

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos ao Acórdão 655/2018-TCU-2ª Câmara, que conheceu e negou provimento a 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, por meio do qual este Tribunal julgou irregulares as contas de Rogério Nascimento Lopes (falecido), condenou o seu espólio em débito solidário com os recorrentes e outros responsáveis e lhes aplicou a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

2. No que se refere à admissibilidade, conheço do recurso porquanto presentes os requisitos previstos nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443, de 1992, c/c o art. 287 do Regimento Interno/TCU. Em relação ao mérito, antecipo que não procedem os argumentos apresentados, vez que inexistem as omissões e contradições apontadas no apelo.

3. Afinal, os vícios indicados nos aclaratórios constituem flagrante tentativa de rediscussão do mérito da deliberação recorrida, o que contraria sólida jurisprudência desta Corte, a exemplo da exarada mediante o Acórdão 2.635/2015-TCU-Plenário, relator o Ministro Bruno Dantas, e por meio do Acórdão 3.339/2013-TCU-1ª Câmara, relator o Ministro Walton Alencar.

4. Tais decisões afirmam: i) a impossibilidade de se reconhecer como omissão a (re)apresentação de argumentos já enfrentados pela unidade técnica no relatório utilizado pelo relator como razões de decidir a deliberação recorrida; e ii) a inadequação dos embargos para correção de eventuais erros de julgamento. Apesar disso, reconhecem que a simples alegação de omissão, obscuridade ou contradição são suficientes ao conhecimento dos aclaratórios, como assim o fiz.

5. Observadas essas premissas, afasto os argumentos recursais relativos à inexistência de demonstração da responsabilidade da embargante, impossibilidade de atribuir solidariedade à recorrente quanto ao débito, nos termos do art. 3º da Decisão Normativa TCU 57/2004 e dos os Enunciados de Súmula TCU 186 e 187 (não citados na decisão recorrida, portanto **a priori** insuscetíveis de análise na presente espécie recursal), e demonstração de cumprimento do contratado.

6. Para tanto, transcrevo trecho da instrução técnica (peça 253) incorporada às minhas razões de decidir (item 3 do meu Voto), no qual constam detalhadamente as devidas fundamentações para o não provimento do apelo ora embargado, portanto a demonstrar a inexistência dos vícios apontados nos presentes embargos:

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 irresignação 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 deste exame. Por outro lado, cabe à contratada, para se desobrigar ao ressarcimento, refutar a própria existência do 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. (...)

6.21 Já a responsabilidade dos administradores da entidade decorre do fato de que, na relação jurídica convencional, 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 quem 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. (...)

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 Cortes 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. (...)

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.

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

7.2 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).

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

7.4 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.

7.5 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:

7.6 Não assiste razão ao recorrente.

7.7 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)

7.8 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.

7.9 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 correção, 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.

7.10 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.

7.11 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.

7.12 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.

7.13 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.

7.14 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).

7.15 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).

8.2 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.

8.3 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.

8.4 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.

8.5 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:

8.6 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 Conductor do acórdão recorrido, a Fluxotech foi condenada por não ter comprovado a entrega do mencionado programa (peça 179, p. 1).

8.7 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.

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

8.9 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 avençados. 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’.

8.10 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.

8.11 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.

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

7. Como visto, os argumentos recursais representam tentativa de rediscussão de mérito, incabível pela via processual oposta. Assim, inexistindo omissões ou contradições na deliberação atacada, os presentes embargos devem ser conhecidos e rejeitados.

Pelas razões expostas, VOTO no sentido de que seja adotado o acórdão que ora submeto à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de setembro de 2018.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator