

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 014.669/2016-1

Natureza(s): I Recurso de reconsideração em Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade: Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo

Responsáveis: Carmelo Zitto Neto (620.467.488-91); Federacao dos Empregados Em Turismo Hospit Est S Paulo (62.197.975/0001-09); Francisco Prado de Oliveira Ribeiro (017.692.008-00); Rogerio Jose Gomes Cardoso (151.116.678-90)

Representação legal: Nilton Stachissini (79671/OAB-SP), Francisco Machado de Luca de Oliveira Ribeiro (97557/OAB-SP) e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PLANO NACIONAL DE QUALIFICAÇÃO (PNQ). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO DE NEXO CAUSALIDADE ENTRE AS RECEITAS E DESPESAS DE CONVÊNIO. DÉBITO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a instrução do Auditor (peça 78), que contou com a anuência do Diretor (peça 79) e do Ministério Público junto ao TCU (peça 80):

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pela Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo, Rogério José Gomes Cardoso, presidente daquela entidade (peça 56), bem como por Francisco Prado de Oliveira Ribeiro (peça 58), contra o Acórdão 5.837/2018-TCU-Primeira Câmara (peça 40).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (itens em negrito indicam concessão do efeito suspensivo recursal):

9.1. considerar revéis Rogerio Jose Gomes Cardoso (CPF 151.116.678-90) e Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo (CNPJ 62.197.975/0001-09), nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 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, incisos II e III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, julgar irregulares as contas de Francisco Prado de Oliveira Ribeiro (CPF 017.692.008-00), Carmelo Zitto Neto (CPF 620.467.488-91), Rogerio Jose Gomes Cardoso (CPF 151.116.678-90) e Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo (CNPJ 62.197.975/0001-09), condenando-os solidariamente ao pagamento do débito na forma a seguir especificada, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora devidos, calculado desde a data de ocorrência indicada até sua efetiva quitação, na forma da legislação vigente, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para que seja comprovado, perante este Tribunal, o recolhimento da quantia ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a”, da referida Lei, c/c o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU:

Responsáveis: Rogério Jose Gomes Cardoso (CPF 151.116.678-90) e Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo (CNPJ 62.197.975/0001-09):

<i>Valor original (R\$)</i>	<i>Data da ocorrência</i>
29.914,80	9/2/2005

Responsáveis: Rogério Jose Gomes Cardoso (CPF 151.116.678-90), Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo (CNPJ 62.197.975/0001-09), Francisco Prado de Oliveira Ribeiro (CPF 017.692.008-00) e Carmelo Zitto Neto (CPF 620.467.488-91);

<i>Valor original (R\$)</i>	<i>Data da ocorrência</i>
119.659,20	11/3/2005

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida, caso não atendidas as notificações;

9.4. com fundamento no art. 26 da Lei 8.443/1992, autorizar, se requerido, o pagamento da importância devida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para que seja comprovado, perante este Tribunal, o recolhimento da primeira parcela, e de 30 (trinta) dias, a contar da parcela anterior, para que seja comprovado o recolhimento das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal os acréscimos legais, além de alertar que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217 do Regimento Interno do TCU;

9.5. com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, remeter cópia deste acórdão à Procuradoria da República em São Paulo, para adoção das medidas que entender cabíveis;

9.6. dar ciência deste acórdão ao Ministério do Trabalho e Emprego e aos responsáveis.

HISTÓRICO

2. A Secretaria de Políticas Públicas de Emprego do Ministério do Trabalho e Emprego (SPPE/MTE) instaurou processo de Tomada de Contas Especial (TCE) em face de irregularidades detectadas na execução do Convênio Sert/Sine 155/04 (peça 1, p. 391-413) celebrado entre a Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo (Sert/SP) e a Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo (Fethesp), com recursos oriundos do Convênio MTE/SPPE/Codefat 48/2004-Sert/SP (peça 1, p. 119-145), no âmbito do Plano Nacional de Qualificação (PNQ). Foram repassados R\$ 149.574,00 com objetivo de disponibilizar cursos de qualificação social e profissional espanhol básico, inglês básico, garçom e monitoria de atrativos turísticos para 291 educandos.

2.1. Após o regular processamento da TCE em sua fase interna (peças 1-7), os autos foram encaminhados à Secretaria de Controle Externo no Estado de São Paulo (Secex/SP) que propôs a citação solidária de diversos responsáveis (peças 11-12), em especial, da Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo (peça 18) e de seu então presidente, Rogério José Gomes Cardoso (peça 20), em face das seguintes irregularidades:

(...)

Ocorrência: não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos para a execução do objeto do Convênio Sert/Sine 155/04, celebrado entre a Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo (Sert/SP) e a Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo com recursos do Fundo de Amparo ao

Trabalhador (FAT) repassados ao Estado de São Paulo por meio do Convênio MTE/SPPE 48/2004-Sert/SP, tendo em vista os fatos apontados precipuamente na Nota Técnica 4/2015-GETCE/SPPE/MTE, sintetizados a seguir:

a) ausência de carimbo de identificação do Convênio Sert/Sine 155/04 nos documentos fiscais apresentados, em desacordo com o art. 30 da IN/STN 1/1997;

b) ausência de processos licitatórios relativos aos materiais adquiridos e serviços contratados pela executora, contrariando o art. 27 da IN/STN 1/1997 e a cláusula oitava do Convênio Sert/Sine 155/04;

c) recolhimento de INSS em valores superiores aos retidos nos RPAs e com pagamento de multa;

d) apresentação de notas fiscais/recibos emitidos após o término dos cursos ou após a vigência do Convênio Sert/Sine 155/04;

e) não apresentação de cópia autenticada da Nota Fiscal nº 45 da empresa Nathalia Ferreira Depieri Cópias – ME, mencionada na Relação de Pagamentos com referência ao valor de R\$ 6.693,00, contrariando o item 3.3.3.21 da cláusula terceira do Convênio Sert/Sine 155/04;

f) pagamento de prestadores de serviços após a vigência do Convênio Sert/Sine 155/04, em desacordo com o art. 8º, inciso V, da IN/STN 1/1997;

g) pagamento de despesas com alimentação, com seguro de vida, com coordenadores e com encargos, bem como uso da rubrica remanejamento, em valores superiores aos previstos no Plano de Trabalho;

h) realização de saques bancários sem identificação dos credores, contrariando o art. 20 da IN/STN 1/1997;

i) não comprovação da entrega de lanche e do material didático aos treinandos, bem como não apresentação da relação de treinandos encaminhados ao mercado de trabalho;

j) alterações no Plano de Trabalho sem prévia autorização da Sert/SP, em desacordo com o item 2.2.24 da cláusula segunda do Convênio Sert/Sine 155/04.

(...)

Cofre credor: Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Valores históricos dos débitos, bem como as respectivas datas de ocorrência:

Débitos:

R\$ 119.659,20, em 11/3/2005

R\$ 29.914,80, em 9/2/2005.

2.2. Também houve a citação de Francisco Prado de Oliveira Ribeiro, na qualidade de então Secretário do Emprego e Relações de Trabalho do Estado de São Paulo, em face das seguintes irregularidades (peça 19):

(...)

Ocorrência: não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos para a execução do objeto do Convênio Sert/Sine 155/04, celebrado entre a Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo (Sert/SP) a Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo, e, por conseguinte, do Convênio MTE/SPPE 48/2004-Sert/SP, tendo em vista:

a) supervisão e acompanhamento deficientes do Convênio Sert/Sine 155/04, contrariando o disposto na cláusula terceira, item II, alíneas “a”, “b” e “r”, do Convênio MTE/SPPE 48/2004-Sert/SP e na cláusula segunda, item 2.1.2, do Convênio Sert/Sine 155/04;

b) liberação da segunda e terceira parcelas do Convênio Sert/Sine 155/04 depois de sua vigência, sem a devida formalização de termo aditivo.

(...)

Valores históricos dos débitos, bem como as respectivas datas de ocorrência:

Débitos:

R\$ 119.659,20, em 11/3/2005

R\$ 29.914,80, em 9/2/2005.

2.3. As alegações de defesa dos mencionados responsáveis não foram apresentadas. A unidade técnica de origem procedeu à análise de toda documentação, onde atestou a situação de revelia deles e propôs que suas contas fossem julgadas irregulares, com a imputação de débito referente às parcelas constantes em suas citações (peças 36-38). O Ministério Público junto a este Tribunal (MP/TCU) emitiu parecer ratificando aquele entendimento e sugerindo acréscimos de encaminhamento quanto à situação de revelia ocorrida (peça 39).

2.4. Em 19/6/2018, acolhendo os pareceres da Secex/SP e do MP/TCU, foi prolatado o Acórdão 5.839/2018-TCU-Primeira Câmara, nos termos transcritos no subitem 1.1 deste Exame.

2.5. Irresignados com o desfecho desse julgado, os responsáveis, ora recorrentes, interpõem recurso de reconsideração os quais se passam a analisar.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames de admissibilidade (peças 60-61) em que se propôs o conhecimento do recurso com a concessão de efeito suspensivo aos itens 9.2 e 9.3 do acórdão recorrido. Por meio de despacho (peça 64), aquele exame foi ratificado pelo relator do recurso, Ministro Walton Alencar Rodrigues.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente exame analisar:

a) em sede preliminar:

a.1) se restam atendidos os pressupostos de constituição e de validade do presente processo de TCE em relação a um dos responsáveis;

a.2) se transcorreu longo transcurso de tempo apto a cercear a defesa de um dos responsáveis;

b) no mérito:

b.1) se a execução do convênio foi realizada de forma legítima e em conformidade com a lei em que pese a não realização de procedimentos licitatórios;

b.2) se a boa-fé quanto à conduta de um dos responsáveis é apta a excluir a sua responsabilidade quanto à imputação do débito;

b.3) se, a par do atraso quanto ao repasse dos recursos do convênio e da vedação ao enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública, os diversos comprovantes de despesas atestam que o objeto do convênio foi realizado;

b.4) se a responsabilidade do responsável pode ser afastada uma vez que seu ato foi precedido de manifestações favoráveis das áreas técnica e jurídica, a conveniente não detinha condições técnico-operacionais para avaliar adequadamente os planos de trabalho, inexistiu má-fé em sua conduta e não houve espaço para agir de forma discricionária; e

b.5) se as justificativas apresentadas para as irregularidades que fundamentam o débito ou se as provas juntadas aos autos têm o condão de desconstituir, parcial ou totalmente, o débito.

5. *Atos inquinados realizados em conformidade com a lei*

5.1. *Ainda que não tenham realizado procedimentos licitatórios, os recorrentes, Fethesp e Rogério José Gomes Cardoso, alegam que agiram de forma legítima e dentro da lei. Há que se reformar o acórdão recorrido, pois (peça 56, p. 3 9 e p. 11):*

a) *a premissa adotada no acórdão recorrido foi a de equiparação de convênio (cooperação) ao contrato administrativo;*

b) *a Lei de Licitações trata de contratos administrativos. O convênio em discussão foi regido unicamente pela IN/STN 1/1997 que, em seu art. 27, parágrafo único, prevê a não sujeição das entidades privadas àquele estatuto legal, limitando-se, apenas, à adoção de procedimentos análogos;*

c) *o acórdão recorrido e o conteúdo do disposto na Nota Técnica 4/2015 restringiram o entendimento da analogia aos limites formais do direito administrativo e de seus contratos. No entanto, “(...) inaceitável é a confusão que se faz entre forma e conteúdo”;*

d) *conforme posicionamento doutrinário de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (in Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação, Capítulo: Dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação” – transcrição à peça 56, p. 6-9), a forma adotada pelos recorrentes para a realização das despesas previstas para a execução do convênio em questão é legítima e legal; e*

e) *o atraso nos repasses inviabilizou a realização de qualquer procedimento licitatório.*

Análise:

5.2. *Não assiste razão aos recorrentes.*

5.3. *A ausência de procedimentos licitatórios, aduzido na alínea “b” dos ofícios de citações quanto ao ato inquinado em discussão (vide item 2.1 deste Exame), não diz respeito à realização de todos os atos e aspectos formais ordinários previstos na Lei 8.666/1993. A Cláusula Oitava do Convênio Sert/Sine 155/04 (peça 1, p. 407) é expresso no sentido da adoção de “procedimentos assemelhados”, nos termos do parágrafo único do art. 27 da IN/STN 1/1997, o qual remete à realização de “procedimentos análogos” ao estabelecido na Lei de Licitações.*

5.4. *Dito isso, os recorrentes trazem aos atos considerações doutrinárias a despeito de controvérsias quanto à interpretação do que se entende por analogia e quanto à falta de entendimento uniforme sobre o tema. Alegam que o acórdão recorrido equiparou o convênio ao contrato administrativo. No entanto, tal argumento não se verifica, pois, conforme as especificidades em que a conduta dos recorrentes tenha infringido tanto o disposto na cláusula oitava do termo de convênio, como o disposto no parágrafo único do art. 27 IN/STN 1/1997 (alínea anterior), o que se constata nestes autos é que não há nenhuma prova de que eles tenham feito qualquer procedimento, assemelhado ou análogo, no que tange à realização de licitação.*

5.5. *De fato, existe controvérsia jurídica sobre os contornos e a aplicação material da analogia no ordenamento brasileiro. Mas, o contexto da presente controvérsia não pode abarcar espaço para reconhecer legitimidade na conduta dos recorrentes em não ter adotado nenhum*

procedimento licitatório, como, por exemplo, pesquisas de preços ou de fornecedores de produtos e/ou serviços relacionados à execução do objeto do convênio em discussão.

5.6. Ademais, o rol de irregularidades pelos quais os recorrentes foram ouvidos por meio de suas respectivas citações é extenso e não se limitou, unicamente, à irregularidade em discussão. Dito por outras palavras, ainda que futuramente sejam apresentadas, eventualmente, novos elementos que comprovem a realização de procedimentos análogos ou assemelhados de licitação, tal reconhecimento não tem o condão de sanear integralmente os autos quanto às demais irregularidades constatadas.

5.7. Quanto à alegação de que o atraso na transferência dos recursos por parte da concedente prejudicou a observância dos mencionados normativos, entende-se que tal argumento não pode isentar a responsabilidade dos recorrentes, pois, ao assumirem a suposta execução do convênio com recursos próprios, ante a situação de excepcionalidade, deveriam, com mais razão ainda, dar fiel cumprimento àqueles mesmos normativos, acrescentando-se que assumiram os riscos e consequências dessa decisão.

6. Boa-fé e exclusão de responsabilidade

6.1. Rogério José Gomes Cardoso requer que suas responsabilidades sejam excluídas tendo em vista que agiu de boa-fé. Com efeito (peça 56, p. 9-10):

a) sua conduta se deu com o firme propósito de realizar o objeto do convênio;

b) tendo em vista que as terceiras e segundas parcelas foram transferidas após a vigência do convênio em questão, conclui-se que o recorrente deu início à execução do pactuado por sua conta e risco;

c) assim, não se pode penalizá-lo com base em despesas sem observância do rigor formal da Lei 8.666/1993 e por comprovantes de despesas com datas posteriores aos cursos ministrados ou após o próprio período de vigência do convênio; e

d) isto posto:

(...) é forçoso admitir a reconsideração da decisão do V. Acórdão para admitir a boa-fé dos Recorrentes, especialmente do Sr. Rogério José Gomes Cardoso como excludente de culpabilidade em sua conduta. Neste sentido é assente que a boa-fé se presume e, a má-fé há que ser demonstrada, e sua má-fé não se evidencia em nenhum momento nestes autos.

Análise:

6.2. Esse argumento também não deve prosperar.

6.3. Esclareça-se, preliminarmente, que, no que concerne à imputação do débito ao responsável, a aferição de que tenha agido com boa-fé ou má-fé se torna despicienda. Para tanto, traz-se à colação o seguinte excerto do voto do Ministro Relator André Luís de Carvalho, nos autos do TC 024.232/2008-6 (decidido pelo Acórdão 1.952/2011-TCU-Segunda Câmara), aplicável ao presente caso concreto:

(...)

21. Registro, de plano, que a má-fé e o dolo podem configurar agravantes em relação à apuração da responsabilidade por eventual dano causado aos cofres públicos, motivo por que esses elementos subjetivos devem ser sopesados na dosimetria de eventual multa a ser aplicada por esta Corte de Contas.

22. Não se impõe, todavia, a necessidade de conduta dolosa de agente, público ou privado, envolvido na malversação da aplicação de recursos públicos federais para emergir sua obrigação de reparar o dano causado. Basta o nexó entre a conduta do agente e o dano causado, além da

inexistência de eventual excludente de responsabilidade, para que se lhe imponha a obrigação de ressarcir os prejuízos causados.

23. *Vejam-se, nesse sentido, as considerações que fundamentaram os processos a seguir listados.*

23.1. *No TC 927.614/1998-7 (Acórdão 1.358/2008-Plenário) ficou registrado:*

'(...) 15. Ora, para a caracterização da responsabilidade civil e, por extensão, também da responsabilidade administrativa, com a conseqüente obrigação de reparar o dano sofrido pela Administração, não é requisito indispensável a existência de dolo ou má-fé, bastando que se verifique a ocorrência de conduta culposa, seja ela comissiva ou omissiva, consoante se verifica da leitura do art. 159 do Código Civil de 1916, vigente quando das irregularidades objeto desta TCE:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.' (destaques não constantes do original – dispositivo praticamente idêntico foi mantido no Código Civil de 2002, art. 186)'

23.2. *Já no TC 018.652/2003-4 (Acórdão 7.672/2010-Primeira Câmara) assentou-se:*

'25. Assim, o Tribunal pode responsabilizar solidariamente aqueles que causarem prejuízo ao erário. Cumpre destacar que, ao contrário do que apregoa o recorrente, não necessita o Tribunal demonstrar que o agente atuou com dolo ou má-fé para poder responsabilizá-lo solidariamente. Por tratar-se de responsabilidade subjetiva basta que esteja presente o elemento culpa, existam a ação e o resultado danoso, além do nexo de causalidade entre os dois últimos.'

6.4. *No atual momento processual, verifica-se que o recorrente, em face da revelia, deixou transcorrer a oportunidade de se aproveitar da eventual boa-fé em sua conduta já que não apresentou alegações de defesa. Há que se esclarecer que se o recorrente tivesse comprovado que agiu com boa-fé, tal fato seria analisado por este Tribunal e, uma vez reconhecido, sobre a atualização monetária do débito não incidiria os juros, nos termos do que consta assinalado em sua citação (peça 20, p. 6), verbis:*

(...)

6) A liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente apenas saneará o processo caso tenha sido reconhecida pelo TCU a boa-fé do responsável, bem como constatada a inexistência de outras irregularidades no processo. Nessa hipótese, o Tribunal julgará as contas regulares com ressalvas e expedirá quitação da dívida. Conseqüentemente, caso não seja reconhecida a boa-fé do responsável pelo TCU ou caso sejam constatadas outras irregularidades nas contas, o mero recolhimento do débito atualizado monetariamente não impedirá eventual condenação ao referido pagamento acrescido de juros de mora, abatendo-se os valores já recolhidos.

6.5. *Por fim, a demonstração da boa-fé não é presumida e deve ser comprovada mediante documentos e indícios de prova próprios o que não foi providenciado pelo recorrente. Reitera-se a mesma constatação da unidade técnica de origem de que não existem documentos nos autos que atestem a boa-fé (peça 36, p. 7, item 28.12).*

7. *Desconstituição, parcial ou total, do débito*

7.1. *Os recorrentes, Fethesp e Rogério José Gomes Cardoso, requerem a desconstituição, parcial ou total do débito, haja vista que (peça 56, p. 10-11):*

a) os cursos de espanhol e inglês básicos foram realizados no Município de Piracaia/SP, cidade com atividade turística e que recebe visitantes de outros países;

b) a Sert/SP deu causa ao atraso do repasse de recursos e as despesas se deram em função da execução do objeto do convênio. As Notas Fiscais 53, 42, 41, 2556 e 191, bem como o Recibo 31510, são aptos a demonstrar a regular aplicação dos recursos sob pena de restar configurado enriquecimento sem causa da Administração Pública; e

c) as despesas afetas a mão de obra, alimentação, transportes e material didático também devem ser consideradas regulares afastando a irregularidade quanto à intempestividade de suas realizações ou em face de impropriedade na realização de licitação. Como exemplo, o recibo mencionado na alínea anterior diz respeito a comprovante da única empresa de transporte do município que vende vale transporte, sendo única fornecedora o que inviabiliza qualquer forma de concorrência.

Análise:

7.2. Melhor sorte não socorre a esses argumentos apresentados pelos recorrentes.

7.3. Compulsando o voto condutor do acórdão recorrido, constam o reconhecimento da execução física do convênio sem a necessária demonstração do vínculo de nexos causalidade entre recursos transferidos por força do convênio e as despesas incorridas com eles nos seguintes termos (peça 41, p. 4):

(...)

28. Em linha com o que acabo de pontuar, no caso concreto existem evidências documentais que atestam a execução física da avença, tais como relatório de instalação dos cursos, diários de classe/relatórios de frequência ou, ainda, vistoria realizada por funcionário da Sert em alguns dos cursos ministrados, confirmando a sua realização.

29. Todavia, carece de documentação comprobatória a entrega de lanche e de material didático aos treinandos, bem como a relação do encaminhamento deles ao mercado de trabalho e, ainda, foram identificadas inúmeras inconsistências e irregularidades capazes de macular a identificação do nexo de causalidade entre os recursos recebidos e as despesas efetuadas, como bem assinalou a unidade instrutora nos itens 28.1 a 28.8 de sua derradeira manifestação.

30. Além disso, conforme identificado no caso em análise, os saques em espécie na conta que detinha os recursos do convênio, de maneira completamente desvinculada das despesas afetas ao ajuste, contrariam não apenas os normativos legais vigentes, mas impedem o estabelecimento de nexo de causalidade entre os valores retirados da conta e a execução do objeto pactuado por meio de convênio ou congêneres custeada com recursos públicos, o que obsta a comprovação da regular aplicação dos recursos públicos repassados.

31. Destarte, como nenhuma dessas falhas foi rechaçada com êxito por parte dos responsáveis, declaro minha concordância com desfecho proposto pela unidade instrutora em sua análise e, conseqüentemente, pugno por julgar irregulares estas contas, imputando o correspondente débito à Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo – Fethesp, e ao seu presidente à época.

7.4. Nesse sentido, competiria aos recorrentes trazer novos elementos que demonstrassem que os recursos do convênio em questão, ao final, foram efetivamente utilizados para a liquidação dos comprovantes de despesas constantes nos autos em consonância da jurisprudência já consolidada nesse sentido, tais como os Acórdãos 9.544/2017-TCU-Segunda Câmara (relatoria do Ministro Augusto Nardes), 6.098/2017-TCU-Primeira Câmara (relatoria do Ministro Benjamin Zymler) e 7.200/2018-TCU-Segunda Câmara (relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer).

7.5. Acontece que os recorrentes alegam que, a par do atraso na transferência dos recursos do convênio em discussão, começaram a execução do objeto com supostos recursos próprios, por

sua conta e risco. No entanto, deixaram de solicitar a autorização da concedente para proceder nesse sentido em inobservância à Cláusula Décima Quinta do Termo de Convênio 155/04 (peça 1, p. 413):

Desde que mantido o objeto original, expresso na Cláusula Primeira, por consenso dos partícipes, as avenças ora firmadas poderão ser alteradas, quando necessária a modificação do regime de execução, em face da verificação técnica da inaplicabilidade dos termos originariamente avançados, nos termos da Lei.

7.6. *Ao optar por regime de execução diversa, entende-se que era mister a fiel observância a todos os regramentos contidos no termo de convênio e na IN/STN 1/1997, o que não foi seguido pelos recorrentes na medida em que não apresentaram justificativas plausíveis e suportadas por documentos com relação a todas as irregularidades contidas na citação não relacionadas a essa nova forma de execução das despesas, como a apresentação de comprovantes de despesas após a realização dos cursos. Dito por outras palavras, o atraso no repasse dos recursos por parte da concedente não aproveita à tese dos recorrentes uma vez que não é causa de saneamento das demais irregularidades.*

7.7. *Ademais, quanto às demais alegações, em especial, ao argumento da vedação ao enriquecimento sem causa, há que se consignar que há a possibilidade de realizar convênios com outros entes estatais, em decorrência de outros programas governamentais nas esferas estadual e municipal, de forma que era de se esperar conduta diversa dos recorrentes, como, por exemplo, o necessário registro do número de convênio nos diversos comprovantes de despesas o que não foi por eles providenciado.*

7.8. *Reanalizando-se todos os demais elementos constantes nos autos, mesmo considerando que houve execução do convênio com supostos recursos próprios da federação recorrida, constata-se que não há condições de atestar a comprovação do necessário liame de causalidade conforme precedentes deste Tribunal acima mencionados que é o fundamento de direito que suporta, suficientemente, as conclusões do acórdão recorrido.*

8. Preliminar - Pressupostos da TCE

8.1. *Francisco Prado de Oliveira Ribeiro advoga que as presentes contas devam ser trancadas pela ausência de constituição e de validade de seus pressupostos processuais (peça 58, p. 17-18), uma vez que:*

a) há infringência ao disposto no inciso I do art. 8º da IN/TCU 71/2012, tendo em vista que o débito não foi quantificado com a exatidão real de seu valor devido;

b) as provas contidas nos autos conduzem ao entendimento de que o objeto foi integralmente executado devendo ser atestado que as irregularidades constatadas se revestem, apenas, de impropriedades de natureza meramente formal; e

c) eventual dano ao Erário deveria se limitar à quantificação daquilo que, em termos percentuais, não foi executado ou pela glosa de valores devidamente identificados na prestação de contas.

Análise:

8.2. *Sem razão ao recorrente quanto a essa preliminar.*

8.3. *O débito resta quantificado, precisamente, nos montantes referentes às segunda e terceira parcelas do convênio em discussão, respectivamente, em 11/3/2005 (peça 2, p. 23), no valor de R\$ 119.659,20.*

8.4. *Ademais, no ofício de citação (vide item 2.2 deste Exame) foram indicados todos os requisitos de fato e de direito que fundamentam, adequadamente, o débito imputado ao recorrente.*

Assim, ao contrário do que alega o recorrente, não se verifica a ausência de quaisquer outros elementos formais que demonstrem que houve infringência ao disposto no inciso I do art. 8º da IN/TCU 71/2012

8.5. As demais alegações do recorrente adentram em questões de mérito referentes ao débito em questão o que transcende o âmbito de discussão da presente preliminar. São alegações que serão analisadas, adiante, no item 11 deste Exame.

9. Preliminar – Cerceamento da defesa

9.1. Francisco Prado de Oliveira Ribeiro defende que sua defesa resta cerceada tendo em vista que transcorreram mais de dez anos dos atos tidos por irregulares (peça 58, p. 17).

Análise:

9.2. Também não assiste razão ao recorrente quanto a essa preliminar.

9.3. Se for considerado o mero interregno de tempo entre o repasse da segunda parcela do convênio em questão, 11/3/2005, e a citação do recorrente, realizada em 26/12/2016 (peças 19 e 26), de fato, decorreu prazo superior a dez anos. No entanto:

a) como o recorrente não explicitou quais provas deixaram de ser produzidas por dificuldades decorrente do transcurso de tempo, bem como quais efeitos esse ou aquele documento poderia operar a favor de determinado argumento, aplica-se o entendimento de que não há nulidade se não houver prejuízo (princípio pas de nullité sans grief), nos termos do disposto no caput do art. 171 do Regimento Interno do TCU e no entendimento extraído do Acórdão 1.304/2018-TCU-Primeira Câmara (relatoria do Ministro Bruno Dantas); e

b) ademais, há precedente neste Tribunal que o mero transcurso de tempo deve ser analisado conforme cada concreto e em face da imprescritibilidade do débito perante o Erário, a exemplo do que se extrai do Acórdão 3.457/2017-TCU-Segunda Câmara (relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), verbis:

O mero transcurso do tempo não acarreta, em toda e qualquer situação, prejuízo à ampla defesa ou à constituição do contraditório, devendo a configuração de tal prejuízo ser analisada em cada caso concreto, sob pena de violar-se a regra da imprescritibilidade das ações de cobrança de dano ao erário.

10. Ausência de responsabilização

10.1. Francisco Prado de Oliveira Ribeiro requer que sua responsabilidade seja afastada, com o consequente arquivamento dos autos, tendo em vista que (peça 58, p. 8-12):

a) foram adotadas todas as providências para estruturar o órgão encarregado do acompanhamento dos convênios públicos. Além disso, foram nomeadas comissões específicas para aquele fim;

b) há diversas incongruências no relatório de fiscalização da Controladoria Geral da União (CGU) que acabam por refletir situações ora a favor, ora contra a posição processual do recorrente;

c) as prestações de contas contemplaram conteúdo condizente com a estrutura burocrática disponível pelo MTE o qual era de utilização obrigatória por parte da concedente e não detinha aparelhamento necessário para acompanhar a concretização dos objetivos das pactuações. Assim, deve ser aplicado para o presente caso concreto o mesmo entendimento que se extrai do Acórdão 7.386/2014-TCU-Primeira Câmara (relatoria do Ministro Benjamin Zymler);

d) os atos praticados pelo recorrente foram embasados em pareceres técnicos e jurídicos e demonstram que não havia qualquer liberdade de discricionariedade;

f) somente havendo indicação de irregularidades é que o recorrente poderia intervir no regular desenvolvimento dos convênios;

g) além disso, não há qualquer evidencia de má-fé praticada pelo recorrente ou qualquer ato que possa ser classificado como improbidade administrativa ou ilícito penal; e

h) o sub-convênio em questão está em um conjunto maior de outros 84 cujas execuções se deram em período de tempo entre as festas natalinas e o carnaval devendo. Tal fato deve ser reconhecido como atenuante de responsabilização.

Análise:

10.2. Não assiste razão ao recorrente quanto à tese invocada.

10.3. Importa assinalar que os limites da responsabilidade do responsável e os fundamentos para imputação do débito a ele foram estabelecidos por ocasião de sua citação perante este Tribunal (nos termos mencionados no item 2.2 deste Exame). Em síntese, a omissão quanto a devida supervisão, controle e acompanhamento após o repasse da primeira parcela do convênio em discussão acabou por propiciar uma séria de irregularidades que apontam para a não consecução do objeto do convênio com os recursos transferidos. A responsabilidade do recorrente resta devidamente caracterizada, uma vez que não houve fiel observância às seguintes normas:

a) Cláusula Segunda, item 2.1.2 do Convênio Sert/Sine 155/04:

(...)

2.1) COMPETE À SERT:

(...)

2.1.2) Manter a supervisão, o acompanhamento, o controle e a avaliação da execução do Plano de Trabalho, inclusive no que diz respeito à qualidade dos serviços prestados;

b) Cláusula Terceira, item II, alíneas 'a' e 'b' do mencionado Convênio MTE/SPPE 48/2004-Sert/SP:

(...)

II— Compete ao CONVENENTE:

a) executar as atividades inerentes à implantação deste Convênio, com rigorosa obediência ao Plano de Trabalho e seus anexos, zelando pela boa qualidade das ações e serviços prestados, buscando alcançar eficiência, eficácia, efetividade social e qualidade pedagógica em suas atividades;

b) acompanhar e avaliar a participação e a qualidade dos cursos realizados, mantendo cadastro individualizado dos beneficiários do programa;

(...)

r) garantir a manutenção da equipe técnica em quantidade e qualidade adequadas ao bom desempenho das atividades;

10.4. Dito isso, tomando por verdadeiras as alegações do recorrente quanto à adoção de medidas para melhor acompanhar os convênios públicos e a nomeação de comissões para esse fim, não se pode aceitar tais providências como fatores de mitigação de responsabilidade posto que elas não foram capazes de, tempestivamente, inibir a ocorrência das irregularidades objeto de sua citação.

10.5. *Quanto às incongruências informadas pelo recorrente, constata-se que é argumento referente ao mérito do débito (que será analisada no item 11 deste Exame) não tendo qualquer reflexo para mitigar a responsabilidade do recorrente.*

10.6. *Em relação ao aproveitamento do que foi julgado no âmbito do Acórdão 7.386/2014-TCU-Primeira Câmara no presente caso concreto, melhor sorte não socorre ao recorrente. Compulsando os autos do TC 013.660/2014-4 referente àquele julgado, se verifica que o arquivamento dos autos decorreu do longo período de tempo entre a ocorrência dos atos inquinados e a citação dos responsáveis, superior a 10 anos, nos termos da conclusão do Exame da unidade técnica naquele processo:*

(...)

20. *Assim, uma vez que o exame das ocorrências que ensejaram a instauração da presente tomada de contas especial evidenciou o transcurso de mais de dez anos desde o fato gerador, sem que tenha havido a notificação do responsável pela autoridade administrativa federal competente, circunstância que inviabiliza o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa; considerando, ainda, que o processo encontra-se pendente de citação válida neste Tribunal, cabe propor o arquivamento do processo, dando-se ciência ao órgão instaurador e aos responsáveis, com fundamento no art. 212 do RI/TCU, c/c os arts. 6º, inciso II, e 19 da Instrução Normativa – TCU 71/2012.*

10.7. *O argumento quanto aos pareceres técnicos e jurídicos que não alertaram o recorrente sobre a continuidade da pactuação não pode ser aceita tendo em vista que a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que competia a ele a decisão de averiguar a legalidade do ato e o exercício da supervisão administrativa, sobretudo se a matéria não era de elevada complexidade técnica, nos termos dos entendimentos extraídos dos Acórdãos 2.781/2016-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Benjamin Zymler), 1.922/2017-TCU-Plenário (relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer) e 6.414/2018-TCU-Primeira Câmara (relatoria do Ministro Weder de Oliveira).*

10.8. *O recorrente não apresentou elementos documentais de que a continuidade da avença em discussão era devida ao tempo em que assinou a liberação das parcelas que perfazem o débito a ele imputado. Ainda que as irregularidades detectadas pelo controle interno foram verificadas somente a posteriori, a omissão do recorrente em repassar as demais parcelas do convênio, a par do poder-dever de realizar a devida supervisão, acabou por propiciar a ocorrência das diversas irregularidades constatadas nestes autos.*

10.9. *Não houve imputação de má-fé ao recorrente de sorte que competia a ele apresentar elementos adicionais de que agiu com boa-fé de forma a afastar eventual incidência de juros de mora sobre o débito. Assim, a alegação de que não agiu de má-fé não tem o condão de afastar ou mitigar sua eventual responsabilidade.*

10.10. *Por fim, não se pode atenuar a responsabilidade do recorrente em face do montante de sub-convênios geridos (que supostamente não chega, sequer, a uma centena de processos). Também não se pode admitir a mitigação da mesma responsabilidade em face do período compreendido entre o natal de um exercício financeiro e o carnaval do ano seguinte haja vista que o princípio da continuidade administrativa impõe o regular exercício do cargo nos dias úteis compreendidos entre as duas datas festivas.*

11. *Insubsistência do débito*

11.1. *Francisco Prado de Oliveira Ribeiro requer que seja reconhecida a insubsistência do débito a ele imputado haja vista que (peça 56, p. 13-18):*

a) *houve efetiva realização dos cursos e a manutenção do débito importaria em enriquecimento ilícito por parte da União;*

b) em relação às falhas constatadas:

b.1) as despesas pagas fora do prazo do convênio decorrem do prazo de sua vigência de 3 meses entre as festas de natal e do carnaval, que foram fixadas pelo próprio cronograma da União. De se aplicar o entendimento extraído do Acórdão 6.182/2016-TCU-Primeira Câmara (relatoria do Ministro Bruno Dantas);

b.2) a falta de indicação do convênio nos comprovantes de despesas são meras falhas normais;

b.2) a ausência de processos licitatórios e de contrato formal são exigências que caracterizam excesso de rigor em face da circunstância e dos valores envolvidos;

b.3) despesas em valores superiores ao Plano de Trabalho não implicam que os serviços não foram implementados. Ao contrário, que houve empenho da entidade em dar execução ao objeto do convênio. O pagamento a maior só poderia gerar a glosa sobre a diferença;

b.4) os pagamentos de taxas bancárias irregulares só poderiam conduzir a débitos limitados aos seus valores;

b.5) a falta de encaminhamento dos formandos ao mercado de trabalho deve ser mitigada uma vez que a aquisição de conhecimento acompanhamos treinandos para o resto de suas vidas;

b.6) ocorreu insuficiência de análise dos argumentos do recorrente uma vez que foi consignado que a irregularidade afetada ao recorrente não dizia respeito à gestão dos recursos por parte da executora;

b.7) deveriam ter sido apurados, primeiramente, os valores que fizeram parte da execução do convênio para depois definir o suposto dando. Isso não foi feito e acabou por redundar na condenação dos responsáveis pela integralidade dos recursos repassados;

c) assim, na fase interna da TCE, dever-se-ia apontar eventual diferença na prestação de contas, o que acabou não sendo feito. Ademais, revela-se um problema de estrutura que também não foi devidamente avaliado;

d) o dano levantado não se coaduna com a realidade dos fatos e nem com a lógica jurídica empregada nos Tribunais pátrios; e

e) houve “espalhafatoso uso político de denúncias, com viés eleitoral, sobre os fatos aqui tratados”.

Análise:

11.2. No mérito, também não assiste razão ao recorrente.

11.3. Inicialmente, há que se assinalar que o recorrente não trouxe quaisquer novos elementos que demonstrassem, de forma suficiente, que o objeto do convênio em discussão foi efetivamente realizado com recursos do convênio em questão. Ressalte-se que tal alegação deveria ser apresentada com o necessário suporte documental o que não foi por ele juntado em suas razões recursais.

11.4 É importante mencionar que as irregularidades apontadas pelo controle interno configuram um conjunto de indícios que apontam para a não comprovação da boa e fiel aplicação dos recursos geridos pela empresa final tomadora dos mesmos e mal supervisionado pelo supervisor do convênio, atribuição que recai, justamente, sobre o recorrente quanto à exigência que se espera do administrador médio. Quando isso ocorre, o efeito financeiro é a imputação de débito pela integralidade dos recursos geridos por parte de seu executor final e, parcialmente, pelos recursos que poderiam ter sido contingenciados pelo recorrente, na qualidade de supervisor, e não o foram.

11.5. *Em relação ao precedente invocado pelo recorrente (TC 010.421/2016-5 – Acórdão 6.182/2016-TCU-Primeira Câmara), não se aplica ao presente caso concreto uma vez que foi realizado exame de conformidade financeira e avaliados os demais elementos contidos naqueles autos e se chegou à conclusão de que havia indícios de que houve a execução do objeto daquela pactuação com recursos afetos ao respectivo convênio, nos seguintes termos (peça 7, p. 7, do TC 010.421/2016 5), verbis:*

(...) há elementos que permitem presumir a execução física dos cursos, como os diários das classes, atestado de visita aos locais das turmas, presença de instrutores e remuneração dos mesmos, endereços apropriados para o desenvolvimento dos cursos e considerando que os comprovantes de despesas no valor de R\$ 138.124,20 foram apresentados e possuem conciliação com os extratos da conta do convênio, possuem nexo de causalidade com as atividades desenvolvidas e a execução ocorreu conforme previsto no plano de trabalho, conclui-se pela regular execução do convênio, com exceção do valor de R\$ 11.449,80 não comprovados. Cabe esclarecer que o somatório das glosas alcança R\$ 11.948,95, sendo que a entidade recolheu R\$ 447,98 a título de multas e juros, valor menor em R\$ 51,17 para essas despesas, por isso a diferença residual entre os valores das glosas e o saldo da entre as despesas previstas e realizadas.

11.5.1. *Naquele contexto, o pagamento de valores fora do período de vigência do convênio, por apenas dois dias, passa a ser considerado falha formal.*

11.6. *As demais impropriedades, como dito alhures, em seu conjunto não podem ser consideradas falhas formais, e quanto às demais alegações do recorrente, por se relacionar ao próprio mérito do débito, reiteram-se as mesmas considerações lançadas nos itens 7.3 a 7.8 deste Exame.*

11.7. *Por fim, à míngua da omissão em suas razões recursais, reitera-se que competiria ao recorrente apresentar comprovantes documentais que fossem aptos a operar efeitos impeditivos, modificativos ou extintivos dos fundamentos constituidores do débito, nos termos do entendimento de que se extrai do Acórdão 1.522/2016-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Benjamin Zymler):*

A distribuição do ônus probatório nos processos de fiscalização do TCU segue a disciplina do art. 373 da Lei 13.105/2015 (CPC) , aplicada às peculiaridades da atividade de controle externo, competindo: a) à unidade técnica do Tribunal demonstrar os fatos apurados nas fiscalizações, mediante a juntada das evidências que os suportam; b) aos órgãos fiscalizados e aos terceiros interessados provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Estado de obter ressarcimento e/ou punir a prática de ato ilegal, ilegítimo e antieconômico que lhes fora atribuída pelo corpo instrutivo do Tribunal.

CONCLUSÃO

12. *Das análises anteriores, conclui-se que:*

a) a citação em Tomada de Contas Especial, onde conste a sua fundamentação suficiente e o respectivo débito que reflita com exatidão o montante do seu valor devido a partir das datas de suas parcelas constitutivas, atente aos pressupostos processuais de validade e constituição para esse tipo de processo;

b) o mero decurso de prazo não infringe à ampla defesa se o interessado não demonstrar, efetivamente, o prejuízo dele advindo;

c) não foram apresentadas provas de que os recorrentes tenham realizado, minimamente, procedimentos licitatórios análogos ou assemelhados o que infringe os termos pactuados e a IN/STN 1/1997;

d) eventual reconhecimento de boa-fé não surte efeitos quanto à desconstituição do débito, limitando-se à não incidência de juros moratórios acaso suscitado em momento processual adequado ou caso já houvesse documentos suficientes nos autos que atestasse a boa-fé;

e) persistindo irregularidades não sanadas e que não se relacionam ao atraso na transferência de recursos da pactuação, persiste a não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos do convênio o que é agravado pela ausência de autorização da concedente quanto à alteração do regime de execução;

f) existindo obrigação regulamentar de promover o devido acompanhamento e supervisão quanto o repasse e fiel execução do objeto da pactuação e essa atribuição não se deu a contento por parte do responsável, não há que se afastar a sua responsabilidade na imputação das parcelas de débito a ele devidas; e

g) a defesa apresentada, além de não apresentar justificativa plausível para a omissão quanto à devida supervisão pactuada, não enfrenta o fundamento determinante do acórdão condenatório, qual seja, a desconstituição de débito pautado na fiel comprovação do necessário vínculo denexo causalidade entre recursos repassados e aplicados no objeto do convênio sobre as segunda e terceira parcelas da pactuação.

12.1. Com base nessas conclusões, propõe-se que seja negado provimento ao presente recurso, ressaltando-se que o conjunto de indícios e irregularidades constatadas é suficiente para caracterizar a falta de comprovação do necessário vínculo de nexo causalidade entre recursos repassados e despesas realizadas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Ante o exposto, propõe-se, com base no art. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer os recursos de reconsideração, para, no mérito, negar-lhes provimento; e

b) dar ciência aos recorrentes, aos demais interessados e ao Procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo do acórdão que vier a ser proferido.