

TC 037.877/2011-9

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Município de Marechal Thaumaturgo/AC.

Recorrente: Skala Construções e Serviços/Nilander Franco dos Santos (CNPJ 01.668.329/0001-98).

Advogado: Não há.

Inte ressado em sustentação oral: não há

Sumário: Tomada de Contas Especial. Inexecução parcial do objeto. Contas irregulares. Débito e multa. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Impossibilidade de se condenar o contratado pela inexecução do convênio. Ausência de citação válida. Provimento do recurso. Anulação do acórdão.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 60) interposto por Skala Construções e Serviços/Nilander Franco dos Santos contra o Acórdão 1908/2014 – TCU – 2ª Câmara (peça 48).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. julgar irregulares as contas do Sr. Itamar Pereira de Sá e da empresa Skala Construções & Serviços, condenando-os, solidariamente, ao pagamento das importâncias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas referenciadas, até a data do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, alínea a do Regimento Interno), o recolhimento dos débitos ao Tesouro Nacional:

Quadro anexo à peça 48

9.2. aplicar, individualmente, ao Sr. Itamar Pereira de Sá e à empresa Skala Construções & Serviços, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno do TCU, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, alínea a do Regimento Interno), o recolhimento do valor ao Tesouro Nacional, acrescido dos encargos legais pertinentes, desde a data do presente acórdão até a do efetivo pagamento, caso quitada após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, antecipadamente, caso seja requerido, o pagamento das dívidas decorrentes em até 36 (tinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU, fixando-se o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, devendo incidir sobre cada uma os encargos devidos, na forma prevista na legislação em vigor, alertando os responsáveis que a falta de comprovação do recolhimento de

qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217, § 2º, do Regimento Interno/TCU;

9.4. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

9.5. dar ciência ao Município de Marechal Thaumaturgo quanto às seguintes ocorrências constatadas (item 21.3):

9.5.1. não aplicação dos recursos da contrapartida na conta bancária específica do Convênio 143/2001/MI, Siafi 425.251, com infração ao disposto nos art. 7º, inciso XIX e 20 da Instrução Normativa STN 1/2007, vigente à época da execução do ajuste;

9.5.2. descumprimento do cronograma de desembolso do plano de trabalho do Convênio 143/2001/MI, Siafi 425.251, com infração ao disposto nos art. 7º, incisos II, VII e 18, caput, da Instrução Normativa STN 1/2007, vigente à época da execução do convênio.

9.6. com fundamento no § 3º do art. 16, da Lei 8.443/1992, c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno-TCU, encaminhar cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Acre para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

HISTÓRICO

2. Trata-se de Tomada de Contas Especial – TCE instaurada pelo Ministério da Integração Nacional (MI), em razão da inexecução parcial do Convênio 143/2001/MI (Siafi 425.251), firmado com a Prefeitura de Marechal Thaumaturgo/AC, para a construção de uma praça no referido município, mediante repasse de recursos federais no valor de R\$ 99.984,55 e contrapartida da conveniente de R\$ 1.009,94.

2.1. No âmbito deste Tribunal, após regular tramitação e saneamento dos autos (diligência ao Banco do Brasil e instrução de peças 3-5), foi proposta a citação dos responsáveis, Sr. Itamar Pereira de Sá, por atestar o cumprimento do objeto ajustado no Convênio 143/2001/MI, quando este foi executado apenas parcialmente, conforme comprovado por Relatório de Inspeção do Ministério da Integração Nacional (Peça 2, p. 45-57), e da empresa Skala Construções & Serviços, pois, na condição de empresa contratada para execução das obras objeto do referido convênio, recebeu o valor integral dos serviços contratados pelo Município de Marechal Thaumaturgo/AC (Peça 10), pelo valor de R\$25.294,07.

2.2. Após citados por esta Corte de Contas, os responsáveis não apresentaram alegações de defesa nem comprovaram o recolhimento da quantia impugnada aos cofres do Tesouro Nacional, restando caracterizada a revelia e a condenação em débito pelo valor da citação.

2.3. Neste momento comparece aos autos a empresa Skala Construções e Serviços/Nilander Franco dos Santos insurgindo-se contra a deliberação.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido na peça 66, com a suspensão dos efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.4 do acórdão recorrido, somente em relação ao recorrente.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se há responsabilidade a ser atribuída à empresa Skala Construções e Serviços pela inexecução parcial do Convênio 143/2001/MI (Siafi 425.251).

5. Da inexecução parcial do objeto.

5.1. Defende-se no recurso que o objeto do contrato celebrado entre a empresa Skala Construções & Serviços e o Município de Marechal Thaumaturgo/AC foi executado na sua integralidade.

Após fazer histórico dos fatos, argumenta a recorrente que:

a) o relatório (peça 1, p. 170-186) que fundamentou os itens e percentuais não executados do objeto se mostrou lacunoso, uma vez que não teria descrito adequações técnicas realizadas, como acréscimos de outros itens não previstos no plano de trabalho, que tornaram a obra mais segura e, portanto mais compatível com o interesse público;

b) no caso de existir divergência entre o objeto executado e o plano de trabalho do convênio, a responsabilidade não poderia ser atribuída à recorrente, uma vez que executou o objeto conforme os projetos básico e executivo do contrato celebrado com o Município, dessa forma, se houve alteração no plano de trabalho, não houve interveniência da recorrente e a responsabilidade deve ser atribuída à administração local;

c) em nenhum dos relatórios da inspeção produzidos pelo concedente, há menção ao projeto básico constante da licitação, mas das inconsistências com o plano de trabalho, sendo que as alterações foram procedidas com exclusividade pelo Município sem qualquer participação ou responsabilidade da recorrente;

d) as alegadas inexecuções tiveram seus custos compensados com execução de outros itens e serviços mais onerosos, a exemplo dos descritos à peça 60, pp. 8-10;

e) sua conduta de boa-fé que visou tão somente atender o interesse público não contém os elementos caracterizadores daquilo que se considera ímprobo ou antieconômico. Cita respeitada doutrina acerca da improbidade e requer o reconhecimento da “comprovada probidade com que os recursos foram aplicados”.

5.2. Por fim, colaciona os documentos constantes à peça 60 p. 17-28 que comprovariam a tese recursal.

Análise:

5.3. A execução parcial ou total do objeto do Convênio 143/2001/MI (Siafi 425.251) e do Contrato 007/2001 (peça 1, p. 86-92), bem como as relações e efeitos jurídicos decorrentes exigem maior parcimônia no exame.

5.4. Da atenta leitura dos autos do presente processo, entende-se possível extrair a moldura fática, citados os documentos, abaixo descrita:

a) as inexecuções do objeto do convênio descritas pelos Relatórios de Inspeção/SPR do órgão concedente (peça 1, p.170-172 e peça 2, p. 45-53) foram constatadas a partir da comparação do objeto vistoriado com o plano de trabalho e as especificações do objeto definidos no convênio;

b) a citação da recorrente teve como fundamento a proposta da instrução da unidade técnica (peça 10, pp. 3, itens 17/18 e 6, itens 33.2, 34-35) que, por sua vez, baseou-se nos Relatórios de Inspeção/SPR (peça 1, p.170-172 e peça 2, p. 45-53), nos termos descritos à peça 10, p. 7, que assim identificou os elementos da irregularidade, **verbis**:

Responsável: empresa Skala Construções & Serviços (CNPJ 01.668.329/0001-98), na condição de responsável pela execução das obras objeto do referido convênio:

Conduta: recebimento do valor integral dos serviços concernentes às obras objeto do Convênio 143/2001/MI, Siafi 425251 (peça 1, p. 68, 78-94, 100-112), contratados pela Prefeitura

Municipal de Marechal Thaumaturgo/AC, os quais foram executados apenas parcialmente, conforme comprovado por Relatório de Inspeção do Ministério da Integração Nacional (peça 2, p. 45-57), o que caracteriza ofensa ao disposto no art. 22 da Instrução Normativa/STN 01/1997, c/c os arts. 66, 76 e 116 da Lei 8.666/1993 (itens 17-18, 33-35); (...) **grifos acrescidos**

c) não há documento nos autos que demonstre a similaridade do objeto e suas especificações constantes do plano de trabalho do Convênio 143/2001/MI (Siafi 425.251) e utilizado para identificação das inexecuções contatadas pelos Relatórios de Inspeção/SPR do MI (peça 1, p.170-172 e peça 2, p. 45-53) com o objeto licitado e contratado pelo Município de Marechal Thaumaturgo/AC com a empresa Skala Construções & Serviços por meio do Contrato 007/2001 (peça 1, p. 86-92);

d) o Contrato 007/2001 (peça 1, p. 86-92), em sua cláusula primeira, alude aos termos do edital de licitação, não se verificando outra cláusula a fazer referência ao plano de trabalho do Convênio 143/2001/MI (Siafi 425.251);

e) a empresa Skala Construções & Serviços não apresentou alegações de defesa e foi julgada a revelia pelo acórdão recorrido;

f) no recurso, o recorrente alega que o projeto básico da licitação realizada pelo Município Marechal Thaumaturgo/AC, ao qual se comprometeu a executar, diferia do objeto do Convênio 143/2001/MI (Siafi 425.251), contudo se limita a argumentar não fazendo prova da alegação, a exemplo da juntada do edital de licitação acompanhado do anexo em que se definia as especificações do objeto a ser executado.

5.5. Por certo que divergências de entendimento em relação a ocorrência dos fatos acima descritos pode, no caso vertente, levar a conclusão diversa da proposta de encaminhamento, ainda que adotada a mesma interpretação das normas concebida nesta instrução.

5.6. Delineados os fatos relevantes para o deslinde do recurso interposto, preliminarmente, entende-se oportuno fixar o entendimento que servirá de parâmetro para os exames posteriores.

5.7. O parâmetro basilar consiste na verificação, **in casu**, se o Contrato 007/2001 (peça 1, p. 86-92) de alguma forma vincula o contratado (empresa Skala Construções & Serviços Ltda.) a execução do objeto do convênio.

5.8. Nada impede que o contrato administrativo reproduza os exatos termos do convênio ou a eles faça referência, neste caso, estaria o contratado obrigado a obedecer aos termos conveniais, não por força do convênio em si, mas pelo compromisso assumido em virtude da celebração do contrato. Nesta situação, verifica-se juridicamente válida atuação do Tribunal, nos termos art. 16, §2º, “b”, da Lei 8.443/1992.

5.9. No caso vertente, conforme descrição dos fatos, após compulsar os autos não se identificou nem o edital de licitação, tampouco seus anexos que conteriam o projeto básico contratado. Dessa forma resta-nos ater ao Contrato 007/2001 (peça 1, p. 86-92).

5.10. Nota-se que a cláusula primeira do Contrato 007/2001 (peça 1, p. 86-92) faz alusão “a Construção de 01 Praça Pública no Município de Marechal Thaumaturgo, conforme anexo, na conformidade do Edital de Licitação — Carta Convite 007/2001 -Sec. de Obras que, com seus anexos, integra este termo, independentemente de transcrição, para os fins e efeitos legais.”

5.11. Logo, com os elementos presentes nos autos, entende-se assistir razão ao recorrente e não ser possível concluir que o plano de trabalho do convênio se assemelhava aos projetos básico e executivo do contrato celebrado com o Município, estes últimos constantes do edital de licitação. Nota-se que não se está dizer que o objeto do contrato diverge do objeto do convênio, mas tão somente que não há comprovação de serem ele similares.

5.12. Firmado tal entendimento, percebe-se possíveis quatro desfechos a depender da interpretação dada aos dispositivos da Lei 8.666/93, Lei 8.443/92 e IN-STN 01/1997, vigente à época dos fatos.

5.13. Dessa forma, passa-se ao exame das questões de direito e as possibilidades interpretativas mencionadas.

5.14. O primeiro desfecho possível consiste na negativa de provimento do recurso e, a nosso sentir, estaria o entendimento centrado na seguinte interpretação:

a) é possível a citação do contratado por esta Corte sem a necessidade de se apontar, identificar ou caracterizar, neste expediente processual, o inadimplemento contratual incorrido pelo contratado, bastando a constatação da inexecução ou da execução parcial do objeto do convênio;

b) presume-se que o contrato administrativo e(ou) o edital de licitação e seus anexos reproduzem ou deveriam reproduzir os termos pactuados no convênio administrativo;

c) não há ofensa a qualquer princípio ou dispositivo legal, pois ao contratado/citado será oportunizado o exercício de defesa, cabendo a este comprovar que o objeto do contrato administrativo difere do objeto do convênio e que executou o contrato conforme pactuado;

d) não cabe ao órgão sancionador (TCU) apontar e demonstrar o inadimplemento em relação ao contrato, mas ao contratado comprovar a execução conforme o pacto, exige-se o ônus da comprovação das alegações e não a mera argumentação;

e) se revel o contratado ou se somente alegado por ele a diversidade entre o objeto do convênio com o objeto licitado e contratado, sem a comprovação pelo contratado da aduzida diversidade, é juridicamente viável sua condenação no âmbito dos processos de controle externo deste Tribunal.

5.15. O segundo desfecho consiste no provimento do recurso, valendo-se de entendimento diametralmente oposto ao primeiro, qual seja:

a) somente é possível a citação do contratado por esta Corte de Contas, se identificado o inadimplemento contratual em que incorreu o terceiro contratado, devendo-se apontar, identificar e caracterizar o dispositivo legal ou contratual desobedecido, não bastando que se constate a inexecução ou execução parcial do objeto do convênio;

b) não se deve presumir que o contrato administrativo e(ou) o edital de licitação e seus anexos reproduzam ou deveriam reproduzir os termos pactuados no convênio administrativo e, sim, demonstrar a similaridade;

c) a ausência de apontamento, caracterização ou identificação da obrigação contratual descumprida ofende o princípio da ampla defesa, uma vez que não basta oportunizar o contraditório, mas identificar todos os elementos da irregularidade (fato punível, conduta culposa ou dolosa e nexos causal), a citação sem tal indicação é nula;

d) a citação pelo descumprimento do convênio sem a caracterização do descumprimento contratual não identifica o fato punível, nem a conduta culposa, impossibilitando o exercício de defesa do jurisdicionado, tal entendimento segue a máxima de que o que vincula o contratado é o contrato administrativo e não o convênio, este, sim, vincula o gestor, mas não o terceiro contratado;

e) se condenado o jurisdicionado sem a correta identificação do inadimplemento contratual o acórdão é nulo, por ausência de citação válida.

5.16. O terceiro e o quarto desfechos possíveis se situam entre os dois primeiros.

5.17. A terceira hipótese funda-se no seguinte entendimento:

a) é possível e válida a citação do contratado tanto pela inexecução ou execução parcial do convênio, quanto pela inexecução do contrato, mas o Tribunal somente poderá condenar o terceiro contratado se demonstrado nos autos do processo o efetivo descumprimento do contrato;

b) a ausência de citação pelo descumprimento do contrato é suprida pela citação por descumprimento do convênio, contudo a condenação deve ser precedida da identificação por esta Corte de Contas do inadimplemento do contrato;

c) a inexistência da identificação do descumprimento contratual antes do julgamento ocasionaria, em eventual recurso, a reforma do julgado, sem o reconhecimento da nulidade;

d) bastaria ao recorrente alegar que não houve identificação, pois o ônus de demonstrar a inexecução contratual é de quem sanciona.

5.18. Por fim, na quarta hipótese aplicar-se-ia a seguinte exegese:

a) é possível e válida a citação do contratado tanto pela inexecução ou execução parcial do convênio, quanto pela inexecução do contrato, mas poderá o Tribunal condenar o terceiro contratado se demonstrar, inclusive na fase recursal, o efetivo descumprimento do contrato;

b) a ausência de citação pelo descumprimento do contrato é suprida pela citação por descumprimento do convênio;

c) a inexistência da identificação do descumprimento contratual antes do julgamento não impediria, em eventual recurso, a adoção de medida saneadora e a realização de diligência tanto ao concedente, quanto ao conveniente, como ao terceiro contratado pelo conveniente;

d) a alegação acerca do adimplemento conforme o contrato, em fase recursal não precisaria comprovada pelo recorrente, contudo, o TCU, ainda que na fase recursal, poderia adotar medida saneadora e demonstrar o descumprimento contratual e a pertinência do débito do acórdão condenatório;

e) após realizada a medida saneadora, se verificada a inexecução contratual mantém-se o **decisum**, se não constatada a inexecução reforma-se o acórdão e não há que se falar em nulidade.

5.19. Se adotado o terceiro entendimento, é o caso de se dar provimento ao recurso, uma vez que embora citado pela inexecução do convênio, não se demonstrou a similaridade entre os objetos e a obrigação do contratado em executar exatamente o objeto conforme o convênio.

5.20. Por sua vez, se adotado o quarto entendimento, neste momento, não é o caso nem de dar ou de negar provimento, mas de se realizar a medida saneadora e diligenciar, o MI, o Município de Marechal Thaumaturgo/AC e a empresa Skala Construções & Serviços Ltda.

5.21. A diligência teria o intuito de se obter o edital de licitação e seus anexos para se fazer a comparação entre os dois objetos para só, então, após análise conclusiva se propor o provimento ou improvimento do recurso.

5.22. Deixou-se o primeiro e o segundo entendimento para o final, pois entende-se ser o primeiro o adotado pelo acórdão recorrido e o segundo a proposta desta instrução.

5.23. Caso adotado o primeiro entendimento com os contornos jurídicos ali mencionados, deve-se negar provimento ao recurso, uma vez que, naquela linha interpretativa, é possível a citação pela inexecução do convênio e, no recurso ora interposto haver tão somente alegação de distinção entre os objetos do contrato e do plano de trabalho do convênio sem nenhuma comprovação.

5.24. Vale mencionar, que destacada corrente jurisprudencial desta Corte alinha-se ao entendimento de que ao citar o responsável pela inexecução total ou parcial do convênio, caberia a

ele (terceiro contratado pelo convenente/citado) o ônus de demonstrar que os objetos/valores dos convênios e dos contratos são distintos.

5.25. Em que pese serem respeitáveis os argumentos, não se acompanha tal corrente, entende-se, com fulcro no princípio da ampla defesa, que é ônus de quem quer sancionar (no caso o TCU) identificar a irregularidade de forma exata e completa, assim, não basta citar o contratado pela inexecução do convênio, pois o convênio não vincula o contratado, mas deve-se identificar a inexecução contratual paga com recursos do convênio, em outras palavras, as obrigações contratuais inadimplidas pelo contratado, a fração inexecutada do convênio ou o superfaturamento obtido. O citado/responsável deve, no momento da citação, ter ciência do que lhe está sendo imputado e que tenha decorrido do contrato e não do convênio.

5.26. Nesta toada, procura-se, a seguir, mostrar os fundamentos e discutir as particularidades do caso concreto que norteia tal conclusão.

5.27. Não se pode responsabilizar o particular, nos processos de controle externo submetidos a este Tribunal, sem que o particular de “qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado,” ou “obtenha benefício do ato”, destaca-se a conjunção “ou”. É o que dispõe o art. 16, §2º, “b”, da Lei 8.443/1992.

Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

(...)

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

(...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

(...)

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

5.28. A hermenêutica do dispositivo legal foi muito bem exposta no relatório do voto condutor do Acórdão 6101/2013 – TCU – 2ª Câmara, o qual permite-se reproduzir e adotar como razões de convicção, pois, a nosso sentir, inexistem reparos:

7.10 A respeito deste dispositivo, aplicado especificamente ao caso sub examine, cumpre tecer alguns comentários e, em seguida, retirar algumas conclusões:

7.10.1 É importante dizer que a norma se aplica ao caso concreto e se deve atentar para o fato de que trata-se de comando imperativo, e não meramente facultativo, para o TCU. Isto porque o verbo utilizado no dispositivo é “fixará”, denotando claramente seu caráter impositivo para esta Corte de Contas. Aliás, não poderia mesmo ser diferente, posto que cabe a esta Casa, por dever de ofício derivado de mandamento constitucional, reprimir toda e qualquer conduta, praticada por quem quer que seja, que cause dano aos cofres públicos federais, a teor do inc. II, do art. 71, da vigente Constituição. Sendo assim, nada mais fez esta Corte, ao citar a empresa, do que cumprir e fazer cumprir a Constituição, bem como sua Lei Orgânica. Por fim, deve-se atentar, especificamente, para a dicção da supramencionada alínea ‘b’ e observar como a empresa e sua conduta se subsumem, com perfeição, ao tipo ali previsto:

7.10.1.1 A norma fala em “terceiro, como parte interessada na prática do mesmo ato”, condição exatamente ostentada pela empresa, que não mantinha qualquer vínculo com a Administração Pública, mas que foi contratada pela Sedurb para executar o Convênio 65/2001 em determinados municípios, mediante o Contrato 10/2002 (cláusula décima quarta, § 1º), o que evidencia seu interesse na prática do ato. Fala ainda em “de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”, vê-se que a expressão posta em negrito foi, propositadamente, redigida pelo legislador de maneira que pudesse abarcar o maior número possível de casos, não deixando impune ninguém que cause dano ao erário. Portanto, resta patente que as irregularidades envolvem as empresas executoras e o Sr. Paulo Elcídio Chaves Nogueira, gestor da Sedurb à época.

7.11 Destaque-se que estes argumentos para não acatar as alegações da Empresa Mape quanto à alegação de incapacidade para constar do polo passivo da presente Tomada de Contas Especial serão utilizados, no mesmo sentido, em relação às demais empresas para as alegações idênticas.

7.12 Nem mesmo a alegação da empresa de que não tinha ciência dos problemas e complicações do Convênio 65/2001 entre a Funasa e a Sedurb, tem o condão de lhe socorrer. Sobre este ponto, há as esclarecedoras lições desta Casa em recentes decisões a respeito:

‘Para configurar a responsabilidade pela indenização ao erário (pagamento solidário do débito), basta que o terceiro tenha auferido benefícios a partir da conduta do responsável. Não é necessário demonstrar que esse terceiro tinha ciência da conduta irregular do agente público. Nesse sentido, por exemplo, ver Acórdão nº 553/2004-Plenário.’

5.29. É notório, de acordo com a jurisprudência desta Corte, que basta ao terceiro ter auferido benefício para ser responsabilizado ou ter concorrido para o dano, mas é imperioso que se apure e demonstre tanto o benefício obtido quanto o dano.

5.30. Nesse sentido, vale lembrar as diferenças das relações e efeitos jurídicos decorrentes da celebração do Convênio 143/2001/MI (Siafi 425.251), entre o Ministério da Integração Nacional – MI e o Município das disposições do Contrato 007/2001 (peça 1, p. 86-92), celebrado entre o Município de Marechal Thaumaturgo/AC e a empresa Skala Construções e Serviços.

5.31. O convênio e o contrato disciplinam os limites de atuação dos agentes. Nesse sentido, o convênio estabelece a relação jurídica e as obrigações do concedente e do conveniente, não alcançando até este momento o contratado. Já o contrato cria a relação jurídica e as obrigações do contratante (conveniente no convênio) e o contratado (particular).

5.32. Entende-se, neste momento, dispensável discorrer sobre a natureza jurídica dos institutos, bastando registrar que o Convênio 143/2001/MI vincula o conveniente (Município de Marechal Thaumaturgo/AC) e o concedente (MI). Por sua vez, o Contrato Administrativo 007/2001, celebrado entre Município e a empresa Skala Construções e Serviços, estabelece a relação jurídica entre o conveniente e a empresa contratada.

5.33. É certo que não se pode extrapolar as obrigações do conveniente e imputá-las à contratada (Skala Construções e Serviços), pois a relação e os efeitos jurídicos estabelecidos pelo convênio não vincula a contratada, uma vez que sua responsabilidade está adstrita aos termos do contrato administrativo pactuado com o conveniente.

5.34. Nessa toada, se não reproduzidos ou referenciados os termos do convênio no contrato administrativo, a contratada não poderá responder por eventuais inadimplementos do Convênio 143/2001/MI, mas não contemplados no Contrato 007/2001. Nesta situação não teria o particular concorrido de qualquer modo para a irregularidade referente à inexecução do convênio (inexecução convencional).

5.35. Conforme já discutido e adotado como parâmetro, **in casu**, não se constatou a menção expressa do contrato ao convênio, mas tão somente ao edital, este por sua vez ausente dos autos, não se podendo afirmar que eram semelhantes.

5.36. Cabe ao Tribunal demonstrar que os termos do convênio foram reproduzidos no edital e(ou) contrato celebrado com o particular e não simplesmente alegar a inexecução do convênio e exigir que o contratado faça prova de que o convênio e o contrato eram distintos.

5.37. Mostra-se, a nosso sentir, juridicamente inaceitável que se penalize, ou mesmo promova a citação de terceiro contratado pelo convenente, única e exclusivamente, pela inexecução convencional. Ademais, entende-se que o benefício decorrente da relação contratual, repete-se para ser enfático, deve ser apurado, determinado e apontado na citação, sob pena de prejuízo à defesa do responsável.

5.38. Não parece se amoldar a melhor técnica jurídica defender que se cita pelo inadimplemento do convênio e o citado tenha o ônus de demonstrar que não estava vinculado ao convênio, mas as obrigações do contrato.

5.39. Entende-se que ao se proceder conforme tal linha de entendimento, viola-se a plenitude da defesa e, se inverte o ônus obrigando o contratado a demonstração de que não teria incorrido em nenhuma irregularidade. No mesmo sentido, decorre do respeitável entendimento, porém equivocado, **data máxima vênia**, que não é necessário que o órgão de controle aponte qual obrigação contratual foi descumprida, bastando apontar a inexecução do convênio. Ao citado caberia demonstrar que executou conforme o contratado e descaracterizar a sua responsabilidade pela execução do convênio. Há nítida inversão do ônus da prova para o particular.

5.40. Para a responsabilização, de natureza subjetiva, nos processos desta Corte é imprescindível que todos os elementos caracterizadores da irregularidade estejam plenamente identificados antes da citação e que estejam descritos neste expediente processual.

5.41. Neste mesmo sentido, é necessário a identificação da conduta dolosa ou culposa, e caso adotada a tese da culpa contra a legalidade (em sentido **latu**), deve-se identificar qual o dispositivo legal ou contratual ofendido, pois não basta imputar a inexecução do convênio, porque com este o contratado não se compromete, não se obriga.

5.42. A proposta de citação contida na instrução processual (peça 10, p. 7), assim identificou os elementos da irregularidade, **verbis**:

b) Responsável: empresa Skala Construções & Serviços (CNPJ 01.668.329/0001-98), na condição de responsável pela execução das obras objeto do referido convênio:

Conduta: recebimento do valor integral dos serviços concernentes às obras objeto do Convênio 143/2001/MI, Siafi 425251 (peça 1, p. 68, 78-94, 100-112), contratados pela Prefeitura Municipal de Marechal Thaumaturgo/AC, os quais foram executados apenas parcialmente, conforme comprovado por Relatório de Inspeção do Ministério da Integração Nacional (peça 2, p. 45-57), o que caracteriza ofensa ao disposto no art. 22 da Instrução Normativa/STN 01/1997, c/c os arts. 66, 76 e 116 da Lei 8.666/1993 (itens 17-18, 33-35); (...) **grifos acrescidos**

5.43. Ocorre que o Relatório de Inspeção do MI (peça 2, p. 45-57), conforme alegado pelo recorrente, não deixa claro nem tampouco faz prova da existência de similaridade entre os projetos e as especificações do convênio com os projetos básico e(ou) executivo, se existirem e as especificações do edital do certame licitatório que obrigaria a recorrente.

5.44. A inexecução parcial identificada nos autos, efetivamente, decorreu da comparação da execução da obra com o objeto do convênio descrito no plano de trabalho. No acórdão recorrido, para a imputação de responsabilidade da empresa contratada, adotou-se a premissa de serem os

itens e serviços do plano de trabalho do convênio, exatamente, os mesmos dos projetos básicos e executivos constantes do edital de licitação e por consequência do contrato 007/2001.

5.45. Presumiu-se que o ente conveniente reproduziu os termos do plano de trabalho e do projeto do convênio do edital de licitação, contudo, entende-se que a premissa adotada para responsabilização da contratada não restou demonstrada. No mesmo sentido do afirmado pela recorrente, não se verifica dos relatórios da inspeção produzidos pelo concedente, menção expressa ao projeto básico constante da licitação, ou mesmo comparações entre o projeto básico constante do plano de trabalho com o projeto básico do edital de licitação, mas tão somente das inconsistências com o plano de trabalho do convênio.

5.46. Extrai-se tal entendimento dos Relatórios de Inspeção/SPR (peça 1, p.170-172 e peça 2, p. 45-53) e da Instrução que propôs a citação da recorrente (peça 10, pp. 3, itens 17/18 e 6, itens 33.2, 34-35). Não se está a dizer que os projetos não se assemelham, está, sim, a se afirmar que a similaridade não restou comprovada nos autos.

5.47. Na linha do entendimento exposto e divergente de corrente representativa neste Tribunal, entende-se que o fato punível (inexecução contratual e não inexecução convenial), bem como a conduta culposa (qual dispositivo legal ou contratual foi inobservado pelo terceiro contratado a ensejar sua responsabilização) devem estar identificados na peça citatória.

5.48. **In casu**, entende-se que os elementos (fato e conduta puníveis) não constaram da citação. O fato imputado no acórdão foi a inexecução parcial do objeto em desconformidade com o convênio, não restando demonstrado, até a citação, a inexecução parcial do contrato que teria estabelecido as obrigações do recorrente.

5.49. No que concerne a conduta do recorrente, vale o mesmo raciocínio, não se pode atribuir ao recorrente o descumprimento do art. 22 da Instrução Normativa/STN 01/1997, pois dispõe o art. que o “convênio deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas pactuadas e a legislação pertinente, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.”

5.50. Nota-se que o cumprimento do convênio somente poderia ser estendido à recorrente caso seus termos constassem do contrato administrativo o que não se verifica nos autos, pelo menos até o presente momento, no qual não encontrou edital nem o projeto constante do instrumento do certame.

5.51. A culpa contra a legalidade tampouco pode ser fundada nos arts. 66, 76 e 116 da Lei 8.666/1993. Preceitua os dispositivos, **verbis** :

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.

(...)

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.

(...)

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

5.52. Os preceitos legais somente confirmam o já discutido, o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, contudo, para se apenar o recorrente fundado nos dispositivos deve-se saber se o objeto do contrato é semelhante ao objeto do convênio e, tal comprovação não foi verificada.

5.53. Dessa forma, não se verifica nem a identificação do fato punível nem a conduta dolosa ou culposa, tampouco o nexo causal.

5.54. Uma vez não haver se demonstrado que o contratado tenha concorrido para a irregularidade, resta verificar se ele obteve benefício que decorra do pagamento feito com recursos do convênio. Em outras palavras, nos casos em que o objeto do convênio difere do objeto do contrato, para se alcançar o contratado e apená-lo deve-se demonstrar a obtenção do benefício que decorra do contrato e não do convênio. Tais situações são facilmente perceptíveis quando se determina na execução de contrato, remunerado com recursos de convênio, a existência de superfaturamento ou mesmo a inexecução do contrato.

5.55. Conforme já minuciosamente discutido, não se verificou a inexecução contratual, mas a inexecução convenial, também não se apurou qualquer sobrepreço dos valores executados, logo, não restou demonstrado o benefício indevido obtido pela empresa Skala Construções & Serviços Ltda.

5.56. Pelo exposto e, considerando que:

(a) não restou demonstrado a vinculação do Contrato 007/2001 (peça 1, p. 86-92) à execução do objeto de Convênio 143/2001/MI (Siafi 425.251);

(b) a vinculação do contratado com a administração se dá pelo contrato e não pelo convênio;

(c) a ausência de identificação da inexecução contratual ou benefício obtido pelo contratado e remunerado com recursos do Convênio 143/2001/MI (Siafi 425.251);

(d) a impossibilidade de se apenar o contratado pela inexecução do convênio;

(e) a inexistência de caracterização do fato punível e da conduta culposa ou dolosa na citação.

Propõe-se a anulação do acórdão recorrido em razão da citação inválida (peças 10-12 e 16) que não caracterizou qual seria o fato punível e a conduta do recorrente, bem como o seu nexo de causalidade.

CONCLUSÃO

6. Das análises anteriores, conclui-se que, com os elementos presentes nos autos, não é possível verificar se o contrato celebrado entre a empresa Skala Construções & Serviços e o Município de Marechal Thaumaturgo/AC reproduziu ou não os termos do convênio celebrado e, se, obrigaria a execução do objeto do pacto convenial em sua integralidade.

6.1. Dessa forma, por não restar caracterizado o inadimplemento contratual deve-se anular o acórdão, retornando os autos à Unidade Técnica de origem para as devidas apurações.

6.2. Com base nessas conclusões, propõe-se o **provimento do recurso e a anulação do decisum somente em relação ao recorrente**.

6.3. Por fim, deve-se lembrar que a conclusão está baseada em circunstâncias subjetivas, não havendo que se falar em extensão dos efeitos do provimento e da anulação, nos termos do art. 281 do Regimento Interno, ao conveniente e aos gestores responsáveis.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 32, I e 33, da Lei 8.443/92 c/c o art. 285, **caput**, do RI-TCU, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:



a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento para anular o acórdão recorrido, somente em relação à empresa Skala Construções & Serviços, em função da ausência de citação válida da aludida empresa, restituindo os autos ao Relator da decisão impugnada para as providências necessárias ao saneamento e novo julgamento do processo;

b) dar conhecimento às partes e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida

TCU/Secretaria de Recursos/2ª Diretoria,
em 12/10/2014.

Giuliano Bressan Geraldo

Auditor(a) Federal de Controle Externo
Matrícula 6559-5