

VOTO

Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Coordenação de Contabilidade do Ministério da Justiça - CCMJ, em razão da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos repassados por meio do Convênio 106/2000 (Siafi 403743), celebrado entre a União, representada pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça - Depen/MJ, e o Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos do Rio de Janeiro - SEJDH-RJ.

2. A referida avença tinha por objeto a execução de obras de reforma da Penitenciária Alfredo Tranjan - Bangu II, a ser realizada no período de 18/12/2000 a 17/3/2001 (peça 1, p. 27-26). A vigência do convênio foi prorrogada mediante sucessivos aditivos, tendo o último fixado o termo final em 18/12/2004 (peça 1, p. 37-61; e peça 4, p. 8-11). Assim, a data final para a apresentação da prestação de contas passou a ser 17/2/2005.

3. Para a consecução do empreendimento, foi previsto o aporte de R\$ 898.379,95, sendo R\$ 718.703,95 a cargo do concedente e o restante correspondente à contrapartida do conveniente (peça 1, p. 27-36).

4. Por meio da Nota Técnica 161/2005-Depen/CGASP/Coaac/Dieng, de 1/7/2005, o Depen apontou:

“a alteração dos serviços, especificações e quantitativos conveniados (“trocas de serviços e serviços não executados”), serviços executados destruídos pelo uso e mudança nos projetos de instalações”. Segundo o aludido documento, “as alterações promovidas pelo sem consulta ao DEPEN criaram uma obra executada diferente do objeto conveniado” (peça 3, p. 136-137).

5. A partir de então, a fase interna do convênio se desenvolveu com a elaboração de vários pareceres, ofícios de notificação e notas técnicas, nos quais se apontou diferentes percentuais de execução da avença e de débito.

6. Após a manifestação da CGU (peça 5, p. 72-76), o feito ganhou novo encaminhamento. Na ocasião, o órgão de controle interno verificou a ausência de nexo causal entre os recursos transferidos e os pagamentos realizados às empresas contratadas para execução do objeto pactuado. Segundo a CGU, parte dos valores da avença (R\$ 389.363,64) foram transferidos para a conta do Fundo Especial Penitenciário – Fuesp, sendo que os recursos para pagamento das contratadas provieram de contas de titularidade da Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro – Emop e do Tesouro do Estado do Rio de Janeiro.

7. Daí o processo retornou ao Depen para saneamento. Na sequência, a Coordenação de Análise e Acompanhamento de Prestação de Contas e Tomada de Contas Especial do Depen - COAPC elaborou relatório de tomada de contas especial, no qual registrou que houve:

“(…) a desobediência aos art. 28, inciso IX c/c §3º da IN-STN nº 01/1997, o que motivou a instauração do processo de Tomada de Contas Especial, tendo como fundamento a hipótese contida na alínea “d”, inciso II, do artigo 38 do referido diploma, assim como, o descumprimento ao art. 20 do mesmo diploma legal, haja vista ter ocorrido administração de recursos federais fora da conta específica” (peça 6, p. 69).

8. Com isso, o COAPC concluiu pela responsabilização dos Srs. João Luiz Duboc Pinaud e Sr. Astério Pereira dos Santos, Secretários de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, e do aludido ente federativo pelas quantias de R\$ 389.363,64 e R\$ 329.340,31,

respectivamente. Cabe ressaltar que o somatório desses valores equivale ao montante total repassado por meio do convênio (peça 6, p.78-79).

9. A instância competente da CGU concordou com o referido posicionamento e o Ministro da Justiça, na sequência, atestou ter tomado conhecimento do relatório do tomador de contas especial e do parecer do órgão de controle interno.

10. Submetidos os autos a esta Corte de Contas, foi promovida a citação dos seguintes responsáveis pelos fatos listados adiante, na forma proposta pela Secex/RJ (peças 8 e 9):

10.1 do Sr. João Luiz Duboc Pinaud, na condição de Secretário de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, e do Estado do Rio de Janeiro, “(...) em decorrência da impugnação de despesas no valor original de R\$ 389.363,64, face à realização de saques de recursos realizados na conta vinculada do Convênio 106/2000 e depositados na conta Fundo Especial Penitenciário, sem comprovação de que tenham transitado dessa conta para a conta corrente da Emop e dessa para promoção dos pagamentos pelos serviços objeto do ajuste, referentes às despesas constantes dos itens de 1 a 5 da Relação de Pagamentos da Prestação de Contas Final do Convênio (Anexo V, peça 1, p. 114), com infração ao disposto na IN-STN 1/97, art. 20, c/c os Termos do Convênio 106/2000, cláusula terceira, inciso II, alíneas ‘e’, c/c a cláusula sétima, caput, e parágrafo primeiro (86, alínea ‘b’ e 89-97 desta instrução)”;

10.2. do Sr. Astério Pereira dos Santos (091.931.207-10), Secretário de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, e do Estado do Rio de Janeiro, “(...) em virtude de dano ao erário federal decorrente da ausência da restituição do saldo de recursos remanescentes e das receitas obtidas das aplicações financeiras, no prazo de trinta dias da conclusão do ajuste, que ocorreu em 18/1/2005, mantendo esses recursos na Conta do Convênio, do Estado do Rio de Janeiro, sem utilização no objeto ajustado, impossibilitando a sua utilização em outros objetos e objetivos públicos, com infração ao disposto na IN-STN 1/97, art. 28, inciso IX, c/c os Termos do ajuste, cláusula terceira, inciso II, alínea ‘f’, c/c cláusula nona, alínea ‘n’”.

11. O Estado do Rio de Janeiro alegou, em apertada síntese:

a) ausência de competência da Procuradoria Geral do Estado para o recebimento da notificação na qualidade de representante do Estado do Rio de Janeiro em todos os processos administrativos perante o Tribunal de Contas da União;

b) prescrição dos débitos imputados ao Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que ele não foi apontado como devedor solidário na fase interna da tomada de contas especial, que transcorreu onze anos entre o término da vigência do convênio e a sua citação, que foi superado o prazo de cinco anos previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932, e que é inaplicável do art. 37, § 5º, da Constituição ao Estado do Rio de Janeiro; e

c) no caso em exame, “não há indício de que o Estado do Rio de Janeiro tenha se apropriado dos recursos ou que as despesas apontadas tenham revertido em seu benefício”; “o saldo dos recursos do convênio permaneceu na conta corrente aberta quando da celebração do ajuste, não integrando o orçamento do Estado do Rio de Janeiro”; e “os valores transferidos para o Fundo Especial Penitenciário e, posteriormente, para a Empresa de Obras Públicas do Estado - Emop foram efetivamente utilizados para pagamento de despesas oriundas do objeto do convênio, não ocorrendo desvio de finalidade na sua utilização”;

12. O Sr. Astério Pereira dos Santos argumentou, em breve exposição, que:

a) “atuou de forma diligente para concluir as obras com verbas exclusivamente estaduais e, além disso, fez inúmeras gestões para que o saldo remanescente do convênio fosse devolvido pelo Estado aos cofres federais”;

- b) a instauração da TCE baseou-se na *“premissa equivocada de que a devolução dos saldos remanescentes dependia da exclusiva atuação” do responsável*;
- c) desde o ano de 2000, o Estado do Rio de Janeiro passou a adotar o regime de caixa único, com base no qual a liberação orçamentária e financeira ficava a cargo da Secretaria de Estado de Controle e Gestão, sendo que a efetiva liquidação da despesa (pagamento da GRU de devolução) só podia ser efetivada pela Secretaria de Estado de Fazenda; e
- d) sua boa-fé está evidenciada na prestação de contas, na qual foi declarada a existência de *“valores a devolver para o concedente”*, incluindo os rendimentos de aplicações financeiras.

13. A Secex/RJ analisou os argumentos apresentados e, em pareceres convergentes, com relação à utilização dos recursos sacados à conta específica do convênio em 2001 e 2002 (subitem 10.1), assinalou que não há que se falar em débito e, por via de consequência, de responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro e do Sr. João Luiz Duboc Pinaud, uma vez que os elementos acostados aos autos permitiam *“(…) presumir, ainda que de forma relativa, a aplicação dos recursos sacados à conta específica ao objeto do convênio”*.

14. Quanto à não devolução do saldo da conta específica do convênio após o término de sua vigência (subitem 10.2), aduziu que não havia como acatar as alegações de defesa apresentadas pelo Estado do Rio de Janeiro, *“na medida em que o próprio ente admitiu que não houve a restituição ao concedente das sobras de recursos federais”*.

15. Com isso, propôs acolher as alegações de defesa apresentadas pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Sr. Astério Pereira dos Santos, com relação às irregularidades de que tratam os subitens 10.1 e 10.2, respectivamente; excluir o último responsável e o Sr. João Luiz Duboc Pinaud da presente relação processual; rejeitar as alegações de defesa trazidas pelo Estado do Rio de Janeiro quanto à irregularidade suscitada no subitem 10.2; e fixar novo e improrrogável prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que o Estado do Rio de Janeiro comprovasse a devolução aos cofres do Tesouro Nacional da quantia especificada a seguir:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
545.106,76 (D)	31/12/2004
215.486,93 (C)	30/9/2008

16. O Ministério Público junto ao TCU acolheu a proposta da unidade, tendo divergido apenas quanto ao valor do montante a ser devolvido pelo Estado do Rio de Janeiro.

17. Segundo o Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, deveria ser recolhido o valor residual na conta-corrente específica do Convênio 106/2009, consistente no saldo registrado em 19/5/2016 (R\$ 569.332,94) acrescido dos rendimentos financeiros obtidos após essa data, a fim de evitar eventual ônus ao ente federativo decorrente de eventuais diferenças entre os índices de atualização monetária do sistema débito e a rentabilidade da aplicação financeira.

18. Feito esse necessário resumo, passo a decidir.

19. Com relação à competência da Procuradoria Geral do Estado para o recebimento da notificação, entendo que a matéria foi adequadamente enfrentada pela Secex/RJ, que baseou seu posicionamento na legislação vigente, especificamente no art. 75, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015 e nos arts. 2º, incisos I e X, e 6º, incisos XXII e XXVII, da Lei Complementar RJ 15/1980.

20. O mesmo se afirma da inaplicabilidade do art. 1º do Decreto 20.910/1932 para as dívidas envolvendo a União e entes subnacionais. Conforme assentado pela unidade técnica, a jurisprudência

do TCU é pacífica no sentido de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento relativas a débitos de entes da Federação perante a União, consoante o art. 37, § 5º, da Constituição.

21. Inobstante o exposto, cabe tecer considerações a respeito do lapso de 11 anos entre o encerramento do convênio e a citação do Estado do Rio de Janeiro, invocado pelo Estado do Rio de Janeiro como elemento caracterizador do cerceamento de defesa.

22. Segundo o art. 6º, inciso II, da IN-TCU 71/2012, salvo determinação em contrário do TCU, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, quando *“houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente”*.

23. No presente caso, as irregularidades ocorreram entre 2001 e 2005, sendo que o Estado do Rio de Janeiro somente foi notificado na fase externa da tomada de contas especial, em 2016, por meio de citação autorizada por este Relator.

24. A despeito disso, ressalto que a jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica no sentido de que o art. 6º, inciso II, da IN-TCU 71/2012 não tem aplicação automática em face do simples transcurso do prazo de dez anos entre a ocorrência do dano e a citação. Conforme decidido nos Acórdãos 461/2017-1ª Câmara, 2.850/2016-Plenário, 3.898/2016-1ª Câmara e 854/2016-Plenário, dentre outros, deve ser verificado, no caso concreto, se houve efetivo prejuízo à racionalidade administrativa, à economia processual, à ampla defesa ou ao contraditório.

25. Na situação em exame, a prova negativa da ocorrência das irregularidades, em especial a retirada de recursos da conta específica sem a comprovação de que tenham custeado os pagamentos do objeto do ajuste, era de fácil produção pelo Estado do Rio de Janeiro, pois bastava a apresentação dos extratos bancários pertinentes, com a demonstração do caminho dos recursos e, portanto, do vínculo entre as retiradas e os pagamentos.

26. O mesmo se aplica à ausência de restituição do saldo remanescente do convênio. Quanto ao assunto, observo que o fato não foi sequer negado pelo Estado do Rio de Janeiro, que ao admitir a existência de recursos na conta específica, deveria ter providenciado, desde logo, a imediata restituição dos valores, já na resposta do ofício de citação.

27. Sendo assim, compreendo que a situação em análise se amolda às enfrentadas nos precedentes listados no item 24 supra. Considerando que não foi demonstrado prejuízo à racionalidade administrativa, à economia processual, à ampla defesa ou ao contraditório, reputo inaplicável o art. 6º, inciso II, da IN-TCU 71/2012 ao presente caso concreto.

28. Superadas essas questões preliminares, passo ao exame do mérito das irregularidades.

29. Quanto ao subitem 10.1 retro, relembro que os responsáveis foram citados em decorrência da *“(...) realização de saques de recursos realizados na conta vinculada do Convênio 106/2000 e depositados na conta Fundo Especial Penitenciário, sem comprovação de que tenham transitado dessa conta para a conta corrente da Emop e dessa para promoção dos pagamentos pelos serviços objeto do ajuste (...)”*.

30. Sobre o assunto, divirjo parcialmente da análise da unidade técnica, porquanto não comprovada, a partir do conjunto probatório existente nos autos, a correlação entre a totalidade dos recursos federais sacados e as despesas indicadas na prestação de contas.

31. Embora tenha sido evidenciada a passagem do montante de R\$ 389.363,64 da conta específica do convênio para outra do Fundo Especial Penitenciário – Fuesp, não consta dos autos a documentação comprobatória do transpasse da totalidade desses recursos para a da Emop, que veio a realizar os pagamentos da empresa contratada.

32. Conforme os documentos trazidos pelo Estado do Rio de Janeiro (peças 24 e 25), foram realizadas as seguintes transferências da conta específica do convênio para a conta da Fuesp:

- a) R\$ 58.881,01, em 18/10/2001;
- b) R\$ 124.295,74, em 26/11/2001;
- c) R\$ 20.343,75, em 26/12/2001;
- d) R\$ 79.195,18, em 18/1/2002; e
- e) R\$ 106.647,96, em 24/1/2002;

33. Desses valores, o defendente somente comprovou a movimentação das quantias de R\$ 58.881,01 e R\$ 103.952,59, da conta da Fuesp para a conta da Emop, em 29/10/2001 e 4/12/2001, seguida de pagamentos de valores idênticos à Construpol Construções e Empreendimentos Ltda. A última transferência ocorreu em período compatível com a da transferência indicada na letra “b” supra, o que torna aceitável a correlação com os valores federais.

34. No caso do valor remanescente da segunda parcela, R\$ 20.343,15, e das quantias indicadas nas letras “c” a “e”, embora a Emop tenha promovido pagamentos com idêntico valor nominal à construtora, não consta dos autos nenhum documento que comprove a passagem dos valores da conta da Fuesp para a da Emop.

35. Logo, não é possível estabelecer um nexo causal entre os valores transferidos por meio do convênio, posteriormente transferidos para a conta da Fuesp, e as despesas declaradas na prestação de contas. Tal fato, impõe a glosa das quantias correspondentes, conforme a tabela a seguir:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
20.343,15	26/11/2001
20.343,75	26/12/2001
79.195,18	18/1/2002
106.647,96	24/1/2002

36. Desse modo, considerando que os elementos remetidos pela PGE não evidenciam de forma cabal e inequívoca, para todas as retiradas, a relação entre os valores sacados e aqueles pagos à empresa contratada – em vista da ausência, nos casos listados acima, de documentos que comprovem movimentações intermediárias –, compreendo que não está comprovada a correta e regular utilização da totalidade dos recursos debitados da conta específica da avença.

37. Diferentemente do alegado pela unidade técnica, entendo que a jurisprudência do TCU não socorre ao gestor, pois embora tenha sido flexibilizada a regra de manutenção dos recursos na conta específica do convênio, o estabelecimento do nexo de causalidade exige a apresentação de provas que demonstre que o destino dos recursos foi realmente os pagamentos do objeto da avença, o que não ocorreu no presente caso.

38. Quanto à responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro, de fato, o art. 3º da Decisão Normativa - TCU 57/2004 impõe a necessidade de comprovação de que ente federado se beneficiou da aplicação irregular dos recursos federais transferidos, para que ele seja condenado ao pagamento do débito, solidariamente com o agente público responsável.

39. Para tanto, é necessário não apenas a comprovação de que os recursos entraram em conta de titularidade do ente federado, mas a prova de que tais valores se destinaram ao pagamento de obrigações de sua responsabilidade, ou seja, que se reverteram em seu favor. Nesse sentido, transcrevo os seguintes excertos da jurisprudência sistematizada do TCU:

“A responsabilização de município conveniente somente é possível caso reste comprovado que ele se beneficiou da aplicação irregular dos recursos. A mera transferência de valores para outra conta corrente de titularidade do ente federado não se presta como evidência de desvio de finalidade ou de benefício indevido.” (Acórdão 5108/2010-1ª Câmara)

“Se não houver prova concreta de que os recursos indevidamente transferidos da conta bancária específica do convênio para outra conta corrente da prefeitura municipal tenham favorecido a comunidade, não há como afastar a responsabilidade dos gestores e condenar em débito o município.” (Acórdão 3.948/2014 – 1ª Câmara)

40. No presente caso, se é certo que os recursos repassados aduzidos no item 35 supra entraram nos cofres do Funesp, não há qualquer indício seguro sobre qual o destino que lhes foi dado. Não há, então, como presumir que tenham sido utilizados em benefício do Estado, nem como afastar acima de qualquer dúvida a possibilidade de desvio ou locupletamento do gestor estadual.

41. Com isso, cabe acatar as alegações de defesa apresentadas pelo Estado do Rio de Janeiro, para o fim de excluí-lo do rol de responsáveis.

42. Quanto ao Sr. João Luiz Duboc Pinaud, registro que ele não apresentou alegações de defesa nem recolheu o valor devido. Diante da impossibilidade de reconhecimento do nexo de causalidade entre as ações supostamente executadas e os recursos federais transferidos ao estado do Rio de Janeiro, conforme visto, e da falta de elementos para atestar a boa-fé do ex-gestor, que era responsável pela gestão do convênio durante o período em exame, reputo pertinente julgar irregulares as suas contas e condená-lo ao pagamento do débito especificado no item 35 retro.

43. Tendo em vista a reprovabilidade e a gravidade da conduta do responsável, entendo apropriada, também, a aplicação da multa fundada no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 60.000,00.

44. Sobre o dano ao erário decorrente da ausência da restituição do saldo de recursos remanescentes, verifico que o próprio ente federado admitiu que os valores permaneceram na aludida conta. Com isso, estando os valores na posse do estado do Rio de Janeiro, em absoluta violação ao art. 21, § 6º, da Instrução Normativa-STN 1/1997, não há outra alternativa que não impor a sua responsabilidade pela devolução da quantia especificada no item 15 supra.

45. Quanto à composição do débito, divirjo da proposta do Ministério Público. Além de a não devolução do saldo remanescente constituir uma medida desprovida de qualquer legitimidade e razoabilidade, porquanto em total afronta à norma infralegal, destaco que essa situação de ilegalidade persiste por quase 15 anos. Sendo assim, julgo correto impor ao ente federado o ônus de sua mora, o que inclui a integral recomposição dos valores aos cofres da União, acrescidos dos consectários legais pertinentes.

46. Sendo assim, acolho o encaminhamento da Secex/RJ de fixar novo e improrrogável prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que o Estado do Rio de Janeiro comprove a devolução aos cofres do Tesouro Nacional da quantia especificada no item 15.

47. A respeito da responsabilidade do Sr. Astério Pereira dos Santos, compreendo, em linha de consonância com a unidade técnica e com o **Parquet**, que o gestor logrou demonstrar que a devolução dos saldos remanescentes na conta do convênio não dependia de sua atuação exclusiva. Ademais, verifico que ele comprovou ter adotado as medidas necessárias junto às pessoas competentes para a restituição dos valores, o que não ocorreu em virtude de circunstâncias alheias à sua esfera de atuação. Sendo assim, acolho a proposta de acatar as suas alegações de defesa.

48. Diante de todo o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.



TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 5 de fevereiro de 2019.

BENJAMIN ZYMLER
Relator