

GRUPO I – CLASSE I – 1ª Câmara

TC 029.042/2015-1

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

Órgão/Entidade: Secretaria de Estado do Emprego e Relações do Trabalho (Sert/SP).

Responsáveis: Carmelo Zitto Neto (620.467.488-91); Eloíza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira (303.332.618-87); Francisco Prado de Oliveira Ribeiro (017.692.008-00); Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba/SP - Fundacc (67.652.750/0001-19)

Representação legal: Francisco Machado de Luca de Oliveira Ribeiro (97557/OAB-SP); Dayana Márcia Dias Mendonça (217148/OAB-SP) e outros.

SUMÁRIO: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PLANO NACIONAL DE QUALIFICAÇÃO (PNQ). CONVÊNIO MTE/SPPE/CODEFAT 48/2004-SERT/SP. SUBCONVÊNIO SERT/SINE/SP 95/2004. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO FÍSICA E FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS RECURSOS REPASSADOS E AS DESPESAS INCORRIDAS. DEFICIÊNCIA NA FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DA AVENÇA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONHECIMENTO DOS RECURSOS. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório a instrução da Secretaria de Recursos (peça 99), cujas conclusões e proposta de encaminhamento contaram com a anuência do respectivo dirigente (peça 100) e do MP/TCU.

Transcrevo a instrução a seguir, *in verbis*:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Carmelo Zitto Neto (peça 73), Francisco Prado de Oliveira Ribeiro (peça 83), Eloíza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira (peça 74) e Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba – Fundacc (peça 62), contra o Acórdão 5.581/2018 – 1ª Câmara (peça 52), relatado pelo Ministro Bruno Dantas, com o seguinte teor:

9.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b”, “c” e “d”, 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, III e IV, 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), Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira (CPF 303.332.618-87) e da Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba/SP (Fundacc) (CNPJ 67.652.750/0001-19), 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: Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba (CNPJ 67.652.750/0001-19) e Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira (CPF 303.332.618-87);

Valor original (R\$)	Data da ocorrência
29.914,80	23/11/2004

Responsáveis: Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba (CNPJ 67.652.750/0001-19), Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira (CPF 303.332.618-87) Francisco Prado de Oliveira Ribeiro (CPF 017.692.008-00) e Carmelo Zitto Neto (CPF 620.467.488- 91);

Valor original (R\$)	Data da ocorrência
82.265,70	8/12/2004
37.393,50	2/2/2005

9.2. 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;

9.3. 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;

9.4. 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;

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

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), em razão de irregularidades na aplicação dos recursos repassados por meio do Convênio MTE/SPPE/CODEFAT 48/2004-Sert/SP, firmado entre o referido órgão e o Governo do Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Estado do Emprego e Relações do Trabalho (Sert/SP), com vigência até 28/2/2005.

2.1. O objeto do ajuste era a cooperação técnica e financeira mútua para a execução das atividades inerentes à qualificação social e profissional, no âmbito do Plano Nacional de Qualificação (PNQ).

2.2. A Sert/SP, na condição de órgão estadual gestor do convênio, celebrou 84 subconvênios com entidades no Estado de São Paulo, todos com o objeto comum de

cooperação técnica e financeira para a execução das atividades de qualificação profissional, precipuamente por meio de cursos de formação de mão de obra.

2.3. *A Controladoria-Geral da União (CGU), mediante o Relatório de Fiscalização 537, de 9/6/2005, constatou diversas irregularidades na execução de transferências voluntárias pactuadas no âmbito do referido convênio.*

2.4. *O Ministério Público Federal (MPF) emitiu a Recomendação MPF/SP 55/2009, orientando a Secretaria de Políticas Públicas de Emprego (SPPE) a autuar tomadas de contas especiais específicas para cada um dos subconvênios celebrados. A SPPE criou um Grupo Executivo de Tomada de Contas Especiais (GETCE) para apurar as falhas. As Notas Técnicas do GETCE foram emitidas em 2014.*

2.5. *As irregularidades em exame referem-se especificamente ao Subconvênio Sert/Sine 95/2004, celebrado entre a Sert/SP e a Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba (Fundacc), para treinamento de 291 pessoas, nas áreas de hospedagem, higiene e manipulação de alimentos e jardinagem e paisagismo.*

2.6. *Para consecução desse mister, os recursos federais foram transferidos pela Sert/SP ao convenente, por meio dos cheques 850002, 850013 e 8500974, do Banco do Brasil, depositados em 23/11/2004, 8/12/2004 e 2/2/2005, nos valores de R\$ 29.914,80, R\$ 82.265,70 e R\$ 37.393,50, respectivamente, totalizando R\$ 149.574,00.*

2.7. *Na fase interna da TCE, o órgão concedente concluiu pela impugnação das despesas, em face da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos para a execução do objeto do Subconvênio Sert/Sine 95/04, após análise decorrente das irregularidades apontadas na Nota Técnica 21/2014/GETCE/SPPE/MTE, relativas a falhas na execução física e financeira da avença.*

2.8. *Ainda, foi considerado que a responsabilidade pelo débito deveria ser atribuída, solidariamente, a Francisco Prado de Oliveira Ribeiro, ex-Secretário do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo; Carmelo Zitto Neto, ex-Coordenador Estadual do Sine/SP; Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira, Presidente da Fundacc à época dos fatos; e à própria entidade. O Controle Interno anuiu a esse posicionamento.*

2.9. *A Secex/SP apontou a inexecução do convênio em decorrência da ausência de comprovação, por meio de documentação idônea e consistente, da realização das ações de qualificação profissional ajustadas, destacando-se as seguintes inconsistências:*

a) não apresentação de documentos contábeis idôneos e sólidos que comprovassem o nexo causal entre as despesas realizadas e o objeto do convênio, contrariando o art. 30 da Instrução Normativa STN 1/1997;

b) não comprovação de entrega de material didático e lanches aos treinandos, contrariando os itens 2.2.9 e 2.2.13 da cláusula segunda do Convênio Sert/Sine 95/2004;

c) não comprovação de encaminhamento de treinandos ao mercado de trabalho, em desacordo com o item 2.2.26 da cláusula segunda do Convênio Sert/Sine 95/2004;

d) realização de movimentação bancária indevida, contrariando o art. 20 da Instrução Normativa STN 1/1997;

e) realização de despesa irregular com transporte;

f) fraudes nos processos licitatórios realizados pela Fundacc;

g) apresentação de notas fiscais e apólice de seguro de vida inidôneas;

h) superfaturamento de preço na aquisição de material didático;

i) apresentação de listas de presenças inidôneas, eis que apresentam diversas assinaturas de treinandos que não concluíram os cursos, assim como a inclusão, na prestação de contas, de treinandos que não concluíram os cursos.

2.10. *Em razão disso, promoveu-se a citação da Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba (Fundacc) e de sua presidente à época dos fatos, Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira, para apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem, solidariamente, aos cofres do Fundo de Amparo ao Trabalhador, a quantia correspondente ao total dos recursos repassados ao conveniente.*

2.11. *Também foram citados solidariamente com aqueles o ex-Secretário do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo, Francisco Prado de Oliveira Ribeiro e o ex- Coordenador Estadual do Sine/SP, Carmelo Zitto Neto, responsáveis pela subscrição do Convênio Sert/Sine 95/2004, bem como pela autorização para liberação de verbas à entidade executora, ante a seguinte ocorrência:*

“Não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos para a execução do objeto do Convênio Sert/Sine 95/04, celebrado entre a Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo (Sert/SP) e a Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba, e, por conseguinte, do Convênio MTE/SPPE 48/2004-Sert/SP, tendo em vista o acompanhamento e fiscalização deficientes do Convênio Sert/Sine 95/04, contrariando o disposto nas cláusulas terceira, item II, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘r’ do mencionado Convênio MTE/SPPE 48/2004-Sert/SP e segunda, item 2.1.2 do Convênio Sert/Sine 95/04.”

2.12. *Após o exame das alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, a unidade instrutora entendeu que os argumentos aduzidos pela entidade executora e pela sua ex-presidente não lograram afastar o débito em razão da não demonstração da adequada execução do convênio. Dessa forma, propôs julgar irregulares suas contas e condená-los, solidariamente, ao pagamento do débito apurado, mas sem aplicação de multa, em razão da prescrição da pretensão punitiva no âmbito desta Corte.*

2.13. *Com relação aos representantes da Sert/Sine/SP, a proposta de encaminhamento foi análoga à dos executores do convênio, exceto pelo valor do débito, o qual não inclui o valor referente à primeira parcela (R\$ 29.914,80), visto que sua autorização pelos gestores estaduais foi considerada regular pela Secex/SP.*

2.14. *O parquet anuiu à proposta da unidade instrutora, dando ênfase, ainda, a respeito da total ausência de fidedignidade da prestação de contas apresentada pelo conveniente, haja vista os saques vultosos em espécie e não relacionados diretamente com o objeto do ajuste, bem como a existência de documentação falsa e outras incompatibilidades que atestam a gravidade dos fatos e a irregularidade das contas dos responsáveis.*

2.15. *Esta Corte de Contas aquiesceu ao posicionamento adotado pela Secex/SP e pelo parquet. Assim, o Tribunal deliberou, por meio do Acórdão 5.581/2018 – TCU – 1ª Câmara, transcrito anteriormente, julgar irregulares as contas dos responsáveis, além de imputar-lhes débito solidário.*

2.16. *Não satisfeitos com o julgado, os responsáveis interpuseram recurso de reconsideração, ora em análise (peças 62, 73, 74 e 83).*

ADMISSIBILIDADE

3. *Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 76-78 e 84), ratificados pelo Ministro-Relator (peças 81 e 85), que concluiu pelo conhecimento do recurso de reconsideração, com efeito suspensivo em relação aos recorrentes e a todos os responsáveis condenados em solidariedade, dos itens 9.1 e 9.2 do Acórdão 5.581/2018-TCU-1ª Câmara, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.*

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constituem objeto dos recursos verificar as seguintes questões:

a) se houve prescrição do débito nesta TCE (peças 62, p. 5-7; 73, p. 3-11; 74, p. 5-7);

b) se restam atendidos os pressupostos de constituição e de validade desta TCE (peça 83, p. 5 e 20);

c) se houve cerceamento de defesa (peças 73, p. 2-3; 74, p. 3);

d) se é possível atribuir responsabilidade solidária aos ora recorrentes (peças 73, p. 7; 74, p. 5-7; 83, p. 8-14);

e) se a responsabilidade pode ser mitigada em face da existência de pareceres técnicos e jurídicos que autorizavam o repasse dos recursos (peça 73, p. 11, 13, 15; 83, p. 13);

f) se a manutenção dos montantes de débitos imputados aos recorrentes importa em enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública (peças 62, p. 4-7; 74, p. 3; 83, p. 15);

g) se é possível comprovar a regularidade na execução do subconvênio Sert/Sine 95/2004 (peças 62, p. 4-19; 74, p. 3, 4, 7-18).

5. Da alegada prescrição do débito

5.1. Os recorrentes Carmelo Zitto Neto, Eloíza Aparecida Andrade e a Fundacc arguem pela prescrição do débito, tendo em vista os seguintes fundamentos:

a) recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069/MG pelo STF, interposto contra decisão proferida pelo TRF 1ª Região, reconheceu a repercussão geral do tema (Tema 66614), e firmou entendimento de estar prescrita a ação de ressarcimento de danos materiais promovidos com fundamento em acidente de trânsito. (DJe de 3/8/2013, Tema 666: imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa) (peça 73, p. 5);

b) a vigência do convênio refere-se ao período de 21/10/2004 a 28/2/2005, conforme cláusula décima primeira, sendo que a notificação ocorreu somente no ano de 2016. Logo, prescreve em cinco anos o direito ou ação em face da Administração Pública, na forma do artigo 1º do Decreto 20.910/1932, combinado com o julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 669.069, em que, por maioria, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil (peças 62, p. 5; 74, p. 7).

c) é necessário o sobrestamento deste processo, nos termos do artigo 1035º, parágrafo 5º, do CPC considerando a existência de repercussão geral no recurso extraordinário, no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de

ressarcimento ao erário prevista no artigo 37º, parágrafo 5º da Constituição Federal (peça 73, p. 11);

d) o lapso prescricional já ocorreu definitivamente e uma vez ocorrida a prescrição do direito de ação, pelo decurso do prazo, a extinção do processo com resolução do mérito se perfaz nos termos do artigo 487, II do CPC (peça 62, p. 5-6);

e) não há de se falar em distinção entre ilícito civil e ilícito administrativo porque aquele diz respeito a ressarcimento ao erário, enquanto este se limita à sindicância, tomada de contas e processo administrativo disciplinar, ou seja, as penalidades não são de ressarcimento ao erário (peça 74, p. 5 e 7).

Análise

5.2. *Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar.*

5.3. *No tocante à alegada repercussão geral do RE 669.069, vale dizer que tal tema foi acuradamente analisado por este Tribunal. Nesse sentido, vale transcrever elucidativo trecho do voto fundamentador do Acórdão ora vergastado (peça 53, p. 3):*

23. Em específico sobre a alegação de prescrição tendo por base a tese fixada pelo STF no RE 669.069 (Repercussão Geral 666), inviável a sua aplicação ao caso concreto. O mencionado Recurso Extraordinário trata da incidência da prescrição nos débitos com a União decorrentes de ilícitos civis (prazo prescricional de cinco anos), não alcançando os prejuízos que decorram de ilícitos administrativos, como a não comprovação da regular gestão de recursos públicos, que são imprescritíveis, consoante entendimento fixado na Súmula-TCU 282.

5.4. *Também não socorre aos recorrentes a aplicação do Decreto 20.910/1932. Sobre o tema, a jurisprudência desta Corte de Contas é por sua inaplicabilidade aos processos de controle externo, pois se refere especialmente às dívidas passivas da União, estados e municípios.*

5.5. *Registre-se que o tema da prescrição das ações de ressarcimento fundadas em título executivo do TCU está em discussão nos autos do Recurso Extraordinário 636.886, rel. Min. Alexandre de Moraes. Em 13/5/2016, quando ainda era relator o Min. Teori Zavascki, foi assentado o seguinte tema de repercussão geral: Tema 899: “Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.*

5.6. *Vale dizer que, por meio da Petição/STF 34.087/2016, o Tribunal de Contas da União postulou a habilitação no RE 636.886, na qualidade de amicus curiae, o que foi deferido pelo então Relator, Min. Teori Zavascki, em decisão de 29/9/2016. O então Ministro do STF determinou igualmente “a suspensão do processamento de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional, mas exclusivamente aquelas em que esteja em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas”, tendo sido oficiados todos os Presidentes de Tribunais no País bem como a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais.*

5.7. *Nesse interim, com o falecimento do Min. Teori, foi nomeado, em 22/3/2017, novo relator do RE 636.886, o Min. Alexandre de Moraes, permanecendo pendente de decisão definitiva o referido recurso extraordinário.*

5.8. *Por fim, a decisão de suspensão de processamento de demandas em que esteja em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas alcançou tão somente a fase judicial de cobrança do título extrajudicial exarado com a decisão das Cortes de Contas, não atingindo diretamente os processos de contas em trâmite neste TCU.*

5.9. *Ou seja, até decisão definitiva em contrário do Pretório Excelso, permanecem imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário decorrentes de processos de tomada de contas especial que tramitam perante o TCU, conforme tese firmada pelo Supremo no MS 26.210/DF, motivo pelo qual rejeita-se a preliminar de prescrição arguida pelo recorrente para o ressarcimento do débito.*

5.10. *Logo, enquanto não sobrevier interpretação eventualmente restritiva por parte da Suprema Corte, não cabe outra leitura do texto constitucional, cujo teor é sublinhado no âmbito do processo administrativo de controle externo pela Súmula-TCU 282.*

5.11. *Outrossim, por não vislumbrar elementos concretos, seja de oportunidade, seja de conveniência, não há motivação suficiente para que o presente processo seja sobrestado com base no dispositivo legal do Código de Processo Civil, mencionado pelo recorrente, até porque a aplicação das normas processuais do CPC é de natureza subsidiária no âmbito dos processos do TCU (vide o disposto no art. 298 de seu Regimento Interno).*

5.12. *Portanto, o débito apurado não está fulminado por prescrição, ressalvada eventual manifestação em sentido contrário do STF (tema 899 da repercussão geral) que venha a ser externada antes da respectiva quitação levada a termo espontaneamente ou por meio de execução forçada.*

6. *Pressupostos da TCE*

6.1. *O recorrente Francisco Prado de Oliveira Ribeiro argumenta que as presentes contas devam ser arquivadas pela ausência de constituição e de validade de seus pressupostos processuais:*

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 (peça 83, p. 5);

b) eventual dano ao Erário deveria se limitar à quantificação daquilo que, em parte, não teria sido executado ou pela glosa de valores devidamente identificados na prestação de contas (peça 83, p. 20).

Análise:

6.2. *O débito inicialmente imputado ao recorrente restou quantificado, precisamente, nos montantes referentes aos repasses das segunda e terceira parcelas do convênio em discussão, em 8/12/2004 (peça 1, p. 370), no valor de R\$ 82.265,70, e em 2/2/2005 (peça 1, p. 380), no valor de R\$ 31.966,50 (peças 18 e 35).*

6.3. *Nesse sentido, vale transcrever acurada análise empreendida no voto fundamentador do Acórdão ora vergastado (peça 53, p. 2 e 6):*

15. Com relação aos representantes da Sert/Sine/SP, a proposta de encaminhamento foi análoga à dos executores do convênio, exceto pelo valor do débito, o qual não inclui o valor referente à primeira parcela (R\$ 29.914,80), visto que sua autorização pelos gestores estaduais foi considerada regular pela Secex/SP.

43. Compulsando os autos, percebe-se que as autorizações para repasse dos recursos, na forma do item 7 deste voto, deveria respeitar cronograma de desembolso devidamente aprovado e que a transferência das parcelas subsequentes dependeria da aprovação da prestação de contas em relação às anteriores. Ainda, o primeiro repasse dependeria apenas da entrega da programação dos cursos e, consequentemente, com a publicação do extrato do convênio no Diário Oficial.

44. Nesse contexto, razoável a Secex/SP ao concluir pela regularidade da autorização da primeira parcela, haja vista o cumprimento das condicionantes por parte da

executora, bem como do fato de essa aprovação não possuir relação direta com as causas do débito apurado.

45. Todavia, a autorização para liberação das duas parcelas seguintes do convênio, em meio às inúmeras inconsistências, irregularidades e evidências de condutas fraudulentas e inidôneas, revela uma atitude, no mínimo, negligente por parte dos gestores do estado de São Paulo, contribuindo de maneira crucial para a consumação do débito em questão.

46. Em virtude de todo o exposto, em relação ao ex-Secretário da Sert/SP e ao ex-Coordenador Estadual do Sine/SP, responsáveis pela supervisão e acompanhamento da execução do convênio, respectivamente, proponho o julgamento pela irregularidade de suas contas, com imputação de débito solidário no montante relativo à segunda e terceira parcelas do convênio.

6.4. Assim, ao contrário do alegado pelo recorrente, restam integralmente atendidos os requisitos previstos no inciso I do art. 8º da IN/TCU 71/2012.

7. Cerceamento de defesa

7.1. O Sr. Carmelo Zitto Neto alega ocorrência de cerceamento de defesa decorrente do transcurso de tempo superior a dez anos, entre os atos inquinados e a citação dele perante este Tribunal (peça 73, p. 3).

7.1.1. A Sr^a Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira argumenta que juntou vasta documentação comprovando que os cursos foram realizados e que as despesas foram pagas. Não se ouviu testemunhas ou os próprios alunos e professores que participaram do convênio. Todas as decisões têm sido tomadas de forma unilateral, sem a garantia de que a recorrente pudesse promover diligências, requerer provas e arrolar testemunhas (peça 74, p. 3).

Análise:

7.2. Não assiste razão aos recorrentes.

7.3. Vale registrar que o tema sobre cerceamento de defesa em face de transcurso de tempo fora cuidadosamente analisado no relatório condutor do Acórdão ora vergastado. Por oportuno, vale transcrever elucidativo trecho (peça 54, p. 18):

41.2. Ademais, tem-se entendido no âmbito deste Tribunal que (Acórdão 729/2014-TCU-Plenário): ‘o mero transcurso do tempo não é razão suficiente para trancamento das contas. É preciso que, além disso, haja fundadas razões para supor que o direito à defesa tenha ficado prejudicado. Isso não ocorre no presente caso. Conquanto tenham alegado prejuízo à defesa, as partes desincumbiram-se da tarefa de buscar provar, através de alegações e de documentos, a correta aplicação dos recursos colocados a sua disposição. O prejuízo à defesa não é presumido; deve ser provado, o que não ocorreu’. A alegação do responsável não explicita quais documentos que, eventualmente, não constam dos autos e que não poderiam mais ser produzidos em sua defesa. Dito por outras palavras, não há comprovação do prejuízo à defesa em face do transcurso de tempo, sendo certo que já constavam dos autos a documentação produzida pela própria comissão de TCE (peças 1 a 10), bem como aqueles que foram obtidos por meio de diligência pela Secex/SP (peças 11 e 12).

7.4. No presente processo, consta que o Sr. Carmelo Zitto Neto e a Sr^a Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira foram notificados na fase interna da TCE em 6/6/2014 e 2/6/2014, respectivamente, data de ciência do Aviso de Recebimento (peça 9, p. 299, 301, 304 e 321), por meio do qual os responsáveis foram cientificados acerca do teor da Nota Técnica 21/2014/GETCE/SPPE/MTE para apresentar defesa acompanhada de documentos comprobatórios ou recolher o valor do dano ao erário. Entre a data de

vigência final do Convênio Sert/Sine 95/04 (28/2/2005, conforme peça 1, p. 340) e aquela data, transcorreu prazo inferior a dez anos.

7.5. *Cabe mencionar que, conquanto o lapso temporal tivesse ultrapassado uma década, é cediço que a norma não impõe uma conduta homogênea, designando para o julgador um espaço para a apreciação das circunstâncias de cada caso concreto. A jurisprudência do TCU tem se consolidado no sentido de que o longo decurso de prazo para instauração da tomada de contas especial não implica necessariamente prejuízo à ampla defesa e ao contraditório.*

7.6. *Sendo assim, o intervalo superior a dez anos entre os fatos e o chamamento dos responsáveis não conduz forçosamente ao julgamento ilíquidável das contas. Eventual óbice à plenitude do exercício de defesa, ou mesmo embaraço na sua execução, deve ser analisado levando em conta as peculiaridades de cada situação. Nesse sentido, menciona-se os Acórdãos 3.457/2017-Segunda Câmara (relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), Acórdão 1.304/2018-Primeira Câmara (relatoria do Ministro Bruno Dantas) 4.372/2016 – Segunda Câmara, relatado pelo Ministro André de Carvalho, dentre outros.*

7.7. *Se for considerado o interregno de tempo entre o repasse da primeira parcela do convênio em questão, 23/11/2004, e a v de fato, decorreu prazo superior a dez anos. No entanto, como os recorrentes não explicitaram quais provas deixaram de ser produzidas por dificuldades decorrente do transcurso de tempo, bem como quais efeitos que esses ou aqueles documentos faltantes poderiam operar a favor de determinado argumento de defesa, 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. Não é outro, senão, o entendimento que se extrai do Acórdão 1.304/2018-TCU-Primeira Câmara (relatoria do Ministro Bruno Dantas):*

O prejuízo à ampla defesa e ao contraditório decorrente da citação tardia deve ser efetivamente demonstrado pelo responsável com a indicação do obstáculo ou dificuldade concreta que implicou em prejuízo à defesa, não sendo suficiente a mera alegação; e

7.8. *Dessa forma, entende-se que, em seus aspectos materiais, não resta devidamente fundamentada a alegada ocorrência de cerceamento de defesa em face de transcurso de tempo apta a invalidar o acórdão recorrido.*

7.9. *A partir dos elementos constantes dos autos, também não é possível constatar obstrução ao pleno exercício da defesa em razão de dificuldades para acostar aos autos a documentação tendente a comprovar a regularidade das contas ora analisadas, uma vez que foi dada a oportunidade de acesso dos recorrentes aos autos.*

7.10. *No âmbito desta Corte de Contas foi concedida à Sr^a Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira a oportunidade de se manifestar nos autos por meio do ofício 2373/2016- TCU/Secex-SP, de 26/8/2016 (peças 37 e 43). Se não foram apresentadas as devidas documentações foi por inércia da responsável, não sendo possível, portanto, atribuir tal responsabilidade a esta Corte de Contas.*

7.11. *Nesse sentido, vale lembrar que o dever de prestar contas é inerente à gestão de recursos públicos, constituindo um dos pilares do sistema republicano. Ao descumpri-lo, o responsável infringe a Constituição Federal, os princípios gerais que regem a Administração Pública e as obrigações assumidas por meio do termo de convênio.*

7.12. *Cumpre mencionar, ainda, que o ônus da prova sobre a boa e regular aplicação dos recursos repassados cabe ao gestor, e não ao TCU. Ao receber os recursos a recorrente tinha ciência de que precisaria prestar contas. Logo, caberia ao gestor trazer*

em meio documental os fatos que supostamente pretendia comprovar por meio de testemunhas ou outras diligências.

7.13. *Logo, não houve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que foi dada a oportunidade de acesso dos recorrentes aos autos.*

8. *Responsabilidade solidária (Legitimidade passiva)*

8.1. *Os recorrentes argumentam que não são partes legítimas para figurar nestes autos, tendo em vista os seguintes fundamentos:*

8.1.1. *Francisco Prado de Oliveira Ribeiro afirma que:*

a) foram adotadas todas as providências para estruturar o órgão encarregado do acompanhamento dos convênios públicos (peça 83, p. 8);

b) as fraudes apuradas não eram evidentes e só foram constatadas em momento posterior (peça 83, p. 8-9). Ademais:

(...) se considerar verdadeiras as acusações de fraude perpetradas pela Entidade, com relação à comprovação de suas despesas com a execução do objeto conveniado, e respectiva prestação de contas junto à SERT, o senso comum só pode considerar a utilização de documentos falsos uma circunstância atenuante da responsabilização dos agentes estaduais;

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) (peça 83, p. 11);

d) somente havendo indicação das irregularidades é que o recorrente poderia intervir no regular desenvolvimento dos convênios (peça 83, p. 13);

e) não há qualquer evidência de má-fé praticada pelo recorrente ou qualquer ato que possa ser classificado como improbidade administrativa ou ilícito penal (peça 83, p. 14);

f) 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, fator de atenuação de responsabilidade (peça 83, p. 14);

g) a responsabilização do recorrente deveria implicar o mesmo tratamento em relação aos próprios gestores da própria Secretaria de Políticas Públicas de Emprego do Ministério do Trabalho e Emprego;

h) não poderia haver a responsabilização dos agentes públicos estaduais pelo critério da supervisão e acompanhamento, se não fossem igualmente responsabilizados os agentes do órgão concedente.

8.1.2. *Carmelo Zitto Neto alega que:*

a) não geriu os recursos (peça 73, p. 11);

b) não era de sua responsabilidade a formalização, o acompanhamento, o controle, a análise e a avaliação das prestações de contas (peça 73, p. 11-12);

c) não há dolo ou ato de improbidade imputável a ele, nem benefícios a terceiros ou a si próprio (peça 73, p. 12);

d) se extrai de diversos precedentes deste Tribunal o entendimento de que, nas mesmas circunstâncias às tratadas nestes autos, deve ser reconhecida a exclusão de responsabilidade do recorrente.

8.1.3. *Eloíza Aparecida Andrade de Oliveira afirma que:*

a) no Brasil foram adotadas as teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva, ou seja, teoria da culpa e teoria do risco. A responsabilidade subjetiva pressupõe uma conduta culposa, dano e nexo de causalidade. A objetiva pressupõe conduta, dano e nexo de causalidade, conforme se vê nos arts. 21, XXIII, "d" e 225, §3Q da Constituição Federal (peça 74, p. 6);

b) o servidor público responde pelo ato ilícito somente quando houver dolo ou culpa, à luz do art. 186 do Código Civil e inciso XXII, § 6º (última parte), do art. 37 da Constituição da República (peça 74, p. 7);

c) a responsabilização civil requer que se comprove que, de alguma forma, o servidor, comissiva ou omissivamente, agindo de forma dolosa ou culposa no exercício de seu cargo, atuou para a ocorrência do fato (peça 74, p. 7);

d) o que determina o ressarcimento ao erário é a responsabilidade civil que pode ser contratual ou extracontratual, chamada também de "Aquiliana". A contratual decorre de inadimplemento contratual e depende de uma prévia relação jurídica. A extracontratual (Aquiliana) decorre da violação do dever geral de não causar danos a outrem. É a chamada teoria "Ulpiano" (peça 74, p. 5-6).

e) é necessário que a conduta do inculpado não seja apenas contrária à lei e sim, que seja desonesta, sendo imprescindível, também, que o ato administrativo imputado ao acusado contenha a pecha de corrupto para, somente assim, ser possível a persecução, circunstâncias não encontradas nos autos (peça 74, p. 4);

f) para que a conduta da recorrente se revista de tipicidade, faz-se necessária a referência concreta à intenção do agente, a existência material do ato de improbidade e a vontade deliberada de agir com dolo para a obtenção de vantagem ilícita em proveito próprio, e, principalmente, o dano causado ao erário, circunstâncias sem as quais, o agir do requerido torna-se atípico (peça 74, p. 4-5).

h) a ausência de qualquer quantificação de prejuízo econômico efetivo sofrido pelo ente público, aliado ao fato de que houve a prestação do serviço contratado pela Administração Municipal.

Análise:

8.2. *A preliminar de ilegitimidade passiva argumentada pelos recorrentes não pode prosperar. No mais, não foram apresentados elementos suficientes para elidir as ocorrências apontadas nos autos e que fundamentaram as condenações impostas pelo Tribunal.*

8.3. *Inicialmente, passa-se à análise dos argumentos semelhantes narrados pelos três recorrentes.*

8.4. *A decisão emanada por esta Corte de Contas não teve por fundamento a caracterização do ato de improbidade administrativa, definido pela Lei 8.429/1992 e apurado mediante processo judicial, mas sim a aplicação da Lei 8.443/1992, Lei Orgânica deste Tribunal. Registre-se que as razões que levaram à responsabilização do recorrente estão explicitadas no relatório fundamentador do Acórdão ora guerreado (peça 54, p. 14-20).*

8.5. *Quanto ao comportamento dos recorrentes, a doutrina explica a conduta culposa latu sensu, dividindo-a em dolo e culpa stricto sensu. O dolo, em suma, significa a vontade manifesta pelo ser humano de realizar a conduta ou produzir o resultado. A culpa stricto sensu refere-se à inobservância ao dever de cuidado objetivo a todas as pessoas de razoável diligência. Sobre essa última, observa-se, ainda, que uma das suas modalidades é a culpa por imprudência, ou seja, culpa por ação, por praticar ato sem o devido cuidado e diligência que de todos se espera. Acerca dos fatos constantes nos autos, nota-se que se os recorrentes não agiram com dolo, agiram pelo menos com culpa por imprudência, e isso basta para que esta Corte de Contas, com base na responsabilidade subjetiva, cujo elemento essencial é a culpa, responsabilize o recorrente.*

8.6. *Não houve imputação de má-fé aos recorrentes, mas, tão somente, a menção quanto à prática de atos de ofício ou de omissões que ensejaram suas respectivas responsabilizações. Quanto a esse tipo de argumento, competia a eles apresentar elementos adicionais de que agiram com boa-fé de forma a afastar eventual incidência de juros de mora sobre o débito, matéria essa não afeta à presente preliminar invocada.*

8.7. *Ainda sobre a alegação de inexistência de má-fé, traz-se à colação o seguinte excerto, deveras esclarecedor, do relatório do Ministro Augusto Nardes, decidido pelo Acórdão 5.291/2019-Segunda Câmara, o qual informa que não há necessidade de configurar má-fé do responsável para a imputação de débito:*

(...)

54. Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que, conforme jurisprudência pacífica desta Corte, para que se imponha a obrigação de repor um dano ao erário, não é necessário caracterizar enriquecimento ilícito, locupletamento, dolo ou má-fé por parte dos responsáveis, bastando que se caracterize uma conduta culposa stricto sensu, por imperícia, imprudência ou negligência, da qual resulte um dano ao erário, passível de ressarcimento à luz da Lei 8.443/1992 e da Constituição Federal (Acórdãos 1.559/2014-Plenário e 5.297/2013-1ª Câmara). Basta identificar o (s) responsável (is) pelos atos ilícitos e pelo dano ocasionado, quantificar o mencionado dano e estabelecer o nexo de causalidade entre o citado dano e os atos omissivos ou comissivos praticados pelo (s) responsável (is). Tudo isso está claramente demonstrado nos autos, não podendo ser aceitos os argumentos do recorrente.

8.8. *O entendimento do Tribunal está condizente com a melhor doutrina, com a mais recente legislação e com a jurisprudência do próprio TCU. No âmbito da responsabilidade subjetiva perante o TCU, qualquer medida de responsabilização de gestores e instituições públicas requer conduta irregular, nexo causal, resultado danoso e culpabilidade.*

8.9. *Coligindo as demais alegações trazidas aos autos, verifica-se que os argumentos apresentados pelo Sr. Carmelo Zitto Neto e pelo Sr. Francisco Prado de Oliveira Ribeiro são semelhantes. Dessa forma, à luz do princípio da ampla defesa e do contraditório, combinado com o princípio da celeridade processual, a análise dos argumentos será conjunta, quando possível.*

8.10. *Inicialmente, é importante resgatar os fundamentos no voto fundamentador do Acórdão ora vergastado, que propôs a responsabilização do Sr. Carmelo Zitto Neto e Sr. Francisco Prado de Oliveira Ribeiro (peça 53, p. 6):*

(...)

41. Quanto ao mérito, ao observarmos o teor dos ofícios citatórios, resta evidente que as condutas a eles imputadas eram afetas à manutenção da supervisão, acompanhamento, controle e avaliação da execução do Plano de Trabalho, inclusive no

que diz respeito à qualidade dos serviços prestados (cláusula 2.1.2 do termo de convênio), bem como da autorização para liberação dos recursos em conformidade com o cronograma previsto no mencionado plano.

42. Assim, neste caso concreto, diferentemente de outros casos de objeto similar, o fato de a fiscalização das ações ter sido deficiente certamente produziu consequências negativas sobre o desenrolar dos procedimentos, haja vista as irregularidades graves identificadas no decorrer das fases interna e externa da presente tomada de contas especial.

43. Compulsando os autos, percebe-se que as autorizações para repasse dos recursos, na forma do item 7 deste voto, deveria respeitar cronograma de desembolso devidamente aprovado e que a transferência das parcelas subsequentes dependeria da aprovação da prestação de contas em relação às anteriores. Ainda, o primeiro repasse dependeria apenas da entrega da programação dos cursos e, conseqüentemente, com a publicação do extrato do convênio no Diário Oficial.

44. Nesse contexto, razoável a Secex/SP ao concluir pela regularidade da autorização da primeira parcela, haja vista o cumprimento das condicionantes por parte da executora, bem como do fato de essa aprovação não possuir relação direta com as causas do débito apurado.

45. Todavia, a autorização para liberação das duas parcelas seguintes do convênio, em meio às inúmeras inconsistências, irregularidades e evidências de condutas fraudulentas e inidôneas, revela uma atitude, no mínimo, negligente por parte dos gestores do estado de São Paulo, contribuindo de maneira crucial para a consumação do débito em questão.

46. Em virtude de todo o exposto, em relação ao ex-Secretário da Sert/SP e ao ex-Coordenador Estadual do Sine/SP, responsáveis pela supervisão e acompanhamento da execução do convênio, respectivamente, proponho o julgamento pela irregularidade de suas contas, com imputação de débito solidário no montante relativo à segunda e terceira parcelas do convênio.

8.11. Dessa forma, a causa próxima da legitimidade dos responsáveis, ora recorrentes, para figurar nestes autos reside no repasse irregular da segunda e terceira parcelas do convênio sem a acurada aprovação das prestações de contas parciais referentes à primeira e à segunda parcelas da pactuação. Tal conduta, poderia ter evitado, em seu nascedouro, os débitos correspondentes a esses dois últimos repasses. De se assinalar que tais ocorrências são espécie do gênero “acompanhamento deficiente” e que constou, expressamente, da citação dos responsáveis (peças 21, 25, 38 e 40).

8.12. Já as causas remotas, e que fundamentam o débito, residem nas demais irregularidades que se desvinculam das condutas afetas à indevida autorização para repasse das segunda e terceira parcelas do convênio em discussão. Dito por outras palavras, se a prestações de contas parciais referentes às primeiras e segundas parcelas apresentassem regularidade material, como condição prévia para a liberação das duas parcelas restantes em discussão e estando os autos devidamente saneados para a continuidade da execução do convênio, poder-se-ia, em tese, assistir razão aos recorrentes, o que não se verifica no presente caso concreto.

8.13. As linhas de defesas apresentadas por ambos são desprovidas de qualquer eficácia para exclusão formal dos recorrentes para o polo passivo desta TCE, acrescentando-se que, no que tange às condutas dos responsáveis, resta configurada a omissão de ambos quanto ao que dispõe o caput do art. 35 da IN/STN 1/1997:

Art. 35. Constatada irregularidade ou inadimplência na apresentação da prestação de contas parcial, o ordenador de despesas suspenderá imediatamente a liberação de

recursos e notificará o conveniente dando-lhe o prazo máximo de 30 (trinta) dias para sanar a irregularidade ou cumprir a obrigação.

8.14. *Especificamente em relação à defesa apresentada por Francisco Ribeiro:*

8.14.1. *Admitindo-se verdadeiros os atos referentes à adoção de diversos atos administrativos em prol do devido acompanhamento dos convênios, isso não pode afastar a sua responsabilidade uma vez que tal conduta se mostrou ineficaz para evitar a ocorrência do dano ao Erário constatado.*

8.14.2. *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, sem que tenha havido notificação na fase interna da TCE (não aplicável in casu, vide peça 9, p. 300 e 303, que comprova a notificação do recorrente em face dos atos inquinados lançados na Nota Técnica 21/2014), 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. [grifos]

8.14.3. *Não se pode reconhecer a sua ilegitimidade passiva em face do montante de sub-convênios geridos que não chegou, sequer, a uma centena de processos desse mesmo tipo. Ademais, competia ao gestor, no mínimo, padronizar procedimentos ante a similitude desse tipo de convênio.*

8.14.4. *Por fim, em relação a alegação de que a responsabilidade deveria recair sobre os demais gestores do PNQ, entende-se que tal argumento, se aceito, conduziria não a sua exclusão do polo passivo deste processo, mas a eventual ampliação do rol de responsáveis. Neste caso, se não houve a notificação de outros responsáveis na unidade técnica de origem, não compete, em sede recursal, reconhecer tal ampliação, na linha do que já foi decidido em precedente deste Tribunal, qual seja o Acórdão 842/2017-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Benjamin Zymler):*

Nos processos de controle externo a solidariedade passiva é benefício do Estado-autor, a quem, na condição de credor, é facultado exigir de um ou de todos os devedores a integralidade da dívida (arts. 275, 282 e 283 do Código Civil). Logo, o litisconsórcio necessário não configura direito subjetivo do responsável citado, não havendo que se falar em prejuízo processual e aos interesses do recorrente por ele permanecer isoladamente no polo passivo do processo.

8.15. *Já em relação à linha de defesa apresentada por Carmelo Neto, há que se consignar que:*

8.15.1. *O recorrente, de fato, pode não ter gerido os recursos. No entanto, propiciou que as segunda e terceira parcelas do convênio fossem repassadas, em que pese a*

existência de irregularidades na prestação de contas parcial da primeira parcela, conforme mencionado no item 8.3 a 8.6 desta instrução.

8.15.2. Supondo correta a alegação de que o responsável não detinha atribuição funcional para autorizar a liberação das parcelas restantes do convênio, praticou ato de ofício nesse sentido atraindo para si os deletérios efeitos de suas condutas irregulares. Ao apor sua assinatura, de forma incondicional, acabou por dar aparência de legitimidade aos atos subsequentes na hierarquia administrativa.

8.15.3. Quanto à reanálise dos precedentes favoráveis à exclusão de responsabilidade do responsável, entende-se que não há razões para reformar os corretos apontamentos lançados no voto condutor do acórdão recorrido que conduziram à legitimação passiva do recorrente para figurar nestes autos (peça 53, p. 5):

(...)

35. No tocante à responsabilização solidária dos gestores da Sert ao débito apurado, em razão de falhas no acompanhamento e supervisão da avença, cumpre destacar que o TCU já enfrentou situação similar nas inúmeras tomadas de contas especiais decorrentes do Convênio MTE/Sefor/Codefat 4/1999-Sert/SP, celebrado entre o MTE e a Sert/SP. Nesses processos, formaram-se duas posições.

36. A primeira entendia que as irregularidades relativas o acompanhamento deficiente da execução dos ajustes ensejava a ressalva nas contas dos gestores que exerciam as funções de Secretário da Sert/SP e Coordenador Estadual do Sine/SP. Neste sentido, os Acórdãos 2.789/2014, 2.590/2014, 2.438/2014 e 3.128/2014, todos da Segunda Câmara deste Tribunal.

37. A segunda posição diverge do entendimento acima exposto e classifica a deficiência na supervisão e acompanhamento do convênio como uma impropriedade grave, a ponto de ensejar a irregularidade das contas e a imputação de débito solidário. Ao seguir essa linha, como afirma a unidade instrutora, “a responsabilização dos agentes estaduais decorre do fato de terem autorizado pagamentos sem observar cláusulas do ajuste, o que evidenciaria a sua participação culposa na cadeia causal dos fatos” (Acórdãos 4.089/2015, 4.088/2015, 3.959/2015, 7.580/2015 e 3.111/2016, todos da Primeira Câmara).

38. Expostas as duas posições, adoto a segunda como paradigma para a solução do presente caso, em linha com as conclusões da unidade instrutora e o parecer do MPTCU.

8.16. Especificamente sobre as alegações trazidas à baila pela Sr^a Eloíza Aparecida, algumas considerações merecem ser tecidas.

8.16.1. O Código Civil de 2002 inovou substancialmente o direito anterior no que se refere às sociedades simples e às sociedades limitadas, cujo contrato não preveja a aplicação subsidiária das regras da sociedade anônima, ao estabelecer que os atos praticados pelo administrador com excesso de poderes não serão assumidos ou suportados pela sociedade sempre que a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade (inciso I); for conhecida por terceiro (inciso II) ou se se tratar de ato estranho ao objeto social (inciso III). Essa orientação, inspirada na ultra vires doctrine, segundo Marlon Tomazette, se opõe à tendência mundial de proteção dos terceiros de boa-fé e do favorecimento da celeridade nos negócios firmados pela sociedade.

8.16.2. Todo administrador de sociedade, quer seja sócio ou não, passa a ser responsável pelos atos que praticar, podendo ser responsabilizado pessoalmente por todos os atos que causem danos à sociedade. É presumida a culpa ou o dolo do administrador

que: a) realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria; b) sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros; c) tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.

8.16.3. No caso em epígrafe, percebe-se que a Senhora Eloíza Aparecida, presidente da entidade à época, teve responsabilidade sobre o uso da verba enviada por meio do Convênio Sert/Sine 95/04 que resultou no subconvênio MTE/SPPE/Codefat 48/2004-Sert/SP. Afinal, era a responsável direta pela gestão dos recursos públicos recebidos e pela execução do objeto pactuado. Nessa condição, tinha o dever de diligência, de lealdade, de informar, de vigilância, entre outros.

8.16.4. Nesse espeque, trata-se de responsabilidade objetiva, pois só o que importa é constatar a infração à lei ou ao contrato, e não se houve culpa ou dolo no cometimento. Modesto Carvalhosa, discorrendo a respeito do art. 158, da Lei 6.404/1976, afirma:

O elemento psicológico não é mais preponderante na configuração da responsabilidade do administrador (...). Não mais se impõe a prova da intenção que levou ao comportamento antijurídico no capítulo da culpa (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Ed. Saraiva, 311 ed., 2003, vol. 111, pp. 355-6).

8.16.5. Foram constatadas nesta tomada de contas especial que houve prejuízo ao erário, várias irregularidades foram cometidas por diversos agentes da Fundacc e que alguns desses atos ilícitos deram causa ao prejuízo.

8.16.6. Logo, foi identificada a responsabilidade civil ou aquiliana, que tem, via de regra, como pressuposto a existência de um dano causado por um agente de forma dolosa ou culposa. Na situação em exame, é indubitável a existência de dano, tendo em vista as diversas irregularidades apontadas, além da não comprovação, por meio de documentação idônea, da efetiva execução das ações pactuadas.

8.16.7. Por oportuno, importante resgatar minucioso e acertado exame empreendido pelo MP/TCU (peça 51, p. 1):

Entre tais irregularidades, ganham relevo a ocorrência de fraudes nos processos licitatórios, a apresentação de notas fiscais (de serviços de transporte e de aquisição de lanches), apólice de seguro e listas de presença inidôneas, a não comprovação de entrega aos treinandos de material didático e lanches, a movimentação financeira irregular da conta bancária do convênio e a liberação de parcelas dos recursos federais pela Sert/SP sem a análise e a aprovação das prestações de contas parciais.

No que tange à movimentação financeira irregular, cumpre apenas corrigir informação contida no item 35.5 da instrução à peça 48, uma vez que um dos extratos ali mencionados (peça 4, p. 172) é do ano de 2002, ou seja, provavelmente se refere a outro convênio firmado com a Fundacc.

Os extratos relativos à movimentação dos recursos do Convênio 95/2004, no período de 8.11.2004 a 4.3.2005, encontram-se à peça 3, pp. 229/30, e comprovam a ocorrência de saques vultosos em espécie, contrariando o art. 20, caput, da IN/STN 1/1997 e rompendo o nexo de causalidade entre os recursos federais e as despesas realizadas.

De fato, tais extratos apontam a realização dos seguintes saques em espécie: um saque em 26.12.2004, no valor de R\$ 24.414,80; três saques em 10.12.2004, nos valores de R\$ 19.235,20, R\$ 50.925,00 e R\$ 8.439,00; e três saques em 4.2.2005, nos valores de R\$ 28.600,00, R\$ 5.720,00 e R\$ 4.965,00.

O único cheque compensado na conta foi o cheque 000101, no valor de R\$ 7.275,00 (peça 3, p. 229). Consta da prestação de contas que esse cheque se refere à despesa com seguro de vida e acidentes pessoas (peça 3, pp. 180 e 198). Todavia, além de a

apólice de seguro ser falsa (peça 4, pp. 9/10, e peça 321, pp. 321/3 e 352/8), o pagamento teria sido feito por boleto bancário do Banco Itaú S/A, também falso (peça 4, p. 12, e peça 11, pp. 290/2, 317 e 321), e não por meio de cheque nominal à seguradora/corretora.

O que se percebe da análise dos autos é que a prestação de contas apresentada não apresenta a mínima fidedignidade. Inclusive o próprio período de realização dos cursos declarado pela conveniente – 25.10.2004 a 23.12.2004 (peça 7, p. 104) – é completamente incompatível com a data da inscrição dos supostos treinandos, que teria sido em 14.11.2004 (peça 7, pp. 50/84). Ressalte-se que, de acordo com informação prestada por funcionária da Prefeitura Municipal de Caraguatatuba, os cursos teriam se iniciado em 25.11.2004 e se encerrado em 23.12.2004 (peça 9, p. 280).

8.16.8. *Conforme a firme jurisprudência do TCU, a imputação das sanções do art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992, assim como do débito, exige apenas a verificação da ocorrência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, o que restou evidenciado no presente caso concreto.*

8.16.9. *Dessa forma, nenhum reparo há que ser dado em relação aos apontamentos precedentes.*

9. Mitigação de responsabilidade

9.1. *Carmelo Zitto Neto e Francisco Prado de Oliveira arguem pela mitigação da responsabilidade a eles atribuídas, tendo e vista os seguintes fundamentos:*

9.1.1 Alegações do Carmelo Zitto Neto:

a) como coordenador, o recorrente deu sequência aos procedimentos relativos a formalização dos convênios que já estavam em andamento. De outro lado, havia grupo na Sert que tinham função de analisar a documentação dos convênios para posterior autorização de pagamento (peça 73, p. 13);

b) a documentação desse grupo era submetida ao recorrente que os repassava ao setor jurídico que, posteriormente, era enviado ao gabinete para elaboração de parecer (peça 73, p. 13);

c) após essa etapa, os autos eram submetidos novamente ao recorrente para pagamento, com assinaturas dos cheques pelo chefe do gabinete e ordenador de despesas e de sua assinatura, no verso da cártula (peça 73, p. 14);

d) na prática do dia a dia, não competia ao recorrente decidir sobre o que era legal ou ilegal, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno uma vez que o processo já havia passado pelo departamento jurídico, técnico e gabinete (peça 73, p. 14);

e) a autorização e a celebração de convênios, bem como a ordenação de despesas, eram encargos do então do Secretário de Emprego e Trabalho e do seu Chefe de Gabinete (peça 73, p. 16);

f) qual seria a finalidade da existência de equipe técnica e jurídica e de seus respectivos pareceres se os servidores não puderem se utilizar de suas conclusões técnicas? Ademais, não competia ao recorrente a confecção da prestação de contas e a fiscalização do convênio (essa última encarregada por comissão criada pelo Secretário de Trabalho) (peça 73, p. 15);

g) o recorrente teria recomendado a devolução das importâncias devidas e correspondentes aos débitos ora impugnados, conforme consta no acórdão recorrido (peça 73, p. 16); e

h) por fim, menciona-se que o recorrente se exonerou do cargo em 4/1/2007 (peça 73, p. 17).

9.1.2 O Sr. Francisco Prado de Oliveira Ribeiro argumenta que seus atos foram praticados embasados em pareceres técnicos e jurídicos, além de que não possuía discricionariedade para contestar tais pareceres (peça 83, p. 13).

Análise:

9.2. Não assiste razão aos recorrentes.

9.3. Inicialmente, reiteram-se as mesmas análises lançadas nos itens 8.2 a 8.16 deste Exame (rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva do recorrente) já que também se aplicam para refutar, no mérito, eventual mitigação de responsabilidade com a pretensão de se afastar a imputação de débito em discussão.

9.4. O argumento de que os atos praticados pelos responsáveis se deram pautados em pareceres técnicos e jurídicos não pode ser acolhido em face de diversos precedentes já firmados no âmbito deste Tribunal e que não isentam de responsabilidade os ora recorrentes, tais como: Acórdãos 277/2014-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Raimundo Carreiro), 1.001/2015-TCU-Plenário (relatoria Ministro Benjamin Zymler) e 1.922/2017-TCU-Plenário (relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer).

9.5. Especificamente em relação ao recorrente Carmello Zitto Neto, em que pese a descrição dos trâmites processuais ocorridos no âmbito dos convênios referentes ao Plano Nacional de Qualificação, verifica-se que o recorrente atuou nesses processos apondo sua assinatura, no âmbito de cargo de Coordenador Estadual do Sine/SP, tendo subscrito o termo do convênio e propiciado os meios para a liberação das segunda e terceira parcelas do Convênio. Não há em seu arrazoado, por exemplo, que tais atos se deram, por coação, contra a sua vontade ou por meio de falsificação de sua assinatura.

9.6. Em relação à linha de argumentação no qual se indica que, de fato a responsabilidade recai sobre outro responsável, reitera-se a mesma análise lançada no subitem 8.14.4 deste Exame.

9.7. Quanto à alegação de que o recorrente recomendou a devolução das parcelas irregulares, tal ato, ao final, não surtiu qualquer efeito concreto já que não há provas nos autos de que o débito foi recolhido por qualquer responsável. Dessa forma, não se pode eximir a sua responsabilidade.

9.8. Por fim, a sua alegada exoneração funcional, no início do exercício de 2007, não é fato apto a afastar sua responsabilidade em relação ao débito em discussão. O período, maior ou menor, em que exerceu o coordenador não foi levado em consideração como critério para a fixação de sua responsabilidade.

10. Vedação de enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública

10.1. O Sr. Francisco Prado de Oliveira Ribeiro e a Sr^a Eloíza Aparecida Andrade Antunes requerem que seja reconhecida a insubsistência do débito a eles imputado tendo em vista os seguintes fundamentos:

10.1.1 Alegações do Sr. Francisco Prado de Oliveira Ribeiro

a) houve efetiva realização dos cursos e a manutenção do débito importaria em enriquecimento ilícito por parte da União (peça 83, p. 15);

b) pagamentos a maior só poderiam gerar a glosa de valores correspondentes às diferenças (peça 83, p. 16);

c) a jurisprudência do TCU admite que no caso da aplicação de recursos, parcial ou extemporânea, não cabe a imputação de débito (peça 83, p. 20);

d) deveria ter sido apontada eventual diferença na prestação de contas, ou seja, qual parte do objeto foi executado e qual não foi para se chegar ao valor correto do débito, o que acabou não sendo feito (peça 83, p. 16);

10.1.2. A Sr^a Eloíza Aparecida Andrade Antunes contesta o débito a ela imputado, tendo em vista os seguintes fundamentos:

a) está ocorrendo cobrança em duplicidade do pagamento da dívida, visto que foi publicado no dia 4/12/2017, no Diário Oficial do Estado de São Paulo, o despacho do Sr. Secretário da Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo - Sert, homologando as conclusões exaradas pelo Grupo de Trabalho, referente ao Convênio, para a devolução no valor de R\$ 386.124,73 (trezentos e oitenta e seis mil, cento e vinte e quatro reais e setenta e três centavos), considerando que, houve danos ao erário público no convênio firmado (peças 62, p. 4; 74, p. 3);

b) o ressarcimento de 100% do Convênio, constitui uma injustiça, diante de toda a documentação comprobatória de despesas e do número de pessoas contempladas na execução do Convênio, além de manifesto enriquecimento ilícito porque os serviços foram prestados (peça 62, p. 6-7);

c) não foram considerados os comprovantes das despesas, nem que os serviços foram efetivamente prestados, determinando-se a devolução integral do convênio, o que é patente enriquecimento sem causa (peça 74, p. 3).

Análise:

10.2. Também não assiste razão aos recorrentes.

10.3. Inicialmente, há que se assinalar que os recorrentes não trouxeram quaisquer novos elementos que demonstrassem, de forma suficiente, sua alegação de 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 eles juntados em suas razões recursais.

10.4. Por conseguinte, à míngua da omissão em suas razões recursais, reitera-se que competiria aos recorrentes 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.

10.5. O suposto enriquecimento sem causa da União alegada pelos defendentes, existente na imputação de débito no valor integral do convênio, não tem fundamentação jurídica e já foi tratado nesta Corte de Contas. A jurisprudência do TCU é firme no sentido de que a mera execução, ou a execução parcial, do objeto conveniado não é

suficiente para aprovar as contas do gestor responsável. Ademais, a informação de que o objeto do convênio foi executado em sua integralidade, não encontra amparo documental.

10.6. Os gestores responsáveis não comprovaram a execução do objeto nem a regularidade das contas, ou mesmo demonstraram a adoção de medidas suficientes para garantir a boa aplicação dos recursos federais. A regra relativa ao exercício do controle financeiro no processo, deste Tribunal, privilegia, como princípio básico, a inversão do ônus da prova, pois cabe ao gestor público comprovar a boa e regular aplicação dos dinheiros e valores públicos, sob sua responsabilidade.

10.7. Os fatos apurados indicam a ocorrência de prejuízo ao Erário, oriundos da irregularidade na execução financeira do objeto. Não foi comprovada a boa e regular aplicação dos recursos transferidos, uma vez que não foi possível estabelecer o nexo causal entre as despesas realizadas e os recursos federais repassados. Soma-se a isso, as diversas irregularidades encontradas nos processos licitatórios, superfaturamento, documentação inidônea, entre outras.

10.8. A alegação de que o débito deveria ser parcial, reconhecendo a execução de parte do objeto do convênio não se sustenta tendo em vista, principalmente, a imputação de que não foi devidamente comprovado o multicitado vínculo de nexo causalidade entre recursos recebidos e aplicados no convênio. Aplica-se, assim, o entendimento que se extrai do Acórdão 5.170/2015-TCU-Primeira Câmara (relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues):

A mera execução física do objeto ou de parte dele não comprova o regular emprego dos recursos de convênio firmado com a União. É necessário que o responsável demonstre o nexo causal entre os recursos por ele geridos e os documentos de despesas referentes à execução, como notas de empenho, ordens bancárias, cheques, recibos ou notas fiscais e extratos bancários, com vistas a confirmar a utilização dos recursos da União no ajuste.

10.9. O débito pelo valor integral fundamenta-se justamente na ausência de adequada comprovação acerca da execução do objeto do convênio, qual seja, a efetiva realização da apresentação artística custeada com recursos do convênio.

10.10. Especificamente sobre as alegações trazidas à baila pela Sr^a Eloíza Aparecida, algumas considerações merecem ser tecidas.

10.11. O fato de ter havido um despacho do Sr. Secretário da Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo, homologando as conclusões exaradas pelo Grupo de Trabalho no sentido de devolução dos recursos, não significa que a apuração já iniciada pelo TCU chegaria às mesmas conclusões, por exemplo, no tocante à identificação dos responsáveis e/ou à quantificação do dano. Aplicada a todo e qualquer caso, tal tese acabaria por submeter esta Corte de Contas às apurações ocorridas em outras esferas, comprometendo o exercício das competências constitucionais próprias do TCU e colocando em risco o princípio da independência das instâncias.

10.12. Nessa linha, vale lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas jurídicas – cível, criminal e administrativa. Dessa forma, o fato de tramitarem processos em esferas distintas não viola o princípio que veda o bis in idem, como se constata pelo teor dos artigos 935 do Código Civil, 66 do Código de Processo Penal, 126 da Lei 8.112/90 e 12 da Lei 8.429/1992.

10.13. Esta Corte de Contas possui entendimento pacífico no sentido de que a tramitação de ações em outras esferas, com vistas à apuração de condutas antijurídicas,

não configura dupla apenação. Nesse sentido é excerto do voto condutor do Acórdãos 6839/2017-1ª Câmara, relatado pelo ministro Bruna Dantas, e 879/2016-1ª Câmara, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, os quais afastam a possibilidade de bis in idem, ainda que haja ação de ressarcimento de dano, interposta em sede judicial.

10.14. Nesse sentido, vale destacar enunciado da Súmula-TCU 128:

O risco de um ressarcimento em duplicidade por parte do responsável está de todo afastado, em razão da orientação já sumulada nesta Corte no sentido de que os valores eventualmente já satisfeitos deverão ser considerados para efeito de abatimento na execução.

10.15. Por conseguinte, a condenação ao ressarcimento do dano ao erário por mais de uma instância não afronta o princípio do non bis in idem, pois o pagamento da quantia necessária à reparação integral deve ocorrer somente uma vez, afastando-se a possibilidade de ressarcimento em duplicidade.

10.16. Sendo assim, ante a ausência de elementos capazes de alterar o juízo anteriormente formulado, não é possível reformar o julgado, como pretende os recorrentes.

11. Do cumprimento do objeto na execução do subconvênio Sert/Sine 95/2004

11.1. Os recorrentes Francisco Prado de Oliveira, Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc arguem pela regularidade na execução do subconvênio Sert/Sine 95/2004, tendo em vista os seguintes fundamentos:

11.1.1. Argumentos do Sr. Francisco Prado de Oliveira:

a) a falta de documentação quanto à entrega do material e do lanche não faz prova de que os cursos não foram realizados (peça 83, p. 16);

b) a ausência de encaminhamento dos formandos ao mercado de trabalho não gera qualquer prejuízo já que o conhecimento adquirido foi alcançado (peça 83, p. 16);

c) impugna-se a assertiva de que as prestações de contas parciais e finais da Entidade não teriam sido aprovadas, no âmbito da Sert, antes das liberações das parcelas, em face da forma pela qual as prestações de contas eram recebidas e avaliadas. Ademais, há que ser levado em consideração a manifestação do presidente da entidade responsável pela execução do convênio quanto às dificuldades enfrentadas para a implementação do programa federal em questão (peça 83, p. 19).

11.1.2. Argumentos da Sr^a Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e da Fundacc:

a) houve o cumprimento integral de todos os contratos, não havendo que se falar em qualquer prejuízo ao erário (peças 62, p. 11; 74, p. 11);

b) os cursos ocorreram e foram ministrados seguindo estritamente às normas previstas no convênio. Os alunos foram beneficiados pelas ações desenvolvidas na execução do plano de trabalho, recebendo material didático, transporte, seguro de vida contra acidentes pessoais e alimentação. A Fundação ofereceu toda infraestrutura necessária, locando uma escola e equipamentos. Efetuou, por fim, integralmente todas as obrigações assumidas no convênio, inclusive a divulgação em cartazes, folhetos, anúncios na rádio e matéria na mídia (peças 62, p. 18; 74, p. 18);

c) há registros fotográficos, depoimentos de pessoas e funcionários públicos que participaram de solenidades para entrega dos certificados, sendo certo que os alunos envolvidos, muitos deles desempregados, agradeciam a oportunidade (peças 62, p. 18; 74, p. 18);

d) a não comprovação da entrega de material didático e lanches aos treinandos não faz prova de que os cursos não foram realizados (peças 62, p. 13; 74, p. 13). No entanto, pode-se comprovar tal execução por meio de depoimento de testemunhas, tais como os alunos que realizaram o curso (peças 62, p. 13; 74, p. 13);

e) o convênio 95/2004 foi executado de modo acelerado, sendo assinado no dia 21/10/2004, tendo como início da execução a data de sua assinatura (cláusula 12ª). Atente-se para o lapso temporal exíguo que exigia práticas ágeis e simplificadas (peças 62, p. 9; 74, p. 10).

f) os diários de classe/listas de frequência confirmam a participação de treinandos nos cursos contratados, bem como registram os nomes dos instrutores, que também constam da relação de pagamentos e dos respectivos recibos de pagamento, conforme relatórios de frequências diárias e listas de frequência diárias (peças 62, p. 16; 74, p. 16);

g) no que tange às assinaturas nas listas de presença de treinandos que não concluíram os cursos e a menção do nome de Glauco Aparecido Siqueira e de Maria Aparecida Rodrigues da Cruz aposta nos diários de classe/relatórios de frequência e nas listas de recebimento de certificado, torna-se necessário o depoimento desses treinandos para esclarecer a questão (peças 62, p. 16; 74, p. 16);

h) as irregularidades apontadas no presente processo já foram objeto de decisão por parte do Tribunal de Contas da União, que, em casos análogos, houve por bem julgar regulares com ressalvas as contas prestadas, como no excerto do relatório que fundamenta o Acórdão 1.802/2012-2ª Câmara, em que foram afastadas as irregularidades e os correspondentes débitos decorrentes, entre outros motivos, da ausência de documentos comprobatórios, para as situações em que ficou comprovada a execução física do objeto do contrato, como no caso da Fundação (peças 62, p. 11; 74, p. 11-12). O TCU considerou aptos a afastar a incidência de débito documentos acostados aos autos que comprovaram a existência dos três elementos fundamentais de qualquer treinamento, quais sejam, instrutores, treinandos e instalações físicas. Esses documentos continham relação detalhada dos alunos aprovados e evadidos, planilhas de notas, registros das aulas realizadas e comprovantes de pagamentos dos encargos previdenciários, restando comprovado o adimplemento do contrato (peças 62, p. 11-12; 74, p. 12).

Análise

11.2. Nos autos, não há suporte documental que comprove a alegada aprovação das contas. Em sentido contrário, há elementos robustos que conduzem ao entendimento de que a prestação de contas apresentada não possui o mínimo de fidedignidade.

11.3. A falta de documentação quanto à entrega do material e do lanche, isoladamente, não fazem prova de que os cursos não foram executados. Acontece que tais apontamentos se caracterizam como indícios de que, se levados em consideração no contexto envolvendo diversas outras irregularidades, fazem prova quanto a não execução do objeto do convênio.

11.4. Não socorre à defesa a citada manifestação do presidente da entidade responsável pela execução do convênio quanto às dificuldades enfrentadas. O fato é que a entidade assumiu responsabilidades ao subscrever o convênio Sert/Sine 95/2004. Tinha, então, obrigação de prestar contas, comprovando a regularidade na utilização dos recursos federais geridos. Se não o fez, há de ser responsabilizada, como determina a legislação.

11.5. 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 entidade final tomadora dos mesmos e mal acompanhado pelo supervisor do convênio, atribuição que recai, justamente, sobre o Sr. Francisco Prado de Oliveira, considerando o 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 ou, parcialmente, pelos recursos que poderiam ter sido contingenciados pelo recorrente, na qualidade de supervisor, e não o foram.

11.6. Muitas das alegações dos recorrentes dizem respeito a deficiências estruturais quanto ao devido acompanhamento do convênio que se enquadram no brocardo jurídico de que a ninguém é dado alegar torpeza em seu próprio proveito. Ademais, a partir do momento em que o Sr. Francisco Prado assinou as pactuações, ele se vinculou aos prazos e formas de execução, também não se podendo admitir que o que foi firmado se deu de forma peremptória.

11.7. Coligindo as alegações trazidas aos autos, verifica-se que os argumentos apresentados por Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e pela Fundacc são semelhantes. Dessa forma, à luz do princípio da ampla defesa e do contraditório, combinado com o princípio da celeridade processual, a análise dos argumentos será conjunta, sempre que possível.

11.8. Não merece prosperar o argumento de que houve completa execução do objeto do convênio, porquanto não há documentação que conduza a tal conclusão.

11.9. Depoimento de testemunhas ou declarações dos treinandos, isoladamente, não são suficientes para comprovar a execução dos cursos, pois possuem baixa força probatória e provam somente a existência da declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado demonstrar a veracidade do alegado. Nesse sentido o Acórdão 5407/2016 - 2ª Câmara, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro.

11.10. Em referência à alegação de que foram apresentados diversos documentos comprovando as despesas incorridas, vale lembrar que tais documentos não serviram ao propósito de descaracterizar os graves indícios de irregularidade que comprometem a fidedignidade de diversos documentos, tais como listas de frequência diárias, diários de classe/relatórios de frequência, listas de recebimento de certificado e listas de recebimento de auxílio transporte, conforme relatado nos itens 34 a 34.6 do relatório fundamentador do acórdão ora vergastado (peça 54, p. 13).

11.11. Especificamente sobre a alegação de que foram fornecidos os materiais didáticos e lanches aos treinandos, nenhuma documentação foi acostada aos autos no sentido de comprovar o referido fornecimento.

11.12. Os citados diários de classe/lista não se prestam a comprovar a regularidade na execução dos treinamentos. Isso porque foram identificadas diversas irregularidades graves em tais documentos. Em que pese tais irregularidades, os ora recorrentes não trazem argumentos ou documentação que possam comprovar validamente a presença dos treinandos. Nesse sentido, vale transcrever elucidativo trecho do relatório fundamentador do acórdão ora vergastado (peça 54, p. 11-12):

34.1. Inicialmente, registre-se que na instrução que compõe a peça 14, que subsidiou a citação dos responsáveis, a ocorrência em tela encontra-se descrita nos seguintes termos (peça 14, p. 6, grifou-se):

41. Além das irregularidades citadas pelo tomador de contas especial é importante resgatar constatação do Relatório de Fiscalização 537, segundo o qual foi registrado no sistema SIGAE [Sistema de Gestão das Ações e Emprego], para fins de prestação de contas, alunos que não participaram ou não chegaram a concluir os cursos.

42. Em relação à Fundacc, 58% dos alunos amostrados pela CGU afirmaram que não participaram ou concluíram os cursos, embora tenham sido registrados como concluintes na prestação de contas da entidade (peça 1, p. 30). Além disso, constatarem-se diversas falsificações de assinaturas nas listas de presença (peça 1, p. 33-34).

43. Como exemplo do acima citado, o senhor Glauco Aparecido Siqueira cursou, mas não concluiu, o Curso de Jardinagem e Paisagismo - Turma 1, de acordo com o questionário do controle interno (peça 12, p. 13). No mesmo questionário, consta a observação de que 'assistiu somente a primeira aula'. Porém, sua assinatura foi aposta em todas as listas de presença do curso (peça 7, p. 186-268). Já a senhora Maria Aparecida Rodrigues da Cruz (peça 12, p. 17) não participou do curso Jardinagem e Paisagismo - Turma 2, segundo o mesmo questionário, mas sua assinatura consta de todas as listas de presença (peça 7, p. 270-366).

34.2. Dessa forma, verifica-se que na referida instrução não houve questionamento acerca dos recibos de pagamento a instrutores. Ademais, vale assinalar que a defesa não se manifesta especificamente sobre os graves indícios de irregularidades apontados no excerto acima transcrito. Nesse sentido, verifica-se que os casos mencionados a título de exemplificação no item 43 daquela instrução, acima transcrito, evidenciam a falta de fidedignidade das listas de frequência diárias.

34.3. A presença de Glauco Aparecido Siqueira e de Maria Aparecida Rodrigues da Cruz também está aposta nos diários de classe/relatórios de frequência à peça 6, p. 92-98 e p. 106-110, respectivamente, fato que, pelo mesmo motivo, compromete a fidedignidade destes documentos.

34.4. Além disso, consta a assinatura de Glauco Aparecido Siqueira e de Maria Aparecida Rodrigues da Cruz nas listas de recebimento de certificado à peça 7, p. 124 e p. 126, respectivamente, bem como nas listas de recebimento de auxílio transporte à peça 7, p. 154-156 e p. 158-160, respectivamente, fato que, pelo mesmo motivo, compromete a fidedignidade destes documentos.

11.13. O precedente mencionado pelos recorrentes, Acórdão 1.802/2012 – 2ª Câmara, relatado pelo Ministro José Jorge, não os socorre, uma vez que o citado Acórdão também julgou irregulares as contas dos responsáveis, além de condená-los em débito solidário e ao pagamento de multa.

12. Da responsabilização da Sert

12.1. Os recorrentes Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc questionam a responsabilização da Sert, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) a Sert celebrou, juntamente com a Fundacc, a realização dos cursos, chancelando todas as etapas do convênio. A parceria, com atribuições recíprocas, deve ser reavaliada, pois, em se tratando de termo de cooperação, a Sert também teve suas obrigações pactuadas e dentre elas, a de atestar as prestações de contas para efetuar os repasses financeiros, os quais estavam condicionados ao efetivo cumprimento das etapas cumpridas e das contas aprovadas (peça 62, p. 19, peça 74, p.3);

b) a Sert tinha a obrigação de acompanhar e fiscalizar as ações de qualificação profissional contratadas, conforme disciplinava a cláusula 2ª do Convênio SERT/SINE 095/2004; se não pontuou em relatórios ou pareceres a respeito da regular execução do objeto do convênio e aceitou a prestação de contas, é porque entendeu que a execução foi

comprovada, e assim, diante do adimplemento das obrigações assumidas, há que se afastar o débito a ser ressarcido (peças 62, p. 10-11; 74, p. 11);

c) o convênio poderia ser denunciado por interesse dos partícipes a qualquer tempo, mediante notificação prévia, bem como, poderia ser rescindido, pelo cometimento de infração legal ou descumprimento de qualquer de suas cláusulas, ou seja, parece muito estranho que a Sert não tenha feito denúncia ou rescindido o ajuste, o que comprova que as cláusulas do convênio foram cumpridas conforme disciplinado no instrumento (peças 62, p. 7-8; 74, p. 8-9).

Análise

12.2. A atuação deficiente da Sert no acompanhamento e na fiscalização das ações de qualificação profissional, não elide as irregularidades apuradas, muito menos afasta a responsabilidade da entidade e de seus gestores, convenientes e gestores de recursos federais. Por oportuno, vale lembrar que o então Secretário do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo e o então Coordenador Estadual do Sine/SP foram citados solidariamente (peças 21 e 38) com a Fundacc e sua Presidente à época dos fatos.

12.3. O fato de a Sert não ter denunciado ou rescindido o convênio não tem o condão de comprovar a execução do objeto ou mesmo a regularidade na aplicação dos recursos. Para tal fim, caberia aos responsáveis apresentar documentação idônea apta a elidir as irregularidades detectadas e comprovar a boa e regular aplicação dos recursos repassados.

13. Da aprovação da prestação de contas

13.1. Os recorrentes Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc alegam a aprovação da prestação de contas, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) consta no processo 774/04 da SERT, que a Fundação enviou farta documentação à Sert quanto à execução física e financeira do convênio: relatórios de frequências diárias; listas de frequência diárias; recebimento do auxílio transporte e recebimento de certificados, diários de classe, relatórios das metas atingidas, incorrendo em uma apuração distorcida dos fatos (peças 62, p. 4-5; 74, p. 4);

b) o item 3.2 da cláusula terceira do convênio dispunha que a transferência das parcelas posteriores dependeria da prestação de contas parcial e sua aprovação em relação às anteriores. Se tais etapas não fossem cumpridas, não teríamos como receber os recursos pertinentes ao projeto (peças 62, p. 12; 74, p. 12).

c) a prestação de contas do convênio foi realizada a cada repasse, ou seja, a prestação de contas parcial foi pertinente ao primeiro repasse, sendo instrumento para avaliar a liberação do segundo repasse no termo aditivo, portanto, entende-se que houve a comprovação das referidas despesas no convênio, com a boa e regular aplicação dos recursos (peças 62, p. 7; 74, p. 8);

d) os documentos contábeis foram devidamente lançados no Siafem (Sistema Integrado de Administração Financeira para Estados e Municípios) e não há que se falar em falta de prestação de contas ou em não aprovação da mesma, haja vista que todas as liberações de parcelas foram autorizadas pelo Coordenador do Sine/SP e que a liberação de cada parcela estava condicionada à aprovação da prestação de contas das parcelas anteriores, conforme estipulado no termo de convênio (peças 62, p. 7; 74, p. 8).

Análise

13.2. *A eventual aprovação das contas anuais da Fundacc pelos órgãos competentes não pode servir como atenuante, muito menos excludente de responsabilidades. Sobre esse aspecto esclarece-se, desde já, que o Tribunal de Contas da União possui jurisdição e competência próprias estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992).*

13.3. *Não consta dos autos a citada aprovação da prestação de contas do convênio Sert/Sine 95/04. Por oportuno, vale transcrever elucidativo trecho do relatório fundamentador do acórdão ora recorrido (peça 54, p. 6-7):*

26.2. *A esse respeito, verifica-se que, no documento à peça 9, p. 278, de autoria da Gestora do Programa de Qualificação Profissional da Sert/SP e datado de 29/4/2005, consta parecer favorável relativamente ao Convênio Sert/Sine 95/04, em face do Memorando 100/2005 CG-CPRT, datado de 25/4/2005. Entretanto, o referido Memorando (peça 9, p. 280) relata que a vistoria do servidor da Sert/SP no local dos cursos somente ocorreu no dia 10/2/2005, após o período previsto para realização dos cursos (de 25/10/2014 a 23/12/2014, conforme o Plano de Trabalho à peça 1, p. 230, e o Relatório Conclusivo Físico-Financeiro à peça 1, p. 392). Por esse motivo, conclui-se que restou prejudicada a verificação in loco da efetiva execução dos cursos que compõem o objeto desse convênio, bem como da qualidade dessa ação de qualificação profissional.*

26.3. *Ademais, por meio do Ofício Sert/CPER/Of. Especial/2006, datado de 26/1/2006 (peça 1, p. 400), a Sert/SP encaminhou à Fundacc relatório da auditoria realizada pela Controladoria-Geral da União (CGU) apontando diversas irregularidades na prestação de contas relativa aos cursos de qualificação ministrados por aquela Fundação.*

26.4. *Consta ainda dos autos o Memorando Sert/CPER 26/2006, datado de 20/3/2006 (peça 1, p. 402-408), no qual o Coordenador da CPER/Sine (Coordenadoria de Política de Emprego e Renda) concluiu não ser possível acatar as prestações de contas das entidades executoras apontadas no Relatório de Fiscalização 537, da Controladoria-Geral da União (peça 1, p. 20-102), dentre as quais se inclui a Fundacc, recomendando que, após o encaminhamento dos autos à Consultoria Jurídica da Sert/SP, tais entidades executoras fossem intimadas a devolver as importâncias correspondentes aos débitos impugnados. Dessa forma, não há que se falar em aprovação da prestação de contas do Convênio Sert/Sine 95/04.*

26.5. *Ademais, a competência atribuída à Sert/SP na cláusula segunda, item 2.1.2, do Convênio Sert/Sine 95/04 (peça 1, p. 322), de manter a supervisão, o acompanhamento, o controle e a avaliação da execução do Plano de Trabalho, não exclui a responsabilidade da Fundacc de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos repassados pela Sert/SP na execução do objeto do Convênio Sert/Sine 95/04, conforme disposto nesse instrumento convenial, por força do que estabelecem o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986.*

26.6. *Por fim, vale destacar que, em razão do acompanhamento e supervisão deficientes do Convênio Sert/Sine 95/04, o então Secretário do Emprego e Relações do Trabalho do Estado de São Paulo e o então Coordenador Estadual do Sine/SP foram citados solidariamente (peças 21 e 38) com a Fundacc e sua Presidente à época dos fatos.*

13.4. *Pelo exposto, as alegações apresentadas não merecem prosperar.*

14. *Da boa-fé*

14.1. *Os recorrentes Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc arguem pelo reconhecimento da boa-fé, tendo em vista que agiram acreditando*

legitimamente em uma situação digna de confiança gerada pela prestação de contas parcial e tendo orientado efetivamente a sua conduta em conformidade com essas premissas (peças 62, p. 8).

Análise

14.2. *No tocante à alegada boa-fé da Sr^a Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira, há de se repisar que o reconhecimento da boa-fé por esta Corte deve ser feito expressamente e somente pode ocorrer quando estiverem presentes elementos suficientes para aquilatar os motivos das condutas adotadas por gestores de recursos públicos, que, no caso de tomadas de contas especiais, não desfrutam, em princípio, da presunção de boa-fé.*

14.3. *Outrossim, o Plenário desta Casa sedimentou entendimento de que, quando se trata de processos atinentes ao exercício do controle financeiro da Administração Pública, tais como o que ora se examina, a boa-fé não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos.*

14.4. *Nesse contexto, e após exame das alegações apresentadas, não há como se vislumbrar a boa-fé na conduta da responsável. Com efeito, não alcançou o intento de comprovar a execução do objeto nem a regularidade na aplicação dos recursos, restringindo-se a apresentar justificativas improcedentes e incapazes de elidir as irregularidades cometidas.*

14.5. *Com relação à alegada boa-fé da Fapur, a jurisprudência do TCU aponta no sentido de que não se pode aferir a boa-fé de pessoas jurídicas de direito privado, como é o caso da Fundacc. Tal posição se consolidou, ao que tudo indica, a partir do exame de casos em que estavam presentes entidades de direito público. No caso sob exame, porém, trata-se de entidade de direito privado (fundação). Há, certamente, entre essas duas categorias de entidades distinções importantes que devem ser levadas em conta e que estão consideradas no ordenamento jurídico.*

14.6. *As consequências para o exame de alegações de defesa por entidade privada foram tratadas com pertinência, em voto da lavra do Min. Bruno Dantas, que serviu de fundamento para o Acórdão 5.664/2014 – Primeira Câmara. Naquela ocasião, ao bater-se pela insubsistência de proposta que sugeria a abertura do novo e improrrogável prazo para que determinada associação recolhesse o débito apurado, anotou que “a jurisprudência maciça deste Tribunal em relação a essa questão restringe-se a pessoas jurídicas de direito público”. Valeu-se também de precedente contido no Acórdão 3.375/2006-2ª Câmara, em que o relator, Ministro Ubiratan Aguiar, já havia investigado tal matéria.*

14.7. *A tese extraída do referido Acórdão 5.664/2014 – Primeira Câmara, por meio do qual o Tribunal julgou irregulares contas de determinada associação e de um de seus gestores, foi assim sintetizada pela Secretaria das Sessões do TCU, em seu Boletim de Jurisprudência 57:*

O exame da boa-fé, para fins de concessão de novo prazo para o recolhimento do débito sem a incidência de juros de mora (art. 202 do Regimento Interno/TCU), quando envolver pessoa jurídica de direito privado, será feito, em regra, em relação à conduta de seus administradores, uma vez que os atos destes obrigam a pessoa jurídica, desde que exercidos nos limites dos poderes definidos no ato constitutivo do ente (art. 47 do Código Civil).

14.8. *Ao ter em conta essa orientação, que se afigura adequada para a solução deste caso, há de se concluir que os atos relacionados à gestão dos recursos repassados por conta do citado convênio não permitem a identificação da aventada boa-fé de nenhum dos*

agentes citados pelo Tribunal. Como visto, verificaram-se inconsistências grosseiras, acima arroladas, as quais também justificam a apenação de ambos com multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

14.9. Pelo exposto, não há como conferir a boa-fé da Fundacc nem da responsável, tendo em vista que não alcançou o intento de comprovar a execução do objeto nem a regularidade na aplicação dos recursos, restringindo-se a apresentar justificativas improcedentes e incapazes de elidir as irregularidades cometidas.

15. Das falhas formais

15.1. Os recorrentes Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc questionam as irregularidades apuradas, tendo em vista que foram identificadas falhas de natureza formal, como a ausência nos documentos da identificação do nome e número dos convênios, mas que não impedem a constatação do nexo causal entre as despesas realizadas e o objeto do convênio (peças 62, p. 16; 74, p. 16).

Análise

15.2. As irregularidades encontradas não são meramente burocráticas ou de natureza formal. Poderiam ser sanáveis, se os responsáveis apresentassem comprovantes documentais que fossem aptos a operar efeitos impeditivos, modificativos ou extintivos dos fundamentos constituidores do débito, além de demonstrarem o nexo de causalidade entre as despesas realizadas e os saques efetuados na conta específica do convênio.

15.3. Vale destacar que foram apontados graves indícios de irregularidades no Relatório de Fiscalização 537, da Controladoria-Geral da União (peça 1, p. 20-102) e no Relatório Técnico do Grupo de Trabalho criado pelo Decreto 51.659/2007 (peça 2, p. 110-126). Tais ocorrências foram analisadas, de forma sistematizada, na instrução que compõe a peça 14, a fim de subsidiar a citação dos responsáveis (peças 23 e 37).

16. Da descrição dos fatos

16.1. Os recorrentes Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc questionam que os fatos não foram narrados adequadamente, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) há necessidade da descrição pormenorizada dos fatos, com indicação específica da conduta individual de quem tenha participado da prática supostamente irregular, o que é conditio sine qua non para tornar possível o exercício do devido processo legal;

b) admitir acusação na qual alguém é responsabilizado por todos os atos praticados em nível das mais diversas seções e diretorias da Fundação, é admitir não apenas a responsabilidade objetiva, mas a responsabilidade por fato de outrem, o que indiscutivelmente contraria os princípios de um estado democrático de direito (peças 62, p. 8; 74, p. 9);

Análise

16.2. Sobre a alegada inexistência de detalhamento de cada conduta praticada pelos responsáveis, vale dizer que a Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba (Fundacc), na condição de entidade executora das ações de qualificação profissional que compõem o objeto do Convênio Sert/Sine 95/2004, e a Sra. Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira, presidente dessa entidade à época e responsável direto pela gestão dos recursos públicos repassados pela Sert/SP e pela execução do objeto pactuado, foram citadas em razão da não comprovação de que o objeto do referido convênio foi

regularmente realizado, tendo em vista as ocorrências apontadas no Relatório de Fiscalização 537, da Controladoria-Geral da União (peça 1, p. 20-102), no Relatório Técnico do Grupo de Trabalho criado pelo Decreto 51.659/2007 (peça 2, p. 110-126), na Nota Técnica 21/2014/GETCE/SPPE/MTE (peça 9, p. 282-286) e no Relatório de Tomada de Contas Especial 3/2015 (peça 10, p. 120-136), sintetizadas a seguir: (peças 23, 26, 37 e 43):

a) não apresentação de documentos contábeis idôneos e sólidos que comprovassem o nexo causal entre as despesas realizadas e o objeto do convênio, principalmente no tocante à inexistência de identificação do nome e número dos convênios nos referidos documentos, contrariando o art. 30 da Instrução Normativa-STN 1/1997;

b) não comprovação de entrega aos treinandos de material didático e lanches, contrariando os itens 2.2.9 e 2.2.13 da Cláusula Segunda do Convênio Sert/Sine 95/04;

c) não comprovação de encaminhamento de treinandos ao mercado de trabalho, em desacordo com o item 2.2.26 da Cláusula Segunda do Convênio;

d) realização de movimentação bancária indevida e de pagamentos de taxas bancárias, contrariando o art. 20 da Instrução Normativa-STN 1/1997;

e) realização de despesa irregular com transporte;

f) fraudes nos processos licitatórios realizados pela Fundacc;

g) apresentação de notas fiscais e apólice de seguro de vida inidôneas;

h) superfaturamento de preço na aquisição de material didático;

i) apresentação de listas de presenças inidôneas, eis que apresentam diversas assinaturas de treinandos que não concluíram os cursos, assim como a inclusão, na prestação de contas, de treinandos que não concluíram os cursos.

16.3. Pelo exposto, não merecem guarida as alegações apresentadas, uma vez que as condutas foram discriminadas no ofício citatório emitido aos responsáveis.

17. Da regularidade na pesquisa de preço

17.1. Os recorrentes Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc questionam as irregularidades apontadas nas pesquisas de preço, tendo em vista que não há superfaturamento de preços de material didático, vez que foi realizada a cotação de preços para a estimativa das despesas, de acordo com o que determina a legislação, tendo sido demonstrado que os valores pagos encontravam amparo legal (peças 62, p. 9 e 15; 74, p. 10 e 15).

Análise

17.2. Tal tema já fora acuradamente analisado nas alegações de defesa apresentadas. Os ora recorrentes não trouxeram qualquer novo argumento ou elemento probante do fato contestado. Nesse sentido, vale transcrever elucidativo trecho do relatório fundamentador do acórdão ora vergastado (peça 54, p. 11):

33.1. Não se pode acolher tal argumento, mormente porque o Relatório de Fiscalização 537, da Controladoria-Geral da União (peça 1, p. 53-54), constatou a apresentação de propostas inidôneas com o intuito de fazer parecer que teria havido pesquisa de preços previamente a essa aquisição, fato já assinalado no item 32 da instrução que compõe a peça 14, já transcrito na análise da ocorrência relativa à alínea 'f' (fraudes nos processos licitatórios realizados pela Fundacc).

17.3. Sobre a pesquisa de preço, vale lembrar que a CGU afirmou que, em processo interno da entidade, constavam propostas apresentadas por eventuais interessadas em

fornecer lanches, sendo constatado que foram falsificadas para fazer parecer que houve pesquisa de preços para estabelecimentos (peça 1, p. 53). Ademais, na mesma assentada, o relatório de fiscalização em análise afirmou que os recibos de carta convite dessas empresas também foram falsificados, com intuito de fazer parecer que houve competitividade no certame.

18. *Da fraude nos processos licitatórios*

18.1. *Os recorrentes Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc questionam a identificação de fraude nos processos licitatórios, tendo em vista os seguintes argumentos:*

a) a alegação de fraude nos processos licitatórios realizados pela Fundacc para o fornecimento de alimentação, material didático e transporte, com a apresentação de documentos falsos e/ou quadro societário comum e ligação próximas entre sócios das empresas, não deve prosperar, visto que foram realizados os trâmites administrativos nos processos internos pelas seções e diretorias competentes para contratação das empresas, agindo de boa-fé e não tendo sido constatado irregularidades em relação aos serviços que foram efetivamente prestados à Fundacc (peças 62, p. 13; 74, p. 13);

b) imputa-se ocorrência de fraude sem a devida investigação aprofundada e com comprovação. Como é sabido, não há fraude presumida. Os documentos que afirmam ser falsos não passaram por qualquer perícia para essa finalidade ou comprovação de que as despesas não foram realizadas, portanto as informações dos proprietários dos estabelecimentos não merecem prosperar (peças 62, p. 13; 74, p. 13-14);

c) a Fundação procedeu a contratação da empresa de transporte em estrita observância da Lei Federal 8.666/1993, conforme cópia do procedimento licitatório e do contrato. Com efeito, todas as empresas convidadas a participarem do certame possuíam o CRC – Certificado de Registro Cadastral na Fundacc. Desta forma, a documentação da empresa estava em consonância com as exigências legais e não foi constatado na época que todas elas tinham sócios com vínculos entre si, conforme assinalado no item 33 da instrução que compõe a peça 14, tendo os servidores responsáveis agido de boa-fé (peças 62, p.14; 74, p. 14);

d) quanto à alegação de que a empresa em questão não estava autorizada pelo fisco municipal de São José dos Campos, tal irregularidade não é da alçada do município de Caraguatatuba. As formalidades apontadas como possível irregularidade deveriam ser dirimidas pela municipalidade de São José dos Campos, já que em Caraguatatuba o objeto do contrato foi realizado (peças 62, p.14; 74, p. 14).

Análise

18.2. *No tocante às fraudes nos processos licitatórios, não foram apresentados elementos suficientes para elidir tais ocorrências. Nesse sentido, vale lembrar que a CGU apontou a irregularidade em três situações: aquisição de alimentos, aquisição de material didático e contratação de transporte (peça 1, p. 52- 57).*

18.3. *Tal tema também foi minuciosamente analisado no relatório fundamentador do acórdão ora guerreado, conforme trecho a seguir reproduzido (peça 54, p. 8):*

30. No caso de alimentação, a CGU afirmou que, em processo interno da entidade, constavam propostas apresentadas por eventuais interessadas em fornecer lanches, sendo constatado que foram falsificadas para ‘fazer parecer que houve pesquisa de preços para estabelecimentos’ (peça 1, p. 53). Ademais, na mesma assentada, o Relatório de fiscalização em análise afirmou que ‘os recibos de Carta Convite dessas

empresas também foram falsificados, com intuito de fazer parecer que houve competitividade no certame’.

31. O Controle Interno acrescentou que a vencedora, Li-Pão Comércio de Produtos Alimentícios LTDA.- ME, situa-se (peça 1, p. 53): ‘[em] uma casa modesta, em rua não-pavimentada, sem inscrições ou informes que identifiquem a empresa. De fato, um dos moradores, que se identificou como responsável pela empresa, disse que ela funciona mesmo no endereço visitado, na casa 3. Cabe informar que a empresa também forneceu lanches e refrigerantes no mesmo período para a instituição Associação Beneficente Conhecendo e Aprendendo-Abeca, no valor de R\$37.350,00.’

32. Falsificação análoga ocorreu no processo interno de aquisição de material didático. A CGU destacou que (peça 1, p. 53): ‘(...) as propostas das empresas Carlos Frederico Stivali- ME, com nome fantasia de Gráfica Marisca e LCR- Distribuidora de Papéis e Serviços Básicos LTDA foram falsificadas, com intuito de fazer parecer que houve pesquisa de preços para estabelecimento de preço referencial. Inclusive, o nome fantasia correto de uma das empresas é Gráfica Marisa, não gráfica Marisca, conforme timbre em papel da proposta fraudulenta. As empresas não receberam solicitação de apresentação de orçamento, nem convite para participação em licitação da Fundacc.’

33. Já com relação à licitação para transporte, o processo interno da entidade apresentou três propostas de preço. No entanto, a controladoria ponderou que (peça 1, p. 54): ‘(...) a empresa contratada tem em sua composição societária o sócio CPF n.º 201.906.048-59. Este também é sócio das empresas Transervice Transporte de Serviços LTDA e de uma empresa com nome de Viação Líder LTDA, neste último caso, com o sócio CPF n.º 929.323.208-15. Este, por sua vez, é um dos sócios da TGT Agência de Viagens e Turismo LTDA. Portanto, duas empresas que apresentaram proposta têm um mesmo sócio (CPF n.º 201.906.048-59) e a terceira empresa tem um sócio (CPF 929.323.208-15) com ligação com o proprietário das duas primeiras.’

34. Os documentos e circularizações de informações que permitiram à CGU chegar às conclusões acima encontram-se à peça 12 e baseiam-se nas informações dos proprietários dos estabelecimentos. Por exemplo, no caso da licitação para fornecimento de lanches, o encarregado da empresa ‘Orlando Barsuglia Bar e Lanches LTDA.-ME, à peça 12, p. 190, afirmou não ter feito nenhuma proposta, corroborando a afirmação do controle interno de que houve fraude à licitação. Vê-se também, no caso da contratação de material didático, orçamento apresentado pela Gráfica Marisca a título de proposta de preços, em relação ao qual o responsável pelo estabelecimento afirmou que ‘minha empresa não realizou o presente orçamento, não conferindo também a assinatura e nem o logotipo’ (peça 12, p. 77). De fato, a assinatura do declarante é bem distinta daquela constante do documento fraudado, como se nota no documento em análise. Além disso, embora o logotipo da proposta venha com o nome ‘Gráfica Marisca’, consulta ao sistema CNPJ revela que o nome fantasia correto do estabelecimento é Gráfica Marisa. 30.2. Ademais, no item 33 da instrução que compõe a peça 14, acima transcrito, consta a descrição dos vínculos entre os sócios das empresas que teriam participado da licitação relativa à contratação das empresas fornecedoras de transporte. 30.3. Por fim, vale assinalar que a defesa não se manifesta especificamente sobre os graves indícios de irregularidades apontados no excerto acima transcrito. Ante o exposto, opina-se pelo não acolhimento dessa alegação.

18.4. Quanto à solicitação de perícia para comprovar a falsidade da documentação, caberia ao gestor trazer em meio documental os fatos que supostamente pretenderia comprovar por perícia. Registre-se que constitui ônus do recorrente produzir prova de suas alegações.

19. Da regularidade das notas fiscais e apólice de seguro

19.1. Os recorrentes Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc questionam as irregularidades apontadas nas notas fiscais e na apólice de seguro, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) a apresentação de notas fiscais e apólice de seguro de vida inidôneas demandam perícia grafotécnica, visto que analisando os documentos enviados não deve prosperar qualquer alegação de fraude neste item da contratação do seguro de vida para os educandos, tendo em vista que foi fartamente debatida e comprovada a transparência e a legalidade das ações da Fundacc, quanto ao cumprimento do estabelecido no convênio ora fiscalizado (peças 62, p. 14; 74, p. 14);

b) com referência à utilização de nota fiscal da empresa Li-Pão Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. sem a correspondente saída de mercadorias, tal infração diz respeito à empresa fornecedora de mercadorias, contratada pela Fundacc mediante carta convite, em obediência ao artigo 23, II, a, da Lei Federal 8.666/1993, e a cláusula 8ª do Convênio, tendo a referida empresa apresentado o menor preço. Se houve sonegação fiscal ou irregularidades nas emissões das notas fiscais, a fiscalização não competia à Fundação, haja vista que esta recebeu as mercadorias contratadas e pagou por elas (peças 62, p. 15; 74, p. 15);

Análise

19.2. Tal tema já fora acuradamente analisado nas alegações de defesa apresentadas. Mais uma vez, os ora recorrentes não trouxeram qualquer novo argumento ou elemento probante do fato contestado. Nesse sentido, vale transcrever elucidativo trecho do relatório fundamentador do acórdão ora vergastado (peça 54, p. 10-11):

32.2. No tocante à despesa com seguro de vida, restou comprovado que a documentação apresentada pela Fundacc à peça 4, p. 75-86 (cópia do contrato de seguro, apólice de seguro e boleto bancário autenticado), é inidônea, haja vista diversas inconsistências constatadas nesses documentos, tais como o próprio valor da despesa (prêmio do seguro contratado), que constou como sendo R\$ 7.275,00 quando o correto seria R\$ 436,56, conforme assinalado na instrução que compõe a peça 14:

35. Prosseguindo, em relação ao item 'g', a Fundacc apresentou o certificado de apólice de seguro à peça 4, p. 76, no valor de R\$ 7.275,00. Porém, de acordo com a Seguradora Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais, o valor efetivo do prêmio do seguro contratado foi de R\$ 436,56 (peça 11, p. 322), e tanto o boleto quanto à apólice apresentados na prestação de contas eram falsos. Com efeito, a Seguradora não figurava no boleto bancário e apenas a referida Corretora constava como favorecida, prática considerada irregular (peça 4, p. 86). Finalmente, de acordo com a Porto Seguro, a corretora não pode emitir diretamente a apólice. A verdadeira apólice, cujo prêmio era R\$ 436,56, se encontra à peça 11, p. 352, e foi apresentada pela própria seguradora.

32.3. No tocante à despesa com alimentação, cumpre esclarecer que na instrução que subsidiou a citação dos responsáveis (peça 14, p. 5, item 38) não se questionou a existência da empresa Li-Pão Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. ME, mas sim o fato de que, segundo o fisco estadual, a Nota Fiscal 201 teria sido emitida 'sem a correspondente saída de mercadoria' (peça 2, p. 84). O Relatório de Apuração da Secretaria dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo, que fundamentou essa conclusão e o correspondente Auto de Infração e Imposição de Multa, registra (peça 2, p. 92):

Levando-se em conta:

a) *Que o histórico de entradas e saídas do contribuinte desde a abertura da empresa mostra um movimento mensal muito abaixo, e totalmente discrepante do registrado no mês de novembro de 2004, data de emissão das notas fiscais números 201 e 204.*

b) *A incapacidade do contribuinte em apresentar documentação que comprovasse as entradas de mercadorias indicadas nas Notas Fiscais de saídas citadas.*

c) *A incompatibilidade física do estabelecimento em armazenar e produzir, a partir de ingredientes básicos como farinha, sal e manteiga, (indicados na lista fornecida pelo contribuinte) a quantidade de pães usados nos lanches citados nas referidas Notas Fiscais, uma vez que o mesmo está estabelecido nos fundos de uma residência.*

Conclui-se forçosamente que houve a emissão das Notas Fiscais números 201 e 204 sem a correspondente saída de mercadoria.

32.4. *Assim, além da ausência da documentação comprobatória da entrega de lanches aos treinandos, tratada nos itens 29 e 29.1 desta instrução, verifica-se que o fisco estadual questionou a capacidade de fornecimento da empresa Li-Pão Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. ME relativamente aos lanches supostamente fornecidos mediante a Nota Fiscal 201 (peça 3, p. 172).*

32.5. *Por fim, registre-se que os apontamentos assinalados nos itens 32.1 e 32.4 desta instrução não demandavam perícia grafotécnica. Ante o exposto, opina-se pelo não acolhimento dos argumentos apresentados para o presente item.*

19.3. *Ainda sobre o tema, por elucidativo, vale destacar esclarecedora análise emitida pelo MP/TCU (peça 51, p. 6):*

O único cheque compensado na conta foi o cheque 000101, no valor de R\$ 7.275,00 (peça 3, p. 229). Consta da prestação de contas que esse cheque se refere à despesa com seguro de vida e acidentes pessoais (peça 3, pp. 180 e 198). Todavia, além de a apólice de seguro ser falsa (peça 4, pp. 9/10, e peça 321, pp. 321/3 e 352/8), o pagamento teria sido feito por boleto bancário do Banco Itaú S/A, também falso (peça 4, p. 12, e peça 11, pp. 290/2, 317 e 321), e não por meio de cheque nominal à seguradora/corretora.

19.4. *Quanto à solicitação de perícia grafotécnica para comprovar a veracidade da documentação, caberia ao gestor trazer em meio documental os fatos que supostamente pretenderia comprovar por perícia. Por oportuno, vale lembrar que nos processos de tomadas e prestações de contas, ocorre inversão do ônus da prova, cabendo ao gestor dos bens e recursos públicos comprovar sua boa e regular aplicação.*

20. *Da regularidade no pagamento de pessoal*

20.1. *Os recorrentes Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e a Fundacc questionam as irregularidades apontadas no pagamento de pessoal, pelo fato de os pagamentos terem sido efetuados em cheque ou espécie, tendo em vista que muitos instrutores e coordenadores não possuíam conta bancária, no entanto, há recibos de todos os pagamentos o corpo técnico (peças 62, p. 17; 74, p. 17);*

Análise

20.2. *No tocante aos saques em espécies nas contas que detêm recursos de convênio, o entendimento consolidado desta Corte sobre a matéria é no sentido de que tais ações contrariam não apenas os normativos legais vigentes, mas impedem o estabelecimento de nexos 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 (Acórdãos 997/2015-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, 2.190/2015-TCU-2ª*

Câmara, relatado pelo Ministro André de Carvalho e 5.440/2015-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro).

20.3. *Desse modo, os saques em espécie dos valores do convênio são irregulares já que impedem a estabelecimento do nexo de causalidade entre os dispêndios efetuados e a comprovação da execução do objeto avençado, em contrariedade às normas que regulam a matéria e à jurisprudência deste Tribunal, o que, conjuntamente com as demais irregularidades, enseja a rejeição das alegações de defesa apresentadas pela Fundacc e pela sua presidente à época dos fatos.*

20.4. *Ainda sobre o tema, por elucidativo, vale transcrever análise empreendida na instrução que compõe a peça 14, a fim de subsidiar a citação dos responsáveis (peças 23 e 37):*

22. Conforme afirma a CGU no Relatório de Fiscalização 537, os saques não foram realizados de modo aleatório e sem método, existindo correlação com o modo de atuação de outras entidades que celebraram convênios com a Sert/SP por força dos recursos repassados pelo MTE no âmbito do Plano Nacional de Qualificação. Como destacou a CGU (peça 1, p. 66, grifou-se),

Constatamos o descumprimento dessa norma [proibição de saques] pelas Entidades Abeca, Plural, LAM, Seesp, Sindicom, Fundacc, IGF e SINDPD. Além disso, há coincidência na forma de movimentação das contas correntes específicas dos Convênios: saques em dinheiro, mediante apresentação de cheque, no caixa da conta da Agência, em dias coincidentes para vários fornecedores distintos.

23. Em algumas situações, até a agência bancária utilizada para os saques foi a mesma (peça 1, p. 66).

CONCLUSÃO

21. *Em face das análises anteriores, conclui-se que:*

a) até que o Supremo Tribunal Federal julgue o mérito da Repercussão Geral – Tema 899, prevalece, no âmbito deste Tribunal, o entendimento pela imprescritibilidade do débito, com a plena eficácia da Súmula TCU 282;

b) 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, com parcelas e datas de constituição, atende aos pressupostos processuais de validade e constituição para esse tipo de processo;

c) a legitimidade passiva dos responsáveis resta devidamente fixada em documentos juntados aos autos que atestam, validamente, a prática de atos de ofício bem como a existência de conduta omissiva que contribuíram para a ocorrência do débito;

d) o mero decurso de prazo não infringe o direito à ampla defesa, cabendo ao interessado demonstrar, efetivamente, o eventual prejuízo dele advindo;

e) o ônus da prova sobre a boa e regular aplicação dos recursos repassados cabe ao gestor, e não ao TCU. Ao receber os recursos a recorrente tinha ciência de que precisaria prestar contas. Logo, caberia ao gestor trazer em meio documental os fatos que supostamente pretendia comprovar por meio de testemunhas ou outras diligências.

f) todas as circunstâncias afetas ao grau de responsabilidade dos recorrentes e que tenham efeito sobre eventual desconstituição, parcial ou total, do débito já foram levadas em consideração quanto às conclusões do acórdão recorrido e não há novos elementos aptos a afastar o débito em face da reanálise das condutas dos responsáveis;

g) existindo obrigação regulamentar de só repassar parcelas restantes de convênio, com o processo devidamente saneado, e havendo desídia quanto a esse encargo, é devida a imputação de débito sobre aquelas parcelas repassadas se o conjunto de irregularidades apontam para a não execução do objeto do convênio com recursos dele oriundos. Assim, inexistente o alegado enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública.

21.1. Com base nessas conclusões, superando as preliminares invocadas pelos recorrentes, entende-se que o acórdão recorrido é regular e válido e, no mérito, à míngua de novos elementos aptos a modificar os fundamentos daquele julgado, há que ser negado provimento aos recursos.

21.2. Registre-se, por fim, que o recorrente Carmelo Zitto Neto solicita que todas as publicações e intimações sejam dirigidas aos advogados Drs. Wellington Campos, OAB/SP 80.469 e Adélia Hemmi da Silva, OAB/SP 180.904 (peça 73, p. 18).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

22. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I, 33 da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) comunicar aos recorrentes e aos demais interessados, a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.”