

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fundação Educacional e Cultural de Caraguatatuba (Fundacc) contra o Acórdão 7.687/2020-1ª Câmara, por meio do qual este colegiado negou provimento aos recursos de reconsideração interpostos por Carmelo Zitto Neto, Francisco Prado de Oliveira Ribeiro, Eloíza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira e pela ora embargante contra o Acórdão 5.581/2018-1ª Câmara.

A decisão atacada pelos recursos de reconsideração, de relatoria do E. Ministro Bruno Dantas, julgou irregulares as contas dos responsáveis e imputou-lhes débito, em razão de irregularidades na aplicação dos recursos repassados por meio do 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, celebrado com recursos do Convênio MTE/SPPE/CODEFAT 48/2004-Sert/SP, firmado entre o então Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e o Governo do Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Estado do Emprego e Relações do Trabalho (Sert/SP).

Irresignada, a Fundacc opôs estes embargos de declaração, alegando as seguintes questões que no seu entender se mostraram contraditórias e omissas:

a) a Fundacc foi considerada pela unidade técnica do TCU como pessoa jurídica de direito privado, consoante os itens 14.5. e 14.7. do relatório que acompanha o Acórdão embargado, ao passo que, de fato, a Fundação é pessoa jurídica de direito público interno, cuja criação foi autorizada pela Lei Municipal 282/1992, tendo sido instituída por Escritura Pública, lavrada em 16/01/97, no Primeiro Serviço Notarial da Comarca de Caraguatatuba/SP, possuindo personalidade jurídica própria, bem como é regida por estatuto aprovado pelo Decreto 152/2010 (peça 126), com base na Lei Municipal 1879, de 18 de outubro de 2010 (peça 127), que dispõe sobre a sua reestruturação;

b) ao se considerar a Fundacc como pessoa jurídica de direito privado, deixou-se de aplicar a prescrição quinquenal prevista pelo Decreto 20.910/1932, conforme dispôs o item 5.4. do relatório que acompanha o Acórdão embargado: “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.*” A embargante reiterou o argumento já apresentado no recurso de reconsideração de que, em razão da vigência do convênio durante o período de 21/10/2004 a 28/2/2005 e da notificação pelo TCU somente no ano de 2016, o prazo prescricional já transcorreu, nos termos do art.1º do Decreto 20.910/1932;

c) improcedência da afirmação, no voto, de que os representantes da Sert/Sine/SP ao repassarem os recursos federais à Fundacc, que não vinha prestando adequadamente as contas dos recursos, concorreram para o indevido aumento de patrimônio da Fundação, bem como para a utilização de recursos pelo particular, sem observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis, nos moldes caracterizados pelos incisos I e II do art. 10 da Lei 8.429/1992, praticando assim o dolo eventual. Argumentou que não ocorreu aumento do patrimônio da Fundacc, tampouco há comprovação de tal afirmação nos autos, e que a assertiva é contraditória com o postulado no acórdão embargado acerca da boa-fé da fundação pública que exerce a gestão da cultura no município. Ademais, a premissa equivocada acerca do aumento do patrimônio da entidade foi utilizada para negar sua boa-fé e aplicar os juros de mora ao débito a ela imputado.

Requeru o provimento destes embargos a fim de que sejam esclarecidas as omissões e contradições apontadas, para que a entidade possa propor eventual recurso de revisão ou futura execução judicial perante o Juízo da Justiça Federal.

II

Conheço dos embargos de declaração opostos pela Fundacc por atenderem aos requisitos previstos nos artigos 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do RITCU.

Neste caso, a maior parte das omissões e contradições alegadas pela embargante tem como fundamento o fato de, no relatório e voto que acompanham o Acórdão vergastado, a Fundacc ter sido considerada entidade de direito privado, ao passo que, de fato, ela é fundação cuja criação foi autorizada pela Lei Municipal 282/1992, pessoa jurídica de direito público interno.

Além disso, a embargante refutou a assertiva de que houve irregular aumento de seu patrimônio e alegou a indevida utilização dessa premissa para o não-reconhecimento de sua boa-fé e para a aplicação dos juros moratórios ao débito a ela imputado.

Ocorre que os embargos de declaração se prestam a sanear contradições, omissões e obscuridades contidas no relatório, voto e acórdão que compõem a decisão recorrida.

O estatuto da Fundacc aprovado pelo Decreto 152/2010 (peça 126), e a Lei Municipal 1879/2010 (peça 127), comprovando a origem da entidade e de seu orçamento, o que a caracterizam como fundação de direito público interno, foram juntados a esses autos na atual fase recursal. Da mesma forma, a argumentação concernente à ausência de incremento do patrimônio da entidade foi aduzida nestes embargos.

Portanto, não há falar em omissão e contradição na apreciação de argumentos inexistentes no recurso de reconsideração.

Quanto às alegadas omissão e contradição relacionada à não-aplicação, ao caso concreto, da prescrição quinquenal prevista pelo Decreto 20.910/1932, não assiste razão à embargante.

O relatório que acompanhou o Acórdão atacado, em que foi transcrita a instrução da Secretaria de Recursos (Serur), cujas análises incorporei às minhas razões decidir, deixou claro que *“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”*.

Ainda no relatório, restou consignado que 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 Tribunal Federal (STF) no MS 26.210/DF e o Enunciado 282 da Súmula de Jurisprudência do TCU¹, até eventual decisão definitiva em contrário do Pretório Excelso no âmbito do RE 636.886, que revisitou a matéria e estava pendente de julgamento, na época em que a Serur instruiu os recursos de reconsideração.

Estando o processo em meu gabinete, após a instrução dos recursos de reconsideração pela unidade técnica, o STF apreciou o RE 636.886, de relatoria do E. Ministro Alexandre de Moraes, e fixou para o Tema 899 da repercussão geral a tese de que *“É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”*.

Por essa razão, aduzi que, conforme o voto que proferi, acolhido pelos meus pares mediante o Acórdão 1482/2020-Plenário, considerei que a interpretação meramente literal da tese do Tema 899 da repercussão geral, consubstanciada na prescrição quinquenal, não é correta, e eventual prescrição dos débitos apurados pelos tribunais de contas deve ser avaliada conjugando as teses fixadas no RE 636.886 e no RE 852.475, segundo o qual, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao Erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

¹ “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.”

Por conseguinte, considere-se tratar este caso de ação de ressarcimento ao Erário imprescritível, uma vez que contém os requisitos fixados pelo STF no RE 636.886: ato passível de ser caracterizado como de improbidade administrativa e presença de “dolo” na conduta do responsável.

Pelo exposto não há omissão ou contradição na análise da alegada imprescritibilidade do débito, no âmbito do Acórdão 7.687/2020-1ª Câmara.

Ademais, o reconhecimento da Fundacc como fundação de direito público interno não altera o mérito do julgado.

A fundação de direito público subordina-se à fiscalização pelos Tribunais de Contas e ao controle administrativo exercido pelo Poder Executivo, sujeitando-se às medidas indicadas no artigo 26 do Decreto-lei 200. Seus empregados são equiparados aos servidores públicos para os fins previstos no art. 37 da Constituição, inclusive para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e de apreciação de atos de improbidade administrativa (arts. 1º e 2º da Lei 8.429/1992). Além disso, a entidade submetete-se à Lei 8666/1993, no que concerne a licitações e contratos.

A Fundacc e sua presidente Eloiza Aparecida Andrade Antunes de Oliveira tiveram suas contas julgadas irregulares e foram condenadas em débito em razão das seguintes irregularidades não elididas:

- “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.”(grifei)*

O MP/TCU em seu parecer, no âmbito do Acórdão 5.581/2018-1ª Câmara (que julgou esta TCE), enfatizou a total ausência de fidedignidade da prestação de contas apresentada pela conveniente (a Fundacc), os saques vultosos em espécie e não relacionados diretamente com o objeto do ajuste, bem como a documentação falsa que evidenciou a gravidade dos fatos.

Tais condutas exercidas pela presidente da Fundação estão tipificadas como atos de improbidade administrativa, de acordo com o *caput* do art. 10 da Lei 8.429/1992, que deixa consignado: “*Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação,*

malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente; (...)”.²

Portanto, os fatos de a Fundacc ser fundação de direito público e de sua presidente ser equiparada a servidor público para fins apuração de atos de improbidade administrativa somente reforçam a tese da imprescritibilidade do débito ora tratado, por estarem presentes os requisitos fixados pelo STF no RE 636.886: ato passível de ser caracterizado como de improbidade administrativa e presença de “dolo” na conduta do responsável.

Por fim, a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido da impossibilidade de aferição da boa-fé de pessoa jurídica de direito público interno, como é o caso da Fundacc. Nessa situação, quando rejeitadas as alegações de defesa da entidade, cabe abertura de novo e improrrogável prazo para o recolhimento da importância devida ao cofre credor, acrescida de atualização monetária, sem os juros moratórios, conforme disposto no art. 202, § 3º, do RI/TCU.

Porém, nem em suas alegações de defesa, nem no recurso de reconsideração, tampouco nestes embargos, a Fundacc manifestou intenção de recolher o débito nesses termos, sob o argumento da boa-fé da pessoa jurídica de direito público interno. Na verdade, reitero que apenas neste momento processual, em sede de embargos de declaração, a entidade apresentou documentos demonstrando sua personalidade jurídica de direito público interno, não havendo omissão, obscuridade ou contradição quanto a este ponto no Acórdão embargado.

Portanto, não cabe em sede de embargos, conceder à Fundacc novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito a ela imputado.

Quanto à menção de incremento do patrimônio da Fundacc, a transferência de recursos públicos federais a entidade sem que tenha sido comprovada a boa e regular aplicação desses valores no objeto pactuado por meio do convênio já é suficiente para inferir que esses recursos foram indevidamente incorporados ao patrimônio da Fundação, razão pela qual ela foi condenada a ressarcir o Erário.

Ante a ausência das omissões e contradições alegadas, nego provimento a estes aclaratórios.

Feitas essas considerações, voto por que seja adotada a deliberação que submeto à este colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de setembro de 2020.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

² As entidades referidas no *caput* do art. 1º da Lei 8.429/1992 são “a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”.