

GRUPO II – CLASSE I – 1ª CÂMARA

TC-003.639/2014-2

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial)

Recorrentes: Elpídio Dias de Carvalho e Pedro Paulo Dias de Carvalho (ex-Secretários de Saúde do Estado do Amapá); e Mecon Comércio e Serviços Ltda.

Unidade: Secretaria da Saúde do Estado do Amapá - SESA/AP

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS DO SUS. PAGAMENTOS IRREGULARES. CONTAS IRREGULARES DOS ORA RECORRENTES. DÉBITO E MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA ALTERAR O MÉRITO DO JULGADO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.**RELATÓRIO**

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Elpídio Dias de Carvalho, Pedro Paulo Dias de Carvalho e Mecon Comércio e Serviços Ltda., os dois primeiros ex-Secretários de Saúde do Estado do Amapá, contra o Acórdão 7.755/2015-1ª Câmara, mantido pelos Acórdãos 2.017/2016 e 6.299/2016, ambos da 1ª Câmara.

2. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (com grifos nas deliberações relacionadas aos ora recorrentes):

“9.1. considerar revel, para todos os efeitos, Pedro Paulo Dias de Carvalho (092.608.112-87), dando-se prosseguimento ao processo, com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, em face do não atendimento à citação;

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 208 e 214, inciso II, do RITCU, julgar regulares com ressalva as contas de Douglas Moraes da Costa (304.130.362-00), dando-se quitação ao responsável;

9.3. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992 c/c arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, 210 e 214, inciso III, do RITCU, julgar irregulares as contas de Pedro Paulo Dias de Carvalho (092.608.112-87) e Elpídio Dias de Carvalho (CPF 092.607.572-15), e das Sras. Rosália Maria de Freitas Figueira (252.395.542-34), Odanete das Neves Duarte Biondi (CPF 163.600.602-72) e da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. (CNPJ 14.536.957/0001-61), condenando-os ao pagamento das quantias a seguir especificadas e fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (consoante art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do RITCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores eventualmente já ressarcidos:

9.3.1. responsável: Rosália Maria de Freitas Figueira (252.395.542-34):

Quadro anexo à peça 46

9.3.2. responsáveis solidários: Rosália Maria de Freitas Figueira (252.395.542-34) e empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. (14.536.957/0001-61):

Quadro anexo à peça 46

9.3.3. responsáveis solidários: Pedro Paulo Dias de Carvalho (092.608.112-87) e empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. (14.536.957/0001-61):

Quadro anexo à peça 46

9.3.4. responsável: Pedro Paulo Dias de Carvalho (092.608.112-87):

Quadro anexo à peça 46

9.3.5. responsável: Elpídio Dias de Carvalho (092.607.572-15):

Quadro anexo à peça 46

9.3.6. responsável: Odanete das Neves Duarte Biondi (163.600.602-72):

Quadro anexo à peça 46

9.4. nos termos do art. 57 da Lei 8.443/1992, aplicar aos responsáveis, individualmente, as multas a seguir especificadas, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que efetuem e comprovem perante este Tribunal o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente a partir do dia seguinte ao término do prazo estabelecido até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor:

9.4.1. Rosália Maria de Freitas Figueira (252.395.542-34): R\$ 158.000,00

9.4.2. Pedro Paulo Dias de Carvalho (092.608.112-87): R\$ 226.000,00

9.4.3. Elpídio Dias de Carvalho (092.607.572-15): R\$ 25.000,00

9.4.4. Odanete das Neves Duarte Biondi (163.600.602-72): R\$ 48.000,00

9.4.5. Mecon Comércio e Serviços Ltda. (14.536.957/0001-61): R\$ 375.000,00

9.5. autorizar, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam atendidas as notificações;

9.6. autorizar, caso solicitado, o pagamento das dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do RITCU, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de 30 (trinta) dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

9.7. encaminhar, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 209, § 7º, do RITCU, cópia deste acórdão, acompanhada do relatório e do voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado do Amapá;

9.8. dar ciência e remeter cópia do presente acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, aos responsáveis e ao Fundo Nacional de Saúde (FNS).”

3. A Serur, no exame dos razões recursais, considera que os argumentos trazidos pelos ex-secretários não foram bastantes para o provimento dos seus recursos. No entanto, por entender que há vício insanável na citação da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda., propõe o provimento do seu recurso, para anular o acórdão contestado somente em relação a esse recorrente, restituindo os autos ao Relator **a quo** para as providências necessárias ao saneamento e novo julgamento do processo. Segue, no essencial, a instrução produzida pela unidade técnica especializada (peça 130):

“(…)

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial (TCE) instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde em desfavor de titulares da Secretaria de Saúde do Estado do Amapá entre os anos de 2007 e 2010, Pedro Paulo Dias de Carvalho, Rosália Maria de Freitas Figueira, Elpídio Dias de Carvalho e Odanete das Neves Duarte Biondi, e de servidor da mesma secretaria durante os anos de 2007 e 2011, Douglas Moraes da Costa. Também foi incluída como responsável nestas contas, a empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda.

2.1. A presente TCE foi autuada em razão de diversos pagamentos irregulares com recursos do Sistema Único de Saúde (SUS), no valor total original de R\$ 4.000.434,82. As irregularidades foram constatadas em auditorias realizadas pelo Fundo Nacional de Saúde, sob os números 7189/2008, 8231/2009 e 11.444/2011, sendo as duas últimas motivadas por demandas, respectivamente, do Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público Federal.

2.2. Após desenvolvimento do processo, os recorrentes foram condenados pelas irregularidades e valores constantes da tabela abaixo:

Irregularidade	Responsável(is)	Data do fato	Valor R\$	
1) Pagamentos à empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. (CNPJ 14.536.957/0001-61) contratada pela SESA (Contrato 041/2006 - SESA) para a realização dos serviços de conserto e manutenção de equipamentos médico-hospitalares, sem que tenha restado comprovada a execução dos serviços pactuados (Auditoria 8231/2009).	Rosália Maria de Freitas Figueira e empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda	6/3/2007	619.600,00	
		22/5/2007	278.820,00	
		20/7/2007	836.460,00	
		10/8/2007	278.820,00	
	Pedro Paulo Dias de Carvalho e empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda	14/11/2007	278.820,00	
		31/12/2007	836.460,00	
		4/4/2008	278.820,00	
	2) Pagamentos diversos com recursos do Bloco Vigilância em Saúde - Incentivo no âmbito do Programa Nacional HIV/AIDS e outras DST, sem documento comprobatório da despesa (Auditoria 11.444/2011).	Pedro Paulo Dias de Carvalho	5/3/2010	6.400,00
		Elpidio Dias de Carvalho	26/5/2010	7.749,71
11/6/2010			3.495,12	
28/6/2010			10.652,88	
1/7/2010			4.677,15	
5/7/2010			35.999,53	
6/7/2010			20.000,00	
8/7/2010			19.640,36	
20/7/2010			4.374,28	
21/7/2010			635,11	
23/7/2010			1.952,94	
5/8/2010			1.952,94	
27/8/2010			396,00	
22/9/2010			1.821,60	
28/9/2010			5.212,80	
11/10/2010			2.462,40	
20/10/2010			50.660,00	
27/10/2010	1.137,10			
8/11/2010	3.823,20			

2.3. Neste momento, os recorrentes insurgem-se contra a deliberação previamente descrita.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. *Reitera-se os exames de admissibilidades, ratificados pelo Relator, com a suspensão dos efeitos dos itens 9.3, 9.3.2, 9.3.3, 9.3.4, 9.3.5, 9.4, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.5 e 9.5 do acórdão recorrido (despacho de peça 120).*

EXAME DE MÉRITO4. Delimitação

4.1. *Constitui objeto do presente recurso definir se:*

a) *houve a perfeita individualização das condutas dos ex-Secretários Pedro Paulo Dias de Carvalho e Elpídio Dias de Carvalho;*

b) *a responsabilização solidária do recorrente com a empresa é pertinente, ante a ausência de dolo, má-fé, enriquecimento ilícito, afronta à moralidade ou qualquer ato ilícito na atuação do ex-Secretário Pedro Paulo Dias de Carvalho;*

c) *subsiste a responsabilidade do ex-Secretário Pedro Paulo Dias de Carvalho por pagamento com recursos do Bloco Vigilância em Saúde - Incentivo no âmbito do Programa Nacional HIV/AIDS e outras DST;*

d) *subsiste a responsabilidade do ex-Secretário Elpídio Dias de Carvalho por pagamento com recursos do Bloco Vigilância em Saúde - Incentivo no âmbito do Programa Nacional HIV/AIDS e outras DST.*

e) *subsiste a responsabilidade da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda.*

5. Da individualização das condutas dos ex-Secretários Pedro Paulo Dias de Carvalho e de Elpídio Dias de Carvalho

5.1. *Defende-se nos recursos de Pedro Paulo Dias de Carvalho e de Elpídio Dias de Carvalho, em síntese, a ausência de discriminação das supostas condutas ilícitas que possam ter sido praticadas pelos recorrentes e, por consequência, o prejuízo à defesa e a nulidade do acórdão recorrido.*

5.2. *Alegam que:*

a) *somente foram a eles imputadas as responsabilidades solidárias com a empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda., não havendo individualização de suas condutas 'ou correlação entre atos praticados que estabeleçam um nexos causal entre as irregularidades atribuídas ao responsável Mecon Comércio e Serviços Ltda. com o regular exercício da função de ordenador de despesas'*

b) *os recorrentes, mediante regulares processos administrativos, somente ordenaram os pagamentos das notas fiscais pertinentes aos serviços executados pela contratada.*

5.3. *Dessa forma, 'a não individualização da conduta do recorrente afronta o princípio da ampla defesa e cerceia o regular exercício do contraditório, vez que não são delimitado os fatos capazes de ensejar a condenação solidária do recorrente.'*

Análise:

5.4. *Entende-se não assistir razão aos recorrentes, pois nota-se que, no âmbito desta Corte, a peça 7 deu origem a citação e, a nosso sentir, **data máxima vênia** aos que divergem, embora não contenha a descrição no máximo grau de detalhe da conduta dos recorrentes, é suficiente para que eles tenham a inequívoca ciência dos atos que praticaram, apontados como irregulares.*

5.5. *Acerca das irregularidades e condutas objeto da condenação, estão explicitadas nos itens 3, 4, 5.2, 5.3, 6.3, 6.4, 10 e 14.*

5.6. *Em que pese a conduta, no caso da citação do ex-Secretário Pedro Paulo Dias de Carvalho com a empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda., não esteja expressa, retira-se da citação, de forma inequívoca, que na condição de Secretário Estadual de Saúde, a conduta foi a autorização de pagamentos sem a comprovação dos serviços prestados pela empresa.*

5.7. *Uma vez que a execução da despesa pública está perfeitamente disciplinada na lei (dispositivos citados) e cabe ao gestor demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos, entende-se que, da forma como foi dirigida, a citação deu oportunidade ao ex-gestor de se defender e demonstrar*

tanto a comprovação dos serviços prestados como a correta exibição dos documentos comprobatórios dos pagamentos realizados à empresa nas datas relacionadas nos quadros citados.

5.8. *Nos demais casos, a citação é ainda mais clara e acrescenta o verbete 'Realização de pagamento (...), sem documento comprobatório da despesa'.*

5.9. *Assim, entende-se não haver nulidade, devendo serem afastados os argumentos.*

6. *Da responsabilização solidária do ex-Secretário Pedro Paulo Dias de Carvalho e da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda.*

6.1. *Defende-se no recurso que a responsabilidade do recorrente é subjetiva e ante a ausência de dolo e má-fé, culpa ou, dano ao erário ou, enriquecimento ilícito ou, ainda, atentado ao princípio da moralidade decorrente de sua conduta, não se pode condená-lo solidariamente com a empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda., que efetivamente praticou os atos ilícitos descritos no **decisum** condenatório.*

6.2. *Argumenta que:*

a) *o Contrato 041/2006 - SESA, celebrado com a empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda., cujo objeto era a realização dos serviços de conserto e manutenção de equipamentos médico-hospitalares, foi assinado em gestão anterior à sua, logo, nenhuma das irregularidades referente à licitação ou a sua assinatura podem ser, validamente, a ele atribuídas;*

b) *as irregularidades (item 18, do acórdão recorrido), quais sejam, Constatação 32166 (inexistência de processo de licitação), Constatação 32165 (publicação do edital para pregão presencial de contratação de serviços de manutenção de equipamento médico-hospitalar, somente no diário oficial), Constatação 32200 (emissão de atestado de capacidade técnica expedido pela SESA, para habilitação da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. no Pregão Presencial 023/2006-CPL-SESA), Constatação 32203 (inexistência de assinatura do responsável do projeto básico para contratação de serviços especializados em manutenção preventiva de equipamentos médico-hospitalar), Constatação 32163 (inexistência no processo de Pregão Presencial Licitatório 023/2006-CPL/SESA de documentos referentes a pesquisa de preço praticado no mercado sobre serviços especializados em manutenção preventiva de equipamentos médico-hospitalar), Constatação 32494 (sub contratação de serviços de manutenção de equipamentos médico-hospitalar pela empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda.), Constatação 32214 (inexistência de publicação resumida do teor do Contrato 041/2006-SESA de 01/11/2006, para a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos médico-hospitalar de baixa, média e alta complexidade de rede hospitalar SESA, deveriam ser imputadas ao antecessor, pois os atos foram praticados na gestão que o antecedeu; contudo foram indevidamente imputadas ao recorrente, o que implica a existência de vício insanável no **decisum** condenatório e a necessária declaração de sua nulidade, com a consequente apuração das responsabilidades do ex-gestor (Abelardo Vaz da Silva);*

c) *a 'suposta ausência de fiscalização da execução do objeto do contrato' não deve prosperar, uma vez que a designação não se fazia necessária 'para o desempenho de tarefa específica à fiscalização da execução do contrato, pois a fiscalização era efetuada pelos diretores das unidades hospitalares em que era desempenhada a manutenção dos equipamentos objeto do contrato, os quais solicitavam a realização de serviços e constataavam a execução' e em decorrência 'emitiam as cautelas devidas para o regular pagamento mediante o devido processo administrativo';*

d) *os pagamentos pelo ordenador de despesas somente foram realizados após a regular liquidação da despesa (atesto das faturas de prestação de serviços) mediante regular processo administrativo, logo, somente agiu após a 'imprescindível comprovação da regular prestação do serviço, o que se dava mediante a certificação dos coordenadores das respectivas unidades hospitalares onde era desempenhado o serviço, os quais fiscalizavam a execução do objeto do contrato e estabeleciam a demanda a ser realizada na unidade hospitalar.';*

e) *a certificação da cautela, a fiscalização e a comprovação da execução do serviço e todos os atos administrativos que antecediam o pagamento, nos termos do regimento interno da Secretaria de*

Estado de Saúde - SESA (art. 57, VI), competia ao administrador da unidade hospitalar (gestor do hospital). Cabia ao ex-Secretário de Saúde, tão-somente, após o regular trâmite administrativo, autorizar os pagamentos, 'ante a aparente regularidade na prestação de serviço pela contratada';

f) cita o artigo 67 da Lei 8.666/1993 e os Acórdãos 67/2003-2ª Câmara e 33/2005-Plenário, para defender que 'a solidariedade dos agentes públicos é subjetiva, logo não se aplica a responsabilidade solidária ao caso em comento'. Acrescenta, ainda, que 'para aplicação da responsabilidade solidária é necessária a apreciação e individualização da conduta do agente a fim de delimitar sua atuação e concorrência para prática de ato deflagrador do erário, sendo imprescindível a averiguação do dolo'.

g) não obteve qualquer 'proveito econômico supostamente auferido por fraude ao erário público apontada no acórdão em desfavor da contratada Mecon Comércio e Serviços Ltda. que seja capaz de imputar ao requerente conduta dolosa, culposa ou de qualquer modo repreensível';

h) uma vez inexistente o débito, não subsiste a multa, assim a 'sanção imposta ao recorrente está em desatino com o princípio da RAZOABILIDADE e da PROPORCIONALIDADE, vez que aos moldes das decisões do TCU e das razões apontadas neste recurso, não há conduta dolosa do agente capaz de corroborar a concorrência para o dano ao erário e apuração de vantagem indevida pelo recorrente e tão pouco a responsabilização solidária'.

Análise:

6.3. Inicialmente, entende-se dispensável maiores digressões sobre os argumentos listados nas letras 'a', 'b' e 'c' do item 6.2. esta instrução, pois não foram nem objeto da citação, nem fundamento da condenação. Como já detalhado em tópico precedente, a condenação do recorrente decorreu da autorização de pagamento sem comprovação da prestação do serviço e da apresentação de documentação idônea a demonstrar a correta execução dos pagamentos.

6.4. Acerca dos demais argumentos relacionados à execução da despesa, é necessário, de forma resumida, rememorar as etapas da despesa conforme disciplinado na Lei 4.320/1964.

*6.5. Dispõem os dispositivos legais, **verbis**:*

'Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição

(...)

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 2ª liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

(...)

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Parágrafo único. A ordem de pagamento só poderá ser exarada em documentos processados pelos serviços de contabilidade.'

6.6. Nota-se que para se efetuar o pagamento, última fase da despesa, a qualquer credor dos entes estatais, deve-se previamente realizar o empenho e, após receber os materiais ou verificado a prestação dos serviços, atestar seu recebimento, autorizando, desse modo, a liquidação da despesa.

6.7. A liquidação da despesa nos dizeres da Lei 4.320/1964 consiste 'na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito' e o pagamento somente será efetuado após verificado o direito.

6.8. Nesse sentido, o atesto que permite a liquidação da despesa sem a perfeita execução do objeto e, portanto, sem o pleno direito de o contratado receber pela totalidade do pactuado faz recair sobre o gestor que autoriza a liquidação a responsabilidade pela consequência de eventual inadimplemento, adimplemento defeituoso ou ausência de entrega.

6.9. Da mesma forma, inexistente a liquidação da despesa, recai sobre a autoridade que autoriza o pagamento a responsabilidade pelos defeitos do objeto eventualmente pago. Conforme exposto, para

se liquidar, nos termos do art. 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964, deveria haver comprovação da entrega do objeto em perfeito estado de funcionamento ou a perfeição na prestação do serviço em conformidade com o pactuado.

6.10. *No caso vertente, não há nos autos qualquer documentação que comprove a execução dos serviços, sendo que o ex-gestor alega que somente realizou os pagamentos após a regular liquidação, mas não colaciona os devidos processos administrativos que excluiria a sua responsabilização pelos pagamentos.*

6.11. *Nesse ponto, convém citar a doutrina de Mauro Schiavi:*

‘Diante da importância da prova para o processo, Carnelutti chegou a afirmar que as provas são o coração do processo, pois é por meio delas que se definirá o destino da relação jurídica processual (in Manual de Direito Processual do Trabalho, 4. Ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 560).’

6.12. *Ora, o recorrente não faz prova da alegação, qual seja, que a autorização dos pagamentos deu-se após a regular liquidação da despesa.*

6.13. *Assim, entende-se aplicável ao caso o apotegma **allegare nihil et allegatum non probare paria sunt** (nada alegar e alegar e não provar, em Direito, querem dizer a mesma coisa).*

6.14. *Diante da ausência de elementos objetivos acerca do alegado, não se pode acatar os argumentos e (ou) a tese defensiva, mantendo-se o débito e, portanto, subsistindo a multa.*

6.15. *Acerca da má-fé e do dolo, vale dizer que as penas decorreram do juízo acerca das irregularidades a ele atribuídas, e sobre as quais as razões recursais não lograram êxito em elidir.*

6.16. *Para a jurisprudência consolidada desta Corte, no âmbito dos processos de controle externo, a responsabilidade dos gestores de recursos públicos é de natureza subjetiva e o dever de reparar prejuízo causado ao erário independe da intenção do agente que praticou o ato irregular, bastando que tenha atuado com culpa **lato sensu** em qualquer uma de suas modalidades (v.g. Acórdãos 243/2010, 1.427/2015, 1.512/2015, 2.067/2015, 2.367/2015, 2.420/2015, 185/2016 e 8017/2016, do Plenário; Acórdãos 1.517/2012, 5.297/2013 e 6.943/2015, da 1ª Câmara; Acórdãos 3.694/2014, 3.874/2014-7, 6.479/2014 e 6.660/2015, estes da 2ª Câmara).*

6.17. *Espera-se do gestor probo e diligente que demonstre a boa e regular aplicação dos recursos. Age com culpa o gestor que não prova a aplicação dos recursos, pois a demonstração ocorre exatamente com a regular prestação de contas. Logo, ao deixar de prestar contas o gestor incorre em ilícito, descumpra obrigação de fazer imposta pela lei e não comprova a aplicação dos recursos sob sua responsabilidade, o que conduz, necessariamente, a dano que deve ser ressarcido.*

6.18. *O débito imputado trata-se tão somente do dever de ressarcir do gestor, ao não demonstrar a aplicação dos recursos, por meio de idônea prestação de contas. Assim, não restou comprovado o uso dos recursos repassados no fim a que se destinava.*

6.19. *Deve-se ter em mente que todo aquele que causa prejuízo a outrem, dolosa ou culposamente, tem o dever de indenizar, dever esse que, na área pública, é operacionalizado pela tomada de contas especial, instrumental de concretização do devido ressarcimento.*

6.20. *O dever de indenizar nasce do dano causado por culpa do agente. São irrelevantes o dolo ou a prova de que tenha obtido benefício para si ou para seus familiares. A presença de dolo e de eventual locupletamento são circunstâncias que, quando presentes, conferem maior gravidade ao ato ilícito.*

6.21. *A ausência de dolo e de locupletamento por parte do responsável não o exime do dever de recompor o dano a que deu causa por meio de atuação imprudente e desautorizada.*

6.22. *Quanto à multa, a sanção e a responsabilização também é subjetiva, mas não se aplica aqui os institutos de direito penal. Na esfera penal, a demonstração do dolo é a regra e a exceção são os tipos culposos, aplicáveis somente quando previsto em lei. No âmbito administrativo, não há que se demonstrar o dolo, bastando a culpa. Agindo com culpa e presentes os demais elementos, o gestor pode ser apenado.*

6.23. *In casu*, conforme já discutido, entende-se que restou demonstrada tanto a culpa (não apresentação dos documentos que demonstrariam a regular aplicação dos recursos) como os demais elementos do ilícito que ensejaram a sanção imposta.

6.24. Portanto, persistindo o juízo pelas irregularidades e condutas desautorizadas, subsiste fundamento para as sanções imputadas.

7. Da responsabilidade do ex-Secretário Pedro Paulo Dias de Carvalho por pagamento com recursos do Bloco Vigilância em Saúde - Incentivo no âmbito do Programa Nacional HIV/AIDS e outras DST

7.1. Defende-se, em síntese, que a realização da 'auditoria de número 11.444/2011, no período de 13 a 17/6/2011, a qual teve por objeto o Plano de Ações e Metas em HIV/AIDS e outras DST' deu-se em período no qual o recorrente não se encontrava mais na função de Secretário de Saúde; assim, o ônus da prova 'não está vinculado ao recorrente, mas ao acusador'.

7.2. Argumenta que, **verbis**:

'(...) a auditoria de número 11444/2011 limitou-se à pesquisa de extratos bancários que demonstrassem o uso do recurso público, não abarcando a busca da documentação pertinente ao pagamento.

(...)

Não obstante, não se pode imputar o ônus da prova ao recorrente, posto que se trata da tão famigerada prova negativa, tão combatida no tribunais superiores, vez que este vínculo é específico da acusação, que no caso em comento, vez que os processos administrativos para liquidação dos valores empenhados deveriam ter sido requisitados ao administrador público no exercício cargo de Secretário de Estado de Saúde à época da realização da auditoria, pois este detém a documentação e meios necessários à resolução das questões auditadas, em especial no que pese a acusação de irregularidade das contas do recorrente apontadas na Constatação 154532 da Auditoria 11444/2011 e no processo de Tomada de Contas Especial em comento.

Assim, o ônus da prova não está vinculado ao recorrente, mas ao acusador, não podendo o interesse público na elucidação das contas sobrepujar as garantias individuais do particular ao devido processo legal e ao contraditório, vez que a ausência, nos autos, do processo administrativo que autorizou o pagamento ao qual se imputa a irregularidade nas contas do recorrente, impossibilita o direito de defesa, pois sequer há nos autos há prova da irregularidade do pagamento, constando tão somente o registro de pagamento ao qual a Auditoria 11444/2011 e processo de TCE não delimitam a destinação.'

Análise

7.3. Inicialmente, o exame das alegações do Pedro Paulo Dias de Carvalho aproveita as mesmas alegações feitas pelo também ex-Secretário Elpídio Dias de Carvalho, contida nas letras 'a' e 'b' e 'c' do item 8 desta instrução.

7.4. Alega o gestor que a auditoria limitou-se à pesquisa de extratos bancários que demonstravam o uso do recurso público e contemplou a busca da documentação pertinente ao pagamento e, ainda, que esse seria ônus do 'acusador'.

7.5. A tese, **data máxima vênia**, não merece prosperar. Incide sobre o gestor o ônus de provar a aplicação regular dos recursos públicos repassados.

7.6. Por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao gestor o ônus da prova. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme se verifica nos Acórdãos 903/2007-1ª Câmara, 1.445/2007-2ª Câmara e 1.656/2006-Plenário.

7.7. Cabe ainda destacar decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, de 13/10/1982, relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa transcreve-se a seguir:

'MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/1967. A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/1967 NÃO TEM NATUREZA DE SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS A CERCEAMENTO DE DEFESA. EM DIREITO FINANCEIRO, CABE AO ORDENADOR DE DESPESAS PROVAR QUE NÃO É RESPONSÁVEL PELAS INFRAÇÕES, QUE LHE SÃO IMPUTADAS, DAS LEIS E REGULAMENTOS NA APLICAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. COINCIDÊNCIA, AO CONTRÁRIO DO QUE FOI ALEGADO, ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO, NO TOCANTE À IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO' (grifos acrescidos).

7.8. *Dessa forma, caberia ao gestor e não à equipe de auditoria apresentar os processos administrativos que demonstrassem a correta execução da despesa e o uso do recurso público. Não consta dos autos nem foi juntado no recurso os documentos que comprovariam a execução da despesa. Logo, o argumento do ex-Secretário não pode ser acatado.*

8. *Da responsabilidade do ex-Secretário Elpidio Dias de Carvalho por pagamento com recursos do Bloco Vigilância em Saúde - Incentivo no âmbito do Programa Nacional HIV/AIDS e outras DST*

8.1. *Defende-se no recurso, em síntese, a ausência de responsabilidade do ex-gestor na aplicação dos recursos do Bloco Vigilância em Saúde - Incentivo no âmbito do Programa Nacional HIV/AIDS e outras DST em razão dos seguintes argumentos:*

a) *no presente caso o ônus da prova da aplicação dos recursos caberia ao 'acusador' e não ao recorrente, pois se imposta a este tratar-se-ia da 'famigerada prova negativa',*

b) *'a auditoria de número 11444/2011, limitou-se a aludir à suposta irregularidade nas contas tão somente com base em extratos bancários que demonstram o uso do recurso público, não abarcando a busca dos processos pertinentes ao pagamento e ao destino destes recursos', e a ausência, nos presentes autos dos processos administrativos, nos quais foram aprovados os pagamentos, impossibilitaria seu direito de defesa, **verbis**:*

'não consta dos autos os processos administrativos geradores dos pagamentos, aos quais se impõe o julgamento da irregularidade nas contas, fato que demonstra a fragilidade da decisão, vez que, para utilização de erário público na liquidação das despesas é necessária a realização de empenho, e da liquidação que, após comprovada a prestação do serviço ser realizado o pagamento, sendo que todas estas fases se dão por meio de regular processo administrativo. Desta sorte, para a configuração da irregularidade nas contas, se faz indispensável a apreciação dos processos administrativos que deram origem às despesas apuradas na TCE, sobre a qual pesa sobre o recorrente a condenação proferida no venerável acórdão atacado, em que, friso, que não se pode afirmar que as despesas não foram realizadas, vez que os processos de pagamentos obedeceram fielmente os procedimentos previstos em lei, para a devida liquidação da despesa'

c) *na relação jurídica estabelecida entre o TCU e o responsável, este encontra-se em situação de hipossuficiência, **verbis**:*

'Merece destaque o fato de que, ante os poderes da auditoria e TCE, o recorrente está em situação de verdadeira hipossuficiência, vez que à época da auditoria e da TCE não exercia função pública, fato este que dificultou o acesso aos processos administrativos que autorizaram o devido pagamento das contas consideradas irregulares na Auditoria 11444/2011 e na TCE em que o acórdão está fundado. Não obstante o fato de que todas as informações e processos administrativos relacionados aos fatos geradores a que se imputa ilegitimamente a conduta danosa ao recorrente estavam à disposição da comissão que realizou a Auditoria 11444/2011, bem como tais informações seriam de pronto apresentadas se tivessem sido solicitadas por este tribunal nos autos da TCE.

Outrossim, apesar da dificuldade no acesso às informações pertinentes aos processos administrativos que autorizaram a liberação dos recursos e, consequentes fatos geradores apurados, o recorrente apresentou, no curso da Auditoria 11444/2011, conforme pg. 265 a 279 (arquivo TCE inicial 05), relatório mitigado da destinação dos recursos auditados, apontando o processo administrativo que deu origem à utilização de cada um dos recursos a que injustamente imputam a irregularidade das contas ao recorrente, porém as informações foram desconsideradas em detrimento da persecução da verdade.'

d) discorre sobre cada um dos fatos geradores das despesas supostamente não comprovadas, as quais ensejaram o débito, citando os supostos processos administrativos existentes;

e) ante a ausência de dolo e má-fé, culpa ou dano ao erário ou enriquecimento ilícito ou, ainda, atentado ao princípio da moralidade decorrente de sua conduta, não pode ser condenado solidariamente com a empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda., que efetivamente praticou os atos ilícitos descritos no decisum condenatório;

f) no tocante à multa, repete os mesmos argumentos do outro gestor (Pedro Paulo Dias de Carvalho) no sentido de que, se inexistente o débito, não subsiste a multa; assim, a 'sanção imposta ao recorrente está em desatino com o princípio da RAZOABILIDADE e da PROPORCIONALIDADE, vez que, aos moldes das decisões do TCU e das razões apontadas neste recurso, não há conduta dolosa do agente capaz de corroborar a concorrência para o dano ao erário e apuração de vantagem indevida pelo recorrente e tão pouco a responsabilização solidária';

g) na mesma esteira, repete os argumentos do outro gestor (Pedro Paulo Dias de Carvalho) em relação à nulidade constante da letra 'b' do item 6.2. desta instrução.

Análise

8.2. *Em relação ao disposto na letra 'd', acima, vale repetir o exame já realizado para o outro recorrente, no sentido de que, embora alegado, não há comprovação da alegação. Nota-se que o recorrente refere-se aos processos administrativos e não junta nenhum documento para demonstrar a alegação.*

8.3. *Dessa forma, conforme já examinado, entende-se aplicável ao caso o apotegma **allegare nihil et allegatum non probare paria sunt** (nada alegar e alegar e não provar, em Direito, querem dizer a mesma coisa).*

8.4. *Entende-se ainda aplicável em relação aos argumentos das letras 'e', 'f' e 'g', o exame já feito nas alegações de Pedro Paulo Dias de Carvalho.*

9. Da responsabilidade da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda.

9.1 *Defende-se, em síntese, no recurso interposto pela Mecon Comércio e Serviços Ltda. que os serviços referentes aos pagamentos a ela realizados foram todos executados, conforme demonstram as notas fiscais e atos administrativos relacionados às fases da despesa pública (art. 62 e seguintes da Lei 4.320/1964).*

9.2. *Argumenta que:*

a) antecede o pagamento a regular liquidação da despesa, no caso o atesto da execução do serviço; trata-se, portanto, de obrigação e não faculdade da Administração; assim, os atos administrativos praticados demonstram a execução dos serviços e, desconsiderá-los sem prova em sentido contrário, afrontaria o princípio da presunção de veracidade; acrescenta que condenar com fulcro nos indícios de inexecução corresponderia à aplicação invertida do princípio;

b) a ausência de documentação comprobatória da efetiva prestação de serviços (cautelares referentes aos meses da prestação dos serviços) não é prova suficiente para a demonstração da inexecução dos serviços e da responsabilização da empresa; ressalta que diversos memorandos de reclamação dos diretores do hospital, utilizados como indícios para conclusão da inexecução dos serviços, antecedem o início da vigência do contrato com a empresa, uma vez que a relação contratual com a Secretaria de Estado de Saúde do Amapá - SESA teve início em 1/11/2006;

c) os aludidos memorandos confirmariam as alegações do recorrente no sentido de que a manutenção nos aparelhos de tomografia computadorizada, radiografia e o processador de filme se mostrou dificultosa, pois se tratavam de aparelhos antigos, que:

c.1) já apresentavam problemas de funcionamento antes do contrato com a empresa,

c.2) por diversas vezes foram trocadas as mesmas peças, e, em muitos dos casos, a reposição não era feita por defeito e sim por sumiço de peças,

c.3) em razão do tempo de vida útil dos equipamentos, o prazo de validade das suas peças já havia expirado; por se tratarem de equipamentos específicos e de certa complexidade, as peças ou conectores a serem substituídos possuíam valores de aquisição elevados, não contemplados no contrato; assim, a substituição 'sem a anuência do gestor ou que o mesmo realizasse a compra de equipamento novo mediante tramitação própria do poder público,' não poderia ser realizada diretamente pelo contratado e, por consequência, a responsabilidade, também, não pode a ele ser atribuída;

c.4) os problemas recorrentes nos equipamentos decorriam de constantes interrupções e quedas de energia no Estado do Amapá, 'e os geradores dos hospitais não dispunham de carga elétrica suficiente para alimentar todos os equipamentos dos hospitais, bem como havia oscilação de carga, o que agravava mais ainda o desgaste dos equipamentos hospitalares, sem contar de que o hospital de Santana e HE não possuíam gerador próprio';

d) se mostra compreensível a insatisfação dos servidores 'diante das inúmeras vezes que esses aparelhos tinham que parar por conta dos defeitos apresentados, todavia, esses problemas fugiam da competência da recorrente, haja vista que estes equipamentos eram antigos, e necessitavam com urgência serem trocados por novos, uma vez que as trocas de peças inevitavelmente seriam constantes;

e) as 'acusações apontadas pela auditoria originam-se da problemática no tratamento dessas questões técnicas, quando os servidores públicos que tinham algum envolvimento não estavam preparados para tal finalidade e desconheciam a funcionalidade dos equipamentos, exigindo da recorrente situações que extrapolavam certas condições técnicas, demonstrando completa ignorância quanto aos serviços e aos equipamentos'

f) a existência das aludidas 'cautelais' que comprovariam os serviços executados 'podem ser perfeitamente comprovadas pelo relatório de relação de bens apreendidos pela Polícia Federal na Operação Mãos Limpas em 2010 (Inquérito 681/AP - STJ), no qual há menção expressa no relatório de 'CAUTELAS do Contrato 047/2006' (anexo na peça 39)';

g) houve indesejável agravamento da situação da empresa, uma vez que 'parte dos documentos apreendidos pela Polícia Federal que foram entregues à Receita Federal foram QUEIMADOS no incêndio nas dependências da Receita Federal em Belém do Pará, conforme comunicação em anexo da peça 39 dos autos; ressalta que a maioria dos documentos, fatidicamente, referem-se ao período de 2007'; o aludido sinistro 'impossibilitou a apresentação das referidas cautelais na sua defesa, bem como outros elementos que atestem a regular liquidação dos demais pagamentos efetuados (livros de entrada, notas fiscais de entrada que provem a aquisição de peças para a prestação dos serviços)';

h) à época da auditoria não se oportunizou o contraditório e a ampla defesa, 'imprescindível para a constatação da efetiva execução dos serviços' e o afastamento dos indícios de inexecução, ocasionando o cerceamento de defesa do recorrente; assim, 'da mesma forma que as 'cautelais' juntadas durante o procedimento de auditoria pela ex-secretária Rosália Maria de Freitas Figueira foram aptas a comprovar a execução dos serviços de vários meses do período de 2007, por certo que as 'cautelais' que estão hoje em poder seja da Polícia Federal, ou STJ ou TRF1 ou Receita Federal seriam aptas a comprovar a execução dos serviços no restante dos meses';

9.3. Dessa forma, ante o cerceamento do direito de defesa na fase interna da TCE e a atual 'impossibilidade na apresentação das referidas 'cautelais', deve-se reconhecer o cerceamento de defesa ou a abertura de novas diligências para saneamento do processo antes da condenação do recorrente.

Análise

9.4. De forma diversa dos ex-gestores, não cabe ao contratado com a Administração Pública a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos. Se há inversão do ônus da prova para o administrador público, isto não se aplica ao particular contratado.

9.5. Por certo que o contratado pode vir a ser responsabilizado se comprovada a obtenção de benefícios indevidos. Nesse sentido, é importante mencionar que, nos processos de controle externo submetidos a este Tribunal, qualquer particular que de 'qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado,' ou obtenha benefício do ato, responderá mediante esta Corte de Contas. Destaca-se a preposição 'ou'. Esta é a exegese do art. 16, § 2º, 'b', da Lei 8.443/1992, **verbis**:

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.'

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

*'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 se trata 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 inciso 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 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 553/2004-Plenário.'

9.7. *No caso vertente, a nosso sentir, haverá responsabilidade da empresa se houver comprovada inexecução dos serviços, seja parcial ou total. A **contrário sensu**, exime-se a contratada de responsabilidade se prestados os serviços conforme o contrato. Mas, não cabe à contratada fazer prova da execução, e, sim, do órgão que quer apenar pela inexecução.*

9.8. *Nesse sentido, ao contrário dos ex-gestores, entende-se que a citação da empresa não contemplou todos os elementos necessários para o exercício da ampla defesa. **Data máxima vênia**, na descrição dos fatos por esta Corte (peça 7) que originou a citação realizada não foram apontadas as provas que demonstravam de forma inequívoca a inexecução do Contrato 041/2006 - SESA.*

9.9. *Entende-se que, para a citação dos ex-gestores, uma vez que para estes há inversão do ônus da prova, é suficiente a imputação acerca da inexistência de comprovação da execução dos serviços, contudo, para a contratada os fatos descritos devem estar acompanhados das provas e evidências colhidas acerca da inexecução, e estes elementos (provas, evidências, indícios) devem estar especificados e justificados, sob pena de não se oportunizar a defesa.*

9.10. *Não é possível acatar como correta a citação que, de forma genérica, supostamente utiliza o relatório do Denasus, com 126 páginas, sem especificar, exatamente, o que se considerou como prova e elemento de convicção da inexistência de qualquer prestação de serviço pela contratada e imputou o débito referente a todo o valor recebido.*

9.11. *Ainda que o defendente aborde em sua defesa a prova e(ou) os elementos de convicção não referenciados na peça que descreve os fatos, entende-se existir vício na citação.*

9.12. *A citação ou a peça que analisa os fatos e provas devem evidenciar e esclarecer todos os elementos necessários à defesa. Em outras palavras, os fatos e as provas que sustentarão a condenação devem estar expressos na citação de forma prévia à oportunidade da defesa.*

9.13. *Observa-se, ainda, que mesmo na análise da defesa, posterior à citação, a nosso sentir indevida e que serviu de fundamento para condenação, verifica-se a ausência de especificação do que não foi executado (peça 42, p. 19), **verbis***

'24.2.12. Muitos equipamentos hospitalares estavam em fase de garantia, portanto, não demandavam os serviços contratados coma empresa Mecon. Em documento datado de 7/12/2006, a empresa solicitou autorização para subcontratação dos serviços pactuados, alegando que dos equipamentos hospitalares motivo da contratação, 'muitos ainda estão dentro do período de garantia', motivo pelo qual os fabricantes não autorizavam os técnicos da contratada a realizar os serviços (peça 39, p. 20). Ora, neste sentido, para os equipamentos em garantia, não havia a necessidade de contratação da Mecon, pois que as empresas fornecedoras eram obrigadas a fazer o reparo e manutenção dos mesmos, de forma gratuita;'

9.14. *Ora, a expressão 'Muitos equipamentos hospitalares estavam em fase de garantia, portanto não demandavam os serviços contratados com a empresa Mecon' demonstra indefinição do que não foi executado e não se mostra adequada para eventual condenação. Há que se especificar quais seriam os equipamentos e não imputar de forma genérica a totalidade dos serviços pagos.*

9.15. *No mesmo sentido e ao contrário de sugerir inexecução, o pedido de autorização para subcontratação de empresas autorizadas pelo fabricante sugere prestação de serviços. Também não se pode afirmar, sem a devida demonstração prévia à defesa, que estando o equipamento no período de garantia, a manutenção deva ser realizada de forma gratuita pelo fabricante e, portanto, indevido o pagamento destes serviços à Mecon Comércio e Serviços Ltda. Existem inúmeros exemplos, do qual*

o mais comum são os veículos automotores, que embora no período de garantia a manutenção é realizada por autorizada, mas de forma onerosa e não gratuita.

9.16. Dessa forma, entende-se que grande parte da análise realizada no item 24 da peça 42, a exemplo dos subitens 24.2.15 a 24.2.26, deveriam constar da peça que antecedeu à citação para que o recorrente se defendesse desses fatos específicos e não após ouvido o responsável.

9.17. Ademais, há dois outros pontos que, a nosso sentir, justificam a tese acima exposta. A um, a ausência de documentação comprobatória, obrigação legal do gestor, não demonstra de forma peremptória a ausência da prestação do serviço; trata-se de importante e relevante indício, mas há que ser corroborada por outras provas, sejam testemunhais ou documentais. A dois, em regra a colheita e a feitura das provas no Tribunal são realizadas unilateralmente e não são em contraditório; assim, devem ser de forma expressa mencionadas ao defendente, sob pena de se obstaculizar a defesa.

9.18. Entende-se, portanto, a existência de vício insanável na citação da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. e, portanto, nulo o acórdão somente em relação a este recorrente.

CONCLUSÃO

10. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) houve a individualização das condutas do ex-Secretários Pedro Paulo Dias de Carvalho e Elpídio Dias de Carvalho;

b) a responsabilização dos ex-Secretários é pertinente, uma vez que cabe ao gestor o ônus de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos e o dolo, má-fé ou enriquecimento ilícito não são elementos indispensáveis para que ocorra responsabilização do agente perante esta Corte de Contas;

c) subsiste a responsabilidade dos ex-Secretários Pedro Paulo Dias de Carvalho e Elpídio Dias de Carvalho por pagamento com recursos do Bloco Vigilância em Saúde - Incentivo no âmbito do Programa Nacional HIV/AIDS e outras DST, pois é dos gestores o ônus de demonstrar o correto uso dos recursos públicos;

d) há vício insanável na citação da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. e, portanto, nulo o acórdão somente em relação a este recorrente.

10.1. Com base nessas conclusões, propõe-se o provimento do recurso da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. e a negativa de provimento aos recursos dos ex-Secretários Pedro Paulo Dias de Carvalho e Elpídio Dias de Carvalho.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285, **caput**, do RI/TCU, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) conhecer dos recursos interpostos pelos ex-Secretários Pedro Paulo Dias de Carvalho e Elpídio Dias de Carvalho e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) conhecer do recurso interposto pela empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. e, no mérito, dar-lhe provimento, para anular o acórdão recorrido, em função da ausência de citação válida, restituindo os autos ao Relator da decisão impugnada, para as providências necessárias ao saneamento e novo julgamento do processo;

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

4. O Ministério Público junto ao TCU discorda da Serur no tocante à proposta de anular o Acórdão 7.755/2015-1ª Câmara em relação à Mecon Comércio e Serviços Ltda., pois entende que não houve falha na citação da empresa. Desse modo, propõe negar provimento aos recursos de todos os responsáveis, conforme parecer à peça 133, transcrito a seguir:

“Com vênias, divergimos da avaliação feita pelo auditor instrutor dos recursos (peça 130) quanto a anular o Acórdão 7.755/2015-1ª Câmara em relação à empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda. por falha na citação.

O ofício de citação (peça 18) dirigido à empresa assim aduz em relação à irregularidade questionada:

(...)

Irregularidade: Pagamentos/recebimentos à empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda., contratada pela SESA (Contrato 041/2006 - SESA) para a realização dos serviços de conserto e manutenção de equipamentos médico-hospitalares, sem que tenha restado comprovada a execução dos serviços pactuados.

(...)

4. Encaminho, anexo à presente comunicação, cópia integral em mídia CD-ROM, do processo TC 003.639/2014-2.

Reproduzimos, por precisão do debate, trecho da derradeira instrução (peça 130):

'9.7. No caso vertente, a nosso sentir, haverá responsabilidade da empresa se houver comprovada inexecução dos serviços seja parcial ou total; a contrário sensu, exime-se a contratada de responsabilidade se prestados os serviços conforme o contrato. Mas, não cabe a contratada fazer prova da execução, e, sim, do órgão que quer apenar pela inexecução.

9.8. Nesse sentido, ao contrário dos ex-gestores, entende-se que a citação da empresa não contemplou todos os elementos necessários para o exercício da ampla defesa. Data máxima vênia, na descrição dos fatos por esta Corte (peça 7), que originou a citação realizada, não foram apontadas as provas que demonstravam de forma inequívoca a inexecução do Contrato 041/2006 - SESA.

(...)

9.10. Não é possível acatar como correta a citação que, de forma genérica, supostamente utiliza o relatório do Denasus, com 126 páginas, sem especificar, exatamente, o que se considerou como prova e elemento de convicção da inexistência de qualquer prestação de serviço pela contratada e imputou o débito referente a todo o valor recebido.

9.11. Ainda que o defendente aborde em sua defesa a prova e(ou) os elementos de convicção não referenciados na peça que descreve os fatos, entende-se existir vício na citação.

(...)

9.17. Ademais, há dois outros pontos que, a nosso sentir, justificam a tese acima exposta. A um, a ausência de documentação comprobatória, obrigação legal do gestor, não demonstra de forma peremptória a ausência da prestação do serviço, trata-se de importante e relevante indício, mas há que ser corroborada por outras provas, sejam testemunhais ou documentais. A dois, em regra a colheita e a feitura das provas no Tribunal são realizadas unilateralmente e não são realizadas em contraditório; assim, devem ser de forma expressa mencionadas ao defendente, sob pena de se obstaculizar a defesa. (sublinhamos e negritamos)'

Se, por um lado, quem gere recursos públicos é obrigado a comprovar a boa e regular utilização dos meios por imposição constitucional e legal, por outro a responsabilização da entidade privada requer a demonstração do favorecimento ou da conduta irregular.

Nisso concordamos parcialmente com o auditor, 'não cabe à contratada fazer prova da execução, e, sim, do órgão que quer apenar pela inexecução'. Ocorre que o caso concreto enquadra-se entre as hipóteses de conduta com dupla face, ou seja, aquela em que o simples aceitar do benefício pelo favorecido o coloca em situação de solidariedade com o gestor. Se o técnico aquiesce à reprovação das contas dos gestores pela não comprovação dos motivos que levaram ao pagamento da empresa Mecon Comércio e Serviços Ltda., implicitamente concorda que a empresa pode ter recebido sem que exista a confirmação de que o pagamento era devido.

Ressaltamos também o ponto em que o auditor sustenta que 'exime-se a contratada de responsabilidade se prestados os serviços conforme o contrato. Mas, não cabe a contratada fazer prova da execução, e, sim, do órgão que quer apenar pela inexecução'. Tem-se, nessa avaliação, a nosso ver, uma pequena falha de interpretação. Uma coisa é a comprovação da boa e regular

aplicação dos recursos, ônus exclusivo do gestor; outra, muito diferente, é fazer prova da execução, essa de responsabilidade de todos que estão na relação contratual.

A demonstração da boa e regular utilização dos recursos pressupõe a confirmação de execução no objeto pretendido, observância do ordenamento legal e demonstração da fonte dos recursos. Isso caracteriza uma gestão regular de valores.

Em outra medida, a comprovação da execução representa a demonstração de que o objeto do contrato foi implementado. A própria confirmação da realização das tarefas é condição essencial para o terceiro passar a ter o direito de receber do contratante.

A propósito da questão, havendo o pagamento de valores, surge para a Administração Pública, no exercício de sua função fiscalizadora, o direito de exigir, a título de comprovação do não envolvimento na irregularidade, que o particular apresente provas, como cópia de recibo/nota fiscal, comprovante de recebimento, quadro de pessoal suficiente para atendimento da contratação, recibo de compra e substituição de peças, cópia de ordens de serviço atendidas etc. Não sem motivo, as áreas tributária e penal valem-se de requerimento de comprovação da origem de valores na apreciação da responsabilidade dos favorecidos, sem que tal demanda seja interpretada erroneamente como inversão indevida do ônus probatório, apesar de o Estado estar no desempenho de sua função de fiscal/acusador.

Por isso mesmo, avaliamos que o texto conferido à irregularidade não deixa dúvida à citada que ela estava sendo responsabilizada solidariamente com os gestores pelos pagamentos/recebimentos de valores que não puderam ser relacionados a serviços. Isso fica claro na instrução que antecede as citações.

Tanto a defesa é possível que o auditor no item 9.11 da instrução aduz que a defendente aborda provas e elementos de convicção em suas alegações de defesa (peça 39).

Ademais, o ofício de citação (item 4) noticia que cópia do processo foi disponibilizada via CD-ROM. Presumível então que o Relatório de Auditoria 8231 (peça 3, pp. 202-279), procedimento solicitado pelo Departamento da Polícia Federal - Superintendência Regional no Estado do Amapá, foi entregue à empresa.

No aludido relatório de auditoria apresentado pelo Denasus, mais especificamente no item IX, há a indicação da nota fiscal, o motivo da glosa e o fundamento legal. Trata-se de críticas a documento emitido pela empresa responsável. Em outro ponto, no tópico execução do contrato, são indicados memorandos com informação de manutenção inadequada e, em uma oportunidade, Memo 34/09-CM, fez-se o registro de que o técnico que realiza e certifica os serviços é funcionário administrativo da Secretaria e que não ouviram falar da empresa Mecon. Sobreleva, igualmente, na forma de anexo I, a relação de equipamentos médicos não devolvidos pela empresa.

Ainda no tocante à fiscalização conduzida pelo Denasus, percebe-se que a metodologia apresentada no item IV do relatório é procedimento usual em trabalhos de auditoria, inclusive com pontos similares ao empregado pela Corte de Contas em sua atuação. Por isso mesmo, tem-se que não se deve desconsiderar o documento como meio de prova e integrante da citação, como sugere o auditor no item 9.10 da instrução. Em muitos casos o documento que atesta a conduta irregular não existe, o que obriga quem julga a utilizar outros meios de prova, inclusive a indiciária para responsabilizar os envolvidos.

Nesse particular, trazemos à baila jurisprudência de 2015 na qual está registrado que nem todos os julgamentos ocorrem em função de provas:

‘É lícito ao julgador formar seu convencimento com base em prova indiciária quando os indícios são vários, fortes e convergentes, e o responsável não apresenta contraindícios de sua participação nas irregularidades.’ (jurisprudência selecionada - Acórdão 1.223/2015-Plenário)

*De resto, avulta trecho do voto condutor do acórdão vergastado que retrata situação indutora da conclusão de que empresa e gestores agiam de modo concordante, **verbis**:*

'18. Passando ao mérito da questão, destaco alguns fatos relatados na inicial desta TCE, além de outros devidamente averiguados pela Secex/AP, os quais lançam obscuridade à execução do Contrato 041/2006, firmado entre a Secretaria de Saúde/AP e a Mecon Comércio e Serviços Ltda: (i) não restou comprovada a qualificação técnica da empresa, haja vista que, no certame, foi apresentado atestado emitido pela própria Secretaria e que outro documento emitido por esta, em 18/6/2009, afirma que a empresa não havia prestado serviços de conserto e manutenção de equipamentos médico-hospitalares, objeto do contrato em questão; (ii) a Secretaria não designou formalmente servidor para fiscalizar a execução do contrato; (iii) a empresa não comprovou ter funcionários em quantidade e qualidade técnica suficientes para a execução regular do objeto; (iv) os pagamentos à empresa foram definidos por valor fixo e mensal, e não conforme a medição de serviços realizados; (v) diversos expedientes de unidades hospitalares informam a ocorrência de pane em equipamentos, denunciando a inércia da empresa contratada e solicitando providências das instâncias superiores; (vi) não houve apresentação pela empresa, durante a vigência do contrato, de cronograma dos serviços de manutenção preventiva e dos relatórios mensais de execução dos serviços; e (vii) houve subcontratação de parte dos serviços sem a devida autorização do titular da Secretaria.' (negritamos)

Mesmo assim, sobre os meses de maio e agosto de 2007, para os quais houve apresentação de 'cautelas', formulários elaborados pela empresa contratada, foi afastado o débito. O fato de se ter aceitado documento da lavra da contratada para reduzir o valor do dano evidencia que a empresa possui meios de demonstrar a execução do serviço.

Ao observar a prática mais usual da execução de contratos percebe-se que ordens de serviço são abertas, no caso em tela chamadas de 'cautela'; essas depois de atendidas e encerradas são consolidadas e retratadas em notas fiscais e devidamente contabilizadas pelo estabelecimento; o documento fiscal e a documentação que o suporta são enviados para o contratante que atesta a regularidade dos serviços relacionados e autoriza o pagamento. Vista a execução da despesa na forma segmentada como apresentamos, fica fácil perceber que parte dos elementos utilizados para a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos depende do contratado. Nesse ponto é que se faz o corte da responsabilização e se afasta a solidariedade dos envolvidos. Existindo a entrega da documentação de competência da contratada, o encargo dela pode e deve ser afastado, persistindo a culpa exclusiva do gestor.

Feitos esses registros, na esperança de que tenha ficado claro que exigir da empresa que demonstre a execução do bem contratado não constitui inversão do ônus da prova, e que no caso vertente a irregularidade apontada no ofício de citação recebido pelo estabelecimento é a síntese dos problemas que levaram à conclusão de inexecução adequada contrato, renovamos nossas vênias por discordarmos da Unidade Técnica, a fim de sugerir que a responsabilização, condenação em débito e aplicação de multa definidas pelo Acórdão 7.755/2015-1ª Câmara sejam mantidas."

É o relatório.