VOTO

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pela Federação dos Empregados em Turismo e Hospitalidade do Estado de São Paulo (Fethesp), por Rogério José Gomes Cardoso e por Francisco Prado de Oliveira Ribeiro, contra o Acórdão 5.837/2018-TCU-Primeira Câmara, de relatoria do E. Ministro Bruno Dantas.

Por meio deste decisum, o TCU condenou os recorrentes em débito e multa, ao julgar Tomada de Contas Especial instaurada pelo então Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), em decorrência de irregularidades na execução 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 (Fethesp), com recursos oriundos do Convênio MTE/SPPE/Codefat 48/2004-Sert/SP, no âmbito do Plano Nacional de Qualificação (PNQ).

Irresignados, Fethesp e Rogério José Gomes Cardoso alegam que agiram de forma legítima e dentro da lei, ainda que não tenham realizado procedimentos licitatórios. Argumentam pela necessidade de se reformar o acórdão recorrido, diante dos seguintes argumentos:

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

   a.1) a Lei de Licitações trata de contratos administrativos, enquanto 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;

   a.2) 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";

b) a forma adotada pelos recorrentes para a realização das despesas previstas para a execução do convênio em questão é legítima e legal; e

c) o atraso nos repasses inviabilizou a realização de procedimento licitatório.

Requerem ainda a desconstituição do débito, com base nos seguintes argumentos:

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. Para exemplificar o argumento, citam o recibo 31510, que diz respeito a comprovante da única empresa de transporte do município que vende vale transporte (única fornecedora), o que inviabiliza a concorrência.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64076360.

Rogério José Gomes Cardoso requer a exclusão de sua responsabilidade, tendo em vista que agiu de boa-fé, pois, segundo ele, sua conduta se deu com o propósito de realizar o objeto do convênio: tendo em vista que as terceiras e segundas parcelas foram transferidas após a vigência do convênio, é possível concluir que o recorrente deu início à execução do pactuado por sua conta e risco.

Conclui, assim, que não poderia ser penalizado por não observar o rigor formal da Lei 8.666/1993, como por exemplo ao realizar despesas após o período de vigência do convênio ou por apresentar comprovantes de despesas com datas posteriores aos cursos ministrados.

Em seu recurso, Francisco Prado de Oliveira Ribeiro argumenta, preliminarmente, que sua defesa resta cerceada, tendo em vista que transcorreram mais de dez anos dos atos tidos por irregulares. Ainda em preliminar, defende que as presentes contas devem ser trancadas pela ausência de constituição e de validade de seus pressupostos processuais, com base nos argumentos a seguir:

a) há infringência ao disposto no inciso I do art. 8° 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 permitem concluir 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.

Quanto ao mérito, requer, que sua responsabilidade seja afastada, com o consequente arquivamento dos autos, tendo em vista que:

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) o conteúdo das prestações de contas é condizente com a estrutura burocrática disponível pelo MTE, de utilização obrigatória por parte da concedente e que não estava adequadamente estruturado para acompanhar a concretização dos objetivos das pactuados. 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);

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

d) o recorrente somente poderia intervir no regular desenvolvimento dos convênios caso houvesse indicação da existência de irregularidades;

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

f) o subconvênio 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. Tal fato deve ser reconhecido como atenuante de responsabilização.

Requer ainda que seja reconhecida a insubsistência do débito a ele imputado, pois:

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64076360.

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 é falha usual;

b.3) 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.4) a existência de despesas em valores superiores ao Plano de Trabalho não significa que os serviços não foram realizados. Ao contrário, demonstra 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.5) a falta de encaminhamento dos formandos ao mercado de trabalho deve ser mitigada, uma vez que a aquisição de conhecimento os acompanha para o resto de suas vidas;

b.6) ocorreu insuficiência de análise dos argumentos do recorrente, uma vez que foi consignado que a irregularidade a ele imputada 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 dano. Isso não foi feito e acabou por redundar na condenação dos responsáveis pela integralidade dos recursos repassados;

c) 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 estimado não se coaduna com a realidade dos fatos e nem com a lógica jurídica empregada nos tribunais pátrios e houve uso político de denúncias.

A unidade técnica rejeita os argumentos dos recorrentes e propõe a negativa de provimento aos recursos.

Feito breve resumo dos fatos, **passo a decidir**.

Ratifico o exame de admissibilidade (peça 64), em que conheci dos recursos por preencherem os requisitos atinentes à espécie.

Não devem prosperar os argumentos da Fethesp e de Rogério José Gomes Cardoso, de que agiram de forma legítima e dentro da lei, ainda que não tenham realizado procedimentos licitatórios.

A Cláusula Oitava do Convênio Sert/Sine 155/04 (peça 1, p. 407) é expressa 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.

Se por um lado existe controvérsia jurídica sobre os contornos e a aplicação material desta analogia no ordenamento brasileiro, por outro lado, o contexto da presente controvérsia não permite reconhecer legitimidade na conduta dos recorrentes. Isto porque não há nos autos provas de que tenham adotado algum tipo de procedimento licitatório, ou ainda de pesquisas de preços ou de fornecedores relacionados à execução do objeto do convênio em discussão.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64076360.

A ausência de procedimentos licitatórios verificada no caso concreto não diz respeito à realização de todos os atos e aspectos formais ordinários previstos na Lei 8.666/1993, como querem fazer crer os recorrentes, mas à ausência de procedimentos mínimos para escolher proposta mais vantajosa.

A alegação de que o atraso na transferência dos recursos por parte da concedente prejudicou a observância dos normativos em questão não pode isentar a responsabilidade dos recorrentes.

Ao assumirem a suposta execução do convênio com recursos próprios, ante a situação de excepcionalidade, deveriam, com mais razão ainda, dar fiel cumprimento àqueles normativos, uma vez que assumiram os riscos e consequências dessa decisão que, aliás, foi tomada sem solicitar a autorização da concedente, em inobservância à Cláusula Décima Quinta do Termo de Convênio 155/04 (peça 1, p. 413).

Para terem validade, os argumentos que embasam a tese de desconstituição do débito deveriam estar acompanhados de elementos que demonstrassem que os recursos do convênio em análise foram efetivamente utilizados para a liquidação dos comprovantes de despesas constantes nos autos, como prescreve a pacífica jurisprudência do TCU.

Isso porque, como já havia ressaltado o E. Ministro Bruno Dantas no voto condutor do acórdão recorrido, os elementos presentes nos autos não permitem atestar o nexo de causalidade entre os valores recebidos pela convenente e as despesas efetuadas, considerando, em especial, que houve saque em espécie na conta do convênio:

> *28. Em linha com o que acabo de pontuar, no caso concreto existem evidências documentais que atestam a execução física da avença (...).*
>
> *29. Todavia, (...) 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 congênere custeada com recursos públicos, o que obsta a comprovação da regular aplicação dos recursos públicos repassados.*

As alegações de boa-fé apresentadas por Rogério José Gomes Cardoso devem ser analisadas à luz de elementos capazes de configurá-la, nos termos do voto do E. Ministro Marcos Vilaça, que fundamentou o Acórdão 1.278/2003-TCU-1ª Câmara:

> *A análise da boa-fé, no âmbito deste Tribunal, consiste em verificar a existência, nos autos, de elementos capazes de configurá-la. Não havendo tais elementos, pode-se afirmar que não se configura a boa-fé dos responsáveis. Essa afirmação tem como característica a neutralidade, pois não se está considerando provado nem que a ação dos responsáveis estaria eivada de boa-fé, nem de má-fé. Simplesmente não há elementos que permitam concluir em um sentido ou no outro.*

Devidamente citado na fase externa desta TCE, o recorrente deixou transcorrer a oportunidade de se aproveitar da eventual boa-fé em sua conduta, já que não apresentou alegações de defesa. Assim, não há, nos autos, elementos aptos a atestar a sua boa-fé, como já havia consignado o Relator *a quo*, E. Ministro Bruno Dantas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64076360.

Contrariamente ao que quer fazer crer Francisco Prado de Oliveira Ribeiro, em seus argumentos preliminares, não houve infringência ao disposto no inciso I do art. 8° da IN/TCU 71/2012.

O débito resta precisamente quantificado nos montantes referentes às segunda e terceira parcelas do convênio em discussão. Além disso, no ofício de citação foram indicados todos os requisitos de fato e de direito que fundamentam, adequadamente, a imputação solidária deste montante ao recorrente.

Não devem prosperar os argumentos de que sua defesa resta cerceada. Apesar do transcurso de mais de dez anos entre o repasse da segunda parcela do convênio em análise e a citação do recorrente, há que se observar que este não explicitou quais provas deixaram de ser produzidas por dificuldades decorrentes do transcurso de tempo, nem demonstrou quais efeitos esse ou aquele documento poderia operar a favor de determinado argumento.

Sendo assim, considerando a imprescritibilidade do débito perante o Erário, não há nulidade se não houver sido demonstrado o prejuízo à ampla defesa ou à constituição do contraditório, 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, de relatoria do E. Ministro Bruno Dantas.

Tampouco merecem acolhida os argumentos que buscam afastar a responsabilidade decorrente de omissão no dever de supervisão, controle e acompanhamento da execução do convênio em análise.

Ainda que tomando por verdadeiras tomando por verdadeiras as alegações de Francisco Prado de Oliveira Ribeiro 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.

Tais medidas não foram capazes de, tempestivamente, inibir a ocorrência das irregularidades objeto de sua citação. Também não há provas de que a estrutura organizacional do MTE "não detinha aparelhamento necessário para acompanhar a concretização dos objetivos das pactuações".

O argumento de que os pareceres técnicos e jurídicos não alertaram o recorrente sobre a continuidade do convênio pactuado não pode ser aceito. 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 E. Ministro Benjamin Zymler), 1.922/2017-TCU-Plenário (relatoria do E. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer) e 6.414/2018-TCU-Primeira Câmara (relatoria do E. Ministro Weder de Oliveira).

O montante de subconvênios geridos não é argumento apto a atenuar a responsabilidade do recorrente, ainda que verdadeiras as informações apresentadas, da existência de 84 subprocessos. Tampouco se pode admitir que sua responsabilidade seja mitigada por conta do período compreendido entre o natal de um exercício financeiro e o carnaval do ano seguinte. O princípio da continuidade administrativa impõe o regular exercício do cargo nos dias úteis compreendidos entre as duas datas festivas.

Não merecem acolhida os argumentos que fundamentam sua tese de insubsistência do débito. As irregularidades apontadas pelo controle interno demonstram a gravidade da não comprovação da boa e fiel aplicação dos recursos geridos pela empresa final, tomadora destes, e da má supervisão do convênio, atribuição que recai, justamente, sobre o recorrente, cuja conduta não é compatível com o que se espera do administrador médio.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64076360.

A jurisprudência deste Tribunal é no sentido da imputação do débito pela integralidade dos recursos geridos por parte do executor final e, parcialmente, pelos recursos que poderiam ter sido contingenciados supervisor (situação do recorrente), e não o foram.

O precedente invocado, Acórdão 6.182/2016-TCU-Primeira Câmara, de relatoria do E. Ministro Bruno Dantas, não se aplica ao presente caso. Naqueles autos, foi realizado exame de conformidade financeira e avaliados os demais elementos, para concluir que havia indícios de que houve a execução do objeto pactuado com recursos afetos ao respectivo convênio.

Contrariamente ao que quer fazer crer o recorrente, a falta de indicação do convênio nos comprovantes de despesas, como verificado nesta TCE, não pode ser considerada "mera falha normal". Tais exigências são fundamentais para comprovar o nexo de causalidade entre os recursos recebidos e as despesas realizadas, em especial se considerado que no caso em questão houve o saque de recursos em espécie.

A omissão do recorrente, a par do poder-dever de realizar a devida supervisão, acabou por propiciar a ocorrência das diversas irregularidades. Caberia a ele apresentar elementos adicionais de que o objeto do convênio em discussão foi efetivamente realizado com os recursos repassados.

Na ausência de provas documentais aptas a operar efeitos impeditivos, modificativos ou extintivos dos fundamentos constituidores do débito, e assim demonstrar que agiu com boa-fé, não é possível afastar a incidência de juros de mora sobre o débito, como requer o recorrente.

Tampouco o socorre o precedente citado, Acórdão 7.386/2014-TCU-Primeira Câmara, de relatoria do E. Ministro Benjamin Zymler. O arquivamento dos autos decorreu do transcurso de tempo superior a 10 anos entre a ocorrência dos fatos geradores da TCE sem que tenha havido a notificação do responsável pela autoridade administrativa federal competente, tendo em vista que aquele processo ainda se encontrava pendente de citação válida.

Diante desses elementos, incorporando integralmente as análises da unidade técnica como razões de decidir, conheço dos recursos de reconsideração para, no mérito, negar-lhes provimento.

Feitas essas considerações, voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação do colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 31 de março de 2020.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64076360.