

Proc. TC-022.208/2009-0
TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator

Manifestei-me neste processo em parecer proferido em 13/2/2012, peça 34, oportunidade na qual anuí à proposta da unidade técnica, peça 31. Posto o processo em pauta para apreciação pela Primeira Câmara, formulei, na sessão do dia 5/8/2014, pedido de vista com espeque no art. 112 do Regimento Interno.

Com a atuação reiterada em processos de tomada de contas especial originados da chamada “Operação Sanguessuga”, passei a discernir, naquilo que inicialmente se afigurava um elenco quase uniforme de atos ilícitos, circunstâncias especiais que merecem tratamento diferenciado. Percebi agora, então, a necessidade de retificar a manifestação anterior.

São dois os aspectos que chamaram a minha atenção: o fato de haver proposta para imputação de débito equivalente ao valor integral repassado mediante o convênio – e não, como é mais comum, apenas pelo valor do superfaturamento –; e o fato de tal imputação, no que toca ao gestor, ser fundamentada no descumprimento da obrigação de comprovar o nexos de causalidade entre o dispêndio do recurso do convênio e o bem adquirido e não no fato de haver pago bem que não foi entregue pelo fornecedor, conforme imputação que justificou a inclusão deste último, por solidariedade, na responsabilidade pelo ressarcimento do dano.

Ora, se os autos reunissem mesmo elementos suficientes para a instrução afirmar que o fornecedor não entregou o bem, não haveria que se falar em ausência de nexos de causalidade. Decidi, por isso, reexaminar as provas produzidas contra o fornecedor, a empresa Santa Maria Comércio e Representação Ltda.

O ofício de citação dessa empresa, peça 9, p. 9-11, informa que o débito a ela imputado decorre da “não contraprestação do cumprimento da obrigação”. O mesmo documento relaciona quais seriam as evidências que comprovariam esse fato:

a) a nota fiscal 100, emitida pela empresa Santa Maria Comércio e Representação Ltda., não informa o número do chassi, placa ou Renavam do veículo fornecido, de forma que permita a identificação completa do bem;

b) consta da referida nota fiscal "atesto de recebimento" apostado na mesma data de sua emissão, 21/1/2001;

c) segundo o CRV constante dos autos, o veículo de placa KPB-3991 teve sua autorização de venda emitida à empresa Santa Maria registrada em 26/3/2001, após a data de emissão da nota fiscal 100, datada de 21/1/2001.

A possibilidade de o TCU fixar a responsabilidade de terceiro, em solidariedade com o agente público que praticou o ato irregular, está prevista no art. 16, §2º, “b”, da Lei 8.443/1992.

Basta, para tanto, que ele, “como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”.

Deve-se cuidar, no entanto, para que essa possibilidade de extensão, por solidariedade, da responsabilidade do agente público para o terceiro não induza estender para ele igual, mas indevidamente, o ônus da prova da boa e regular aplicação dos recursos públicos.

O dever de prestar contas decorre da gestão de recursos e bens públicos. A teor do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, prestará contas qualquer pessoa que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos. Aquele que recebe pagamento da Administração originado de contratação administrativa não gere recurso nem bem público. O pagamento não é feito a título de transferência, mas de despesa.

Sendo assim, a “não contraprestação do cumprimento da obrigação” não pode ser imputada à empresa fornecedora apenas em face da prestação de contas insuficiente ou não conclusiva. Caberá ao TCU provar a referida conduta. É o que se dá rotineiramente, por exemplo, na condenação por superfaturamento. O Tribunal prova que o terceiro recebeu certa quantia pelo fornecimento de um determinado bem ou serviço e, além disso, que o preço daquele objeto está em desacordo com a legislação, que limita a cobrança aos valores de mercado. O TCU prova, em resumo, a ilicitude na conduta, a cobrança ilegal de valores, o comportamento contrário à lei e que gera consequência também prevista em lei.

Ora, mas se o fornecedor, para fazer jus ao pagamento, tem a obrigação, perante a Administração, de cumprir diversas formalidades, não poderia o TCU exigir, para fins de fiscalização, que fossem apresentadas as correspondentes comprovações?

É certo que o prestador de serviço ou o fornecedor de bens à Administração deve desincumbir-se de certos encargos materiais e formais para fazer jus ao pagamento, mas são de natureza contratual, limitando-se sua exigibilidade, ordinariamente, à vigência do pacto. A obrigação de produzir provas e documentos relativos à execução do objeto contratado, como por exemplo medições, notas e laudos, é espontaneamente assumida pelo fornecedor visando exclusivamente o interesse em gerar o direito ao correspondente pagamento, nada tendo a ver com o dever legal de prestar contas.

A empresa não produz prova do adimplemento do contrato em razão de algum dever ao qual esteja submetida, mas no interesse de adquirir um direito. Produzidos os efeitos para os quais tal prova foi constituída – o recebimento do objeto contratual pela Administração e o respectivo pagamento – não se vislumbra, por ausência de amparo legal, que ela tenha o dever de conservá-la indeterminadamente consigo ou de apresentá-la ao TCU.

Quem tem que fazer isso é o gestor e, por isso, não pode realizar pagamento sem reter a documentação que comprova a realização do serviço ou fornecimento. A satisfação do direito da empresa contratada pressupõe e autoriza a presumir o adimplemento da obrigação. O adimplemento da obrigação, por sua vez, transfere, por decorrência das normas públicas financeiras, o ônus da prova sobre a despesa para o gestor responsável pelo pagamento. Em contraposição ao poder de gerir recursos e bens públicos, ele tem o dever, nos termos da legislação, de guardar as provas e documentos acerca da despesa, inclusive aqueles produzidos pelo fornecedor, para, oportunamente, apresentá-los.

Tenho visto com alguma regularidade nos processos dessa Casa, ante a omissão no dever de prestar contas, ou de sua apresentação incompleta, propostas no sentido de que seja cobrada da empresa fornecedora a prova de que ela tinha direito aos pagamentos recebidos. Supõe-se, em geral, que cabe ao fornecedor provar a entrega do bem ou serviço mediante a expedição, pelo comprador, do respectivo recibo.

Como já dito, quando a empresa contratada exige a aposição pela administração contratante do “recebido” na nota fiscal, faz isso atendendo a seu próprio interesse e não como o cumprimento de um dever. É uma medida de cautela, exercida como uma faculdade ou um direito, de modo a afastar a possibilidade de vir a ser indevidamente cobrada novamente por obrigação já satisfeita. Não há, pois, descumprimento de dever legal ou ilicitude na conduta de deixar de obter o recibo de entrega do objeto da Administração. Não se pode daí extrair fundamento para a condenação a alguma sanção ou reparação.

A bem da verdade, tal ausência nem mesmo compromete o próprio gestor, porque, como se viu, trata-se de providência adotada no interesse do fornecedor, como proteção contra o gestor, e não medida destinada a servir à fiscalização do ato, até mesmo porque, no que diz respeito a tal finalidade, seria inócua, haja vista que nada impediria os gestores e fornecedores de, dispostos a, em conluio, fraudar a própria contratação de serviços, fraudar, com mais facilidade, o respectivo recibo.

Ressaltados esses aspectos, ponho-me em melhores condições de examinar se as provas reunidas contra a empresa fornecedora são realmente suficientes para que lhe seja atribuída a “não contraprestação do cumprimento da obrigação” ou se, na verdade, está-se, inadvertidamente, transferindo indevidamente para ela o dever dessa comprovação. E, a meu ver, a conclusão aponta para a segunda hipótese.

Concordo que as falhas ou incongruências verificadas na emissão da nota fiscal lançam suspeitas de simulação sobre a transação. Concordo, também, que seus defeitos impedem a verificação do liame entre os recursos federais e o veículo encontrado pela fiscalização, ou até mesmo com qualquer outro veículo. Isso, porém, é o bastante apenas para torná-la inservível para a prestação de contas, não a convertendo em prova de que a empresa não entregou o veículo.

Com efeito, não é absurda e impossível a hipótese de a nota fiscal de um veículo usado ser preenchida de modo incompleto. Não é também improvável que a emissão desse documento somente tenha sido providenciada apenas por ocasião da retirada do veículo por algum representante do comprador. Se o ônus da prova da participação do terceiro para a perpetração da fraude é do TCU, essas simples possibilidades já bastam para infirmar as duas primeiras objeções contra ele opostas na citação.

Quanto ao fato de a autorização de venda registrada no CRV ser posterior à data da emissão da nota fiscal, vale notar que a comparação é, em princípio, descabida, já que é a própria instrução que afirma a impossibilidade de admitir que esses documentos digam respeito ao mesmo veículo e a mesma operação de compra e venda.

De qualquer maneira, ainda que fossem relativos a mesma negociação, a incongruência não prova a simulação da citada operação, haja vista a transferência de propriedade de veículos, ao contrário dos bens imóveis, não depender de registro, providência obrigatória para efeitos meramente administrativos.

Merece ser questionada, ademais, crença que, a meu ver, está implicitamente presente na instrução, no sentido de que o fato de, na fiscalização *in loco*, ter sido apresentado veículo da marca Mercedes Benz autorizaria descartar a possibilidade de que tenha sido entregue outro veículo da marca Volkswagen, conforme descrição da nota fiscal. A não localização desse veículo Volkswagen não pode ser considerada evidência do não cumprimento da obrigação pelo fornecedor, pois o ex-prefeito pode ter dado destinação oculta ao bem, não competindo e nem estando ao alcance do fornecedor dar explicações sobre isso.

Isso tudo não quer dizer que a nota fiscal em questão sirva para a prestação de contas, mas tão somente que não é possível, sem outros elementos, considerá-la inválida, nula ou prova de alguma simulação. Não consta dos autos que tivesse algum defeito que não pudesse, por requerimento do interessado, ser sanado.

Se a nota fiscal não serve para a prestação de contas – como de fato não serve –, isso, no caso vertente, não se deveu – ou pelo menos disso não se tem notícia na instrução – ao descumprimento de preceitos essenciais pertinentes às normas tributárias ou comerciais – de onde, para todos os efeitos, se extraem os atributos que conferem valor oficial ao documento –, mas sim ao não atendimento de comandos dirigidos ao administrador público, mediante princípios explícitos e implícitos da Administração Pública, normas legais e infra legais.

Acaso a nota fiscal constituísse claramente documento fraudado ou falso, concordaria em descartar a necessidade de maiores indagações sobre a entrega do veículo. Se a venda fosse simulada, não haveria realmente razão alguma para supor que a entrega fosse real. Mas, não podendo tal documento, apenas pelos erros ora relatados, ser invalidado, persevera a situação de indeterminação. As falhas nesse documento apontadas na citação da empresa não servem, portanto, para, por si sós, fundamentar a condenação da empresa fornecedora.

Parece, então, que se está diante de situação na qual não se pode discernir se houve mesmo a venda e a entrega do bem, com meras falhas na emissão da nota fiscal, ou se tudo não passou de simulação. A Administração Pública, ou melhor, a sociedade por ela representada, não pode, porém, conviver com a dúvida e a incerteza a respeito da despesa. E não precisa conviver. Basta exigir, de quem, por haver recebido da sociedade a confiança e a autorização para gerir os recursos públicos, tem o dever de fornecer as explicações cabíveis.

Nesse contexto, se, para a sociedade, há dúvida inaceitável sobre a regularidade da despesa, isso deve ser imputado exclusivamente ao gestor, mesmo tendo sido na emissão da nota fiscal pelo fornecedor que tenha surgido o atual impasse, pois era ele, o gestor, quem tinha o dever de zelar para que esse documento fosse apto para a prestação de contas. O ex-prefeito dispunha de meios legais para fazer isso, como, por exemplo, se negar a realizar o pagamento enquanto não fossem feitas as correções cabíveis ou adotar as medidas judiciais pertinentes. Se tivesse observado seus deveres – o que inclui não pagar sem antes obter comprovação formal de que o fornecedor cumpriu suas obrigações principais e acessórias –, para os quais não depende de ninguém, não enfrentaria problemas na prestação de contas e não pesaria contra ele agora a acusação de dano, nem real e nem presumido.

Sendo apenas o gestor quem tem o dever de prestar contas, é adequado considerar que a dúvida sobre a boa e regular aplicação dos recursos pese apenas contra ele. Para o fornecedor continua valendo o conhecido princípio: *in dubio pro reo*. Só será condenado se não houver dúvida sobre sua contribuição para o dano.

Trata-se, na verdade, de distinção da mais lúdima justiça. A condenação em face meramente da dúvida sobre o fornecimento implica a aceitação pela lei e pela Constituição da possibilidade de que isso ocorra mesmo havendo o dinheiro utilizado sido revertido pelo gestor em benefício da sociedade. A justiça dessa aceitação reside exclusivamente, a meu ver, no fato de a prestação de contas constituir valor sensível ao princípio republicano, indispensável à integridade e à viabilidade econômica da própria República, em relação ao qual o desprezo, e até mesmo o simples descuido, atrai merecidamente graves e proporcionais consequências.

Isso significa que se o gestor comprou o bem, o recebeu, pagou e o colocou a serviço da sociedade, mas não é capaz de prestar contas e comprovar tal destinação, merece a condenação em débito. Já contra a empresa, que efetivamente entregou o bem, mas não tem meios de comprovar, semelhante condenação seria injusta, pois quem não tem o dever de prestar contas não está em posição de desprezá-lo ou descuidá-lo.

Essa interpretação, obviamente, abre espaço para não haver condenação de empresa que recebeu por serviço ou fornecimento que não entregou. Isso, porém, é, a meu ver, falha preferível, de longe, à hipótese de se cometer injustiça contra empresa que cumpriu adequadamente seus

deveres. Primeiro porque, assim interpretadas a lei e a Constituição, o interesse da administração não seria necessariamente sacrificado, haja vista que a ação de ressarcimento prosseguiria em relação ao gestor. Segundo porque o gestor, confrontado com a possibilidade de, sozinho, ter de arcar inteiramente com a dívida, poderá vir a se sentir motivado a apresentar provas do pagamento indevido à empresa, de modo a dividir com ela a obrigação pela reparação.

Cumpra insistir e ressaltar que a hipótese ora cogitada não implica dispensar da obrigação de ressarcimento empresa cujo pagamento é sabidamente indevido, mas cujo pagamento é indevido e, por ausência de provas, não há como o controle ter certeza disso.

Vale dizer, o TCU, para condenar empresa que recebeu pagamento mas não forneceu o bem, tem o ônus de provar esse fato. Caso não seja possível a constituição de tal prova, a condenação deverá se restringir ao gestor. Se ele não apresenta elementos que demonstrem o envolvimento da empresa, sua condenação pelo Controle Externo deve se dar como se ele houvesse se apropriado diretamente do dinheiro público. Uma vez que isso tivesse acontecido, a responsabilização pelo ressarcimento aos cofres públicos não seria estendida a mais ninguém, independentemente do fato de ele haver perdido o dinheiro, destruído, distribuído ou o usado para pagar alguém.

Insisto em frisar que esse entendimento não se aplica quando for possível provar que o eventual beneficiado sabia, ou deveria saber, que o recurso tinha origem ilícita, de modo que se possa concluir que, por isso, contribuiu para o dano, podendo ser condenado por responsabilidade solidária. É o que se dá, por exemplo, quando quem recebeu o dinheiro produziu documentos para simular o negócio e para dar aparência de legalidade ao desembolso realizado pelo ente público; ou quando, mesmo de boa-fé, descumpriu obrigações legais, a exemplo de cobrar preço acima do valor de mercado por algum bem ou serviço.

Resta ainda uma indagação que pode ser formulada a respeito da decisão de responsabilizar ou não a empresa fornecedora. Decorrendo o dano no caso vertente de presunção extraída da precariedade da prestação de contas – ausência denexo de causalidade – e uma vez que essa precariedade é oriunda dos defeitos da nota fiscal emitida pela empresa, ela, embora não tenha o dever de prestar contas, não teria ao menos concorrido para o fracasso do gestor no cumprimento desse mister?

Essa contribuição do fornecedor, à primeira vista, parece óbvia e nos induz a dispensar qualquer esforço de confirmação, já que foi ele quem emitiu a nota fiscal com descrição insuficiente do produto vendido.

No entanto, os defeitos na nota fiscal, embora possam constituir infrações de diversas naturezas, não são a causa dos embaraços à prestação de contas, mas sim a decisão do ex-prefeito em pagar a despesa mesmo em face desses defeitos. Competia a ele, legal e contratualmente, condicionar a realização do pagamento à correção dos erros.

A situação remete àquela classificada, no Direito Penal, como crime próprio, o qual “só pode ser cometido por uma determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal” (Jesus, Damásio Evangelista de. Direito Penal – 1º Volume – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 11ª Ed., 1986, p. 166). A infração havida no descumprimento do dever de prestar contas não pode ser cometida por qualquer pessoa, mas apenas por aquele que detém o poder de realizar a despesa e em quem foi depositada a confiança da sociedade.

Se tal infração não pode ser cometida pelo fornecedor, tampouco pode ele dela participar em concurso, como exige, para sua condenação, o art. 16, § 2º, “b”, da Lei 8.443/1992, haja vista que, segundo a precisa definição de Mirabete, o concurso de pessoas “é a ciente e voluntária

participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal” (Mirabete, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral- Volume I. São Paulo: Atlas, 2ª Ed. 1986, p.223).

Portanto, ante os elementos constantes dos autos, não concordo com a imputação de débito à empresa pelo valor integral do veículo vendido fundamentada na “não contraprestação do cumprimento da obrigação”.

Entendo que deva ser aplicado, em parte, o mesmo raciocínio à impugnação da parcela do débito relativa à “não contraprestação do cumprimento do fornecimento dos equipamentos descritos na nota fiscal 103” (item 7 da instrução à peça 31, p. 3).

O fato de o “atesto de recebimento apostado na nota fiscal de equipamentos” ter sido realizado “na mesma data de sua emissão” não constitui, em face das mesmas razões apontadas para a parcela de débito relativa ao veículo, evidência bastante para invalidar o documento.

Tampouco creio que a circunstância de tal data coincidir com a data da emissão da nota fiscal do veículo, ou até mesmo de não se haver comprovado a entrega desse veículo, autorize a concluir que, necessariamente, não houve a entrega dos equipamentos. A eventual impossibilidade de o fornecedor haver equipado o veículo objeto da nota fiscal emitida pela empresa Santa Maria não significa que ele não pudesse ter equipado algum outro veículo. Não compete ao fornecedor escolher ou questionar a procedência do veículo do município contratante que será por ele equipado, tampouco dar provas acerca daquele que efetivamente foi escolhido para a adaptação ou da sua destinação e paradeiro, razão pela qual alguma dúvida sobre isso não pode ser a ele imputada.

Diante desse cenário, onde não se sabe se houve ou não houve a entrega dos equipamentos, não é correto, como espero já haver demonstrado, imputar à empresa fornecedora débito pelo valor integral dos equipamentos por ela vendidos.

A bem da verdade, suponho ser possível até admitir que é significativamente maior a probabilidade de que os equipamentos, ao menos em parte (ver Quadro XVI à peça 1, p. 20-21), tenham sido de fato entregues e instalados. Tudo indica que foram empregados em veículo diferente daquele descrito na nota fiscal, mas com ele compatível, conforme sinaliza o fato de a fiscalização realizada pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS o haver aceitado como o objeto do convênio. A conclusão daquele órgão, peça 1, p. 22, merece ser transcrita: “Conforme inspeções realizadas ‘in loco’ e exame documental, constatou-se que o veículo – unidade móvel médico-odontológico foi adquirido com recursos do convênio”.

Assim sendo, estaria pronto para propor, no que diz respeito à aquisição do veículo, que o ex-prefeito fosse condenado pelo valor integral da despesa, limitando-se a responsabilidade da empresa fornecedora ao superfaturamento por ela praticado; e, no que diz respeito à compra dos equipamentos para a adaptação da unidade móvel de saúde, que ambos fossem condenados pelo superfaturamento.

Quando, no entanto, as ocorrências relatadas neste processo são consideradas não isoladamente, mas segundo perspectiva que as compreende inseridas em um esquema muito mais amplo de corrupção, impõe-se o reconhecimento de que a suspeita de não ter havido a entrega do veículo adquirido com recursos do convênio fica enfraquecida.

Sabe-se que um grupo de pessoas organizou diversas empresas para, em conluio com dezenas de gestores e administradores, simularem licitações, beneficiando-se do direcionamento na seleção das empresas contratadas para o fornecimento de unidade móveis de saúde e da prática de sobrepreço na venda desses veículos. Seu *modus operandis* tornou-se bem conhecido pela Polícia Federal, pelo Poder Judiciário e também pelo TCU.

Não tenho visto, nos processos originados na Operação Sanguessuga em que tenho atuado, a produção de prova contundente no sentido de que não tenha havido a entrega dos veículos. Ao

contrário, é muito frequente que as unidades móveis de saúde sejam encontradas, embora nem sempre correspondendo às características pactuadas nos contratos de compra e venda e nos convênios firmados com o FNS.

À essa ponderação parece-me que se deva juntar outra, também no sentido que afasta a existência de simulação na venda e entrega do bem. Não vislumbro de que maneira a ausência de dados sobre o veículo na nota fiscal favoreceria esse intuito. Se já havia disponível outro veículo no município que servia à finalidade de unidade móvel de saúde, parece-me razoável supor que quem pretendesse simular a venda e entrega de bem semelhante, procuraria emprestar-lhe essas características, de modo a aumentar a chance de confundir a fiscalização.

As lacunas na nota fiscal se explicam, para mim, de outra forma. Acredito que decorram do desconhecimento pelo fornecedor, no momento da emissão do documento, de qual veículo ele efetivamente entregaria. Penso não ser razoável supor que as empresas participantes do esquema criminoso desbaratado pela Polícia Federal teriam, primeiro, comprado centenas de veículos para, depois, tentarem direcionar as licitações.

A possibilidade mais evidente, e que não encontra nenhuma contradição nos autos, é a de que essas empresas emitiam nota fiscal quando ainda não dispunham do bem vendido, recebiam o pagamento, e, só então, buscavam adquirir o veículo que seria entregue ao município ou entidade compradora. Daí a razão da autorização de transferência haver se dado, no caso vertente, dois meses depois da venda e “entrega” do veículo.

Defendo, nesse contexto, que se possa, de forma excepcional, admitir como produto da despesa realizada com recursos do convênio o veículo examinado *in loco* pela equipe de fiscalização do Denasus e cuja documentação constou da prestação de contas apresentada pelo ex-prefeito.

Ante o exposto, manifesto-me parcialmente contrário à proposta da unidade técnica, por entender que a condenação em débito no caso vertente deva ficar restrita, no que diz respeito a ambos os itens – aquisição de veículos e aquisição de equipamentos – e a todos os envolvidos, ao valor que constituiu superfaturamento, conforme demonstração contida nos autos.

Ministério Público, em 19/08/2014.

(Assinado eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Subprocurador-Geral