

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 041.022/2018-1

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

Unidade: Município de Xapuri/AC

Recorrente: C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda (07.471.301/0001-42)

Representação Legal: Lucas de Oliveira Castro (4.271/OAB-AC) e outros, representando C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS REPASSADOS POR CONVÊNIO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO CONTRATADO PELO MUNICÍPIO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório parte da instrução da Secretaria de Recursos – Serur (peça 65), com a qual concordaram os dirigentes dessa unidade técnica (peças 66 e 67) e a íntegra do parecer do Ministério Público (peça 68):

“INTRODUÇÃO

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-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Augusto Nardes (peça 22), transcrito na íntegra abaixo:

‘9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério da Defesa/Departamento do Programa Calha Norte (DPCN), em desfavor do Sr. Márcio Pereira Miranda, em razão 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 aquisição [de] caminhão traçado com carroceria para madeira e peladeiras de arroz,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar revel o Sr. Márcio Pereira Miranda (CPF 412.607.082-68), para todos os efeitos, dando-se prosseguimento a este processo, nos termos dispostos no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, § 8º, do RI/TCU;

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela sociedade empresária C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda. (CNPJ: 07.471.301/0001-42);

9.3. com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas ‘c’ e ‘d’, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19, caput, e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I; 209, inciso III e IV; 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno do TCU, julgar irregulares as contas de Márcio Pereira Miranda (CPF 412.607.082-68) e da sociedade empresária C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda. (CNPJ: 07.471.301/0001-42), condenando-os, solidariamente, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até

a data do recolhimento, e com o abatimento de valores acaso já satisfeitos, na forma prevista na legislação em vigor:

Valor original (R\$)	Data da ocorrência
340.000,00	1/10/2015

9.4. aplicar, individualmente, ao Sr. Márcio Pereira Miranda (CPF 412.607.082-68), prefeito municipal de Xapuri/AC no quadriênio 2013-2016, e à sociedade empresária C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda. (CNPJ: 07.471.301/0001-42), a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, 'a', do Regimento Interno do TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, na forma do disposto no art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.6. autorizar também, desde logo, se requerido pelos responsáveis, com fundamento no art. 28, inciso I, da Lei 8.443, de 1992 c/c o art. 217, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas, incidindo sobre cada parcela, corrigida monetariamente, os correspondentes acréscimos legais, 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, no caso do débito, na forma prevista na legislação em vigor, alertando-os de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do § 2º do art. 217 do Regimento Interno deste Tribunal;

9.7. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam ao Chefe da Procuradoria da República no Estado do Acre, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas cabíveis;

9.8. dar ciência desta deliberação aos responsáveis e ao Ministério da Defesa, informando que a presente deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamenta, está disponível para a consulta no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, além de esclarecer que, caso requerido, o TCU poderá fornecer sem custos as correspondentes cópias, de forma impressa.

HISTÓRICO

2. Esta tomada de contas especial foi instaurada pelo Ministério da Defesa/Departamento do Programa Calha Norte (DPCN), em desfavor de Márcio Pereira Miranda, prefeito municipal de Xapuri/AC no quadriênio 2013-2016 (peça 1, p. 7), em razão da não comprovação da boa e regular gestão dos recursos repassados por força do Convênio 242/PCN/2014, Siafi 801501 (peça 2, pp. 21-33), que teve por objeto a aquisição de caminhão traçado com carroceria para madeira e peladeiras de arroz, conforme detalhado no plano de trabalho.

3. O Ministério da Defesa realizou uma fiscalização **in loco**, no dia 6/9/2017, e, de acordo com o relatório dessa inspeção, não foram localizados os equipamentos que deveriam ter sido adquiridos com os recursos do convênio sob análise (peça 3, p. 16).

4. No âmbito deste Tribunal, os responsáveis foram citados (peças 9 a 11). O ex-prefeito manteve-se silente, o que caracterizou a sua revelia. A empresa C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda. apresentou suas alegações de defesa à peça 12.

5. A unidade técnica propôs julgar irregulares as contas do ex-prefeito, com imputação de débito e multa, assim como afastar a responsabilidade da empresa (peças 18 e 20), que contou com a anuência do MPTCU (peça 21).

6. O Relator original e o Tribunal discordaram dos pareceres precedentes, para incluir a responsabilidade solidária da empresa C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda., diante da falta de comprovação da entrega do produto objeto do convênio ao município.

7. *Passa-se ao exame do recurso de reconsideração (peças 39-43, 61-63).*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. *A Ministra Ana Arraes admitiu o recurso de reconsideração, atribuindo efeito suspensivo aos itens 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 2.578/2020-TCU-2ª Câmara e o estendendo para os demais devedores solidários (peça 47).*

EXAME DE MÉRITO

(...)

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário

12. *No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato é interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.*

12.1. *Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.*

12.2. *Aplicando essas balizas, verifica-se o seguinte:*

<i>Prescrição da pretensão punitiva não caracterizada</i>				
<i>Termo inicial (data do saque)</i>	<i>Tempo</i>	<i>Ordem de citação (interrupção do prazo)</i>	<i>Tempo</i>	<i>Acórdão 2578/2020 2ª Câmara</i>
<i>1/10/2015 (peça 2, p. 48)</i>	<i>3 anos e 2 m.</i>	<i>27/12/2018 (peça 8)</i>	<i>1 ano e 2 m.</i>	<i>17/3/2020 (peça 22)</i>

12.3. *Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se pela possibilidade da aplicação de multa, como também da condenação ao ressarcimento, conforme os parâmetros definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.*

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

(...)

13.15. *Especificamente quanto a esta TCE, verifica-se que as próprias causas de interrupção elencadas acima evidenciam que o processo teve andamento regular, não se operando a prescrição intercorrente.*

13.16. *Logo, há informações suficientes nos autos para evidenciar o regular andamento do feito, não se verificando a prescrição intercorrente prevista na Lei 9.873/1999.*

g) *Conclusão:*

13.17. *Independentemente da existência de outras causas interruptivas não elencadas acima, cujo levantamento não se fez necessário, observa-se, pelos eventos indicados, que em nenhum momento transcorreu prazo suficiente para se operar a prescrição (nem mesmo se se considerasse o prazo geral de cinco anos), tomando-se por referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelo TCU.*

13.18. *Partindo-se da premissa de que a pretensão reparatória segue as mesmas balizas, enquanto não houver norma específica a respeito, a demonstração de que não se operou a prescrição punitiva impõe, como consequência, a conclusão de que também é viável a condenação ao ressarcimento do prejuízo apurado nos autos, segundo o regime da Lei 9.873/1999.*

Alegações da empresa C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda. (peças 39-43, 61-63)

14. *A recorrente sustenta que:*

14.1. *A conclusão de que não foi juntado documento de compra e venda é equivocada, porque a Nota Fiscal 023.269, de R\$ 340.000,00, demonstra a operação de venda da trilhadeira B-150 e do caminhão da empresa C Com Informática para o Município de Xapuri (peça 39, pp. 2-3).*

14.2. *O caminhão, a trilhadeira e o motor foram entregues à prefeitura de Xapuri/AC, conforme*

recibo de entrega assinado pelo então prefeito Márcio Pereira Miranda no dia 1º/12/2016. Em seguida, o caminhão foi encaminhado para a empresa Carrocerias Paraná - Neri & Neri Ltda., localizada na cidade de Rio Branco/AC, para que fosse instalada uma nova carroceria com prancha, que seria paga pela prefeitura com créditos do contrato administrativo (peça 39, pp. 3-7 e 16 e peça 40).

14.3. É possível verificar a aquisição do caminhão pela empresa C Com Informática por meio da Nota Fiscal 257.966, de 16/9/2016, que se deu durante a vigência do convênio, encerrado em 29/9/2016 (peça 39, p. 3).

14.4. Em janeiro de 2017, a gestão municipal sucessora não encontrou os bens nas dependências da prefeitura e, ao ser indagada, a empresa C Com Informática informou que os bens se encontravam na empresa Carrocerias Paraná, bem como apresentou os recibos assinados pelo ex-prefeito Marcio Pereira Miranda para comprovar a entrega desses bens ao município de Xapuri/AC.

14.5. A localização apenas do caminhão na fábrica de carrocerias levou a equipe da prefeitura a indagar a empresa C Com Informática acerca da entrega da trilhadeira com motor. A fim de resolver o imbróglio e considerando o baixo custo dos equipamentos (cerca de R\$ 15.000,00), a empresa C Com Informática adquiriu uma nova trilhadeira com motor em setembro de 2017, entregando-a à gestão municipal sucessora. Assim, a existência das Notas Fiscais 138.424 e 399.973 (trilhadeira e motor), bem como da Nota Fiscal 112.562, referente à aquisição da trilhadeira em julho de 2015 (desaparecida), explica as divergências entre as datas das notas fiscais de aquisição da trilhadeira (peça 39, pp. 5-6 e 16 e peça 41, p. 1).

14.6. Em visita recente ao local, a empresa recorrente constatou que o veículo entregue à prefeitura de Xapuri/AC permanece no pátio da fabricante de carrocerias até presente momento, como comprovam as fotografias juntadas aos autos (peça 39, pp. 7 e 16, peças 43 e 62 e peça 63, pp. 7-16).

15. A fim de esclarecer as informações prestadas, a recorrente requer a realização de vistoria do veículo que se encontra nas dependências da empresa Carrocerias Paraná, além da oitiva de seu proprietário e de servidores da prefeitura de Xapuri/AC.

Análise

16. O Convênio 242/DPCN/2014, de 11/7/2014, tinha por objeto a aquisição de um caminhão com carroceria de madeira e de uma trilhadeira/peladeira de arroz no valor total de R\$ 340.400,00 (peça 2, pp. 21-33) e sua vigência foi de 11/7/2014 a 29/9/2016 (peça 2, pp. 24, 47, 49).

17. Segundo a ata do Pregão 009/2015, de 24/8/2015 (peça 2, pp. 39-40), a empresa C. Com Informática foi declarada vencedora dos lotes I e II, que se compunham da aquisição de um caminhão novo (motor à diesel 4 ou 6 cilindros, potência mínima de 190 CV, tração 6x2, direção hidráulica, caixa de mudança de no mínimo 6 marchas à frente e 1 marcha à ré, equipado com carroceria de madeira para transportes de máquinas pesadas com comprimento mínimo de 7,5 metros) e de uma trilhadeira/peladeira de arroz nova, equipado com motor de 9,5 cavalos de potência mínima (peça 12, p. 2).

18. O Contrato 9/2015 firmado entre a referida empresa e o Município de Xapuri/AC vigeu entre 1º/9 e 1º/12/2015 (peça 2, pp. 41-45).

19. O repasse federal de R\$ 340.000,00 foi depositado em 2/10/2015 na Conta 60026592, Agência 534, da Caixa Econômica Federal, suposta conta específica do convênio (peça 2, p. 48 e peça 3, p. 5).

20. A vistoria **in loco** de 6/9/2017, realizada por técnico do Departamento Calha Norte, verificou que o caminhão e a trilhadeira/peladeira de arroz não se encontravam nas dependências do Município de Xapuri/AC (peça 3, pp. 15-17).

21. A empresa C Com Informática fora citada por ter deixado de comprovar a entrega do caminhão e da trilhadeira/peladeira equipada com motor (peça 11).

22. Em sua defesa (peça 12, p. 2), a empresa C Com Informática alegou que adquiriu e

entregou ao Município de Xapuri/AC: (i) um caminhão, 0 Km, motor diesel, modelo F4A, turbo, 6 cilindros, 280 cavalos de potência, Proconve P7, E.E (5.175+1.224), tração 6X2, 1 tanque 400, cabina simples, modelo 18404; (ii) uma trilhadeira B-150 PV com pneus recondicionados, elevador, PLU-FCI Número 9447E528-4041-430F-8A00-1E3839836B0F-RSF 13/12; e (iii) um motor BD 10.0, eixo H.

23. A empresa acrescentou que o desaparecimento dos objetos do convênio decorreu de extravio ou de outra causa superveniente à entrega realizada à prefeitura de Xapuri/AC. Para comprovar o alegado, juntou à sua defesa os seguintes documentos (peça 12, pp. 2-4):

23.1. Documento auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica nº 023.077, de 30/12/2015, emitido pela empresa C. Com Informática, referente a um caminhão, motor a diesel, 4 cilindros, 190 cavalos de potência, tração 6x2 (R\$ 315.000,00) e a uma trilhadeira de cereais, de 9,5 cavalos, B 150, Maqtron (R\$ 25.000,00), destinada à prefeitura de Xapuri/AC (peça 12, p. 25).

23.2. Documento auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica nº 257.966, de 16/9/2016, emitida pela empresa Iveco Latin America Ltda., referente a um caminhão Iveco Tector 240E28, 0 Km, motor diesel, modelo F4A, turbo, 6 cilindros, 280 cavalos de potência, Proconve P7, E.E(5.175+1.224), tração 6X2, 1 tanque 400, cabina simples, modelo 18404; comprovante de pagamento e de recolhimento de ICMS (peça 12, pp. 18-23).

23.3. Recibo de entrega de um caminhão, motor a diesel, 4 cilindros, 190 cavalos de potência, tração 6x2, direção hidráulica, referente à Nota Fiscal 23.077, assinado pelo ex-prefeito Márcio Pereira Miranda em 1º/12/2016 (peça 12, p. 24).

23.4. Documento auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica nº 138.424 de 8/6/2017, emitida pela empresa Maqtron Importação e Exportação Ltda. referente à aquisição de uma trilhadeira B-150 pela empresa C Com Informática; comprovante de pagamento; documento auxiliar do conhecimento de transporte eletrônico da empresa Maqtron à prefeitura de Xapuri/AC; comprovante de pagamento e de recolhimento do ICMS (peça 12, pp. 5-11).

23.5. Documento auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica nº 399.973, de 26/7/2017, emitida pela empresa Branco Motores Ltda. referente à aquisição de um motor BD 10.0; documento auxiliar do conhecimento de transporte eletrônico da empresa Branco Motores Ltda. à empresa C Com Informática; comprovantes de pagamento e de recolhimento do ICMS (peça 12, pp. 12-17).

24. O Relator original deixou assente que os documentos acostados nos autos não eram suficientemente robustos para demonstrar que a empresa C Com Informática havia entregue o caminhão e a trilhadeira/peladeira de arroz, equipada com motor, para o município de Xapuri/AC, porquanto:

24.1. A nota fiscal de faturamento para “entrega futura” não comprova a venda do caminhão e as evidências apresentadas indicam que ele foi pago no dia 13/1/2016 (peça 12, p. 25), praticamente um ano antes de sua entrega, ocorrida em 1º/12/2016 (item 20 da peça 23, p. 3).

24.2. Os papéis referentes à trilhadeira/peladeira e ao motor não demonstraram a venda desses equipamentos da empresa C Com Informática para a prefeitura de Xapuri-AC (itens 16-19 da peça 23, p. 2).

24.3. A atividade econômica da empresa C. Com Informática, registrada na Receita Federal, é o “comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática” (item 21 da peça 23, p. 3).

25. Passa-se ao exame do mérito.

26. O cerne da questão é verificar se os elementos apresentados nos autos e em sede recursal são capazes de comprovar a venda e a entrega ao município de Xapuri/AC dos bens objetos do Convênio 242/DPCN/2014.

27. Não há nos autos evidências robustas e suficientes para demonstrar a venda e a entrega ao ente municipal do caminhão, objeto do convênio, pelos seguintes motivos.

27.1. O documento auxiliar da nota fiscal eletrônica (Danfe) é apenas uma das representações possíveis da versão impressa simplificada da nota fiscal eletrônica e esse documento não substitui e nem se confunde com a nota fiscal eletrônica, porque não tem valor fiscal. O Danfe acompanha a mercadoria quando é vendida ao cliente final e é obrigatória no transporte de mercadorias. Assim, os Danfes nº 023.077, 023.269 e 257.966 não são necessariamente elementos de prova da venda e da entrega do caminhão ao ente municipal. É oportuno registrar que os Danfes nº 023.077, de 30/12/2015 (peça 42, p. 3), 023.269, de 30/12/2016 (peça 42, p. 1) e 257.966, de 16/9/2016 (peça 12, p. 18) foram emitidos após o término da vigência do Contrato 9/2015, ocorrido em 1º/12/2015 (peça 2, p. 42), assim como o Danfe nº 023.269 foi emitido após o término da vigência do convênio, ocorrido em 29/9/2016 (peça 2, p. 49).

27.2. O número do chassi de um veículo novo (0 km), não emplacado, funciona como seu documento de identidade e deve ser informado na operação de compra e venda. Composto de 17 dígitos o VIN (vehicle identification number) é dividido em quatro partes que quando decifradas podem informar dados sobre o fabricante, o modelo e o ano de fabricação. A ausência dessa numeração nos Danfes nº 023.077 (peça 2, p. 50, peça 12, p. 25 e peça 42, p. 3), 023.269 (peça 39, p. 3, peça 42, p. 1 e peça 63, p. 3) e 257.966 (peça 12, p. 18), no recibo de entrega assinado pelo então prefeito Márcio Pereira Miranda (peça 12, p. 24, peça 39, p. 4, peça 42, p. 2 e peça 63, p. 4) e no registro fotográfico acostado às peças 43, 62 e 63, p. 8-15 impede que se verifique a venda e a entrega ao ente municipal do caminhão objeto do convênio.

27.3. A divergência entre o motor do caminhão de 6 cilindros e 280 cavalos de potência, descrito no Danfe nº 257.966 (peça 12, p. 18) e o motor de 4 cilindros com 190 cavalos de potência, descrito nos Danfes nº 023.077 e 023.269 (peça 2, p. 50 e peça 42, p. 1) e no recibo (peça 12, p. 24), fragiliza esses documentos como elementos probatórios.

27.4. O representante da prefeitura, Sr. Josué Pereira da Silva, informou ao técnico do Departamento Calha Norte na vistoria **in loco** realizada em 6/9/2017, que a empresa C Com Informática não entregou o caminhão à prefeitura de Xapuri/AC (peça 3, p. 16).

27.5. Apesar de beneficiária da integralidade dos recursos do Convênio (R\$ 340.000,00), de acordo com a cláusula segunda do Contrato 009/2015 (peça 2, p. 41), a empresa C Com Informática não comprovou ter fornecido a carroceria do caminhão, como determina a cláusula primeira do termo contratual (peça 2, p. 41): “O objeto deste Contrato é aquisição de caminhão traçado com carroceria ...”. Observe também que a recorrente afirma que tal responsabilidade era da empresa Carrocerias Paraná (Neri & Neri Ltda.), nos seguintes termos (peça 39, p. 4):

‘Ocorre que após receber os bens objeto do contrato, no mês de dezembro de 2016 (ainda na gestão do Sr. Márcio Miranda), conforme assinalado acima, a administração municipal os encaminhou para uma empresa denominada Carrocerias Paraná (Neri & Neri Ltda, conforme cadastro de pessoa jurídica ora anexado), localizada na cidade de Rio Branco, para que fosse instalada uma nova carroceria com prancha, o que seria pago pela prefeitura com créditos do contrato administrativo.’

27.6. A empresa recorrente não apresentou justificativa para o decurso de quase um ano entre o pagamento (13/1/2016) e a entrega do veículo (1º/12/2016), indicados no Danfe nº 023.077 e no recibo de entrega (peça 12, p. 24-25).

27.7. A atividade econômica registrada na Receita Federal da empresa C. Com Informática é o “comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática” (item 21 da peça 23, p. 3). Este fato, aliado aos apontamentos feitos nesta instrução, não permite que se conclua que houve a venda e a entrega ao Município de Xapuri/AC do caminhão objeto do convênio.

28. Não há nos autos evidências robustas e suficientes para demonstrar a venda e a entrega ao ente municipal da trilhadeira, equipada com motor, pelos seguintes motivos.

- 28.1. *O documento auxiliar da nota fiscal eletrônica (Danfe) é apenas uma das representações possíveis da versão impressa simplificada da nota fiscal eletrônica e esse documento não substitui e nem se confunde com a nota fiscal eletrônica, porque não tem valor fiscal. Assim, os Danfes nº 023.077, 023.269 não são necessariamente elementos de prova da venda e entrega da trilhadeira e do motor, objetos do convênio, ao ente municipal. Registra-se que os Danfes nº 023.077, de 30/12/2015 (peça 42, p. 3) e 023.269, de 30/12/2016 (peça 42, p. 1) foram emitidos após o término da vigência do Contrato 9/2015, ocorrido em 1º/12/2015 (peça 2, p. 42), assim como o Danfe nº 023.269 foi emitido após o término da vigência do convênio, ocorrido em 29/9/2016 (peça 2, p. 49).*
- 28.2. *O número de série de uma trilhadeira nova funciona como seu documento de identidade e deve ser informado na operação de compra e venda. A ausência dessa numeração nos Danfes nº 023.077 (peça 2, p. 50, peça 12, p. 25 e peça 42, p. 3) e 023.269 (peça 39, p. 3, peça 42, p. 1 e peça 63, p. 3) impede que se verifique a venda e entrega da trilhadeira ao ente municipal.*
- 28.3. *O recibo assinado pelo então prefeito Márcio Pereira Miranda em 1º/12/2016 não expressa o recebimento da trilhadeira e do motor (peça 12, p. 24, peça 39, p. 4, peça 42, p. 2 e peça 63, p. 4).*
- 28.4. *A empresa recorrente não apresentou justificativa para o decurso de quase um ano entre o pagamento (13/1/2016) e a entrega da trilhadeira (1º/12/2016), indicados no Danfe nº 023.077 (peça 12, p. 24).*
- 28.5. *O Danfe nº 112.562 (peça 41, p. 1) e o documento auxiliar do conhecimento de transporte eletrônico - Dacte nº 2282 (peça 41, p. 2) trazem informações da venda e do transporte de cinco carretas tanden de 6 toneladas, uma bateadeira B-350 e uma trilhadeira B 150 da empresa Maqtron Importação e Exportação Ltda. para a empresa C Com Informática. Todavia, esses documentos não comprovam a venda e a entrega da trilhadeira ao Município de Xapuri/AC.*
- 28.6. *O Danfe nº 138.424 de 8/6/2017 (peça 12, p. 5) informa a venda de uma trilhadeira B 150 da empresa Maqtron para a C Com Informática. Esse documento não comprova a venda da trilhadeira ao Município de Xapuri/AC.*
- 28.7. *O Dacte nº 20197 de 16/6/2017 (peça 12, p. 7) informa o transporte de produto não identificado, que seria uma trilhadeira, da empresa Maqtron à secretaria de obras do município de Xapuri/AC. Considerando a hipótese da entrega da trilhadeira, registra-se que não há evidências documentais de que essa bem foi vendido ao ente municipal.*
- 28.8. *A notícia de que, em meados de 2017, a empresa C Com Informática deixou na garagem da prefeitura uma carcaça nova da trilhadeira, desacompanhada de motor e da base do equipamento (peça 3, pp. 16-18), sem o devido recebimento formal, impede que se conclua que a trilhadeira, objeto do convênio, foi entregue ao ente municipal. Ainda que se comprovasse a entrega, a trilhadeira, sem o motor, não atenderia o objetivo do convênio.*
- 28.9. *O Danfe nº 399.973, de 26/7/2017 (peça 12, p. 12), e o Dacte nº 13241, de 31/7/2017 (peça 12, p. 14), informam a venda e o transporte de um motor BD 10.0 eixo H da empresa Branco Motores Ltda. para a empresa C Com Informática. Tais documentos não comprovam a venda e a entrega desse motor ao município de Xapuri/AC.*
- 28.10. *As justificativas apresentadas para a divergência de datas dos diversos documentos relacionados à trilhadeira e ao motor - quais sejam, o desaparecimento em 2016 dos equipamentos entregues ao município e a entrega em 2017 à gestão municipal sucessora de nova trilhadeira com motor - são incapazes de evidenciar a venda e a entrega ao município de Xapuri/AC da trilhadeira, equipada com motor.*
29. *Não cabe ao TCU determinar, a pedido da responsável, a realização de inspeção na prefeitura de Xapuri/AC e oitiva de terceiros para a obtenção de provas, uma vez que constitui obrigação da parte apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa*

(v.g. Acórdãos 3343/2019-TCU-1ª Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman, 2805/2017-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Vital do Rêgo, 6214/2016-TCU-1ª Câmara, Rel. Min. Bruno Dantas, e 5920/2016-TCU-2ª Câmara, Rel. Min. Vital do Rêgo).

30. Desse modo, não há como acolher as razões apresentadas.

CONCLUSÃO

31. A prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário e do regime da Lei 9.873/1999, não restou caracterizada nos autos.

32. Os elementos dos autos são insuficientes para comprovar a venda e a entrega ao município de Xapuri/AC dos bens objetos do convênio (caminhão e trilhadeira, equipada com motor).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

33. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a análise do recurso de reconsideração interposto pela empresa C. Com Informática Imp. Exp. Comércio e Indústria Ltda. contra o Acórdão 2.578/2020-TCU-2ª Câmara, propondo-se, com fundamento no art. 33, da Lei 8.443/1992:

a) conhecê-lo e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar ciência às partes, à Procuradoria da República no Estado do Acre, aos órgãos/entidades interessados, bem como aos demais cientificados do acórdão recorrido.”

2. Eis o parecer do Ministério Público, de autoria do Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado:

“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 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.”

É o relatório.