27. Novamente, frise-se, a presente análise não se pronuncia sobre a ocorrência ou não de fraude à licitação, ou sobre a Empresa Biana Construções e Serviços Ltda. ter ou não participado de esquemas fraudulentos, na pessoa de seus sócios, mas tão somente conclui pela **ausência de fundamentação sólida e robusta para manter a responsabilização do Sr. Adaurio Almeida**, cuja documentação acostada aos autos apenas permite inferir que o gestor deu conclusão a uma obra vistoriada, avaliada do ponto de vista físico e financeiro, e em utilização pela comunidade de Salgado de São Félix/PB.

4.28. Por todo o exposto, diferentemente da situação do Sr. Apolinário dos Anjos Neto, propor-se-á conhecer do presente recurso de reconsideração e no mérito, dar-lhe provimento, para afastar as condenações impostas ao Sr. Adaurio Almeida, julgando-se suas contas regulares com ressalvas.

5. Da desproporcionalidade das sanções aplicadas ao recorrente (peça 100, p. 16-17)

5.1. O Sr. Adaurio Almeida aponta desproporcionalidade da aplicação das sanções, uma vez que (p. 16):

- 1) não houve omissão em prestar contas;
- 2) se houve qualquer ato ilegal, ilegítimo, fraudulento e/ou antieconômico, ele teria sido praticado pela gestão anterior;
- 3) não houve dano ao erário ou desfalque de recursos públicos;
- 4) a conduta irregular, se houve, foi inexpressiva e de baixa gravidade.

5.2. Diante da baixa gravidade da infração, inexistiria razão para lhe impor a sanção de inabilitação contida no item 9.8 do acórdão recorrido, bem como não haveria razão para imputação de multa no valor arbitrado, de R\$ 60.000,00, visto que o gestor simplesmente deu continuidade a uma obra orçada, licitada, contratada e iniciada na gestão anterior, só efetuando o repasse dos valores após prévia fiscalização da Caixa e do engenheiro fiscal da Prefeitura (p. 16).

5.3. Desse modo, requer o afastamento de sua responsabilidade, ou a mitigação da penalidade imposta, com o afastamento da sanção de inabilitação (p. 17). Junta aos autos cópia da prestação de contas do ajuste (peça 120).

Análise

5.4. Em razão do encaminhamento proposto na presente análise, deixamos de nos pronunciar acerca deste tópico recursal, considerando que o consectário lógico da proposta em relação a esse responsável será tornar sem efeito a multa que lhe foi aplicada.

CONCLUSÃO

6.1. Das análises anteriores, conclui-se que:

- a) o Sr. Apolinário dos Anjos Neto foi regularmente citado na fase externa da TCE, inexistindo violação da ampla defesa unicamente por sua citação tardia nos autos;
- b) há dívidas razoáveis acerca da condição de 'empresa fantasma' da Empresa Biana Construções e Serviços Ltda. ou que ela não tenha executado as obras de construção do Ginásio de Esportes de Salgado de São Félix/PB;

c) a condenação do ex-Prefeito Apolinário dos Anjos Neto e do ex-Prefeito Adaurio Almeida com base em provas indiciárias colhidas em inquérito policial, não submetidas ao contraditório na fase judicial e tampouco na fase externa da TCE, violam o princípio da ampla defesa;

d) inexistem evidências de participação direta ou indireta, do Sr. Adaurio Almeida, em esquema fraudulento de licitações envolvendo a Empresa Biana Construções e Serviços Ltda., para construção do Ginásio de Esportes de Salgado de São Félix/PB.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7.1. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Apolinário dos Anjos Neto e Adaurio Almeida, contra o Acórdão 374/2017-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 33, da Lei 8.443/1992, conhecer dos recursos e, no mérito:

a) dar provimento ao recurso do Sr. Apolinário dos Anjos Neto, para anular os itens 9.2 e respectivos subitens, que lhe digam respeito, retornando-se os autos ao Ministro Relator do recurso, para que avalie a conveniência de requerer à Justiça Federal na Paraíba ou ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, elementos de prova já submetidos ao contraditório, para juntada neste processo e posterior citação do responsável pela unidade de origem;

b) dar provimento ao recurso do Sr. Adaurio Almeida, julgando-se suas contas regulares com ressalvas;

c) estender a proposta da alínea 'a' aos demais responsáveis declarados revéis no presente processo;

d) dar ciência da deliberação que vier a ser prolatada aos responsáveis e interessados e à Procuradoria da República no Estado da Paraíba”.

2. O titular da Serur manifestou-se (peça 146) de acordo com a proposta do auditor, sugerindo, todavia, os seguintes ajustes:

“Relativamente a Apolinário dos Anjos Neto, embora se mostre pertinente a proposta constante do item 'a' de anulação do acórdão, devo ressaltar que, desde que esse encaminhamento seja acolhido pelo TCU, caberá, posteriormente, ao Relator original (e não o Relator do recurso) decidir a respeito das eventuais medidas saneadoras a serem adotadas.

Com relação a Adaurio Almeida, entendo que as contas sejam julgadas regulares, eis que nosso posicionamento é no sentido de que não se constataram irregularidades na gestão do recorrente que justifiquem ressalvá-las”.

3. O Ministério Público junto a este Tribunal discordou (peça 147) do encaminhamento sugerido pela Serur, ante as seguintes considerações:

“7. Os recursos interpostos essencialmente discutem duas questões. A primeira se relaciona à inexistência nos autos de elementos comprobatórios ou indiciários de que a Biana Construções e Serviços Ltda. seria uma empresa de fachada. Quanto a essa questão, o acórdão recorrido condenou os responsáveis com base em vários indícios reunidos pela Secex-PB, que conduziram à conclusão de que a referida empresa seria fictícia e, portanto, não teria executado a obra. Os indícios que, em conjunto, tiveram força probatória suficiente para embasar a condenação pelo Tribunal provieram das seguintes fontes: fiscalização realizada pela CGU, inquérito policial da 'Operação Transparência' e ação ajuizada pelo Ministério Público Federal.

8. A instrução da Serur contrapôs os indícios do acórdão condenatório com outros elementos que colocariam em dúvida a afirmação de que a Biana Construções e Serviços Ltda. não existiria de fato, a exemplo de cópias de reclamações trabalhistas relativas a funcionários da empresa, declaração da assessoria jurídica da prefeitura de que a empresa atendia à legislação para execução dos serviços, contrato entre a Biana Construções e Serviços Ltda. e empresa fornecedora da estrutura de cobertura do ginásio, guias de recolhimento da previdência social dos trabalhadores e de ISS, anotações de responsabilidade técnica junto ao

CREA/PB e relatórios de acompanhamento da Caixa atestando a execução física e financeira de 100% da obra. No sopesamento entre os elementos indiciários de que a contratada seria de fachada e os elementos que demonstrariam sua existência fática, a Serur acolheu o entendimento de que os recorrentes lograram demonstrar que a obra foi executada pela Biana Construções e Serviços Ltda.

9. Concorde-se com a argumentação da Serur quanto a essa primeira questão. Nesse ponto, inclusive, esta representante do Ministério Público de Contas já havia se manifestado no parecer prévio ao julgamento das contas (peça 90), quando afirmou que ‘não nos parece possível extrair do limitado suporte probatório existente nos autos elementos robustos ou outros indícios bastantes para alcançar as conclusões supra, no sentido de qualificar a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. como empresa ‘de fachada’ e, com isso, desconstituir toda a prestação de contas apresentada, consoante exporemos adiante’. Quanto ao mérito da TCE, ao final, o parecer concluiu que por não se vislumbrar ‘elementos concretos que levem à convicção de que a empresa Biana Construções e Serviços Ltda. é uma empresa fictícia, ‘fantasma’, ‘de fachada’ ou sem existência fática, consideramos que os diversos elementos constantes da prestação de contas denotam a execução integral do objeto da avença retro, inclusive com a vinculação dos recursos à empresa e à realização por ela da obra em questão’.

10. A segunda questão tratada no exame dos recursos se relaciona à violação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Quanto a essa questão, a instrução da Serur aduz que as provas emprestadas, que fundamentaram a decisão recorrida, não foram submetidas ao contraditório e à ampla defesa dos recorrentes na fase judicial, uma vez que derivadas de investigações conduzidas em inquérito policial, bem como de elementos que vieram aos autos a partir de denúncia do MPF e conclusões da CGU. A Serur colacionou entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que atestariam que a ampla defesa e o devido processo legal não foram observados no julgamento da presente tomada de contas especial.

11. Concorde-se uma vez mais com a Secretaria de Recursos. A questão também já havia sido levantada no parecer da peça 90, quando esta representante do Ministério Público de Contas sustentou sobressair dos autos ‘questão processual de singular relevância, qual seja, o aproveitamento pelo TCU da documentação probatória produzida unilateralmente pelo MPF e pela Polícia Federal, sem a submissão prévia ao contraditório e à ampla defesa’. Afirmou ainda, para corroborar, que ‘com relação aos interrogatórios e à análise da mídia extraída de equipamentos apreendidos pela Polícia Federal, parece-nos que a sua admissão sem prévia validação pelo Poder Judiciário e sem submissão anterior ao contraditório geraria uma situação de quebra de isonomia, com violação ao princípio da paridade de armas no processo’.

12. Observa-se, portanto, que na análise dos recursos interpostos, a Serur se socorreu de várias das conclusões contidas no parecer da peça 90 desta representante do Ministério Público de Contas, além dos elementos e exames adicionais que competentemente trouxe em sua instrução, para demonstrar tanto a existência de dúvida razoável de que a empresa contratada era mesmo de fachada e não teria executado a obra, quanto a violação da ampla defesa e do devido processo legal observada nos autos, que acabaram por prejudicar o direito de defesa dos recorrentes na etapa da deliberação recorrida. Ressalte-se que as razões recursais apresentadas pelos ex-prefeitos se coadunam com os argumentos do parecer ministerial à peça 90, de modo que as conclusões deste último permanecem válidas e contemporâneas.

13. Em que pese nosso alinhamento com os argumentos da Serur, que a fizeram concluir pela procedência dos recursos de reconsideração, entendemos que o encaminhamento da peça 144 deve ser diverso. A proposta da Unidade Técnica de retorno dos autos ao Relator do Recurso (ou Relator original, conforme defende o Secretário) para que avalie a conveniência de requerer à Justiça Federal na Paraíba ou ao Tribunal Regional Federal da 5.ª Região elementos de prova já submetidos ao contraditório, para juntada a este processo e posterior citação do responsável, não se revela a mais adequada. Entende-se que, com a anulação dos itens do

acórdão recorrido, o processo já se encontra em condições de ser arquivado. Se as provas no processo judicial, no futuro, constituírem elementos aptos a ensejarem a reapreciação das contas, poderá ser interposto recurso de revisão, fundamentado na superveniência de documentos novos que tenham eficácia sobre a prova produzida (art. 288, inciso III, do Regimento Interno/TCU).

14. Quanto à extensão da proposta de anulação para os demais responsáveis – Senhores Audy Lopes Fernandes, Adriano Ferreira de Melo, Fabiana dos Santos Ferreira, Raniere Pereira Dantas e Biana Construções e Serviços Ltda. –, entende-se, na linha da Unidade Técnica, com fundamento no art. 161 do Regimento Interno/TCU, que deve ser aproveitada em relação aos débitos (item 9.2 do acórdão recorrido), às multas (item 9.3), às sanções de inabilitação dos responsáveis (item 9.8) e à declaração de inidoneidade da contratada (item 9.9). Para os responsáveis acima (empresa e seus sócios), a solução mais adequada é sua exclusão da relação processual, tendo em vista a ausência de elementos probatórios ou indiciários que corroborem a conclusão de que a Biana Construções e Serviços Ltda. seria uma empresa de fachada, sem ter executado diretamente a obra.

15. Por todo o exposto, em linha de consonância com o parecer da peça 90, e com as devidas vênias à Unidade Técnica pela discordância em relação à sua proposta de encaminhamento, esta representante do Ministério Público de Contas propõe que seja dado provimento aos recursos interpostos pelos Senhores Apolinário dos Anjos Neto e Aduario Almeida, e ante ausência de falhas formais, julgadas suas contas regulares, dando-lhes quitação plena, excluídos da relação processual os Senhores Audy Lopes Fernandes, Adriano Ferreira de Melo, Fabiana dos Santos Ferreira, Raniere Pereira Dantas e Biana Construções e Serviços Ltda., e arquivado o processo”.

É o relatório.