VOTO

Em julgamento, recurso de reconsideração interposto por M7 Construções e Serviços Eireli contra o Acórdão 1.846/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal julgou tomada de contas especial autuada mediante conversão do TC 016.176/2013-8 (apenso), em atendimento ao Acórdão 9.563/2015-TCU-2ª Câmara. Por intermédio da decisão vergastada, a recorrente teve suas contas julgadas irregulares com imputação de débito de R$ 467.184,87 e multa de R$ 250.000,00.

2. A condenação decorreu de irregularidades na execução do objeto do Convênio 700.171/2011 (Siafi 667655), firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e o Município de Campos Sales/CE para construção de escola de nível fundamental, no valor previsto de R$ 3.174.581,00.

3. A recorrente, contratada pela municipalidade para construir a escola, recebeu R$ 467.184,87, mas a efetiva execução dos serviços montou apenas 2,42% do total conveniado, correspondentes aos serviços preliminares de terraplenagem e de instalação da cerca, que não tiveram serventia em prol da população local, nos termos do Acórdão 1.846/2018-TCU-Plenário.

4. Nesta oportunidade, a recorrente alega, em síntese: i) que os valores por ela percebidos para execução do objeto do convênio correspondem integralmente à efetiva prestação de serviços/obras realizadas; e ii) a ausência de dolo ou dano ao erário, o que impede sua responsabilização.

5. Após examinar as razões recursais, a Secretaria de Recursos concluiu que não foram trazidos elementos suficientes para alterar a deliberação recorrida, razão pela qual, com a concordância do Ministério Público junto ao TCU, propõe o conhecimento e o não provimento do apelo recursal.

6. Preliminarmente, ratifico o despacho de peça 200, no sentido de que o presente recurso deve ser conhecido, porquanto preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992.

7. No mérito, adoto a análise empreendida pela secretaria especializada, transcrita no relatório precedente e corroborada pela manifestação do MPTCU, a qual enfrentou e afastou com propriedade os argumentos apresentados pela recorrente.

8. Por isso, incorporo seus fundamentos às minhas razões de decidir, exceto no que tange ao reconhecimento da necessidade de redução do débito imputado à recorrente, no valor dos serviços comprovadamente executados, na forma que passo a tratar.

***

9. Com relação ao primeiro argumento, a recorrente afirma que o terreno escolhido para construção da unidade escolar apresentava entraves topográficos em razão de acentuados desníveis, os quais inviabilizavam os serviços a não ser mediante prévio trabalho de correção do declive. Como o projeto não previa tais serviços, a municipalidade teria informado à contratada que seria firmado aditivo para inclusão de corte, aterramento, nivelamento e compactação do terreno.

10. Argumenta que a Prefeitura determinou o imediato início dos trabalhos de nivelamento, sob o compromisso de que o aditivo estaria sendo providenciado, a fim de evitar atrasos no cronograma físico-financeiro da obra. Por esse motivo, afirma ter dado execução aos serviços preliminares, bem como à construção de muro e instalação da cerca do terreno com gradil tipo Nylofor, conforme fotografias que junta à peça recursal (peça 191, p. 6-11).

11. Assevera que apenas realizou os serviços para os quais foi contratada, os quais devem incluir os gastos realizados para correção de topografia, não computados nas medições oficiais, e que o Município de Campos Sales agiu de forma desidiosa ao não regularizar o termo aditivo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62787793.

12. Em seu exame técnico, a Serur ponderou 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.

13. Concordo com a unidade técnica. Eventual conduta irregular dos agentes públicos envolvidos não isenta a pessoa jurídica contratada da responsabilidade de comprovar serviços correspondentes ao montante recebido. Ocorre que a inexistência de aditivo contratual que suporte eventual acréscimo de serviços relativos à correção topográfica impede o acolhimento de suas razões.

14. Eventuais tratativas com a Prefeitura para promover alterações qualitativas no objeto avençado durante sua execução, sem a prévia formalização de termo aditivo ao convênio, caracterizam contrato verbal (v.g. Acórdãos 2.380/2013-TCU-Plenário, 5.857/2009-TCU-1ª Câmara, 7.525/2010-TCU-2ª Câmara e Acórdão 5.820/2011-TCU-2ª Câmara).

15. E, nos termos da jurisprudência do TCU, o contrato ou compromisso verbal celebrado com a Administração é nulo e de nenhum efeito, por força do art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, que ressalva a modalidade apenas para pequenas compras de pronto pagamento. Se a empresa contratada assumiu os riscos da empreitada a partir de um compromisso 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).
>
> "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)

16. Observo que há nos autos documento do FNDE que informa sobre 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% do item) e serviços preliminares técnicos no valor de R$ 22.454,00 (100% do item), o que soma R$ 58.523,05 de execução (TC 016.176/2013-8, peça 15, p. 4-8). São valores bastantes inferiores ao montante recebido pela empresa, de R$ 467.184,87

17. Um segundo laudo oficial, realizado por empresa especializada contratada pelo FNDE e assinado em 6/5/2014, também tratou de fiscalização *in loco* realizada no objeto do convênio. O documento, acompanhado de material fotográfico, informa percentual executado menor em relação aos serviços de movimentação de terra, no valor de R$ 18.034,53 (50% do item), e serviços preliminares técnicos no valor de R$ 1.122,70 (5% do item), além de serviços de paisagismo/urbanização no valor de R$ 57.580,81 (10% item), o que soma R$ 76.738,04 ou 2,42% do valor total pactuado e 16,42% do valor transferido à contratada (TC 016.176/2013-8, peça 42, p. 32-40).

18. Ressalto que, ao contrário do registrado pela unidade instrutora, a Dervish Engenharia e Consultoria Ltda. não foi contratada para obras emergenciais no objeto do convênio – aliás, sequer há informação nos autos de que a obra tenha sido retomada. Em verdade, essa empresa esteve encarregada tão somente de produzir novo laudo acerca do grau de execução da obra em tela, conforme consignado no Ofício 1.858/2014-COMAP/CGIMP/DIGAP/FNDE/MEC (TC 016.176/2013-8, peça 42, p. 31), que antecede o encaminhamento das conclusões da mencionada fiscalização *in loco* ao Ministério Público Federal. Assim, conclui-se dos autos que qualquer execução apurada no sítio em questão refere-se à atuação da recorrente, na qualidade de contratada.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62787793.

19. A propósito, os referidos relatórios não trazem qualquer informação relativa a interferências imprevistas decorrentes da topografia do terreno a atrair a teoria da imprevisão e a eventual repactuação econômico-financeira do ajuste.

20. Por outro lado, ante o efeito devolutivo do recurso, e tendo em vista que a imputação de débito não deve exceder o real valor devido pelo responsável (Regimento Interno do TCU, art. 210, inc. II), é imperioso reconhecer e abater da condenação impugnada o valor correspondente à parcela realmente executada e atestada pela entidade concedente.

21. Nesse sentido caminha a jurisprudência desta Corte:

> "No caso de execução parcial do objeto do convênio, sem alcance dos seus objetivos, o gestor convenente responde pelo total dos recursos repassados. A empresa contratada, por outro lado, somente deve ressarcir ao erário o montante correspondente ao valor recebido e não executado, porquanto esta não tem a responsabilidade de assegurar o cumprimento dos objetivos do convênio, mas de realizar a obra. Havendo a empreiteira executado serviços para os quais foi contratada, deve receber a respectiva remuneração." (Acórdãos 171/2019, 993/2018 e 346/2017-TCU-Primeira Câmara)
>
> "O contratado responderá solidariamente pelo débito apurado em caso de comprovada apropriação indevida dos recursos federais, calculado pela diferença entre os valores recebidos e o montante equivalente aos serviços efetivamente executados." (Acórdão 2.173/2015-TCU-Segunda Câmara)
>
> "Na hipótese de responsabilização solidária de terceiro contratado para execução de objeto conveniado, a atualização monetária e a incidência de juros sobre o valor histórico do dano devem ser contados a partir das datas em que foram feitos os pagamentos à contratada, não do recebimento dos recursos pelo convenente." (Acórdão 6.349/2017-TCU-Segunda Câmara)
>
> "Quando o objeto do convênio é executado parcialmente, inviabilizando o alcance dos objetivos da avença, o gestor público deve ser responsabilizado pelo total dos recursos repassados. Já a empresa contratada para a execução do objeto deve ser condenada em débito, solidariamente, apenas pela parcela não executada." (Acórdão 4.312/2014-TCU-Segunda Câmara)

22. Como há dois laudos juntados aos autos, sendo que um dá conta de execução financeira de R$ 76.738,04 e outro de R$ 58.523,05, adoto o maior dos valores, para não desfavorecer a empresa responsável.

23. Portanto, embora não se possa acolher o argumento de que a execução correspondeu a 100% do valor transferido, é imperioso **dar provimento parcial** ao presente recurso de reconsideração para reduzir do débito imputado à recorrente a parcela comprovadamente executada, isto é, R$ 76.738,04.

24. Em linha com a jurisprudência retromencionada e não havendo circunstâncias objetivas que aproveitem aos demais responsáveis, dada a imprestabilidade da parcela executada, impõe-se manter o débito integral de R$ 467.184,87 imputável aos gestores condenados por força do subitem 9.4.1 do Acórdão 1.846/2018-TCU-Plenário – porque não houve alcance dos objetivos pactuados no convênio – na forma do acórdão que proponho nesta assentada.

25. Assim, no que concerne à empresa ora recorrente, deve-se reformar o acórdão para reduzir o débito para **R$ 390.446,83**, em solidariedade com os mesmos gestores originalmente condenados no mesmo subitem do acordão recorrido, calculado a partir das datas em que cada parcela do total foi efetivamente transferida à contratada: R$ 123.978,70 em 9/5/2012; R$ 126.706,17 em 9/11/2012; e R$ 216.500,00 em 11/12/2012 (TC 016.176/2013-8, peça 1, p. 8) – abatendo-se a parcela executada da transferência mais antiga, por se tratar de medida que seguramente favorece os responsáveis (RI/TCU, art. 210, § 3º).

26. Por conseguinte, pugno pela redução da multa aplicada à M7 Construções e Serviços Eireli, de modo proporcional ao débito ora apurado, de R$ 250.000,00 para R$ 210.000,00.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62787793.

***

27. No bojo da segunda parte de sua argumentação, a recorrente, resumidamente, defende não ter havido improbidade administrativa, sustenta a inexistência de culpa, dolo ou má-fé, solicita perícia técnica para constatar a realização dos serviços de regularização topográfica, demanda prazo mínimo de 120 meses para pagamento da multa e requer a citação do Município de Campos Sales/CE para integrar esta TCE.

28. Por se tratar de argumentos reiteradamente inaplicáveis nos processos de controle externo ou rechaçados na jurisprudência deste TCU, conforme explana o corpo técnico da Serur por meio da instrução transcrita no Relatório precedente, não há como acolhê-los.

29. De forma bastante objetiva, devo dizer que não há qualquer vinculação entre o processo de controle externo, regido pela Lei 8.443/1992, e 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.

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

31. Com relação ao pedido de dilação de prazo para pagamento da multa em 120 meses, impende negá-lo por absoluta ausência de previsão legal, devendo-se anotar que o acordão recorrido já facultou o pagamento das quantias objeto de condenação em até 36 meses, nos estritos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno.

32. Por fim, eventual citação do Município constituiria medida contraproducente nesta fase recursal, e o instituto da solidariedade passiva representa instrumento legal a favor do credor, não cabendo, por conseguinte, ser invocado em benefício do devedor às custas de prejuízos à celeridade e à economia processuais, em desfavor do ressarcimento ao erário em tempo mais curto.

***

33. Sendo assim, ante os elementos tratados neste Voto, dou provimento parcial ao presente recurso de reconsideração para reformar o acórdão recorrido, de modo a reduzir o débito e a multa aplicados à recorrente.

34. Por outro lado, os demais argumentos são inaptos para reformar o julgado.

35. Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 30 de outubro de 2019.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62787793.