

**Proc. TC-003.639/2014-2**

**Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração)**

## **PARECER**

Com vênias, divergimos da avaliação feita pelo auditor instrutor dos recursos (peça 130) quanto a anular o Acórdão 7.755/2015-TCU-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. Encaminhado, 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, justifica 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 apenas pela inexecução”. Ocorre que o caso concreto se enquadra 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 apenas 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, p. 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-TCU- 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 do 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 do 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-TCU-1ª Câmara sejam mantidas.

**MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**  
**Gabinete do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico**

Ministério Público, em 28 de agosto de 2017.

*(Assinado Eletronicamente)*

**Marinus Eduardo De Vries Marsico**  
Procurador