



TC 005.750/2011-3

Tipo: Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Secretaria de Estado de Saúde de Sergipe (SES)

Recorrentes: Sergipe Parque Tecnológico - Sergipetec (CNPJ 06.938.508/0001-11), Fluxotech - Fluxo e Tecnologia Ltda. (CNPJ 05.135.932/0001-65), Estrela Marinha Informática Ltda. (CNPJ 03.928.362/0001-35) e Clara Raíssa de França Rocha e Lopes (CPF 500.709.324-68)

Advogados: Ludwig Oliveira Júnior (OAB/SE 5750), procuração à peça 159; Benedito Tadeu Ferreira da Silva (OAB/SP 82.735), procuração à peça 217; e Renatha Guilherme Carvalho Rocha (OAB/SE 4669), procuração à peça 167

Sumário: Tomada de Contas Especial instaurada mediante conversão de processo de auditoria (TC 014.045/2010-9). Irregularidades no Convênio 2.257/2008 e nos contratos celebrados com vistas à sua execução, tais como dispensa indevida de licitação, não realização de pesquisas de preços, projeto básico inadequado e impreciso e pagamento indevido por serviços não executados. Contas irregulares. Débito e multa. Recursos de Reconsideração. Conhecimento. Argumentos insuficientes para afastar as inexecuções dos contratos e a responsabilidade do gestor e das entidades contratadas. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Sergipe Parque Tecnológico - Sergipetec (peça 204), Fluxotech - Fluxo e Tecnologia Ltda. (peça 206), Estrela Marinha Informática Ltda. (peças 219 e 220) e Clara Raíssa de França Rocha e Lopes (peça 222) contra o Acórdão 6.671/2015-TCU-2ª Câmara (peça 178), que apresenta o seguinte teor, destacados os itens impugnados:

- 9.1. acolher as razões de justificativa de Mônica Sampaio de Carvalho, Rogério Carvalho Santos e Márcia Bassit Lameiro da Costa Mazzoli;
- 9.2. acolher as alegações de defesa de Rogério Carvalho Santos;
- 9.3. rejeitar as razões de justificativa de João Alves do Nascimento, Adriana Lea de Araújo Macedo Fraga, Lindemberg Oliveira de Araujo e Rogério Nascimento Lopes;
- 9.4. excluir da relação processual Ângela Maria de Souza e Marcus Dratovsky;

9.5. rejeitar as alegações de defesa de Rogério Nascimento Lopes e das empresas Estrela Marinha Informática Ltda., Chelminski Consultoria em Informática Ltda. e empresa Fluxotech – Fluxo e Tecnologia Ltda. e do Sergipe Parque Tecnológico;

9.6. julgar irregulares as contas de Rogério Nascimento Lopes, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e 19, caput, da Lei 8.443/1992;

9.7. condenar o espólio de Rogério Nascimento Lopes, ou, caso a partilha já tenha sido concluída, os seus herdeiros, no limite do valor do patrimônio transferido, solidariamente com as empresas Estrela Marinha Informática Ltda., Chelminski Consultoria em Informática Ltda., Fluxotech – Fluxo e Tecnologia Ltda. e Sergipe Parque Tecnológico, ao recolhimento das importâncias abaixo especificadas ao Fundo Nacional de Saúde, acrescidas de encargos legais a partir das datas mencionadas até a data do pagamento:

9.7.1. Responsáveis Solidários: espólio de Rogério Nascimento Lopes - Falecido (CPF 378.538.134-49), ou, caso a partilha já tenha sido concluída, os seus herdeiros, no limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal), Estrela Marinha Informática Ltda. (CNPJ 03.928.362/0001-35) e Sergipe Parque Tecnológico (CNPJ 06.938.508/0001-11):

Data de Ocorrência	Valor (R\$)
6/4/2009	180.000,00
1/9/2009	338.400,00
7/10/2009	189.480,00
1/9/2009	380.000,00

9.7.2. Responsáveis Solidários: espólio de Rogério Nascimento Lopes - Falecido (CPF 378.538.134-49), ou, caso a partilha já tenha sido concluída, os seus herdeiros, no limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal), Chelminski Consultoria em Informática Ltda. (CNPJ 04.832.908/0001-12) e Sergipe Parque Tecnológico (CNPJ 06.938.508/0001-11):

Data de Ocorrência	Valor (R\$)
1/9/2009	111.500,00

9.7.3. Responsáveis Solidários: espólio de Rogério Nascimento Lopes - Falecido (CPF 378.538.134-49), ou, caso a partilha já tenha sido concluída, os seus herdeiros, no limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal), Fluxo Tech - Fluxo e Tecnologia Ltda. (CNPJ 05.135.932/0001-65) e Sergipe Parque Tecnológico (CNPJ 06.938.508/0001-11):

Data de Ocorrência	Valor (R\$)
26/6/2009	150.000,00

9.8. aplicar as multas a seguir relacionadas, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992, a serem recolhidas ao Tesouro Nacional, com incidência de encargos legais, calculados da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado:

9.8.1. Estrela Marinha Informática Ltda., R\$ 109.000,00 (cento e nove mil reais);

9.8.2. Chelminski Consultoria em Informática Ltda., R\$ 12.000,00 (doze mil reais);

9.8.3. Fluxo Tech - Fluxo e Tecnologia Ltda., R\$ 15.000,00 (quinze mil reais);

9.8.4. Sergipe Parque Tecnológico, R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais);

9.9. aplicar as multas abaixo relacionadas, fundamentadas no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, a serem recolhidas ao Tesouro Nacional, com incidência de encargos legais, calculados da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado:

9.9.1. João Alves do Nascimento, R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

9.9.2. Adriana Lea de Araujo Macedo Fraga, R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

9.9.3. Lindemberg Oliveira de Araujo, R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);



9.10. fixar prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das dívidas acima imputadas, com fundamento no art. 23, inciso III, da Lei 8.443/1992;

9.11. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação, na forma do art. 28, inciso II, da Lei 8443/1992;

9.12. autorizar, com fundamento no art. 26 da Lei 8443/1992 c/c art. 217 do Regimento Interno, o pagamento das dívidas em até trinta e seis parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelo responsável antes do envio do processo para cobrança judicial;

9.13. fixar o vencimento da primeira parcela em quinze dias a contar do recebimento da notificação e o das demais a cada trinta dias, com incidência de encargos legais sobre o valor de cada parcela, na forma do art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno;

9.14. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;

9.15. determinar ao Fundo Nacional de Saúde que anule o Convênio 2.257/2008 (Siafi 645269), celebrado com a Secretaria de Estado da Saúde de Sergipe, providenciando a restituição do saldo financeiro da conta específica do convênio (Banco do Brasil, Agência 3611-0, C/C 5928-5), para a conta do Fundo Nacional de Saúde, comprovando as medidas adotadas junto à Secretaria de Controle Externo do TCU em Sergipe (Secex-SE), no prazo de noventa dias a partir do recebimento desta determinação;

9.16. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Sergipe, conforme determina o art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU.

HISTÓRICO

2. Tratam os autos de Tomada de Contas Especial autuada por força do Acórdão 147/2011-TCU-Plenário, mediante conversão de processo de auditoria, TC 014.045/2010-9, que apontou irregularidades na execução do Convênio 2.257/2008 (Siafi 645269). Esse ajuste foi celebrado entre a União, por intermédio do Ministério da Saúde (concedente) e o Fundo Estadual de Saúde de Sergipe, por intermédio da Secretaria Estadual de Saúde (conveniente), em 31/12/2008, para “customização de ferramenta à gestão pública e ao sistema do cartão nacional de saúde – programa mais saúde (peça 251). Os recursos para implementação do objeto foram orçados em R\$ 8.000.000, dos quais R\$ 730.000,00 seriam referentes à contrapartida do ente estadual.

2.1. Para a execução do objeto conveniado, o Estado de Sergipe, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde de Sergipe (SES), celebrou, por dispensa de licitação, o Contrato 157/2008 com o Sergipe Parque Tecnológico (Sergipetec), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificado como Organização Social (peça 250). Para a consecução do Contrato 157/2008, foram subcontratadas, pelo Sergipetec, diversas empresas de tecnologia da informação, entre elas a Estrela Marinha e a Fluxotech, ora recorrentes.

2.2. A auditoria realizada nos autos do TC 014.045/2010-9 identificou as seguintes irregularidades no Convênio 2.257/2008 e nos contratos celebrados com vistas à sua execução: a) assinatura do Convênio 2.257/2008 sem a descrição suficiente do plano de trabalho; b) utilização de programa de trabalho inadequado para a celebração do convênio; c) contratação do Sergipetec por dispensa indevida de licitação (Contrato 157/2008); d) não atendimento às solicitações de auditoria no prazo estipulado e sem a apresentação de justificativas, mesmo após a expedição de ofícios de reiteração; e) não realização de pesquisas de preços praticados no mercado que pudessem embasar a celebração, por dispensa de licitação, do Contrato 157/2008; f) projeto básico inadequado e impreciso



para a celebração do Contrato 157/2008; g) inclusão de custos de viagens no preço da contratação, contrariando a jurisprudência desta Corte de Contas e indo de encontro à intenção da SES/SE de fomentar empresas locais de tecnologia da informação; h) pagamento indevido de serviços e/ou fornecimentos contratados, mas não executados.

2.3. Realizadas audiência e citação dos responsáveis, o Relator *a quo* acolheu as defesas apresentadas em relação as irregularidades descritas nas alíneas “a” e “b” (itens 24 e 25 do voto condutor do acórdão recorrido, peça 179, p. 3), não acatando os argumentos relativos às demais irregularidades, especificadas nas alíneas “c” a “h”.

2.4. Com base nesses elementos, o Tribunal proferiu o Acórdão 6.671/2015-TCU-2ª Câmara, mediante o qual julgou irregulares as contas de Rogério Nascimento Lopes, condenando-o, solidariamente com as empresas Estrela Marinha Informática Ltda., Chelminski Consultoria em Informática Ltda., Fluxotech e Sergipetec, ao ressarcimento dos débitos apurados e ao pagamento da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92. Aplicou, ainda, a João Alves do Nascimento, Adriana Lea de Araujo Macedo Fraga e Lindemberg Oliveira de Araujo a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

2.5. Inconformados com a decisão, Sergipetec, Fluxotech, Estrela Marinha Informática Ltda. e Clara Raíssa de França Rocha e Lopes (representante do espólio de Rogério Nascimento Lopes) interpuseram recursos de reconsideração, objetos do presente exame. Também interpuseram recurso de reconsideração Lindemberg Oliveira de Araujo, João Alves do Nascimento e Adriana Lea de Araujo Macedo Fraga, não conhecidos por restarem intempestivos e não apresentarem fatos novos (peça 247, p. 2).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 224-227, 239 e 243), acolhido pelo Relator, Ministro Augusto Nardes (despacho de peça 247), que conheceu dos recursos interpostos por Sergipe Parque Tecnológico - Sergipetec, Fluxotech - Fluxo e Tecnologia Ltda., Estrela Marinha Informática Ltda. e Clara Raíssa de França Rocha e Lopes, suspendendo os efeitos dos itens 9.6, 9.7, 9.8.3, 9.8.4, 9.10 e 9.11 do acórdão recorrido. Ressalta-se que o recurso interposto pela Estrela Marinha foi conhecido pelo Relator sem a atribuição de efeitos suspensivos.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. O presente recurso tem por objeto examinar:

- a) Se o Sergipetec possui legitimidade para figurar no polo passivo da TCE;
- b) Se o Sergipetec deve ser responsabilizado pelo dano decorrente dos pagamentos por serviços não executados no Contrato 157/2008;
- c) Se a conduta dos administradores do Sergipetec estava amparada por cláusula contratual e pela boa-fê;
- d) Se houve a comprovação da prestação dos serviços previstos no Contrato 06/2009, celebrado entre o Sergipetec e a Fluxotech;

e) Se houve a inversão do ônus de prova quanto à execução dos serviços previstos no Contrato 06/2009, celebrado entre o Sergipetec e a Fluxotech;

f) Se a existência de ação de improbidade administrativa, em que são abordados os mesmos fatos apurados pelo TCU, acarreta a perda de objeto da TCE;

g) Se a Estrela Marinha deve ser responsabilizada pelo débito que lhe foi imputado; e

h) Se a alegação de falta de conhecimento ou acesso a documentos e provas permite afastar a condenação do gestor pelo ressarcimento ao erário.

5. Da ilegitimidade passiva do Sergipetec (peça 204, p. 9-12)

5.1. O Sergipe Parque Tecnológico (Sergipetec) sustenta que não deveria figurar no polo passivo dessa TCE, visto não ter sido apontado no relatório da auditoria como responsável. Após discorrer sobre as condições da ação, instituto do processo civil, conclui pela “total e inquestionável ilegitimidade passiva da defendente”.

Análise:

5.2. A tese do recorrente acerca da ilegitimidade para a causa não merece prosperar.

5.3. De fato, no processo civil, para que haja o pronunciamento sobre o mérito da causa, além de satisfeitos os pressupostos processuais, devem estar presentes as condições da ação: legitimidade e interesse de agir.

5.4. Ocorre que, apesar de o direito de ação não estar vinculado à sentença favorável, como propõe a teoria concreta, não é completamente independente do direito material, como formulado pela teoria abstrata. Para surgir o direito ação, ou seja, para que haja uma sentença de mérito, faz-se necessário o preenchimento de certos requisitos, denominados de condições da ação, os quais possibilitam ao juiz a análise da pretensão do autor. Trata-se, assim, de uma análise da viabilidade da pretensão posta em juízo, no qual se verifica a presença dos requisitos para o provimento final, mediante o cotejo preliminar entre a pretensão de direito material deduzida e o quadro jurídico enunciado pela parte na propositura da demanda. Não havendo tais requisitos, decreta-se a carência da ação, conduzindo à extinção do processo sem resolução do mérito.

5.5. O processo de controle externo, por sua vez, apresenta características próprias, distintas do processo civil, bem como normas específicas que o regulamentam: Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) e Regimento Interno do TCU (RI/TCU). Nele, não há uma lide propriamente dita, tampouco há a relação angular existente entre o juiz e as partes (autor e réu), razão pela qual a aplicação do CPC ocorre apenas de forma subsidiária, conforme aponta o enunciado 103 das Súmulas de Jurisprudência, a seguir transcrito: na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil.

5.6. Nos termos do art. 144 do RI/TCU, são partes no processo de tomada de contas especial o responsável e o interessado. O responsável é aquele que figura no processo em razão da prática de atos de gestão de recursos federais ou de conduta que tenha causado lesão ao erário (Resolução TCU 36/1995, art. 2º, § 1º).

5.7. No caso em análise, inicialmente não foi proposta a citação do recorrente, pois ele não foi relacionado como responsável no relatório de fiscalização. No entanto, acatando entendimento do Ministério Público, sob o fundamento de que a execução da avença entre a SES/SE e o Sergipetec foi praticamente nula (peça 104, p. 3), o Relator *a quo* determinou o chamamento da entidade para que apresentasse defesa, no despacho de peça 105.

5.8. Ressalta-se que o Relator tem, nos termos do art. 11 da Lei 8.443/92, amplos poderes para proceder à citação dos responsáveis, não sendo pressuposto, para tanto, a menção destes em relatório prévio de auditoria, como sustentado pelo recorrente.

5.9. A par do exposto, observa-se que o procedimento adotado em relação à citação do recorrente foi regular, devidamente amparada pelas normas processuais desta Corte de Contas, não havendo que se falar, portanto, em ausência de legitimidade do recorrente.

6. Da responsabilidade do Sergipetec pelo dano (peça 204, p. 18-24)

6.1. O Sergipetec alega que não há como ser responsabilizado pelo dano ao erário, com base nos seguintes argumentos:

- a) Não há prova nos autos que demonstre ter sido beneficiado dos recursos;
- b) O dever de prestar contas não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens e valores públicos e, embora o convênio seja celebrado entre pessoas jurídicas, a responsabilização em caso de dano deve recair sobre a pessoa física gestora dos recursos;
- c) Nos termos do art. 3º da Decisão Normativa TCU 57/2004, a responsabilização da pessoa jurídica somente seria possível na hipótese de restar comprovado que ela se beneficiou da utilização irregular dos recursos;
- d) O fundamento da responsabilização é o enriquecimento sem causa;
- e) A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes.

Análise:

6.2. A irrisignação do recorrente quanto à responsabilização pelo dano apurado nos autos não merece prosperar.

6.3. A responsabilidade civil, dever jurídico sucessivo, surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Ela pode advir da transgressão de obrigações previstas em negócios jurídicos (ilícito contratual) ou da infringência de um preceito geral de direito (ilícito extracontratual). A partir dessas duas diferentes fontes, identifica-se a espécie de responsabilidade, contratual ou extracontratual, respectivamente.

6.4. No caso em análise, o Estado de Sergipe, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde de Sergipe (SES), visando à execução do Convênio 2.257/2008, celebrou o Contrato 157/2008 com o Sergipetec, para a prestação de serviços de manutenção, suporte, adaptação, desenvolvimento de novos módulos e implementação de melhorias em programa de informática, abrangendo, ainda, a integração deste sistema central a outros módulos (peça 250, p. 1).

6.5. Segundo apontou a auditoria, para a consecução do objeto pactuado, foram subcontratadas, pelo Sergipetec, diversas empresas de tecnologia da informação, as quais receberam recursos provenientes do convênio sem haver a contraprestação dos serviços previstos. A unidade técnica *a quo* verificou que, em diversos casos, foram apresentados, pelas subcontratadas, relatórios formados a partir de cópias de trechos obtidos de sites da internet, tal como Wikipédia, ou mesmo contendo trechos desconexos, indicativo de montagem a partir da junção de outros textos igualmente copiados (peça 2, p. 18- 23).

6.6. Nesse contexto, os auditores responsáveis pela fiscalização entenderam que houve a inexecução do Contrato 157/2008, fato que fundamentou a irregularidade ora em exame, relativa a pagamentos por serviços não realizados, conforme se observa da conclusão exposta no Relatório de Fiscalização (peça 2, p. 23):

A Equipe entendeu que a maioria dos pagamentos realizados foram indevidos, sobretudo pelas evidências encontradas, estas concernentes a pagamentos de contratos com apenas 3 dias em que o mesmo fora assinado, produto do objeto dos contratos sendo meras cópias de documentos colhidos na internet e sem remissão aos mesmos, apropriados como se fosse de autoria da empresa contratada, inclusive documentos nada relacionados ao objeto do contrato.

Os indícios de irregularidades relatados denotam não apenas a ocorrência de fraudes na execução do Contrato, mas também de crimes penalmente tipificados no Código Penal e previstos na Lei de Licitações.

6.7. Do exposto, verifica-se que a responsabilidade do recorrente é a contratual, pois deriva do inadimplemento do ajuste firmado com a SES, pago com recursos provenientes do Convênio 2.257/2008.

6.8. Nessa espécie de responsabilidade, o dever de recompor o dano decorre da violação de uma relação obrigacional preexistente, estabelecida pelas partes. Assim, obrigando-se o contratado a atingir determinada finalidade, responde pelo seu descumprimento, caso inadimplente. Esse dever de ressarcimento é previsto tanto no Código Civil quanto na Lei 8.666/93:

Código Civil, art. 389

Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Lei 8.666/93, art. 66

O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial

6.9. Cabe ao TCU, portanto, para a responsabilização do contratado, demonstrar tão somente o inadimplemento do contrato e o dano dele decorrente, elementos presentes no caso em análise, conforme exposto nos itens precedentes desse exame. Por outro lado, cabe à contratada, para se desobrigar ao ressarcimento, refutar a própria existência dano ou apresentar uma excludente de responsabilidade, como a culpa exclusiva do contratante, situação não verificada nas presentes razões recursais.

6.10. O entendimento exposto encontra respaldo na doutrina, conforme aponta Cavalieri Filho, para quem, na responsabilidade contratual, a culpa, de regra, é presumida. Opera-se, assim, a inversão do ônus probatório: cabe ao credor demonstrar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, incumbindo ao devedor afastar a sua culpa e demonstrar a existência de uma causa diversa que frustrou o resultado comprometido.

6.11. No caso em exame, o inadimplemento não foi impugnado, mas sim reconhecido pelo próprio recorrente. Ademais, conforme apontou o Ministério Público, no parecer de peça 177, foram verificados indícios de falsidade na elaboração de relatórios de atividades por parte dos gestores do Sergipetec, os quais possibilitaram os pagamentos sem a contraprestação dos serviços pelas subcontratadas. Nesse sentido, ressaltou o *Parquet*:

(...) os elementos constantes dos autos indicam que funcionários da organização social, que estavam diretamente envolvidos na execução do convênio, agiram com a intenção deliberada de autorizar pagamentos por serviços não realizados, concorrendo diretamente para o dano ao erário.

6.12. A responsabilidade do recorrente também foi analisada pelo Relator *a quo*, Ministro Vital do Rêgo, no item 36 do voto condutor da deliberação recorrida (peça 179, p. 4):

36. Não se pode olvidar que a referida empresa deu causa ao dano ora apurado, não somente por haver ela própria escolhido as empresas que executariam o serviço que originalmente deveria ter

sido por ela mesma realizado, como também por haver encaminhado à Secretaria Estadual de Saúde relatórios que davam notícia da execução de serviços não implementados.

6.13. Do exposto, verifica-se que os fatos, bem como as justificativas apresentadas nas razões recursais, demonstram tão somente a falta de diligência e cautela por parte do recorrente em acompanhar a execução dos contratos, dando ensejo a pagamentos por produtos e serviços não executados.

6.14. Assim, tendo em vista que os recursos utilizados para o pagamento dessas subcontratadas foram provenientes do convênio e em face da constatação de que não houve a devida contraprestação dos serviços previstos no contrato, verificam-se presentes os pressupostos para a responsabilização do recorrente.

6.15. Adicionalmente à alegação de que não poderia ser responsabilizado pelo dano, o recorrente apresenta questões quanto ao dever de prestar contas e à possibilidade de responsabilização da pessoa física gestora dos recursos.

6.16. Para a correta identificação dos responsáveis pela prestação de contas e pelo dano apurado, cumpre distinguir os efeitos decorrentes do tipo de vínculo jurídico estabelecido entre a pessoa jurídica e a administração pública: convênio ou contrato.

6.17. No tocante aos **convênios**, o TCU, a partir do julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pelo Ministério Público no processo TC 006.310/2006-0, firmou o entendimento de que, caso a pessoa jurídica e seus administradores, na execução de avença celebrada com o poder público federal com vistas à realização de uma finalidade pública, deem causa a dano ao erário, **incide sobre ambos a responsabilidade solidária pelo dano**.

6.18. Esse entendimento, posteriormente, foi convertido na Súmula TCU 286, nos seguintes termos:

A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos.

6.19. A responsabilização da **pessoa jurídica**, nesses casos, decorre da própria personalização e do conseqüente reconhecimento da entidade como sujeito de direito, sendo ela dotada de titularidade obrigacional e responsabilidade patrimonial. A titularidade obrigacional significa que quem participa da relação é a pessoa jurídica, como credora ou devedora. Por responsabilidade patrimonial, ressalta-se a autonomia dos bens da pessoa jurídica, os quais, em regra, respondem pelas obrigações desta.

6.20. Nesse sentido, assim se manifestou o *Parquet* nos autos do TC 006.310/2006-0:

Diga-se que o dever de indenizar em foco não se refere à responsabilidade por ato de terceiro de que trata o art. 932, II, do Código Civil, de onde se extrai que o empregador é civilmente responsável pelos atos de seus ‘empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele’. O preceito não se aplica à situação que ora se examina porque a responsabilidade da pessoa jurídica por ato de seu órgão de representação decorre de ato próprio, e não ato de terceiro. **Ora, quando o administrador, nos limites dos poderes estatutários, veicula o querer da pessoa jurídica perante terceiros, é a própria entidade que está se obrigando. Assim, a responsabilidade pela inobservância de algum dever para com terceiros por parte da direção da pessoa jurídica há de ser encarada como infração (contratual ou extracontratual) da entidade, agindo por meio de seus órgãos, e não por meio de pessoas que lhe estejam subordinadas, tal como os seus empregados.** De todo modo, caberá à pessoa jurídica, se assim julgar conveniente, ajuizar eventuais ações regressivas contra os dirigentes (‘presentantes’) que cometeram irregularidades no exercício de suas atribuições, causando-lhe prejuízo.

(...)

Com base nas considerações aqui postas sobre autonomia da pessoa jurídica, pode-se afirmar que a pessoa jurídica de direito privado, que se vincula com o poder público, mediante instrumento jurídico próprio, a exemplo do que se verifica nos convênios, responde pelos compromissos pactuados, sobretudo pelo dever de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos que recebeu para a consecução de atividade de interesse social. Entender em sentido contrário, ou seja, que a pessoa jurídica não responde pelos compromissos que assumiu significaria dispensar ao poder público posição jurídica inferior àquela que qualquer particular exerceria se figurasse numa relação jurídica com a referida entidade conveniada. (destacou-se)

6.21. Já a responsabilidade dos **administradores** da entidade decorre do fato de que, na relação jurídica convenial, há uma comunhão de interesses e os recursos são transferidos para a consecução de uma finalidade pública. Nessas hipóteses, com a transferência para a entidade conveniente, não há alteração da natureza dos recursos, os quais permanecem públicos. O administrador da entidade conveniente passa, então, a administrar recursos públicos, razão pela qual é considerado gestor em sentido amplo. Existindo, portanto, a gestão de recursos públicos, há a obrigatoriedade pessoal, estabelecida por norma, de prestar contas e, conseqüentemente, a responsabilidade do gestor que não demonstra a correta aplicação dos recursos e causa prejuízo ao erário.

6.22. Por oportuno, transcreve-se mais uma vez trecho do parecer do Ministério Público, exarado nos autos do TC 006.310/2006-0, o qual corrobora o entendimento posto:

E sobre esse ponto, a jurisprudência do TCU é pacífica. Como ressaltado por Vossa Excelência no voto condutor do Acórdão 1.693/2003 – Plenário, **se o ‘vínculo tem sua origem em um convênio, o laço jurídico envolve o executor do convênio na condição de pessoa física, a qual passa a ser considerada um agente público, figura ampla que abarca inclusive o particular que colabora com o Estado’, acarretando a sua responsabilização, ‘sem embargo de surgir a responsabilidade da pessoa jurídica conveniente’.**

Na situação peculiar em que o Estado transfere recursos públicos para uma entidade privada, para a consecução de uma finalidade pública, **a situação do administrador equipara-se ao do agente público, em face do múnus público que recebe.**

Conforme já aqui sustentado, quando se considera a gestão de recursos públicos no âmbito da pessoa jurídica de direito privado, **é indiscutível que são as decisões das pessoas naturais administradoras da entidade privada que de fato determinam a destinação a ser dada àqueles recursos públicos. Ora, isso também faz dos administradores da pessoa jurídica gestores públicos e, como tais, obrigados, pessoalmente, a comprovar, mediante prestação de contas, a regular aplicação dos recursos públicos que estiveram dispostos à mercê de suas decisões.** E se assim é, então também recai, sobre aqueles administradores, a presunção ‘iuris tantum’ de terem dado causa a dano ao erário eventualmente ocorrido em suas gestões.

Se entidade e administrador estão coobrigados na prestação de contas dos recursos públicos, o prejuízo ao Erário decorrente do manejo irregular de tais valores deve ser a eles atribuído. (destacou-se)

6.23. Por outro lado, quando o vínculo jurídico entre a administração pública e a pessoa jurídica resulta de um **contrato**, o entendimento desta Corte de Contas é no sentido de que a responsabilidade é prioritariamente da **pessoa jurídica contratada.**

6.24. Nessas hipóteses, não há, em regra, a responsabilização dos administradores da entidade contratada, pois, na relação jurídica contratual estabelecida com a administração pública, os interesses são contrapostos e os recursos não são transferidos em razão da consecução de uma finalidade comum, mas sim como contraprestação pecuniária em decorrência do cumprimento de uma obrigação assumida pela parte contratada (prestação de serviço, fornecimento etc.). Ou seja, os recursos passam a



incorporar o patrimônio da pessoa jurídica, não havendo, portanto, gestão de recursos públicos nem, por consequência, a existência de contas.

6.25. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência desse Tribunal, conforme se observa do Voto condutor do Acórdão 3.455/2015-1ª Câmara:

Ao contrário dos casos em que a entidade de direito privado assume a gestão de recursos transferidos, situação em que o administrador que firma o ajuste também responde pela prestação de contas dos recursos, **nos casos em que a relação entre a administração e a entidade privada é contratual que m responde perante a administração é tão somente a pessoa jurídica, não os seus administradores.**

Nos casos em que a empresa contratada houver concorrido para o cometimento do dano, como supostamente verificado nestes autos, os administradores somente podem responder pelo dano ao Erário se houver a desconsideração da personalidade jurídica, quando então é possível estender aos sócios determinadas obrigações que seriam da entidade.

A desconsideração da personalidade jurídica depende, porém, da existência de abuso da personalidade jurídica por parte de sócios ou administradores da empresa responsável pelo dano, o que deve ser objeto de deliberação do órgão colegiado após a instauração do devido contraditório. (destacou-se)

6.26. Como o caso em exame versa sobre contrato celebrado entre o Sergipetec e a administração estadual, o Relator *a quo*, em consonância com a jurisprudência desta Corte de Contas, responsabilizou o recorrente, pessoa jurídica, pelo débito apurado nos autos, e não os seus administradores, conforme exposto no voto condutor do acórdão recorrido (peça 179, p. 5):

40. No caso concreto, a Sergipetec foi contratada pela Secretaria de Estado da Saúde de Sergipe para a execução da avença. **Nessa circunstância, em regra geral, a responsabilidade da pessoa jurídica sem fins lucrativos contratada pelo ente público conveniente não recai igualmente em seu dirigente ou, no caso, em seus diretores.** Tal entendimento já foi explicitado por este Tribunal, conforme Acórdãos 1.310/2014-TCU-Plenário e 3.455/2015-1ª Câmara.

41. Em se tratando de relação contratual, não há que se falar em gestão de recursos públicos, a justificar a proposta em questão.

42. Dessa forma, excludo da presente relação processual os diretores Marcus Dratovsky e Ângela Maria de Souza. (destacou-se)

6.27. Não há, portanto, nesta decisão, incorreção que justifique sua alteração. Tampouco há motivos para afastar o juízo proferido por essa Corte de Contas com base nos demais argumentos apresentados, relativos à ausência de provas que demonstrem ter sido o recorrente beneficiado dos recursos e à aplicação, ao caso, da Decisão Normativa TCU 57/2004.

6.28. Quanto à alegação de inoccorrência de beneficiamento da entidade ou enriquecimento sem causa, esses elementos não são pressupostos ou fundamentos para a responsabilização pelo dano ao erário. Mesmo em hipóteses nas quais a entidade não tenha tido proveito econômico, caso reste comprovado que ela deu causa ao dano por meio de ilícito culposos de seus administradores, como na situação em exame, haverá a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. Inclusive, se adotada a tese do beneficiamento próprio da irregularidade como pressuposto para responsabilização, não haveria como imputar débito solidário ao agente público no caso de pagamento superfaturado, hipótese expressamente prevista no § 6º do art. 209 do RI/TCU.

6.29. Com relação à Decisão Normativa TCU 57/2004, cumpre esclarecer que essa norma disciplina a relação jurídica estabelecida entre entes federativos, situação distinta da analisada nos autos, razão pela qual não há de ser aplicada ao caso.

6.30. A par desses argumentos, não merecem prosperar as alegações do recorrente quanto à sua responsabilização.

7. Da estrita observância do Contrato 157/2008 e da boa-fé (peça 204, p. 12-18)

7.1. O Sergipetec afirma que o contrato o obrigava a executar o objeto mediante a contratação de pessoas físicas e jurídicas indicadas pelo contratante, e não escolhidas por ele, contratado (cláusula nona do Contrato 157/2008).

7.2. Com base nesse argumento, sustenta ter agido com boa-fé, utilizando a acepção subjetiva da cláusula geral, e em consonância com o princípio da força obrigatória dos contratos.

7.3. Alega não ter agido com a intenção de tirar proveito econômico em detrimento da coletividade ou com o propósito de locupletar-se às custas do erário.

7.4. Informa que, decorrido quase um ano do início da execução da avença, contratou um especialista em métricas e melhoria de processos de software, o qual constatou que “muito pouco ou quase nada havia sido feito”. A partir dessa informação, afirma que suspendeu imediatamente os pagamentos dos contratados. Ademais, alega ter realizado os pagamentos, até então, pois “acreditava que os relatórios técnicos apresentados realmente refletiam a realidade”.

Análise:

7.5. Não assiste razão ao recorrente.

7.6. Não há como extrair, a partir da interpretação das cláusulas contratuais, o entendimento proposto, segundo o qual o Sergipetec estaria obrigado a executar o objeto avençado mediante a contratação de pessoas indicadas pelo contratante, e não escolhidas por ele. Não é isso que está expresso na cláusula nona do ajuste celebrado. O dispositivo mencionado pelo recorrente aponta em sentido oposto ao defendido, dispondo, inclusive, sobre a responsabilidade da contratada pelos danos, falhas e demais fatos que prejudicassem a execução do contrato, conforme se observa a seguir (peça 250, p. 5):

CLAUSULA NONA: DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA E RESPONSABILIDADES DA CONTRATANTE

A CONTRATADA obriga-se a:

(...)

9.4 Executar os serviços contratados através de pessoas físicas ou jurídicas identificadas, qualificadas, aptas e idôneas, **assumindo total responsabilidade por quaisquer danos, falhas, acidentes ou perdas que as mesmas venham a sofrer ou cometer**, a CONTRATANTE e/ou a terceiros, no desempenho de suas funções, durante ou decorrentes da execução do objeto do presente Contrato (destacou-se)

7.7. Tampouco socorre ao recorrente a alegação de ter agido de boa-fé, ao realizar os pagamentos por acreditar que os relatórios técnicos apresentados pelas subcontratadas refletiam a verdade.

7.8. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que adota-se, no TCU, a acepção objetiva da boa-fé, e não a subjetiva, mencionada pelo recorrente. Em síntese, a **boa-fé subjetiva** consiste no **fato** de alguém acreditar que está agindo licitamente, ou seja, na crença de que o comportamento adotado está em conformidade com o Direito. Já a **boa-fé objetiva** consiste no **princípio** segundo o qual os comportamentos humanos devem estar em conformidade com o padrão ético de conduta, conceito relacionado às noções de correição, lealdade e honestidade que as pessoas devam empregar nas



relações sociais. Trata-se, portanto, do exame do procedimento correto, não se questionando os motivos ou a intenção do agente, tal como na boa-fé subjetiva.

7.9. Em segundo lugar, nos processos de controle externo, a presença da boa-fé objetiva (padrões de lealdade, de confiança, de respeito a legítimas expectativas) não acarreta a desnecessidade de reparar o dano causado. Nesse sentido, é evidente o art. 12 da Lei 8.443/1992, ao estabelecer que, se reconhecida a boa-fé, a reparação do dano – que ainda assim será necessária – apenas eliminará certos gravames: os juros de mora e um possível julgamento pela irregularidade das contas.

7.10. Esse preceito, regulamentado pelo art. 202 do Regimento Interno do TCU, estabelece, como prerrogativa a quem deu causa ao dano, prazo improrrogável para liquidação do débito atualizado monetariamente (sem a incidência de juros de mora), hipótese em que as contas serão julgadas regulares com ressalva. São requisitos necessários para tanto, a ocorrência de boa-fé e a inexistência de outra irregularidade nas contas.

7.11. A concessão desses benefícios exige, portanto, a valoração da conduta, sendo deferido apenas ao agente que, não obstante o dever de indenizar, tenha atuado com lealdade, sem ferir expectativas legítimas ou sem abusar dos direitos de que dispunha. Como dito, trata-se, aqui, da boa-fé na sua acepção objetiva, também denominada de normativa, relacionada a um modelo objetivo de conduta social, fundado na honestidade, na lealdade e na probidade.

7.12. No caso concreto, o dever de indenizar o erário decorreu da realização de pagamentos sem a devida contraprestação dos serviços previstos, somados aos indícios de falsidade na elaboração de relatórios de atividades por parte dos gestores do Sergipetec, os quais possibilitaram os pagamentos indevidos.

7.13. Essa constatação contradiz o argumento apresentado, segundo o qual o recorrente teria agido de boa-fé e em obediência ao princípio da força obrigatória dos contratos. Quem assim age, não atua segundo os cânones de lealdade socialmente estabelecidos. Ao contrário, deixa de adotar a conduta imposta pelo dever de cuidado, fundado na previsibilidade objetiva (critério do homem-médio).

7.14. A par desses argumentos, não merece prosperar a alegação do recorrente no sentido de ter agido em estrita consonância ao que dispunha o contrato. Também não há como reconhecer-lhe a boa-fé, impondo-se, em consequência, a negativa de concessão do benefício previsto no art. 12 da Lei 8.443/1992.

8. Da comprovação da prestação dos serviços previstos no Contrato 06/2009, celebrado entre o Sergipetec e a Fluxotech (peça 206, p. 3-8)

8.1. A Fluxotech sustenta o adimplemento do Contrato 06/2009 com base nos seguintes argumentos:

- a) A aquisição do programa contratado ocorreu em 15/5/2009 com a emissão da licença de uso (passport advantage) em nome da fundação estadual de saúde;
- b) A IBM, criadora do programa, não efetua venda direta, atuando por meio de revendedoras ou distribuidores autorizados;
- c) A Nota Fiscal 023782, no valor de R\$ 153.132,00 demonstra a aquisição do programa de informática;
- d) A transferência do programa ao cliente final ocorre por meio de download no site.

8.2. Ademais, alega que a Secretaria de Estado de Saúde usufruiu do respectivo programa de informática até a presente data, informação que poderia ser confirmada por meio de diligência ao respectivo órgão, consoante preceitua o art. 116, parágrafo único do RI/TCU.

8.3. Informa que, após a aquisição, ficou acertado entre as partes a instalação do programa de portalização IBM Web Sphere nas máquinas localizadas na Empresa Sergipana de Tecnologia da Informação (EMGETIS), fato não ocorrido por suposta falha em hardware da EMGETIS.

8.4. Quanto à idoneidade da nota fiscal 16, de 15/5/2009, relativa à aquisição do Web Sphere, contestada pela Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe, a recorrente afirma que, por se tratar de programa a ser desenvolvido para um fim específico, o imposto sobre serviços seria de competência municipal, fato que afastaria a competência da Secretaria da Fazenda Estadual para analisar a legalidade de sua emissão. Ademais, ressalta que a apuração de fatos relativos a crimes tributários foge da esfera de atuação do TCU.

Análise:

8.5. Segundo informou a unidade técnica *a quo*, consta do Relatório de Atividades do Sergipetec de abril/2009 a aquisição, a instalação, a implantação e o treinamento de pessoal para utilização de programa de informática de portalização de sistemas (IBM Web Sphere), adquirido pelo Sergipetec junto à empresa Fluxotech, por meio do Contrato 06/2009, no valor de R\$ 150.000,00 (peça 3, p. 53). Conforme exposto no item 6 do Voto Condutor do acórdão recorrido, a Fluxotech foi condenada por não ter comprovado a entrega do mencionado programa (peça 179, p. 1).

8.6. Em suas razões recursais, a Fluxotech sustenta o cumprimento do Contrato 06/2009, com base na alegação de que a aquisição do programa ocorreu com a emissão da licença de uso. Contudo, conforme se observa do objeto ajustado pelas partes, o adimplemento do contrato não se resumia à emissão de licença de uso, abrangendo outros itens, como a instalação da solução de portal, a implementação de cinco sistemas, além de serviços de suporte e treinamento pelo prazo de um ano (peça 252, p. 1):

1. CLÁUSULA PRIMEIRA — DO OBJETO

1.1. Constitui objeto deste contrato a prestação de serviços de (i) Fornecimento de uma solução de portal corporativo e respectiva licença de uso, (ii) Instalação da solução de portal nos servidores do CONTRATANTE, (iii) Implantar 5 sistemas/programas a serem definidos pelo CONTRATANTE dentro da solução de portal, testando e deixando em estado de pronto para uso, (iv) Realizar um treinamento de instalação, operação e customização da ferramenta de portal, e (v) Suporte para a solução de portal e atualizações pelo prazo de 01 (um) ano.

8.7. Nesse contexto, os próprios argumentos apresentados pela recorrente, acerca da não instalação do programa de portalização, demonstram a inexecução do objeto ajustado.

8.8. Conforme preconiza a Lei 4.320/64, a realização de pagamentos com recursos federais deve ser precedida da etapa de liquidação da despesa, ocasião em que se verifica se houve a efetiva prestação dos serviços avançados. Portanto, no caso em exame, os pagamentos só poderiam ter ocorrido após a efetiva implantação do programa, independentemente da emissão da licença, não importando, para o deslinde da questão, os motivos pelos quais esta não ocorreu. Nesse mesmo sentido apontou a unidade técnica *a quo* (peça 180, p. 24):

212. As supostas falhas ocorridas em dezembro de 2009 nos servidores da Emgetis não podem servir de justificativa para o fato de o Websphere Portal não estar instalado, uma vez que fazia parte do objeto do Contrato 06/2009 (fls. 83/92, Anexo 4, TC 014.045/2010-9), de 13/5/2009, celebrado entre o Sergipetec e a Fluxotech, o “suporte para a solução do portal e atualizações pelo prazo de um ano”.

8.9. Com relação à idoneidade da nota fiscal apresentada, assiste razão à recorrente ao alegar que esta Corte de Contas não tem competência relacionada à instância penal, em especial quanto aos crimes contra a ordem tributária. Inclusive, não há nos autos qualquer inferência nesse sentido. O indício de fraude na emissão da nota fiscal foi apontado como fato acessório, para corroborar o fato principal, acerca da não instalação do sistema.

8.10. Ocorre que a nota fiscal compõe a relação de documentos de comprovação financeira. Eventual indício de falsidade, por si só, não é suficiente para caracterizar o descumprimento do objeto avençado. Este, conforme mencionado, restou demonstrado a partir da informação de que o programa contratado não estaria em operação (peça 3, p. 54). Informação incontroversa, igualmente afirmada pela recorrente. Verifica-se, portanto, que a análise proferida pelo TCU não invadiu competência penal, mas tão somente questionou a validade do documento fiscal, para fins de demonstração financeira da execução contratual, com base nos indícios fornecidos pela Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe.

8.11. Desse modo e ante as razões expostas, não há como acolher os argumentos apresentados.

9. Do ônus da prova da prestação dos serviços previstos no Contrato 06/2009, celebrado entre o Sergipetec e a Fluxotech (peça 206, p. 8-9)

9.1. A Fluxotech sustenta não ter o ônus da prova da regular prestação dos serviços previstos no Contrato 06/2009 foram realizados.

Análise:

9.2. O ônus da prova é a necessidade que a parte tem de demonstrar a veracidade das afirmações formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito. Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior, “Aquele a quem a lei atribui o encargo de provar certo fato, se não exercitar a atividade que lhe foi atribuída, sofrerá o prejuízo de sua alegação não ser acolhida na decisão”.

9.3. No caso em exame, o Sergipetec informou ao TCU que o programa de informática, objeto do Contrato 06/2009, não estava em operação, conforme relatado pela equipe de auditoria (peça 3, p. 54). Com base nessa informação, a recorrente foi citada pela inexecução dos serviços para o qual foi contratada e paga (peça 29).

9.4. Verifica-se, do exposto, que não houve a alegada inversão do ônus probatório, visto que o Tribunal fundamentou sua decisão em prova obtida na fiscalização. Tal situação processual não gerou, portanto, ônus probatório para a recorrente, mas sim o ônus de defesa. A partir da constatação de que a recorrente recebeu recursos sem que houvesse o cumprimento do objeto pactuado, a empresa foi citada, lhe oportunizando o direito de defesa.

9.5. Desse modo, não merece prosperar a alegação do recorrente.

10. Da perda do objeto (peça 219, p. 2-3)

10.1. A Estrela Marinha alega perda do objeto da TCE, em face da existência de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público Federal, na qual seriam abordados fatos idênticos aos apurados no TCU.

Análise:

10.2. O pleito da recorrente não merece prosperar.

10.3. O Tribunal de Contas da União possui jurisdição e competência próprias, estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992). Dessa forma, a existência de ação

judicial sobre mesma matéria não obsta o exercício do controle externo nem vincula o juízo de valor formado por essa Corte de Contas, dado o princípio da independência das instâncias.

10.4. Esse princípio permite que uma mesma conduta seja valorada de forma diversa, em ações de natureza penal, civil e administrativa. Nesse contexto, a ação por improbidade administrativa, de natureza civil, não afeta o juízo de valor formado na seara administrativa.

10.5. Apenas a absolvição criminal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato ou na negativa de autoria tem eficácia preclusiva subordinante, isto é, afasta a imposição de obrigações e sanções nas demais instâncias.

10.6. O entendimento posto encontra respaldo na jurisprudência desse Tribunal, consubstanciado no Acórdão 344/2015/Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, cujo excerto do Voto transcreve-se a seguir:

A condenação no âmbito do Poder Judiciário obedece a requisitos diversos dos necessários para a condenação do TCU, cujo fundamento é consuetudinário do inarredável dogma republicano da prestação de contas. Neste sentido, todos os gestores têm de comprovar a lisura de sua administração.

A propósito do tema, excerto do voto proferido pelo e. ministro Eros Grau, no julgamento do Mandado de Segurança 25.880, em que a impetrante pretendia invalidar acórdão desta Corte que a condenara em débito, sob o argumento de que a tomada de contas especial versava sobre os mesmos fatos tratados em ação civil pública, *in verbis*:

“6. A existência de ação civil pública para apuração dos mesmos fatos tratados pela decisão do TCU ora atacada não elide a competência da Corte de Contas para julgar a impetrante. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do TCU para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário valores indevidamente percebidos; há independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.”

Em razão desse e de outros fundamentos, a Excelsa Corte negou a segurança pretendida. [...]

A independência entre as instâncias permite que uma mesma conduta seja valorada de forma diversa, em ações de natureza penal, civil e administrativa. Apenas a sentença absolutória no juízo penal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato tem habilidade para repercutir no TCU e afastar a imposição de obrigações e sanções de natureza civil e administrativa (CPP, arts. 66, caput, e 386, I).

Nesses termos, a ação por improbidade administrativa, de natureza civil (STF, ADI 2797), não possui viabilidade jurídica para vincular os juízos de valor formados nas searas criminal e administrativa. (destacou-se)

10.7. A par do exposto, não há como acolher a tese apresentada.

11. Da responsabilidade da Estrela Marinha (peça 219, p. 3-15)

11.1. A Estrela Marinha alega que apresentou os projetos para os quais foi contratada. Sustenta que o dano ao erário decorreu da suspensão dos contratos por ato discricionário “da nova gestão do órgão”.

11.2. No tocante aos serviços pagos e não realizados, afirma que a métrica de cálculo dos valores “por ponto de função” foi determinada após o início de Projeto, com base nas suas peculiaridades e especificidades. Informa que, após elaborar a análise prevista no item 4 do Contrato 01/2009, o qual indicava a contratação de um Sistema de Gestão, o Sergipetec decidiu não acatar a indicação da recorrente e contratou dois profissionais não especializados no assunto para essa tarefa.



11.3. Afirma não ter qualquer participação nos atos que antecederam a sua contratação, tal como o ajuste firmado entre a Secretaria de Saúde e a OSCIP. Alega que, caso ocorridas falhas no projeto básico, não é possível ser responsabilizada por isso. Tampouco seria possível ser responsabilizada por excesso de preços indicados para o certame, visto ser atribuição da administração pública a realização de pesquisa de preços.

11.4. Alega não haver, nos autos, elementos de prova que justifique qualquer irregularidade dolosa ou culposa da recorrente, má-fé, ou mesmo que possa caracterizar improbidade administrativa.

11.5. Por fim, expõe alguns fatos da vida do gestor da empresa, Celso Augusto Dias da Gama.

Análise:

11.6. Para a consecução do Contrato 157/2008, o Sergipetec celebrou quatro ajustes com a Estrela Marinha, cujos objetos foram assim descritos no relatório da fiscalização (peça 2, p. 17-21):

Contrato 01/2009
(a) Elaboração da apresentação do projeto de reforma sanitária de Sergipe; (b) Projeto de Certificação de empresas interessadas em participar do Projeto; (c) Definição das linhas de desenvolvimento do projeto; (d) Estudo e Sugestão de Software de Apoio à Gestão do Projeto; (e) Avaliação de funcionalidades dos sistemas do Datasus.
Contrato 05/2009
(a) Definir, documentar e homologar as regras de negócio do Complexo Regulatório - Cadastros Básicos, Central de Regulação, Painel de Governança, Gestão Bioestatística de Dados, Gestão Ambulatorial - Atenção Especializada, Central de Regulação - Procedimentos de Alta/Média Complexidade - Estruturação da Oferta, Gestão de Urgência e Emergência - Integração c/ Monitoramento da Frota, Vigilância e Saúde - Vigilância Epidemiológica, Vigilância em Saúde - Vigilância Ambiental, Vigilância em Saúde - Vigilância Nutricional; (b) Interagir com empresas contratadas pelo Sergipetec e homologar trabalhos desenvolvidos por elas.
Contrato 29/2009
(a) Definir, documentar e homologar as regras de negócio da Gestão Ambulatorial - Atenção Básica - Coleta de dados do PSF na Unidade Básica; (b) Definir, documentar e homologar as regras de negócio da Gestão Ambulatorial - Atenção Básica - Vacinação; (c) Definir, documentar e homologar as regras de negócio da Gestão Ambulatorial - Atenção Básica - Projeto de Coleta de Dados do PSF no Campo; (d) Definir, documentar e homologar as regras de negócio da Gestão Hospitalar - Internações Eletivas - Programação; (e) Definir, documentar e homologar as regras de negócio Integração dos Sistemas da Gestão dos Hospitais com Central de Regulação; (f) Definir, documentar e homologar as regras de negócio Gestão Hospitalar - Integração da Central de Transplantes Central de Regulação; (g) Definir, documentar e homologar as regras de negócio da Integração dos Sistemas da Gestão da Urgência/emergência com a Central de Regulação (h) Definir, documentar e homologar as regras de negócio da Gestão Urgência e Emergência- Integração com atendimento do pronto Socorro - Samu; (i) Definir, documentar e homologar as regras de negócio do Recursos Humanos instalação de ponto eletrônico com escala de serviços integrada; (j) Interagir com as empresas contratadas pelo Sergipetec para mapeamento dos processos e elaboração de projetos e homologar os trabalhos desenvolvidos por elas.
Contrato 34/2009
(a) Definir, documentar e homologar as Regras de Negócio da Instalação de Controle de Acesso com equipamentos biométricos para controle de Acesso da Coleta Remota de Dados, Captura de Dados de Palm - Vigilância Sanitária, Gestão Hospitalar Serviços de Manutenção e Controle Patrimonial, Mapas Sanitários; (b) Interagir com as empresas contratadas pelo Sergipetec e homologar os trabalhos realizado por elas.



11.7. Analisados, no curso da auditoria, os produtos apresentados pela Estrela Marinha para a consecução dos mencionados contratos, o TCU concluiu que os serviços previstos não foram executados, em face da constatação de que a empresa entregou produtos copiados, total ou parcialmente, de fontes disponíveis na internet (peça 2, p. 23). Por conseguinte, os pagamentos foram considerados indevidos, não observada, assim, norma do Direito Financeiro relativa à liquidação da despesa (arts. 62 e 63 da Lei 3.420), conforme exposto no ofício de citação da empresa e no item 6 do Voto condutor do acórdão recorrido (peça 179, p. 1).

11.8. Irresignada, a Estrela Marinha afirma, em razões recursais, que houve o adimplemento das obrigações assumidas, em face da entrega dos projetos contratados, o que corresponderia a dizer que os pagamentos não foram indevidos e, por conseguinte, que não houve prejuízo ao erário. Alega ainda questões relativas à responsabilização, como a não comprovação de que houve dolo, culpa, má-fé e improbidade administrativa. Contudo, os argumentos apresentados não merecem prosperar, pelos motivos a seguir expostos.

11.9. No tocante à existência do prejuízo ao erário, a equipe de auditoria apontou as seguintes irregularidades nos contratos firmados com a recorrente (peça 2, p. 17-21):

11.9.1. **Contrato 01/2009:** (a) O contrato aborda o planejamento geral do projeto, incluindo reuniões com a Secretaria de Estado da Saúde (SES), competência exclusiva do Sergipetec, tendo em vista o caráter personalíssimo do Contrato 157/2008; (b) O Relatório Técnico, que avalia as funcionalidades dos sistemas do Datasus, abrange os sistemas GIL (Gestão de Informações Locais), SISREG III (Sistema de Regulação) e Integrador, que são diversos do Sistema GIROS, objeto do Contrato 157/2008; (c) A documentação do SISREG III apresentada pela empresa Estrela Marinha é cópia de Manuais do Datasus, tendo o mesmo ocorrido com a documentação do Sistema GIL, cópia do Manual do Usuário do Sistema GIL, extraído do site <http://gil.datasus.gov.br>.

11.9.2. **Contrato 05/2009:** (a) Não há registro acerca das regras de negócio relativas aos módulos de Cadastros Básicos, Central de Regulação, Gestão Bioestatística dos Dados, Instalação do Módulo de Comunicação, Gestão Ambulatorial – Atenção Especializada, Integração com Monitoramento da Frota, Vigilância em Saúde – Vigilância Sanitária, Epidemiológica, Ambiental, Saúde do Trabalhador e Nutricional; (b) O documento “Regras de Negócio - Controle Social”, encaminhado pela Estrela Marinha, apresenta somente 11 páginas, das quais três são cópia da Lei 8.142/90, havendo, ainda, trecho copiado de documento constante do sítio <http://conselho.saude.gov.br>.

11.9.3. **Contrato 29/2009:** foram fornecidos documentos elaborados a partir de cópias obtidas de sites da internet e outros documentos, como o Manual do Sistema de Informação de Atenção Básica, o Manual de Regulação Médica das Urgências e o artigo Controle de vacinação de crianças matriculadas em escolas municipais da cidade de São Paulo.

11.9.4. **Contrato 34/2009:** (a) Foram fornecidos documentos elaborados a partir de cópias obtidas de sites da internet; (b) O documento apresenta trechos desconexos, montados a partir de trechos de outros textos.

11.10. Com base nesses elementos, a recorrente foi responsabilizada, em solidariedade com o gestor público, pela prestação de serviços que não correspondiam ao previsto nos contratos, agravado pelos indícios de fraude na execução, ante as constatações de que eles foram consolidados a partir de cópias de trechos de outros documentos. Nesse sentido, assim opinou a unidade técnica *a quo*:

144. Por outro lado, o responsável também não apresenta nenhuma evidência de que os serviços relativos aos Contratos 01/2009, 05/2009, 29/2009 e 34/2009, celebrados entre o Sergipetec e a empresa Estrela Marinha, e apropriados ao Contrato 157/2008, celebrado entre o Sergipetec e a SES/SE, foram efetivamente prestados.



145. A lei não obriga o pagamento de serviços não executados, conforme quer fazer crer o responsável. (peça 101, p. 16)

(...)

CONCLUSÃO

(...)

220. Não foram acatadas as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis abaixo elencados, em relação às citações constantes dos itens VIII a X desta Instrução:

(...)

e) a empresa Estrela Marinha Informática Ltda., revel no processo, que entregou produtos copiados, total ou parcialmente, de fontes disponíveis na Internet, conforme revela o Anexo I da Instrução de 24/11/2010 (fls. 147/149, vol. Principal, TC 014.045/2010-9), os quais serviram de base para os pagamentos efetuados ao Sergipetec (item VIII) (peça 101, p. 22-23)

11.11. A par do exposto, verifica-se que mera alegação, por parte da recorrente, de que prestou os serviços, desacompanhada de elementos probatórios que refutem as constatações sobre a autenticidade e valia dos documentos apresentados, é insuficiente para afastar as irregularidades em análise, as quais resultaram de avaliação descritiva da equipe de auditoria nos produtos resultantes dos ajustes firmados. Ademais, verifica-se que o dano decorreu do descumprimento dos contratos, e não da suspensão discricionária dos ajustes por ato do Sergipetec, como alega a recorrente.

11.12. A responsabilidade pelo ressarcimento do prejuízo ora analisado é, portanto, a contratual, pois deriva do inadimplemento dos quatro ajustes firmados com o Sergipetec.

11.13. Conforme mencionado nos itens 6.7 a 6.10 desse exame, nesse tipo de responsabilidade, o dever de reparar o prejuízo advém de uma relação obrigacional preexistente, estabelecida pela vontade das partes ao celebrarem o negócio jurídico. Nessas situações, cabe ao TCU, para a responsabilização do contratado, demonstrar tão somente o inadimplemento do contrato e o dano dele decorrente, elementos presentes no caso em análise.

11.14. Assim, diante da constatação de que a Estrela Marinha recebeu recursos provenientes do Convênio 2.257/2008 sem que houvesse a regular contraprestação dos serviços previstos nos contratos, verificam-se presentes os pressupostos para a responsabilização da recorrente.

11.15. Ressalta-se que, ao contrário do que infere a recorrente, essa responsabilidade não é afetada pela ausência de má-fé ou pela inexistência de ato de improbidade administrativa.

11.16. No tocante à má-fé, há relevância jurídica para os processos de controle externo o reconhecimento da boa-fé do responsável, na acepção objetiva do termo (modelo objetivo de conduta social, fundado na honestidade, na lealdade e na probidade), fato que possibilita a não incidência de juros de mora sobre o débito e o julgamento pela regularidade com ressalvas das contas (art. 12 da Lei 8.443/1992 c/c art. 202 do Regimento Interno do TCU). Conclui-se, assim, que a inexistência de má-fé não caracteriza, necessariamente, boa-fé, tampouco afasta o dever de indenizar o prejuízo causado ao erário.

11.17. Quanto ao argumento de que atuou de forma proba, não se analisa, no presente caso, a improbidade administrativa, disciplinada pela Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), cuja competência para apreciação é do Poder Judiciário. Trata, o caso em análise, de tomada de contas especial, ação de cunho administrativo, que visa ao ressarcimento de danos causados ao erário e à responsabilização daqueles que lhe deram causa.

11.18. Por fim, verifica-se que a recorrente direciona sua irresignação a questões relativas ao Contrato 157/2008, celebrado entre a administração estadual, por meio da SES, e o Sergipetec, bem

como a atos afetos à fase interna da licitação desse ajuste, como a elaboração de projeto básico e a pesquisa de preços. Contudo, cumpre esclarecer que essas questões não têm relação com a condenação da Estrela Marinha, não estando abrangidas, portanto, pelo efeito devolutivo do recurso interposto pela empresa.

11.19. Desse modo, conclui-se que os argumentos apresentados pela Estrela Marinha não são suficientes para afastar as irregularidades que lhe foram atribuídas, permanecendo os fundamentos da condenação da recorrente.

12. Da condenação de Rogério Nascimento Lopes (peça 222, p. 1-5)

12.1. Clara Raíssa de França Rocha e Lopes alega falta de documentos e de provas para composição da defesa, com base nos seguintes argumentos:

12.1.1. Não possui conhecimento sobre gestão administrativa;

12.1.2. No final de 2011 estava em processo de divórcio.

12.2. Ademais, argumenta que não houve, durante o período em que o responsável esteve na Secretaria de Estado de Saúde, aumento em seu patrimônio. Com base nesses argumentos, pede que seja dado provimento ao recurso de reconsideração, para retirar, da condenação, o espólio de Rogério Nascimento Lopes.

Análise:

12.3. Rogério Nascimento Lopes foi o gestor responsável pela elaboração do projeto básico e pelo acompanhamento do Contrato 157/2008, celebrado com o Sergipetec, tendo, inclusive, atestado as notas fiscais apresentadas pela entidade.

12.4. Chamado aos autos, apresentou defesa para as seguintes irregularidades:

12.4.1. Contratação do Sergipetec (Contrato 157/2008) por dispensa indevida de licitação, em violação ao art. 24, inciso XXIV, da Lei 8.666/93;

12.4.2. Não realização de pesquisas de preços praticados no mercado que pudessem embasar a celebração, por dispensa de licitação, do Contrato 157/2008, contrariando o art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93;

12.4.3. Elaboração de projeto básico inadequado e impreciso para a celebração do Contrato 157/2008, evidenciado pela ausência de definição dos objetos a serem entregues pela contratada, pela ausência de detalhamento de cada etapa necessária à produção do projeto e pela ausência de descrição da metodologia de desenvolvimento de sistemas utilizada na execução dos serviços, contrariando o disposto no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93 c/c art. 2º, inciso I e §7º, da Instrução Normativa STN 01/97;

12.4.4. Inclusão de custos de viagens no preço da contratação, contrariando a jurisprudência desta Corte de Contas e indo de encontro à intenção da SES/SE de fomentar empresas locais de tecnologia da informação; e

12.4.5. Pagamento indevido de serviços e/ou fornecimentos contratados mas não executados, contrariando o art. 62 da Lei 4.320/64.

12.5. Falecido em 27/01/2014 (peça 161), o responsável foi sucedido nos autos por Clara Raíssa de França Rocha Lopes, representante legal do espólio (peça 165), ora recorrente. Analisadas as defesas apresentadas, o TCU julgou irregulares as contas do responsável, condenando o espólio, em solidariedade com as empresas contratadas, ao ressarcimento dos valores apurados, relativos ao pagamento indevido por serviços não executados.



12.6. Nessa etapa recursal, a recorrente alega, em síntese, a não ocorrência de aumento do patrimônio do responsável, o desconhecimento sobre gestão pública e a dificuldade de acesso a documentos e provas para o exercício de sua defesa, fundamentos em face dos quais pede que seja dado provimento ao recurso para afastar o débito imputado ao responsável. Contudo, pelos motivos a seguir expostos, não há como acatar o pleito.

12.7. No tocante ao argumento de que não houve, no período correspondente à gestão dos recursos públicos, aumento no patrimônio do responsável, verifica-se que tal constatação, mesmo que verdadeira, é irrelevante para a condenação em débito nos processos de controle externo. A responsabilidade do gestor, nesses casos, depende da presença de três elementos: ato ilícito, dano ao erário e nexos de causalidade entre eles.

12.8. Quanto às demais questões, ressalte-se que dificuldades na obtenção de documentos e provas não é argumento aceito para afastar o encargo de defesa da recorrente. Do mesmo modo, o mencionado desconhecimento sobre a gestão administrativa não é aceito para fins de avaliação da conduta do responsável. Esclarece-se que eventuais dificuldades relacionadas ao exercício do direito de defesa não tem o condão de impedir o cumprimento do dever constitucional e legal de demonstrar a regular aplicação dos recursos públicos.

12.9. Observa-se que os fatos não impugnados, são, em regra, admitidos como verdadeiros. Nesse contexto, ao não refutar, nas razões recursais, as irregularidades imputadas ao responsável, permanecem válidos os fundamentos da condenação.

12.10. Por fim, verifica-se, nas presentes razões recursais, uma desconexão lógica entre a causa de pedir e o pedido. Dito de outro modo, os fundamentos alegados pela recorrente, relativos a dificuldades de defesa, não justificam o provimento do recurso, relativo ao afastamento do débito.

12.11. A par do exposto, verifica-se que os argumentos apresentados pela recorrente não são pertinentes ou suficientes para afastar as impropriedades constatadas nos autos.

CONCLUSÃO

13. Das análises anteriores conclui-se que:

a) O Sergipetec é responsável pelo inadimplemento do Contrato 157/2008 (responsabilidade contratual), não havendo que se falar em responsabilização pessoal dos gestores da entidade, haja vista a inexistência dos pressupostos para aplicação da tese da desconsideração da personalidade jurídica;

b) A emissão de licença de uso não demonstra, por si só, a execução do Contrato 06/2009. Por outro lado, a constatação de que não houve a implementação do programa, conforme estava previsto na cláusula primeira desse ajuste, revela o inadimplemento contratual e, conseqüentemente, a responsabilidade da Fluxotech pelo dano;

c) A alegação, por parte da Estrela Marinha, de que prestou os serviços previstos nos contratos 01/2009, 05/2009, 29/2009 e 34/2009, desacompanhada de elementos probatórios, é insuficiente para elidir as irregularidades apuradas, relativas à falta de autenticidade e valia dos documentos apresentados, consolidados a partir de cópias de trechos de outros documentos, restando demonstrada a responsabilidade contratual da empresa pelo inadimplemento dos ajustes firmados;

d) Os argumentos apresentados por Clara Raíssa de França Rocha e Lopes, relativos a não ocorrência de aumento do patrimonial do gestor, ao desconhecimento sobre gestão pública e à dificuldade de acesso a documentos e provas para o exercício de sua defesa, não são aptos a afastar o débito imputado ao responsável.



13.1. Com base nessas conclusões, opina-se pela **negativa de provimento** dos recursos de reconsideração interpostos por Sergipe Parque Tecnológico - Sergipetec, Fluxotech - Fluxo e Tecnologia Ltda., Estrela Marinha Informática Ltda. e Clara Raíssa de França Rocha e Lopes contra o Acórdão 6.671/2015-TCU-2ª Câmara.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 32, inciso I e 33 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer dos recursos de reconsideração e, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) dar ciência da deliberação aos recorrentes e à Procuradoria da República no Estado de Sergipe.

Serur/Assessoria, em 17/05/2017.

Thiago Ribeiro Strauss
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8182-5