

Proc. TC-041.022/2018-1
TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pela empresa C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda. (peças 39-43, 61-63) contra o Acórdão 2.578/2020-2ª Câmara, que a condenou, solidariamente com o ex-prefeito do município de Xapuri/AC, ao pagamento de débito no valor de R\$ 340.000,00, “em razão o da não comprovação da boa e regular gestão dos recursos repassados por força do Convênio 242/PCN/2014, celebrado com o município de Xapuri/AC, que teve por objeto a [de] aquisição [de] caminhão traçado com carroceria para madeira e peladeiras de arroz”.

A Serur propõe o não provimento do recurso.

O relator sustentou seu voto a partir do entendimento de que “não ficou demonstrado que a empresa C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda. efetivamente entregou o produto objeto do convênio para a prefeitura municipal de Xapuri/AC, qual seja, um caminhão traçado com carroceria para madeira e peladeiras de arroz”.

Ante esses fundamentos do voto condutor da decisão recorrida, cabe distinguir “a não demonstração de que a empresa entregou o produto” da “demonstração de que a empresa não entregou o produto”. Na segunda hipótese não há dúvida sobre o recebimento de benefício indevido pela empresa contratada. Na primeira, pode ter ocorrido tão somente falha de procedimentos, deixando-se de promover a geração ou a conservação da documentação comprobatória, mesmo tendo havido o efetivo fornecimento do produto. Não se sabe, nesse caso, se houve ou não dano ao erário.

A dúvida, porém, é incompatível com o direito de a sociedade conhecer os atos do gestor de recursos públicos. Por isso, o ordenamento jurídico autoriza, diante do descumprimento por ele do dever de prestar contas, ou do cumprimento insuficiente nos termos da lei, a equiparar a dúvida ao dano, presumindo este a partir daquela.

Deve restar claro que essa solução enseja a possibilidade legal de o gestor ser obrigado a reembolsar o erário por despesas que geraram efetivos benefícios para a Administração e para a sociedade. Essa obrigação, ainda assim, além de legal, é legítima, pois, do contrário, constituiria

estímulo a omissão no dever de prestar contas. Trata-se de instituição destinada a valorizar a prestação de contas. Prestar contas deve, mesmo diante de irregularidades, constituir conduta mais vantajosa para o gestor do que as omitir.

Bem se vê, então, que não é possível condenar a empresa contratada perante a mera dúvida sobre o fornecimento. Essa condenação, ao contrário do que ocorre para o gestor, é incompatível com a possibilidade de o produto por ela devido ter sido efetivamente fornecido. O dano, nesse caso, é meramente presumido, carecendo a empresa contratada das qualidades necessárias – ser encarregada do dever de prestar contas – para contribuir com a sua ocorrência, assim como não é passível de cometer crime de mão própria aquele que não reúne as qualidades previstas na lei.

A condenação da empresa, nesse contexto, não corresponderia nem sequer ao descumprimento de algum dever, carecendo completamente de legitimidade. Tampouco contribuiria para desestimular a omissão da prestação de contas. Pelo contrário. A possibilidade de dividir com alguém as consequências de não prestar contas pode arrefecer a disposição e o empenho do gestor para o cumprimento adequado desse dever.

É verdade que a responsabilização das empresas contratadas por pagamentos de duvidosa legalidade aumenta a probabilidade de reparação ao erário. No entanto, insisto, a dúvida sobre a regularidade da despesa pública autoriza condenar apenas o gestor, a quem foi confiada a tarefa não somente de realizá-la, mas também de cuidar da sua comprovação. A imposição de deveres inesperados aos particulares contratados pelo Poder Público gera insegurança jurídica, inibe a participação de empresas eficientes, competitivas e de boa reputação, atrai aquelas que não tem nada a perder e, portanto, induz aumentos dos preços e baixa qualidade no fornecimento, tendendo a causar prejuízos ao erário.

No caso das obras fiscalizadas pelo TCU, o procedimento ora defendido já é aplicado correntemente. As empresas contratadas não são condenadas ante a dúvida sobre as dimensões da obra ou sobre seu preço, mas tão somente quando há a demonstração de superfaturamento ou de inexecução dos serviços. Não há qualquer razão jurídica para que os demais fornecimentos sejam tratados de forma distinta pelo TCU.

O recebimento de pagamento pelo contratado pode ser legal mesmo que a sua realização pelo gestor público não seja. A legalidade da realização do pagamento e a legalidade do recebimento do pagamento respondem a exigências distintas. O recebimento se torna legal perante o cumprimento pelo contratado das obrigações assumidas no ajuste. Já a realização pelo gestor do pagamento requer que ele atenda a todos os preceitos e exigências das normas administrativas, voltadas a garantir que sua conduta se oriente no sentido do atendimento do interesse público e, ao mesmo tempo, que seja adequadamente documentada para permitir a ação dos mecanismos e dos órgãos de controle.

É certo que o pagamento da despesa pública, conforme o art. 62 da Lei 4.320/1964, “só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação”. Isso não quer dizer, contudo, que a aquisição do direito pela empresa fornecedora ao pagamento dependa dessa liquidação. Com efeito, o art. 63 da mesma lei esclarece que “a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor”. Conforme J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis (A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal, Ibam, 31ª ed, p. 149), “trata-se de verificar o direito do credor ao pagamento, isto é, verificar se o implemento de condição foi cumprido”.

A aquisição do direito ao pagamento pela empresa é, portanto, anterior à liquidação da despesa, a qual não poderia verificar aquilo que ainda não existisse. Essa aquisição se dá mediante o implemento de condição, vale dizer, o cumprimento contratual pelo contratado. Assim, as etapas para a execução da despesa pública não se confundem com o processo de constituição do direito da

empresa ao pagamento. A liquidação da despesa é etapa essencial para o pagamento regular das despesas, mas não para a constituição do direito da empresa fornecedora. Portanto, a realização do pagamento sem a devida liquidação não implica, por si só, na invalidação do direito da empresa ao pagamento.

A responsabilização da empresa à reparação ao erário não tem lugar, portanto, ante a mera dúvida sobre a legalidade do pagamento, dependendo necessariamente da demonstração da realização de pagamento daquilo que não era devido, com ônus da prova pesando contra quem alegar a irregularidade.

Cabe reconhecer, por outro lado, que é muitas vezes difícil produzir a prova da negativa do fato. O problema deve ser resolvido, no entanto, mediante o aperfeiçoamento das técnicas de auditoria e das cláusulas de controle e não mediante a transferência inconstitucional do dever de prestar contas ao particular que não geriu recursos públicos.

Vale lembrar, a propósito, que já atuei em casos nos quais, para efeito da comprovação da execução dos serviços, serviu a reunião de indícios vários e convergentes como, por exemplo, a ausência indevida de licitação, a inexistência de registro de recebimento dos produtos adquiridos nos departamentos próprios e depoimentos emprestados de processos judiciais que corroboravam as demais evidências.

Resta saber relativamente ao caso vertente, portanto, se houve a produção de prova ou a reunião de indícios convergentes bastantes para formar convicção no sentido de que a empresa não entregou o produto pelo qual foi paga.

Nesse contexto, cumpre rever os fundamentos apontados no voto da decisão recorrida para, contrariando a posição defendida pela unidade técnica e por este Ministério Público, condenar a empresa C. Com Informática ao pagamento de débito no valor de R\$ 340.000,00. Eles se resumem, essencialmente, nos documentos “que demonstram a compra da trilhadeira e do motor pela C. Com Informática”. Como datam de setembro/2017, concluiu-se que, caso “realmente tenha ocorrido a entrega desses produtos dessa pessoa jurídica para a prefeitura, esta ocorreu após setembro/2017, ou seja, após a vigência do convênio (29/9/2016), após o prazo para prestação de contas (28/11/2016) e após o término do mandato do Sr. Márcio (31/12/2016)”.

Com as devidas vênias, os documentos em tela, a meu ver, não convencem da não entrega do produto, mas de um provável atraso da entrega. A razão mais provável para empresa que atua no ramo da informática adquirir o equipamento agrícola em questão parece-me ser mesmo o adimplemento da obrigação contratual para sua venda ao município.

De qualquer maneira, não se deve discutir, conforme entendimento que defendo neste parecer, se há prova da entrega do produto, mas, ao contrário, se há prova de que não foi entregue, o que não é o caso. Na verdade, conforme admite o próprio acórdão da decisão recorrida, nem sequer se sabe se a empresa foi paga com recursos federais, carecendo o processo da mais elementar condição para incidir a jurisdição do TCU sobre ela.

Ante o exposto, manifesto-me contrário à proposta da Serur, por entender que o presente recurso de reconsideração merece provimento.

Ministério Público, em 1º/12/2020.

(Assinado eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Subprocurador-Geral