TC 030.653/2015-0

Natureza: Recursos de Reconsideração (Tomada de Contas Especial)

Unidade: Município de Campos Sales/CE.

Recorrente: M7 Construções e Serviços Ltda. Eireli-ME (CNPJ: 11.656.250/0001-09).

Advogados: Antônio Moreira Cavalcante (OAB/CE 30.385); procuração à peça 130.

Pedido de sustentação oral: não há

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio para construção de escola de ensino fundamental. Não execução do objeto pactuado. Parcela mínima do empreendimento concluída. Contas irregulares. Débito solidário da empresa executora e do ex-prefeito. Multa. Inabilitação temporária para o exercício de funções de confiança e cargos em comissão na Administração Federal. Recurso de reconsideração da empresa contratada. Ausência de elementos que comprovem a realização de serviços em montante compatível com o valor recebido pela empresa. Não vinculação entre o processo de conta e a ação de improbidade. As normas de controle externo não garantem a faculdade de requerer ao TCU a produção de provas ou diligências. Citação do município: medida contraproducente na fase recursal. Instituto da solidariedade passiva é instrumento legal a favor do credor. Conhecimento e não provimento.

INTRODUÇÃO

1.1. Cuida-se de recurso de reconsideração (peça 191) interposto pela empresa M7 Construções e Serviços Ltda. Eireli-ME, contra o Acórdão 1.846/2018-TCU-Plenário (peça 137), relator Min. André Luís de Carvalho, retificado, por inexatidão material, pelo Acórdão 2.190/2018-TCU-Plenário (peça 146), e que julgou tomada de contas especial instaurada a partir de conversão de processo de representação, em face da não comprovação da regular aplicação de recursos federais repassados por meio do Convênio 700.171/2011-Siafi 667655/2011, firmado

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

com o FNDE e destinado à construção de 1 (uma) escola de ensino fundamental constituída por 8 (oito) salas de aula.

1.2. Transcreve-se a decisão recorrida:

> VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial autuada em desfavor do Sr. Paulo Ney Martins, ex-prefeito de Campos Sales – CE (gestão: 2009-2012) a partir da conversão do processo de representação (TC 016.176/2013-8), por força do Acórdão 9.563/2015-2ª Câmara, diante da não comprovação da regular aplicação dos recursos federais repassados por meio do Convênio nº 667655/2011 **(Siafi)** celebrado entre o aludido município e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para a construção de 1 (uma) escola de ensino fundamental constituída por 8 (oito) salas de aula sob o valor estimado de R$ 3.174.581,00; (expressão em negrito acrescida)
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> 9.1. considerar revéis os Srs. Paulo Ney Martins, Luzeílton de Oliveira Santiago, Fabrício Lima de Matos, Antônio Diego Rodrigues, Carlos Virgílio Pereira de Brito e César Carlos Rodrigues Lima, além da APBJ Construções Ind. e Com. e Serviços de Mão de Obra, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992;
>
> 9.2. acolher as alegações de defesa da Sra. Sandra Maria da Silva Araújo, como presidente da comissão de licitação, estendendo os seus efeitos objetivos sobre os demais membros da aludida comissão (Fabrício Lima de Matos e Antônio Diego Rodrigues), diante dos elementos de convicção até aqui obtidos pelo TCU;
>
> 9.3. acolher as alegações de defesa da Fênix Serviços, Assessoria, Construções e Empreendimentos Ltda. e da M7 Construções e Serviços Ltda., estendendo os seus efeitos objetivos sobre a A.P.B.J. Construções Indústria Comércio e Serviços em relação, especificamente, a não confirmação dos indícios de fraude à licitação, diante dos elementos de convicção até aqui obtidos pelo TCU;
>
> 9.4. julgar irregulares as contas dos Srs. Paulo Ney Martins, Luzeílton de Oliveira Santiago, Carlos Virgílio Pereira de Brito e César Carlos Rodrigues Lima, nos termos dos arts. 16, III, alíneas "b" e "c", e § 2º, alínea "b", e 19, caput, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-los, em solidariedade com a M7 Construções e Serviços Ltda. – ME, ao pagamento das quantias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora calculados desde as datas informadas até o efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência desta deliberação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida importância ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), nos termos do art. 23, III, "a", da citada lei e do art. 214, III, "a", do Regimento Interno do TCU (RITCU):
>
> 9.4.1. Srs. Paulo Ney Martins, Luzeílton de Oliveira Santiago, Carlos Virgílio Pereira de Brito e César Carlos Rodrigues Lima em solidariedade com a M7 Construções e Serviços Ltda. – ME:

Valor original (R$)	Data da ocorrência
467.184,87	10/1/2012

> 9.4.2. Srs. Paulo Ney Martins, Luzeílton de Oliveira Santiago, Carlos Virgílio Pereira de Brito e César Carlos Rodrigues Lima:

Valor original (R$)	Data da ocorrência
973.095,18	10/1/2012

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

9.5. aplicar aos Srs. Paulo Ney Martins, Luzeílton de Oliveira Santiago, Carlos Virgílio Pereira de Brito e César Carlos Rodrigues Lima, além da M7 Construções e Serviços Ltda., individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, sob os valores a seguir indicados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na forma da legislação em vigor:

Responsável	Valor da multa (R$)
Paulo Ney Martins	500.000,00
Luzeílton de Oliveira Santiago	500.000,00
Carlos Virgílio Pereira de Brito	500.000,00
César Carlos Rodrigues Lima	500.000,00
M7 Construções e Serviços Ltda.	250.000,00

9.6. considerar, preliminarmente, graves as infrações cometidas pelos Srs. Paulo Ney Martins, Luzeílton de Oliveira Santiago, Carlos Virgílio Pereira de Brito e César Carlos Rodrigues Lima, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 270, § 1º, do RITCU;

9.7. inabilitar os Srs. Paulo Ney Martins, Luzeílton de Oliveira Santiago, Carlos Virgílio Pereira de Brito e César Carlos Rodrigues Lima, pelo período de 8 (oito) anos, para o exercício de cargo em comissão e de função de confiança no âmbito da administração federal, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 270 do RITCU;

9.8. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas fixadas por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.9. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas fixadas por este Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendidas as notificações;

9.10. determinar que a unidade técnica envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, aos seguintes destinatários:

9.10.1. à Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis; e

9.10.2. ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para ciência e adoção das providências determinadas pelo item 9.7 deste Acórdão.

HISTÓRICO

1.3. Em análise processo de tomada de contas especial instaurada em cumprimento ao Acórdão 9.563/2015-TCU-2ª Câmara, proferido em sede de representação - TC nº 016.176/2013-8 -, em desfavor do Sr. Paulo Ney Martins, ex-prefeito de Campos Sales/CE, em razão de irregularidades apuradas no Convênio nº 700.171/2011-667655-Siafi, firmado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). O ajuste tinha como finalidade a construção de escola de nível fundamental, composta por oito salas de aula, com valor previsto de R$ 3.174.581,00 (peça 42, p. 34, do TC nº 016.176/2013-8).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

1.4. Ficou constatada a transferência de R$ 1.440.280,05 ao Município convenente, mas com a execução de apenas 2,42% do objeto pactuado. A empresa contratada para edificar a escola, M7 Construções e Serviços Ltda., recebeu R$ 467.184,87, montante incompatível com a efetiva execução dos serviços reconhecidos. O restante da verba enviada ao Município foi transferido para outras contas da Prefeitura, o que motivou posteriormente a imputação de débito aos representantes municipais corresponde à integralidade do dinheiro recebido pelo ente Municipal e à Empresa M7 pelo valor total a ela pago.

1.5. O conjunto de evidências colimadas aos autos demonstra que a obra de construção da escola de nível fundamental em Campos Sales restou inconclusa, sendo que sendo que uma vistoria *in loco* realizada pelo FNDE em 2014 constatou que apenas os serviços preliminares de terraplenagem e instalação de cerca foram efetivamente prestados (peça 42, p. 32-40, do TC nº 016.176/2013-8).

1.6. Com relação aos indícios de fraude ao procedimento licitatório indicados na Representação que deu origem a esta TCE, a unidade técnica sugeriu (peça 133), com a concordância do Ministério Público junto ao TCU/MPTCU (peça 136) e do Exmo. Ministro Relator do acórdão recorrido (peça 138), o acolhimento das defesas apresentadas pelos membros da comissão de licitação e pelas empresas M7 e Fênix, para afastar o indício inicial de conluio, em razão de as três empresas licitantes terem autenticado os seus documentos no Cartório Azevedo Bastos, em João Pessoa – PB, distante 710 km de Campos Sales. Verificou-se que lá se encontraria o então único cartório de autenticação digital do Brasil.

1.7. Diante da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos, com o consequente pagamento majorado em razão da execução de parcela mínima do objeto pactuado, o Tribunal imputou débito e multa a diversos responsáveis, dentre eles a empresa M7 Construções e Serviços Ltda., ora recorrente, além de inabilitar agentes públicos para o exercício de funções de confiança e cargos em comissão na Administração Federal.

1.8. Prolatado o Acórdão 1.846/2018-TCU-Plenário (peça 137), com as correções materiais do Acórdão 2.190/2018-TCU-Plenário (peça 146), insurge-se contra a decisão a Empresa M7 Construções e Serviços Ltda., interpondo recurso de reconsideração (peça 191).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

1.9. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 197-198), ratificado pelo Exmo. Ministro Bruno Dantas (peça 200), que conheceu do recurso interposto, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.4 (exceto primeira parte), 9.4.1, 9.5 e 9.9 do acórdão recorrido.

EXAME DE MÉRITO

2. Delimitação

2.1. Constitui objeto do presente recurso de reconsideração definir se

a) os valores percebidos pela empresa executora correspondem à efetiva prestação de serviços/obras demandada pela Prefeitura;

b) a ausência de dolo ou dano ao erário por parte da empresa recorrente impede a sua responsabilização.

3. Da compatibilidade entre os valores recebidos e as obras/serviços executados (peça 191, p. 3-17)

3.1. Afirma a recorrente que não percebeu valores acima daqueles correspondentes aos serviços prestados na obra objeto do contrato firmado com a Prefeitura de Campos Sales, e que

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

equivocadamente deixou de apresentar, em sede de alegações de defesa, suas razões no tocante ao alegado recebimento de valores por serviços inexistentes, atentando-se tão somente para a defesa quanto à autenticação dos documentos usados na licitação em um mesmo cartório de títulos e documentos e na pequena diferença de cotações entre as empresas licitantes (p. 3).

3.2. Aduz que os serviços efetivamente executados pela empresa não correspondem a apenas 2,42% do percentual total da obra, mas sim com os valores apresentados nas 3 medições realizadas pela Edilidade contratante, e que o equívoco na decisão recorrida tem origem nas informações utilizadas pelo TCU, oriundas do Sistema Integrado do Ministério da Educação (SIMEC), sistema esse alimentado pelo próprio Município e cujos erros e desatualizações podem ser corrigidos de ofício pela própria Administração (p. 4).

3.3. Assevera que nem o TCU nem os fiscais do FNDE atentaram para os entraves topográficos do terreno onde seria construída a unidade escolar. Isso porque o terreno escolhido para construção apresentava acentuados desníveis, que inviabilizavam os serviços, sendo imprescindível o prévio trabalho de correção do declive. Como o projeto da escola não apresentava tais serviços, foi informado à empresa pela Secretaria municipal que seria firmado um aditivo, para inclusão do corte, aterramento, nivelamento e compactação do terreno (p. 5).

3.4. Argumenta que a Prefeitura determinou o imediato início dos trabalhos de nivelamento, sob o compromisso de que o aditivo estaria sendo providenciado pelo Município, a fim de evitar atrasos no cronograma físico-financeiro da obra (p. 5).

3.5. Por esse motivo, afirma ter dado execução aos referidos serviços preliminares, bem como à construção do muro, e instalação da cerca do terreno com gradil tipo Nylofor, o que seria comprovado pelos registros fotográficos da época, nos quais seria perceptível mesmo aos olhos mais leigos, que o terreno necessitava de correção, conforme fotografias que junta ao recurso (p. 5-11).

3.6. Afirma que o nivelamento do terreno, que se transformava em lagoa na época chuvosa, impôs custos extraordinários à obra, conforme a 3ª medição de serviços, que não teria sido devidamente computada e alimentada junto ao SIMEC, provavelmente porque não era de conhecimento do TCU o aditivo elaborado pelo Município para correção da topografia (p. 12).

3.7. Assevera que apenas realizou os serviços para os quais foi contratada, o que deve incluir os gastos realizados para correção de topografia, não computados na 3ª medição dos serviços, e que o Município de Campos Sales agiu de forma desidiosa, ao não regularizar o termo aditivo (p. 12-13).

3.8. Acrescenta que as duas medições anteriores, ao contrário do que foi apurado pelo Tribunal, não se resumem aos 2,42% do percentual total a obra, visto que não foram computados os serviços de adequação do terreno, motivo pelo qual a recorrente solicitou a elaboração de Laudo de Supervisão *in loco* da obra, elaborado por engenheiro civil autônomo, e anexado ao processo nº 0000358-05.2015.4.05.8102, em trâmite na 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que versa sobre o mesmo objeto ora vergastado (p. 13-14).

3.9. Frisa que após a realização das três medições, o Município oficiou a Empresa a respeito da paralização das obras, que ocorreu por mais de 120 dias, desencadeando pedido de rescisão unilateral do contrato por parte da defendente, conforme anexos ao processo judicial referido. Além disso, chegou aos ouvidos da recorrente que o Município se utilizou de valores do convênio para pagamento da folha de seu funcionalismo (p. 15).

3.10. Afirma que com base no laudo de engenharia particular, juntado ao processo judicial, teria ficado demonstrado que os serviços realizados condizem com o valor pago à empresa, no percentual total de 6,81%, referente à terceira medição, e não de 2,42% (p. 16-17).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

3.11. Aduz que não houve qualquer supervisão *in loco* da obra, seja pelo FNDE, seja pelo extinto TCM/CE, sendo utilizadas apenas informações do SIMEC para se chegar ao percentual de 2,42%, e que caso o Tribunal não se convença do equívoco, requer seja determinada perícia oficial para ratificar as informações da recorrente (p. 17).

Análise

3.12. As alegações recursais não merecem prosperar.

3.13. Preliminarmente, cumpre assinalar que a Empresa M7 Construções e Serviços Ltda. foi responsabilizada nestes autos pela não comprovação da execução de serviços e obras em montante compatível com os valores percebidos do erário, e não por eventuais desvios de conduta dos agentes públicos municipais envolvidos na gestão dos recursos federais recebidos, o que justificou responsabilização distinta desses agentes, além do débito solidário imputado à contratada e aos agentes municipais, na forma do acórdão recorrido.

3.14. É certo que a empresa contratada não é responsável, em última análise, pela correta destinação dos recursos do convênio ou pela conclusão do empreendimento, **desde que para isso não tenha concorrido**, mas está obrigada a demonstrar que **efetivamente prestou os serviços que correspondam aos recursos públicos por ela percebidos**.

3.15. O fato de a Prefeitura ter eventualmente desviado parte dos valores do ajuste para outras despesas do Município, fato esse que implicou na responsabilização de agentes públicos em débito em montante superior ao da empresa e multa, não isenta a pessoa jurídica contratada da responsabilidade de comprovar serviços correspondentes ao montante recebido.

3.16. O relatório fotográfico apresentado pela recorrente, desacompanhado de laudo oficial que constate a efetiva prestação dos serviços e correspondentes valores, bem como a **inexistência do aditivo contratual** que suporte eventual acréscimo de serviços relativos à correção topográfica, impedem o acolhimento de suas razões.

3.17. As eventuais tratativas com a Prefeitura para promover alterações qualitativas no objeto avençado durante sua execução, sem a prévia formalização do termo aditivo ao convênio, caracterizam verdadeiro contrato verbal firmado com a empresa executora, consoante já assentaram o Plenário e as Câmaras desta Corte. Nesse sentido, reproduz-se ementas retiradas da jurisprudência selecionada do TCU:

> "Nos termos dos arts. 60, parágrafo único, e 62 da Lei 8.666/1993, a execução de serviços sem a formalização de termo contratual caracteriza contrato verbal, ainda que o pagamento seja realizado após a assinatura do contrato" (Acórdão 2.380/2013-TCU-Plenário, Min. Ana Arraes)
>
> "A realização de pagamentos previamente à assinatura dos respectivos instrumentos contratuais configura a realização de despesas sem cobertura contratual". (Acórdãos 5.857/2009-TCU-1ª Câmara, Min. Walton Alencar Rodrigues e 7.525/2010-TCU-2ª Câmara, Min. André de Carvalho)
>
> A aquisição de bens ou serviços sem cobertura de termo contratual, bem assim sua celebração com cláusula de vigência retroativa, caracteriza a existência de contrato verbal antes de sua formalização, o que é vedado pelo art. 60, parágrafo único, Lei 8.666/1993. (Acórdão 5.820/2011-TCU-2ª Câmara, Min. André de Carvalho)

3.18. Também é cediço na jurisprudência do TCU que o contrato ou compromisso verbal celebrado com a Administração é nulo e sem qualquer efeito, até por força do art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, que ressalva apenas o contrato verbal para pequenas compras de pronto pagamento. Se a empresa contratada assumiu os riscos da empreitada a partir de um compromisso

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

verbal firmado com a municipalidade, não pode se eximir do ônus e do risco de responsabilização solidária daí decorrente:

> "Aquele que, no trato de verba federal recebida mediante convênio, ou qualquer outro instrumento congênere utiliza-se de contrato verbal visando à consecução do objeto pactuado assume o risco de ser responsabilizado por eventual dano ao erário decorrente da não-concretização da finalidade do ajuste, seja por ação dolosa (dolo eventual) ou por culpa grave". (**Acórdão 7.107/2010-TCU-1ª Câmara, Min. Marcos Bemquerer**)
>
> "É nulo qualquer ajuste verbal entre a Administração e a contratada para promover alterações qualitativas ou quantitativas ocorridas durante a execução do objeto." (**Acórdão 2.504/2014-TCU-1ª Câmara**)

3.19. Ao contrário do que afirma a recorrente, o relatório do FNDE acostado à peça 15, p. 4-9, do TC 016.176/2013-8, dá conta de vistoria *in loco* realizada em 26/2/2014, que atestou a realização, pela empresa recorrente, de serviços de movimentação de terra no valor de R$ 36.069,05 (100%) e serviços preliminares técnicos no valor de R$ 22.454,00 (100%), valores bastantes inferiores ao montante recebido pela Empresa, de R$ 467.184,87.

3.20. Outro laudo oficial, assinado em 6/5/2014 (peça 42, p. 32-40 do TC 016.176/2013-8), realizado por empresa especializada contratada pelo FNDE, conforme Ofício daquela Autarquia à peça 42, p. 31, também informa sobre fiscalização *in loco* realizada na obra objeto do Convênio após obras emergenciais realizadas pela Empresa Dervish Engenharia e Consultoria Ltda., com farto material fotográfico e que deu conta de um percentual executado menor, após supervisão, daqueles serviços de movimentação de terra, no valor de R$ 18.034,53 (50%) e serviços preliminares técnicos no valor de R$ 1.122,70 (5%) (peça 42, p. 33, daquele TC), além de serviços de paisagismo/urbanização realizados pela nova empresa, no valor de R$ 57.580,81 (50%) (peça 42, p. 34, daquele TC).

3.21. Nos referidos relatórios, não consta qualquer informação relativa a interferências imprevistas concernentes à topografia do terreno, a atrair a teoria da imprevisão e a eventual repactuação econômico-financeira do ajuste. Há uma anotação no relatório, junto a duas fotos do terreno, que dá conta do aguardo de aditivo de prazo em consequência de **fatos imprevisíveis** decorrentes de **sinistros climáticos**, não mencionados pela recorrente em sua missiva:

> Vistoria com lacunação de tempo e espaço mediante aguardo de documento aditivo de prazo, em consequência de desastres ambientais ocorridos na região. Situação climática adversa. Todavia no que tange ao andamento da obra, os serviços básicos preliminares encontram-se concluídos.

3.22. Quanto ao processo judicial nº 0000358-05.2015.4.05.8102, em trâmite na 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em consulta ao Processo Judicial Eletrônico (PJe), identificou-se que a referida ação civil pública de improbidade administrativa está em fase de "razões finais".

3.23. Impede anotar que a controvérsia a controvérsia da lide reside na suposta ilegalidade na execução do Convênio 700.171/2011 e respectivo procedimento licitatório - concorrência nº. 06.02.01/2012, perpassando pela subcontratação integral do objeto do contrato e responsabilidade do engenheiro que atestou as medições da obra, possibilitando pagamento à empresa contratada em valor superior ao que fora realmente executado.

3.24. Oportuno ressaltar ainda que o juízo responsável indeferiu o pedido de produção de prova pericial requerido pela Empresa M7 Construções e Serviços Ltda.uma vez que a documentação por ela juntada à inicial corroboraria a tese de sua defesa, documentação essa, aliás, que **não foi juntada a este TC**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

3.25. De toda sorte, eventual decisão no âmbito judicial não necessariamente tem repercussão sobre o juízo adotado pelo Tribunal de Contas da União, à exceção de decisão judicial na esfera criminal que conclua pela negativa dos fatos ou de sua autoria, a teor do artigo 935 do Código Civil e da jurisprudência do TCU (v.g. Acórdãos 10.042/2015-TCU-2ª Câmara, Min. Marcos Bemquerer, 680/2015-TCU-Plenário, Min. André de Carvalho, 131/2017-TCU-Plenário, Min. Walton Alencar Rodrigues e 2.983/2016-TCU-1ª Câmara, Min. Bruno Dantas).

3.26. Esse entendimento é sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme arestos oriundos dos Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF, 22.321-DF e 23.635-DF. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

3.27. Não obstante, é dever da empresa contratada colimar aos autos todos os elementos de convicção para perfazer sua defesa, o que inclui perícias, determinadas judicialmente ou não, documentos oficiais ou outros elementos de convicção com força probatória sobre a decisão recorrida.

3.28. O argumento da empresa recorrente de que os dados dos relatórios de verificação *in loco* resumem-se às informações colhidas no sistema SIMEC é fragilizado tanto pelas evidências de vistoria *in loco* realizadas, quanto pela **validação da empresa contratada** das informações ali constantes, exigida pelo sistema, conforme evidenciado à peça 42, p. 31, o que corrobora a informação de que a contratada tinha plena ciência das informações e dos índices de realização dos serviços então em curso.

3.29. Não tendo a empresa trazido outros elementos de convicção suficientes para infirmar as conclusões do acórdão recorrido, propõe-se a rejeição das razões recursais.

4. Da ausência de dolo ou de dano ao erário (peça 191, p. 17-24)

4.1. A recorrente advoga que só há ato de improbidade administrativa com a existência do elemento subjetivo dolo ou dano ao erário, motivo pelo qual precisam ser afastadas desde já as condenações com fundamento na Lei 8.429/1992, e que se alguém cometeu ato irregular, não foi a peticionante (p. 17).

4.2. Aduz que não pode permanecer no polo passivo da demanda, visto que não foi vislumbrada má-fé e desonestidade, preponderantes para o tipo contido na lei de improbidade, cerne da questão posta à apreciação deste Poder Judiciário (sic) (p. 18).

4.3. Reproduz jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Resp. 1.038.777/SP, bem como doutrina de Hely Lopes Meirelles, para encarecer que nem todo ato ilegal é ato de improbidade, visto que imprescindível o dolo do agente, com o propósito de se locupletar ou favorecer terceiros (p. 18-20).

4.4. Acrescenta ainda inexistir o elemento culpa, visto que a empresa agiu dentro do que determinavam as cláusulas editalícias e contratuais e menciona doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (p. 20-21).

4.5. Reafirma não ser todo ato ilegal que pode ser reputado de ato de improbidade, e reproduz voto do Ministro Albino Zavascki do STJ no Resp 1.038.777, além de afirmar que restou comprovado que os serviços realizados condizem com o contrato e o termo aditivo, consoante laudo de supervisão *in loco* da obra realizado por engenheiro civil contratado pela recorrente (p. 21-22).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

4.6. Assevera que conforme jurisprudência do STJ (Resp 213.994/MG), sem o dolo, a má-fé, e a desonestidade demonstrados, não se configura o ato de improbidade administrativa, sendo que a responsabilidade civil somente é atribuível ao gestor na exata medida de sua contribuição para o evento lesivo com dolo ou culpa, conforme já se pronunciou o TCU no Acórdão 54/2006-TCU-2ª Câmara (p. 22-23).

4.7. Desse modo, requer a citação do Município de Campos Sales/CE para integrar a Tomada de Contas Especial, a realização de perícia técnica para constatar a realização dos serviços de regularização topográfica, a intimação de representantes da Secretaria de Obras/Comissão de licitação para apresentar o aditivo contratual relativo aos serviços de regularização topográfica e o acolhimento integral do presente recurso de reconsideração, e alternativamente, requer que o alargamento o interregno para pagamento da multa, em prazo não inferior a 120 meses, haja vista a situação financeira em que se encontra a recorrente, nos termos do art. 26, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do RI/TCU (p. 24).

Análise

4.8. Quanto ao pedido para que o TCU determine perícia para identificar os serviços de regularização topográfica, trata-se de ônus do jurisdicionado, vez que as normas que regulam o processo de controle externo não concedem aos responsáveis a faculdade de solicitar produção de provas ao TCU, como a colheita de depoimentos ou realização de perícias e diligências. É nesse sentido a jurisprudência desta Corte de Contas, conforme se depreende das ementas retiradas da jurisprudência selecionada do TCU:

> "O Tribunal deve julgar com base nas provas documentais constantes dos autos, reunidas pelos órgãos de controle interno e pela unidade técnica, em confronto com aquelas produzidas e apresentadas pelo responsável em sua peça de defesa" (**Acórdão 3.535/2015-TCU-2ª Câmara, Min. Augusto Nardes**)
>
> "Não é cabível a aplicação analógica das disposições pertencentes à prova do processo civil ao processo de controle externo, porque a Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU dispõem, exaustivamente, acerca dos meios de prova disponíveis aos responsáveis" (**Acórdão 689/2015-TCU-1ª Câmara, Min. Walton Alencar Rodrigues**)
>
> A produção de provas nos autos de controle externo é feita sob a forma escrita, sem a necessidade de convocação de testemunhas ou peritos, para conferir ao processo a necessária agilidade. A produção de provas periciais e testemunhais decorre do Código de Processo Civil (CPC), cuja aplicabilidade, aos processos do TCU é apenas subsidiária. (**Acórdão 130/2008-CU-Plenário, Min. Aroldo Cedraz**).

4.9. Assim, eventuais perícias determinadas judicialmente, ou não, devem ser trazidas aos autos pelo peticionante, conforme já assinalado. Também não cabe requerer ao Tribunal a produção de documentos (aditivo), dispondo a recorrente do direito de petição ao poder público municipal, direito esse assegurado pelo inciso XXXIV do art. 5º, da Constituição Federal, garantido pela via do mandado de segurança ou eventual ação judicial de exibição de documentos.

4.10. Quanto ao pedido para citação do Município, constitui medida contraproducente, nessa fase recursal, o retorno dos autos à unidade instrutiva para promover a citação da edilidade. Além disso, o instituto da solidariedade passiva representa instrumento legal a favor do credor, não podendo, por conseguinte, ser invocado em benefício do devedor.

4.11. Cumpre ainda assinalar que, na hipótese vertente, não há litisconsórcio passivo necessário entre o gestor municipal e a empresa contratada quanto aos valores desviados pela Prefeitura, mas apenas **quanto aos pagamentos efetuados à Empresa M7 Construções e Serviços Ltda.**, em virtude da distinção entre o dever do gestor público de responder perante as instâncias administrativas de controle por atos irregulares comissivos e omissivos e a obrigação da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

empresa contratada, ora recorrente, de comprovar a contraprestação de serviços pactuados e pagos.

4.12. É nesse sentido a remansosa jurisprudência desta Corte:

> 9. A jurisprudência predominante neste Tribunal considera que, nos processos de controle externo, a solidariedade passiva é benefício do Estado-Autor, a quem, na condição de credor, é facultado exigir de um ou de todos os devedores a integralidade da dívida (arts. 275, 282 e 283 do Código Civil). Assim, não há litisconsórcio necessário (acórdão 2.199/2015-Plenário; acórdão 1.404/2015-1ª Câmara), que não configura direito subjetivo do responsável citado (acórdãos 789/2012-Plenário e 9.694/2011, 5.297/2013 e 368/2014-2ª Câmara) (**Acórdão 2.29/2016-TCU-Plenário, Min. Ana Arraes**)
>
> Ementa. Não existe litisconsórcio passivo necessário entre o gestor e a empresa contratada quando a relação jurídica processual se refere à prestação de contas da regularidade da aplicação de recursos públicos, pois há nítida distinção entre o dever do gestor público de responder perante as instâncias administrativas de controle por seus atos de administração e a obrigação da contratada de oferecer a contraprestação de serviços pactuados (**Acórdão 842/2017-TCU-Plenário, Min. Benjamin Zymler**)
>
> O instituto da solidariedade passiva constitui benefício legal erigido em favor do credor, no caso, a União, razão pela qual eventual ausência do chamamento de outros responsáveis solidários pelo TCU não constitui nulidade processual, não obstando, portanto, a imputação de débito ao agente devidamente citado, o qual, querendo, poderá reaver em juízo eventual ressarcimento pessoal por meio de ação regressiva. Nesse sentido, trilham os Acórdãos 864/2009 e 2591/2016, do Plenário, os Acórdãos 2.917/2006 e 4.192/2011, da 1ª Câmara, e os Acórdãos 10.560/2011, 11.151/2011, 11.437/2011, 206/2012, 1.737/2014, da 2ª Câmara. (**Acórdão 2.825/2017-TCU-1ª Câmara, Min. Walton Alencar Rodrigues**)

4.13. Não se perca de vista que a irregularidade ensejadora do débito e da multa imputados à empresa foi a não comprovação dos serviços prestados em volume correspondente ao valor percebido e não o desvio de recursos remanescentes por parte do Município de Campos Sales.

4.14. Com referência ao elemento subjetivo dolo, esse é um aspecto essencial quando se discute a ação civil pública de improbidade administrativa, seara essa defesa à atuação dos tribunais de contas, devendo ser enfrentada na seara judicial. Nesse sentido, não há amparo legal para condicionar o julgamento pela irregularidade de contas à ocorrência de ato de improbidade administrativa (v.g. Acórdãos 576/2010-TCU-Plenário, relator Ministro André Carvalho e 1.881/2014-TCU-2ª Câmara, relator Ministro José Jorge).

4.15. No âmbito do Tribunal de Contas da União, cumpre acrescentar que a obrigação de ressarcimento ao erário prescinde de comprovação de dolo ou mesmo da evidenciação de locupletamento pessoal como é cediço na jurisprudência desta Corte. 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, o que, no caso vertente, se verificou na não comprovação da aplicação, pela Empresa recorrente, dos recursos recebidos por meio do Convênio 700.171/2011-Siafi 667655/2011.

4.16. Nesse sentido, as seguintes ementas da jurisprudência selecionada desta Corte:

> 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 (**Acórdão 9.943/2015-TCU-1ª Câmara, Min. Bruno Dantas**);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

> A condenação em débito independe da ocorrência de conduta dolosa ou de locupletamento, bastando para tanto a constatação de conduta culposa (stricto sensu) dos responsáveis pela irregularidade que ocasionou o dano ao erário (**Acórdão 2.367/2015-TCU-Plenário, Min. Benjamin Zymler**);
>
> A obrigação de ressarcimento ao erário prescinde de comprovação de dolo. 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 (**Acórdão 185/2016-TCU-Plenário, Min. Vital do Rêgo**).

4.17. Rejeita-se igualmente a tese de que a empresa recorrente teria agido de boa-fé, ou de que essa declaração específica e as fotografias juntadas ao recurso se sobreporiam aos documentos efetivamente colimados ao processo, que evidenciam ter a Empresa recebido valores superiores aos efetivamente aplicados na construção da escola de ensino fundamental.

4.18. Por oportuno, cumpre enfatizar que esta Corte tem assente o entendimento de que a boa-fé somente pode ser presumida ou demonstrada a partir da conduta humana, não podendo ser avaliada em relação a pessoa jurídica, conforme se depreende dos seguintes Enunciados da jurisprudência sistematizada desta Corte:

> O exame da boa-fé, para fins de concessão de novo prazo para o recolhimento do débito sem a incidência de juros de mora (art. 202 do Regimento Interno/TCU), quando envolver pessoa jurídica de direito privado, será feito, em regra, em relação à conduta de seus administradores, uma vez que os atos destes obrigam a pessoa jurídica, desde que exercidos nos limites dos poderes definidos no ato constitutivo do ente (art. 47 da Lei 10.406/2002 - Código Civil). (**Acórdão 1.915/2015-TCU-Plenário, Min. Ana Arraes**)
>
> Não cabe análise de boa-fé de pessoa jurídica. (**Acórdão 877/2012-TCU-2ª Câmara, Min. Valmir Campelo**)
>
> Não se pode aferir a boa-fé da pessoa jurídica, tendo em vista que tal análise somente pode ser feita em relação à conduta humana. (**Acórdão 1.517/2012-TCU-1ª Câmara, Valmir Campelo e Acórdão 1600/2011-TCU-1ª Câmara, Min. Marcos Bemquerer**)
>
> Em caso de citação de ente federado, deve-se dar a ele o mesmo tratamento dispensado aos responsáveis cuja conduta é revestida de boa-fé, uma vez que esta não pode ser aferida em relação à pessoa jurídica. (**Acórdão 2.161/2010-TCU-1ª Câmara, Min. Marcos Bemquerer**)

4.19. Por último, esclarece-se o peticionante de que o Tribunal de Contas da União não integra o Poder Judiciário, mas é Órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo de Estado, com atribuições e poderes próprios conferidos diretamente pela Constituição Federal (artigos 71 e seguintes) e de sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992), não exarando suas decisões com base na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade).

4.20. Como decorrência, conforme já assinalado, a demonstração da existência de conluio, dolo, má-fé ou improbidade administrativa não é necessária para condenação em débito perante o TCU. Quanto à aferição da boa-fé, essa é perscrutada na acepção objetiva com vistas à aplicação ou não da multa prevista na Lei 8.443/1992.

4.21. Por todo o exposto, pugna-se pelo não provimento do presente recurso de reconsideração.

CONCLUSÃO

5.1. Das análises anteriores, conclui-se que não há prova nos autos de que a Empresa M7 Construções e Serviços Ltda., firmou aditivo com a Prefeitura de Campos Sales/CE para a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.

realização de serviços extraordinários de adequação topográfica e nem que esses serviços foram realizados em montante compatível com os valores percebidos pela contratada.

5.2. Conclui-se ainda não haver vinculação entre o processo de controle externo, regido pela Lei 8.443/1992 com a ação civil de improbidade administrativa, de matriz diversa, regida pela Lei 8.429/1992, não havendo que se cogitar da comprovação de dolo na conduta dos responsáveis.

5.3. Ao TCU não cabe requerer a realização diligências, perícias ou intimações para apresentação de documentos, ônus que cabe ao responsável no processo de contas.

5.4. Eventual citação do Município constitui medida contraproducente, nessa fase recursal, o retorno dos autos à unidade instrutiva para promover a citação da edilidade. O instituto da solidariedade passiva representa instrumento legal a favor do credor, não podendo, por conseguinte, ser invocado em benefício do devedor.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

6.1. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto pela Empresa M7 Construções e Serviços Ltda. Eireli-ME, contra o Acórdão 1.846/2018-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 33, da Lei 8.443/1992:

a) conhecer e, no mérito, negar provimento ao recurso;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser prolatada aos responsáveis e interessados e à Procuradoria da República no Estado do Ceará.

TCU/Secretaria de Recursos/4ª Diretoria, em 13/6/2019.

Jean Claude O'Donnell Braz Pereira

Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8183-3

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 61757772.