

VOTO

Estão em apreciação recursos de reconsideração interpostos por Tomaz Antônio Brandão Júnior, ex-prefeito de São Benedito/CE (gestão 2009/2012), e Ema Construções Ltda. em face do acórdão 3.766/2017 - 2ª Câmara, que julgou suas contas irregulares, os condenou em débito e lhes aplicou multa.

2. Os autos tratam de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde - Funasa em decorrência da impugnação do total das despesas realizadas com recursos federais transferidos no âmbito do Termo de Compromisso 290/2009, firmado entre aquela Fundação e o município de São Benedito/CE, que teve por objeto a construção de 297 módulos sanitários.

3. O ajuste estipulou o total de R\$ 950.580,43, sendo R\$ 900.000,00 oriundos dos cofres federais e o restante a título de contrapartida. Contudo, foram efetivamente transferidos apenas R\$ 360.000,00, dos quais se devolveram à Funasa R\$ 168.796,86, em 7/1/2014, já que, após a constatação de irregularidades na execução do objeto pactuado, a Fundação suspendeu o repasse das parcelas remanescentes.

4. Preliminarmente, no que tange à admissibilidade, ratifico os termos do despacho à peça 96 e, ao acolher a análise empreendida pela Secretaria de Recursos - Serur, conheço do recurso de Ema Construções Ltda., porquanto se encontram preenchidos os requisitos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285 do Regimento Interno, e não conheço do recurso de Tomaz Antônio Brandão Júnior, por ser intempestivo e não apresentar fatos novos.

5. A recorrente alegou, em síntese, que:

a) a empresa somente responde pelas obrigações contratuais firmadas com o município contratante e não se vincula às obrigações conveniais, pois não atua como gestora de recursos federais;

b) tão somente observou os projetos e orçamentos fornecidos pelo município contratante, que escolhia o modelo dos módulos sanitários, as localidades e os beneficiários, sendo que os pagamentos somente eram liberados mediante medições parciais de serviços efetivamente executados;

c) executou vários kits de módulos sanitários concomitantemente e, em razão da interrupção do pagamento pela prefeitura, não conseguiu entregar todos integralmente finalizados;

d) a suposta ausência de reservatórios de água e de portas em desacordo com o projeto e a conclusão de que os kits são impróprios para uso não podem acarretar reponsabilidade da empresa, na medida em que tais serviços não foram frutos de medições e, por conseguinte, não geraram remuneração nem ônus para a Administração;

e) o convênio firmado entre a prefeitura e a Funasa previa como unidade de medida o módulo sanitário completamente executado, mas a empresa, no âmbito do contrato firmado com o município, recebia por m³ de fundação, m² de alvenaria ou de cobertura e por unidade de vaso sanitário assentado, de modo que tal incoerência deu razão a todas as incongruências apontadas;

f) realizou serviços além dos pagamentos recebidos;

g) sequer sabia que a obra seria custeada com recursos federais, tendo em vista que o contrato com o município era omissivo nesse ponto; e

h) não agiu com dolo ou culpa.

6. O auditor da Serur (peça 98), acompanhado pelo secretário (peça 100), pugnou pela negativa de provimento ao recurso interposto por Ema Construções Ltda. por concluir que: (i) 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; (ii) considera-se ter havido 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; (iii)

a recorrente não se conduziu com boa-fé objetiva, conforme a jurisprudência do TCU, o que não se confunde com a ausência de boa-fé subjetiva a que alude o recurso; e (iv) o débito considerou tão somente o valor transferido ao município, descontado aquele já restituído aos cofres públicos, sem prejuízo para a recorrente.

7. Contudo, o diretor da unidade técnica, em pronunciamento à peça 99, o qual foi endossado pelo Ministério Público junto ao TCU - MPTCU (peça 101), preconizou o provimento do apelo da empresa. Avaliou-se que a responsabilidade da construtora está adstrita aos aspectos construtivos, de modo que não lhe pode ser imputada ausência de nexo causal entre os recursos transferidos e sua aplicação no objeto do convênio, obrigação essa a ser exigida dos gestores públicos. Além disso, não se poderia cobrar da empresa a completa execução dos módulos sanitários, porquanto houve interrupção do contrato e dos pagamentos a ela devidos, por decisão do órgão repassador, e tendo em vista que a metodologia construtiva consistia na execução de vários módulos de forma concomitante, e não a conclusão de uma unidade por vez. O MPTCU, em complemento, aduziu que não caberia imputar débito à empresa – como fez a decisão recorrida – pela integralidade do valor transferido, já que ela não atua como gestora de recursos públicos e não se vincula às obrigações convencionais. Sua responsabilidade advém do contrato, e esse não foi concluído por culpa da Administração, que fez cessar os pagamentos.

8. Manifesto-me de acordo com o auditor da Serur e o secretário pelos motivos que irei expor na sequência.

9. Quanto à responsabilidade da Ema Construções Ltda. no que tange a esta TCE, a obrigação de comprovar nas instâncias administrativas de controle a regular aplicação dos recursos cabe ordinariamente ao próprio gestor. Entretanto, eventual responsabilidade do terceiro recebedor de recursos públicos ocorre quando a contraprestação para a qual foi contratado pela Administração se mostrar deficiente, o que ocorreu no presente caso (acórdãos 842/2017 do Plenário e 6.884/2016 da 1ª Câmara). Desse modo, a empresa não foi responsabilizada pela ausência de nexo causal entre os recursos transferidos e sua aplicação no objeto do convênio, mas, sim, por haver entregue módulos sanitários em desacordo com o projeto aprovado pela Funasa e por não ter comprovado sua execução consoante os termos do contrato assinado com o município conveniente.

10. No que concerne à alegação da empresa de que tão somente observou os projetos e orçamentos fornecidos pelo município contratante, verifico que não foram trazidos aos autos, seja em sede de alegações de defesa, seja no recurso em apelo, qualquer elemento comprobatório neste sentido, tais como edital licitatório e anexos, projeto e orçamento municipais, declarações, entre outros que pudessem atestar minimamente esse argumento. Tais evidências permitiriam constatar se o orçamento e projeto fornecidos pelo município eram divergentes dos constantes do termo de compromisso aprovado, o que não se pode afirmar no caso em apelo.

11. Em relação aos 132 módulos executados concomitantemente e, por isso, de forma parcial em razão da suspensão da transferência dos recursos, ressalto que esses kits estavam em desacordo com o projeto aprovado pela Funasa por possuírem apenas sumidouro, cano de 40mm, portas de tamanho inferior ao exigido nas normas técnicas e não conterem reservatórios. Nessas condições, a Fundação considerou como zero o percentual de execução física, porquanto o objeto pactuado não foi alcançado. A despeito da divergência entre a medição procedida pela Funasa e a que se deu no contrato em tela, “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**” (acórdão 3.598/2017 - 2ª Câmara, com destaques acrescidos).

12. Em relação ao fato de a empresa não ter conhecimento de que a obra seria custeada com recursos federais, no Relatório de Verificação *In Loco* 005/2011 - Funasa/CE foram relatadas as peças que compuseram a Tomada de Preços 07.002-2010-TP, que resultou na contratação da Ema Construções Ltda., as quais incluíam 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); avalio como pouco provável a possibilidade de desconhecimento da empresa nesse sentido, e tal alegação se resume a argumentos recursais e ao contrato celebrado com o município.

13. Cumpre ressaltar que a responsabilidade no âmbito desta Corte de Contas independe da comprovação de dolo (acórdãos 2.367/2015 e 185/2016, ambos do Plenário). Quanto à análise da culpa, não restou comprovado que a recorrente teria executado os módulos sanitários para os quais fora contratada em consonância com os termos do contrato que firmou com a Prefeitura de São Benedito/CE, de modo que não milita a favor dela a “boa-fé objetiva, consistente na atuação conforme um padrão de conduta aceito como adequado e recomendável pelo meio social onde inserido o agente” (voto condutor do acórdão 2.072/2012 - 1ª Câmara).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de reconsideração da empresa Ema Construções Ltda. e voto por que o Tribunal adote a minuta de deliberação que submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 24 de julho de 2018.

ANA ARRAES
Relatora