



**TC - 018.370/2015-2**

**Natureza:** Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração)

**Unidade Jurisdicionada:** Município de São Benedito/CE

**Recorrentes:** Ema Construções Ltda. (03.465.537/0001-15) e Tomaz Antônio Brandão Júnior (299.537.403-30)

**Advogado:** não há

**Sumário:** Tomada de contas especial. Termo de Compromisso. Construção de módulos sanitários domiciliares em desacordo com as especificações técnicas aprovadas pela concedente. Inadequação para o uso pelos beneficiários. Responsabilidade solidária do Prefeito signatário, do Secretário de Obras e da empresa contratada. Débito. Multa. Recurso de reconsideração da empresa contratada para a execução da obra. Responsabilidade ante a inexecução dos módulos sanitários nas especificações pactuadas. Conduta culposa. Ausência de boa-fê objetiva. Considerações. Débito que beneficiou a empresa. Não Provimento.

## INTRODUÇÃO

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Ema Construções Ltda. (peça 78) e Tomaz Antônio Brandão Júnior (peça 85), pelos quais contestam o Acórdão 3.766/2017-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara (Rel. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), prolatado na Sessão Ordinária realizada em 9/5/2017 (peça 52).

2. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. excluir o Município de São Benedito/CE da relação processual destes autos;

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea **c**, 19, **caput**, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas dos Srs. Tomaz Antônio Brandão Júnior e Albino Lopes de Sousa Neto e da empresa Ema Construções Ltda. – ME, condenando-os solidariamente ao pagamento das quantias adiante discriminadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data da efetiva quitação, nos termos da legislação em vigor, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das respectivas notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea **a**, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida a favor da Fundação Nacional de Saúde, devendo ser abatida, na ocasião, a importância R\$ 168.796,85 (cento e sessenta e oito mil, setecentos e noventa e seis reais e oitenta e cinco centavos), já recolhida em 07/01/2014:

Valor (R\$)	Data
180.000,00	13/04/2010
180.000,00	06/09/2010

9.3. aplicar individualmente aos Srs. Tomaz Antônio Brandão Júnior e Albino Lopes de Sousa Neto e à empresa Ema Construções Ltda. – ME a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional (art. 214, inciso III,

alínea **a**, do Regimento Interno/TCU), atualizada monetariamente desde a data deste Acórdão até a data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RI/TCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

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

9.6. remeter cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o sustentam, à Procuradoria da República no Estado do Ceará, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992.

## **HISTÓRICO**

3. O presente processo cuidou originalmente de Tomada de Contas Especial - TCE instaurada pela Superintendência da Fundação Nacional de Saúde no Estado do Ceará/Ministério da Saúde em vista da não comprovação da regular aplicação dos recursos transferidos ao Município de São Benedito/CE no âmbito do Termo de Compromisso TC/PAC 290/2009 (Siafi 659192).

4. O objeto da avença consistiu na construção de melhorias sanitárias domiciliares, com módulos sanitários de dois tipos, conforme o Plano de Trabalho (peça 1, p. 37-43). O valor total do ajuste montou a R\$ 950.580,43, sendo R\$ 900.000,00 a cargo da Funasa (peça 2, p. 33), entretanto, foram efetivamente transferidos somente R\$ 360.000,00, em duas parcelas iguais creditadas em 13/4 e 6/9/2010.

5. O Relatório de Inspeção 5/2011 (peça 1, p. 123 a 136) consignou que haviam sido executados até então módulos de apenas um tipo, mas, todos fora das especificações previstas.

6. Essa constatação foi corroborada no Parecer Técnico de Prestação de Contas Final (peça 1, p. 261-263) e no Relatório de Visita Técnica 3 (peça 1, p. 267 a 272). Uma vez que a prefeitura beneficiária dos recursos não atendeu as correções feitas pela Funasa, foi emitido o Relatório de TCE 01/2014, responsabilizando o prefeito signatário do ajuste com a Funasa, Sr. Tomaz Antônio Brandão Júnior (peça 2, p. 76 a 84).

7. No âmbito do TCU, a Secex/CE promoveu inicialmente diligências à Funasa e ao Banco do Brasil (peças 6 a 18). Depois, realizou as citações do ex-prefeito e do secretário de obras, da empresa contratada a fim de executar o objeto ajustado e do próprio município (peças 25 a 47).

8. A proposta de mérito da unidade técnica foi pela responsabilidade solidária de todos os citados (peças 48 a 50), enquanto o MP/TCU pugnou pela responsabilidade tão somente dos dois gestores, vez que o débito imputado ao município já estaria abarcado pelo valor imputado aos gestores e, ainda, entendeu não ser cabível responsabilizar a empresa, por não ser gestora dos recursos transferidos ao município (peça 51).

9. O Acórdão 3.766/2017-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara, como visto alhures, adotou parcialmente as propostas da secretaria instrutora e do MP/TCU, ajustando o valor do débito conforme sugerido pelo parquet.

## **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

10. Em exame preliminar de admissibilidade esta secretaria propôs conhecer o recurso de Ema Construções Ltda. (peças 86, 88 e 89), suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.5 do Acórdão 3.766/2017-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara, o que foi ratificado por Despacho da Ministra Ana Arraes (peça 96). Ademais, ressalta-se que o recurso de reconsideração interposto por Tomaz Antônio Brandão Júnior (peça 85) não foi conhecido por ser intempestivo e não apresentar fatos novos, conforme proposta desta Serur (peças 87-88), corroborada pela ministra relatora (peça 96).

## EXAME DE MÉRITO

### 11. Delimitação do recurso

11.1. Constitui objeto do recurso de Ema Construções Ltda. definir se:

- a) a empresa poderia figurar como responsável na TCE (ilegitimidade passiva);
- b) houve dolo ou culpa em sua conduta;
- c) o débito foi corretamente calculado.

### Da Ilegitimidade Passiva

11.2. A empresa recorrente defende que a responsabilidade por irregularidades apuradas pela Funasa cabe exclusivamente aos gestores dos recursos. Assim é que o Controle Interno emitiu parecer neste sentido, pois a empresa tão somente observou os projetos e orçamentos fornecidos pelo município contratante, que escolhia o modelo dos módulos sanitários, as localidades e os beneficiários.

11.3. Acresce que mais clara ainda é sua ausência de responsabilidade pela não aplicação de recursos no mercado financeiro, despesas com tarifas bancárias e ausência de guias de recolhimento de tributos, dentre outros, pois não eram itens a seu cargo.

11.4. Observa, ainda, a empresa, que o MP/TCU a isentou de qualquer responsabilidade, por não ser gestora dos recursos, e sequer sabia que os estes eram federais, por ser o contrato com o município omissivo nesse ponto.

11.5. Afirma que o Sr. Tomaz Antônio Brandão Júnior alegou nos autos da Ação Civil Pública 0000427-68.2014.4.05.8103, com trâmite na 18ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que não houve pagamento sem contraprestação, e o próprio município distribuiu os módulos sanitários aos cidadãos beneficiados. Essas alegações desmentiriam, segundo a recorrente, a conclusão de os módulos construídos serem imprestáveis.

11.6. Na peça recursal também se alega que o artigo 16, §2.º, 'b', da Lei 8.443/1992 exige a concorrência do agente particular no cometimento do dano para que reste caracterizada sua solidariedade.

### Análise

11.7. Inicialmente, observe-se que a responsabilização da empresa recorrente decorreu de se haver considerado que a mesma recebeu recursos federais para construir módulos sanitários cujas especificações previstas não observou. E isso fez imprestável o serviço executado. É o que se depreende do Voto que orientou o Acórdão 3.766/2017-TCU-2.ª Câmara (itens 17 a 20).

11.8. Desta feita, a empresa argumenta que a Lei Orgânica/TCU exige a concorrência do agente particular com o agente público no cometimento do dano ao erário para que seja fixada sua responsabilidade. Sobre o ponto, note-se que a jurisprudência atualmente consolidada do TCU admite a responsabilidade de terceiros, inclusive, sem necessariamente de modo solidário com um agente público (v.g Acórdãos 10261/2017, 1.ª Câmara, 1546/2017, do Plenário e 5071/2016, da 1.ª Câmara).

11.9. Esse entendimento foi defendido no paradigmático Acórdão 946/2013-TCU-Plenário (Rel. Min. Benjamin Zymler). Na oportunidade, o relator chegou a tratar, e descartar, a aparente incompatibilidade entre os artigos 70, § único e 71, inciso II, da Constituição Federal e o artigo 16, §2.º, 'b', da Lei 8.443/1992, este último mencionado pela recorrente.

11.10. Por sinal, segundo os artigos 4º e 5º da Lei 8.443/1992, o Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, abrangendo

todos os responsáveis pela aplicação de recursos federais. E o § 2º do art. 16 da mesma lei determina que deve o tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixar a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular, e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

11.10. Assim, os julgados do TCU informam que a obrigação de comprovar junto às instâncias administrativas de controle a regular aplicação dos recursos geridos cabe ordinariamente ao próprio gestor público. Por sua vez, a eventual responsabilidade do terceiro receptor de recursos públicos advém da contraprestação para a qual foi contratado pela Administração mostrar-se deficiente (v.g Acórdãos 842/2017, do Plenário e 6.884/2016, da 1.ª Câmara). O Voto que orientou o Acórdão 6.884/2016-TCU-1.ª Câmara (Rel. Min. José Múcio) é elucidativo quanto a esta distinção:

11. Portanto, a empresa foi citada pelo recebimento de recursos federais por serviços que não tiveram sua realização comprovada. Com efeito, a documentação apresentada pelo ex-prefeito ao Ministério do Turismo não foi capaz de demonstrar a regular aplicação do dinheiro transferido ao município. Instado a complementar a prestação de contas, o gestor abdicou de apresentar elementos adicionais. Destaco, neste ponto, que a irregularidade corretamente atribuída ao ex-prefeito é a ausência de comprovação de que os serviços foram prestados. **Concluo que à empresa imputa-se o recebimento de recursos públicos por serviços que o ex-prefeito não conseguiu comprovar que foram efetivamente prestados; o que é distinto de imputar ao terceiro contratado um débito por serviços comprovadamente não adimplidos.**

12. Prosseguindo, é de se destacar a diferença entre um convênio cujo objeto é a execução de uma obra (**melhorias sanitárias, por exemplo**) e outro que tem por objetivo a prestação de um serviço, tal como a apresentação de um show artístico. No primeiro caso, é relativamente trivial atestar a inexecução ou a execução parcial do objeto contratado. Basta uma inspeção no local onde os serviços deveriam ter sido implantados, com a emissão de um parecer técnico elaborado por um engenheiro. (...)

(...)

14. Dito de outra forma, não é possível, em relação ao contratado, presumir a inexecução do objeto do convênio, para o qual foi contratado. Essa presunção é dirigida ao gestor, a quem compete demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos.

15. E mais. A obrigação do contratado de comprovar a prestação dos serviços como condição para receber o pagamento devido, nos termos da Lei 4.320/64, como afirmam os dirigentes da unidade técnica, se dá perante a administração contratante, e não por exigência do órgão de controle, que, **para condenar terceiro solidário, deve atestar que o serviço deixou de ser realizado, o que não ocorreu no presente processo.** (grifos acrescidos)

11.12. Apenas para registro, no caso do Acórdão 6.884/2016-TCU-1.ª Câmara supramencionado, as alegações de defesa da empresa contratada pela Administração foram acatadas e houve sua exclusão da relação processual, mas, em vista de problemas em sua citação.

11.13. Assim, assiste razão à recorrente Ema Construções Ltda. quanto a ausência de responsabilidade pela não aplicação de recursos no mercado financeiro, pagamento de tarifas bancárias e falta de recolhimento de tributos. Ocorre que sua condenação em débito foi motivada pela execução dos módulos sanitários objeto do Termo de Compromisso 290/2009 em desacordo com as especificações previstas no respectivo plano de trabalho, as quais, por dedução lógica, foram reproduzidas no contrato que assinou com a prefeitura contratante.

11.14. Ademais, a recorrente alega que apenas observou as orientações emanadas da Prefeitura de São Benedito/CE, que a contratou para executar módulos sanitários. As orientações teriam incluído a quantidade de módulos a serem executados, suas características, a localização e os beneficiários. No entanto, não foram trazidos aos autos, seja em sede de alegações de defesa (peça 38), tampouco, do recurso ora em exame, qualquer elemento comprobatório neste sentido, tais, como edital

licitatório, ordens de serviço, notas fiscais, ou mesmo declarações, dentre outros que pudessem comprovar minimamente o argumento.

11.15. A propósito, no Relatório de Verificação “In Loco” 005/2011 – Funasa/CE, há relato das peças que compuseram a Tomada de Preços 07.002-2010-TP, que resultou na contratação da Ema Construções Ltda., incluindo a autorização do Secretário de Infraestrutura e Desenvolvimento Industrial para instaurar processo licitatório para a execução do objeto do Convênio 290/2009 (peça 1, p. 129).

11.16. Nesse passo, e ante a ausência de elementos em contrário, não resta outra conclusão que não a concorrência da recorrente para o débito, segundo a documentação presentes nos autos.

11.17. Por fim, quanto a Ação Civil Pública 0000427-68.2014.4.05.8103, com trâmite na 18ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em desfavor da ora recorrente, do ex-prefeito e do então secretário de obras, os autos estão conclusos para decisão desde 12/3/2018. Antes, em 3/2/2016, houve o recebimento da denúncia como apta, da qual se extrai aqui o seguinte trecho em consonância com a análise acima:

Observa-se, ainda, na hipótese, que os demandados limitaram-se a negar a existência do prejuízo ao erário, em razão da alegada execução integral do objeto pactuado de acordo com o plano de trabalho, deixando de trazer aos autos elementos comprobatórios definitivos tendentes a infirmar a acusação declinada na inicial.

## 12. **Dolo, Culpa e Boa-Fé**

12.1. A empresa recorrente afirma que não se conduziu com dolo ou culpa, requisitos para sua responsabilização, e atuou sempre com boa-fé.

### **Análise**

12.2. Para a efetiva responsabilização nos processos do TCU devem estar presentes o ato ilícito na gestão dos recursos, a conduta dolosa, ou, culposa e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do gestor/agente. No caso presente, houve a conclusão de que não restou comprovada a regular e satisfatória execução do objeto do Convênio 290/2009, para a qual foi contratada a empresa recorrente.

12.3. Importa frisar que a responsabilidade no âmbito da Corte de Contas independe da comprovação de dolo (v.g Acórdãos 2367/2015 e 185/2016, ambos do Plenário). Nesse sentido o seguinte enunciado extraído da ‘Jurisprudência Seleccionada’ no portal/TCU:

#### Acórdão 635/2017-TCU-Plenário (Rel. Min. Aroldo Cedraz)

A responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado. Desse modo, é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (*stricto sensu*) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário.

12.4. Assim, aplica-se a noção de ‘culpa presumida’. Sobre o tema, Sergio Cavalieri Filho (in. Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e ampl., 2007, p. 40), citando o Desembargador Martinho Garcez Neto, orienta que “Estabelecido o nexo causal entre o fato danoso e a infração da norma regulamentar, nada mais resta a investigar: a culpa - que é *in re ipsa* - está caracterizada, sem que se torne necessário demonstrar que houve imprudência ou imperícia”.

12.5. No entanto, na culpa presumida é perfeitamente possível comprovar que se aplicou os valores confiados com diligência, zelo e conforme as exigências legais, enfim, que se seguiu um padrão de comportamento ao menos cuidadoso. Vale dizer, portanto, que na culpa presumida há espaço para o responsável apresentar elementos que afastem tal presunção, o que não é possível na responsabilidade objetiva, pois, neste caso, a culpa daquele que deu causa ao dano é indiferente para efeito de responsabilização.

12.6. Nessa linha, a culpa *lato sensu*, no âmbito dos processos de contas, é elemento essencial à responsabilização do administrador público. E a inversão do ônus da prova não deve ser entendida como hipótese de responsabilidade objetiva. O que existe, nos casos em que verbas públicas são confiadas a pessoas físicas ou jurídicas, é tão somente a presunção de culpa quanto à gestão desses recursos perante o poder público, a qual advém da infração à norma legal, e que pode ser revertida, como visto.

12.7. Essas ideias estão abarcadas nos arestos do tribunal (v.g. Acórdãos 635/2017, 2781/2016 e 1465/2016, todos do Plenário), sendo bem resumidas pelo Acórdão 6.660/2015-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara (Rel. Min. Augusto Nardes):

A responsabilidade dos gestores perante o TCU é de natureza subjetiva, podendo se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos da União ou, ainda, aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos. ('Jurisprudência Seleccionada'/portal do TCU)

12.8. Feitas essas considerações, oportuno analisar também a consideração do estado anímico dos responsáveis nos processos do TCU, especificamente quanto a boa, ou, má-fé a que alude a recorrente.

12.9. Assim, a análise das contas avalia a presença, ou não, da boa-fé na conduta dos responsáveis, nos termos do artigo 12, § 2.<sup>o</sup> da Lei Orgânica/TCU e do artigo 202, §§ 2.<sup>o</sup> e 6.<sup>o</sup> do Regimento Interno/TCU. Nesse sentido, a conclusão consignada no item 52 da instrução autuada à peça 48 ensejou o julgamento das contas da recorrente pela irregularidade de imediato, sem fixação de novo prazo para o recolhimento do débito apurado, conforme preconizado nos retrocitados dispositivos e adotado no aresto ora combatido.

12.10. Ressalve-se, entretanto, que o conceito de boa-fé adotado se relaciona primordialmente à espécie de boa-fé objetiva. Segundo Judith Martins Costa (*in* A Boa-Fé no Direito Privado. 1<sup>a</sup> edição, 2<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.):

Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.

12.11. É nessa perspectiva que o TCU tem, modernamente, perscrutado a boa-fé, ou seja, sob o ângulo da boa-fé objetiva, em que se analisa não o estado de consciência do agente quando da realização do ato administrativo, mas a adequação dessa conduta ao padrão esperado. O trecho abaixo, mencionado no relatório que precedeu o Acórdão 734/2014-TCU-1.<sup>a</sup> Câmara, ilustra essa visão:

51. Quanto à boa-fé, aproveita-se o gancho do item v da enumeração do parágrafo anterior para mencionar que ganha força na Corte Federal de Contas o entendimento no sentido de que a vertente da boa-fé objetiva pode ser examinada nos processos submetidos ao Tribunal.

Além disso, diversos julgados do TCU defendem a tese de que a ausência de má-fé não significa presença de boa-fé.

52. Uma das alegações mais frequentes dos responsáveis é a de terem atuado de boa-fé. Na maioria das oportunidades em que se invoca esse instituto, percebe-se que os responsáveis referem-se à boa-fé subjetiva, relacionada ao estado mental no momento em que agiram, isto é, ao propósito presente na conduta.

53. Todavia, é preciso esclarecer que se tem fortalecido no Tribunal de Contas da União a corrente que defende o exame da conduta dos agentes à luz da boa-fé objetiva.

54. Com o advento do Código Civil vigente, essa doutrina ganhou vigor no ordenamento jurídico pátrio, inclusive no TCU. A boa-fé objetiva não perscruta o estado de consciência do agente no momento da ação, como faz a boa-fé subjetiva. Ou seja, o que importa não é a intenção, mas a adequação da conduta a um padrão esperado. Em recente assentada do Plenário, o Relator, Exmº Ministro José Múcio Monteiro, deixou consignado em seu voto condutor do Acórdão 2072/2012 - TCU - Primeira Câmara a sua adesão à corrente defensora da aplicação do instituto da boa-fé objetiva nos processos da Corte de Contas Federal, a saber:

Finalmente, deve ser dito que a boa-fé a ser levada em consideração nos processos de controle externo é a boa-fé objetiva, consistente na atuação conforme um padrão de conduta aceito como adequado e recomendável pelo meio social onde inserido o agente e não na boa-fé subjetiva, que consiste na convicção pessoal de estar agindo de acordo com as normas de conduta socialmente aceitas. Dessa forma, não se pode considerar como amparadas pela boa-fé condutas, tais como as assumidas pelos responsáveis, de assinar documentos em branco.

12.12. Sob o enfoque acima, o aresto combatido concluiu não se identificar boa-fé (objetiva) na conduta da recorrente, considerada culposa, por não restar comprovado que executou os módulos sanitários para os quais fora contratada em consonância com os termos do contrato que firmou com a Prefeitura Municipal de São Benedito/CE.

12.13. A propósito, a jurisprudência do tribunal é no sentido de que na hipótese da parcela executada se mostrar imprestável aos fins pretendidos, a circunstância enseja a imputação do débito pela totalidade do valor gerido. Nessa linha, traz-se o seguinte excerto da proposta de deliberação que embasou o Acórdão 1.577/2014-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara (Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho) sobre situação bastante semelhante ao tema do presente processo, envolvendo repasse de recursos pela Funasa também no Ceará:

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde - Funasa contra o Sr. [omissis], ex-prefeito municipal (gestão: 2005-2008), diante da não consecução dos objetivos pactuados por meio do Convênio EP nº 1399/2006 [...] e aditivos firmados com o município de Ibicuitinga/CE, que tinham por objeto a execução de sistema de esgotamento sanitário - estação de tratamento no município.

[...]

3. Depois de três visitas técnicas realizadas pela Funasa, constatou-se que apenas 79% das obras foram executadas, também tendo sido constatado que os recursos das duas primeiras parcelas foram integralmente pagos.

[...]

15. Em casos análogos de execução apenas parcial do objeto (v.g. Acórdãos: 431/2008, da 1<sup>a</sup> Câmara, e 49/2008, da 2<sup>a</sup> Câmara), os responsáveis têm sido, em regra, condenados ao pagamento dos serviços contratados e não executados, ao passo que, no caso de falta de geração de qualquer benefício à coletividade, em face da imprestabilidade do que foi executado, eles têm sido condenados à devolução integral dos recursos federais transferidos (v.g. Acórdãos: 3.552/2006 e 297/2009, da 1<sup>a</sup> Câmara, e 3.045/2011, da 2<sup>a</sup> Câmara).

16. Por outro lado, nos casos em que a parte executada inviabiliza o adequado uso pela população, o Tribunal tem entendido que: "a completa frustração dos objetivos do convênio leva à condenação do responsável ao recolhimento da totalidade do valor do débito", não havendo

se falar, portanto, nesses casos em que parte dos recursos federais utilizados não contribuiu para o alcance do objeto pactuado, no abatimento desse valor do montante a ser ressarcido (Acórdãos 1.441/2007-Plenário, 1.576/2007, 1.927/2007 e 4.587/2009 da 2ª Câmara).

17. Nesse sentido, adequada a intervenção do Ministério Público especial ao pontuar que: "Para o atendimento dos objetivos da avença e, por conseguinte, do interesse público, não bastava executar parte da obra e deixá-la ociosa, sem operacionalidade, sem uso, sujeita a intempéries, podendo se tornar inservível. Cumpria executar plenamente o objeto pactuado, em prol da população, atendendo às suas necessidades prementes, o que, como visto, não foi feito no caso em vértice. Em outras palavras, havia necessidade óbvia de efetivo proveito para a comunidade, de retorno à sociedade dos recursos públicos investidos. Nesse sentir, os recursos repassados devem, de fato, ser integralmente restituídos pelo gestor citado nos autos, conforme já decidido por este Tribunal em inúmeras oportunidades, pois "a completa frustração dos objetivos do convênio leva à condenação do responsável ao recolhimento da totalidade do valor do débito". "É dever do gestor público otimizar a utilização dos recursos públicos, de forma a maximizar os serviços prestados à população em termos qualitativos e quantitativos" (Acórdãos 4.587/2009 - 2ª Câmara e 1.441/2007 - Plenário)."

### 13. Do Débito

13.1. A recorrente registra que executou vários kits de módulos sanitários concomitantemente e, em razão da interrupção do pagamento pela prefeitura, não conseguiu entregar todos integralmente finalizados. Defende que, ainda assim, realizou serviços além dos pagamentos recebidos. E acresce que não recebeu remuneração por serviços não prestados.

13.2. Entende, por sinal, que não foram calculados os serviços não prestados, de modo a que pudesse ser-lhe imputado algum débito. Em outro ponto, a empresa estranha que o débito seja pelo valor total do ajuste se 132 módulos sanitários foram considerados executados.

13.3. Observa que as unidades de medida previstas em seu contrato com a prefeitura divergem das medidas do convênio. E indaga por que jamais foi notificada pela prefeitura sobre supostas falhas nos serviços.

### Análise

13.4. De início, anota-se que a ausência de notificação pela prefeitura contratante não impede seja apurada alguma falha por órgãos de controle no exercício de sua competência.

13.5. Assim, os 132 módulos executados o foram com falhas pois em desacordo com o projeto aprovado pela Funasa. Neste sentido foi que a fundação entendeu que nada havia sido efetivamente realizado, ao contrário do que defende a recorrente.

13.6. A propósito, no relatório de visita técnica preliminar, realizada entre 28/9 e 1/10/2009 (peça 1, p. 69-71), consta que o valor unitário do módulo tipo 8 - o mesmo dos 132 executados - equivalia a R\$ 3.142,84. Ora, o custo de 132 considerando este valor unitário é bem maior que os R\$ 360.000,00 transferidos pela Funasa, sem dizer que dos R\$ 168.796,85 já restituídos aos cofres públicos, R\$ 121.578,32 corresponderam a recursos originais da Funasa, conforme o Parecer Financeiro 207/2014 (peça 2, p. 102-104).

13.7. Nesse passo, ao computar todo o valor repassado pela Funasa (R\$ 360.000,00), e descontar o quantum já restituído pelo município convenente (R\$ 168.796,85), o débito imputado pelo acórdão recorrido se nos afigura até mesmo favorável à empresa recorrente, pois do valor total restituído uma parcela correspondeu a rendimentos financeiros e, outra, à contrapartida municipal, que em nada dizem respeito à empresa.

13.8. Por fim, sobre o tema, cabe trazer o Acórdão 3.598/2017, da 2.ª Câmara (Rel. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer):



No caso de inexecução parcial da obra, em que pese a ausência de funcionalidade para a comunidade, deve a empresa contratada ter abatido do débito que lhe cabe a parcela que efetivamente edificou, **desde que esta tenha sido executada sem vícios construtivos e de acordo com o previsto no plano de trabalho do ajuste.** (grifo acrescido)

## CONCLUSÃO

14. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) a legitimidade passiva da recorrente se deve à sua concorrência para o débito apurado, vez que recebeu recursos públicos sem executar efetivamente os serviços para os quais fora contratada;

b) considera-se que houve culpa *stricto sensu*, ou, presumida, da empresa recorrente, na medida em que não adimpliu a obrigação assumida, ou, alternativamente, não logrou comprovar satisfatoriamente que assim o fez;

c) a recorrente não se conduziu com boa-fé objetiva, conforme a jurisprudência do TCU, não se confundindo com a ausência de boa-fé subjetiva a que alude o recurso; e

d) o débito considerou tão somente o valor transferido ao município, descontado aquele já restituído aos cofres públicos, sem prejuízo para a recorrente.

## DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 3.766/2017-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara propondo-se, com fundamento nos artigos 32, I e 33, da Lei 8.443/1992, e artigo 285, do RI/TCU:

a) conhecer do recurso interposto por Ema Construções Ltda. e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) não conhecer do recurso de reconsideração interposto por Tomaz Antônio Brandão Junior, por restar intempestivo e não apresentar fatos novos, nos termos do artigo 32, parágrafo único e inciso I, da Lei 8.443/92, c/c o artigo 285, caput e §2º, do RI/TCU; e

c) dar conhecimento à recorrente e aos demais interessados da decisão que vier a ser proferida.

**TCU/Secretaria de Recursos, em 23/4/2018.**

**Roberto Orind**

**Auditor Federal de Controle-Externo, mat. 3833-4.**