

## GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 028.729/2013-7

Natureza: Recurso de Revisão (em Tomada de Contas Especial).

Órgão/Entidade: Entidades/órgãos do Governo do Estado de Tocantins.

Responsáveis: Associação Ruarte de Cultura (05.018.694/0001-08); Luciana Corrêa Tolentino (827.349.921-91); Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana (432.232.816-49); Osvaldo Lopes de Carvalho (255.821.001-72); Sergio Augusto Pereira Lorentino (841.834.031-20).

Interessado: Fundação Cultural do Tocantins (05.025.468/0001-54).

Recorrentes: Luciana Corrêa Tolentino (827.349.921-91); Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana (432.232.816-49).

Representação legal: Kleber Alves de Carvalho (5172/OAB-TO) e outros, representando Luciana Corrêa Tolentino; Orcidalia Martins Feitosa (6111/OAB-TO) e outros, representando Luciana Corrêa Tolentino e Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana; Luanna Magalhaes Vieira (5660/OAB-TO) e outros, representando Osvaldo Lopes de Carvalho; Jose Fernando Torrente (225732/OAB-SP) e outros, representando Associação Ruarte de Cultura.

SUMÁRIO: RECURSO DE REVISÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. INCENTIVO AO TURISMO. CAPACITAÇÃO DE ARTISTAS E REALIZAÇÃO DE OFICINAS DE ARTE. PAGAMENTO POR SERVIÇOS NÃO PRESTADOS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE REVISÃO. CONHECIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO FORMAL DE FISCAL DO CONTRATO. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. DESNECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO FORMAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. ORDEM MANIFESTAMENTE ILEGAL. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES PARA ALTERAR O ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA.

## RELATÓRIO

Adoto como parte inicial deste Relatório a instrução de peça 266, transcrita a seguir, cuja proposta de encaminhamento foi acompanhada pelo corpo dirigente da Secretaria de Recursos (peças 267-268):

**“INTRODUÇÃO**

1. Trata-se de recurso de revisão interposto por Luciana Corrêa Tolentino e Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana (R006 - peça 207), por meio do qual se insurgem contra o Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara, prolatado na sessão de julgamento do dia 8/11/2016-Ordinária e

inserto na Ata 39/2016-2ª Câmara (Peça 88), mantido pelos Acórdãos 8.493/2017 (peça 163), 10.130/2017 (peça 183) e 8.375/2017 (peça 223), todos da 2ª Câmara do TCU.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos referentes à Tomada de Contas Especial instaurada pela Fundação Nacional de Artes – Funarte, tendo em vista a inexecução do Convênio 38/2008 (Siconv 702618), firmado com a Fundação Cultural do Estado de Tocantins – FCT, objetivando a implantação do Projeto “Informação Cultural do Tocantins” que contemplava capacitação de artistas, técnicos e produtores, além da realização de oficinas de arte.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. **com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas dos Srs. Sérgio Augusto Pereira Lorentino e Osvaldo Lopes de Carvalho e das Sras. Luciana Corrêa Tolentino e Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana**, bem como da Associação Ruarte de Cultura, condenando-os solidariamente ao pagamento do valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a do Regimento Interno), o recolhimento da dívida à Fundação Nacional de Artes – Funarte, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 19/04/2010, até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na execução, os valores já ressarcidos, a teor da Súmula/TCU n. 128, a exemplo dos importes de R\$ 122.987,40 e de R\$ 35.063,00 (ambos de 30/06/2011);

9.2. **aplicar individualmente** aos Srs. Sérgio Augusto Pereira Lorentino e Osvaldo Lopes de Carvalho e às Sras. **Luciana Corrêa Tolentino e Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana**, bem como à Associação Ruarte de Cultura, a multa prevista nos arts. 19, caput, e 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, informando aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do Regimento Interno do TCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas a que se referem os subitens anteriores, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/1992;

9.5. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado do Tocantins, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, e à Fundação Nacional de Artes – Funarte. (destacamos e sublinhamos)

## HISTÓRICO

2. Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pela Fundação Nacional de Artes (Funarte), tendo em vista a inexecução do Convênio 38/2008 (Siconv 702618), firmado com a Fundação Cultural do Estado de Tocantins (FCT), objetivando a implantação do Projeto “Informação Cultural do Tocantins” que contemplava capacitação de artistas, técnicos e produtores, além da realização

de oficinas de arte. Para consecução do objeto foram previstos R\$ 812.656,50, sendo R\$ 650.000,00 a cargo do órgão concedente e R\$ 162.656,50 a título de contrapartida.

2.1. Em essência, restou configurado nos autos que a FCT subcontratou a Associação Ruarte de Cultura para a execução total do objeto contratado, sem anuência prévia da Funarte, cientificada do ocorrido somente quando lhe foi solicitada a alteração do plano de trabalho do convênio. Não houve qualquer comprovação da efetiva implementação dos serviços contratados. Especificamente em relação às recorrentes, houve ateste na nota fiscal emitida pela conveniente sem prévia medição dos serviços executados, conforme demonstrado no voto condutor do acórdão condenatório (peça 89, itens 3-5).

2.2. Diante das circunstâncias, os autos foram apreciados por meio do Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara (peça 88), que julgou irregulares as contas dos responsáveis, aplicando-lhes débito solidário e multa individual.

2.3. Em face da decisão original, Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana, Luciana Corrêa Tolentino e Osvaldo Lopes de Carvalho interpuseram recursos de reconsideração (peças 131, 136 e 138), os quais foram conhecidos e, no mérito, desprovidos pelo Acórdão 8.493/2017-TCU-2ª Câmara (peça 163).

2.4. Contra essa decisão, foram opostos embargos de declaração (peças 167 e 179) que foram conhecidos, porém, no mérito, rejeitados por meio do Acórdão 10.130/2017-TCU-2ª Câmara (peça 183). Esse acórdão foi objeto de novos embargos (peça 221), não conhecidos pelo Acórdão 8.375/2017-TCU-2ª Câmara (peça 223), por restarem intempestivos.

2.5. Irresignadas, as recorrentes interpuseram o presente recurso de revisão, que se fundamenta nas alterações que, adiante, passar-se-á a relatar.

#### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade efetuado por esta Secretaria (peça 261), ratificado pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz (peça 264), que concluiu pelo conhecimento do recurso de revisão, nos termos dos art. 35, inciso III, da Lei 8.443/1992, sem a atribuição de efeitos suspensivos, por falta de amparo legal.

#### **EXAME DE MÉRITO**

##### **4. Delimitação do recurso**

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) houve cerceamento de defesa;

b) a falta de designação formal para atuação como gestor ou fiscal de contrato relativo ao Convênio 38/2008 tem o condão de afastar responsabilidade em razão de ateste em nota fiscal de serviços não prestados;

c) o fato de o Ministério Público Federal (MPF), nos autos do Inquérito Policial 150/2011-4 SR/DFP/TO, ter deixado de oferecer denúncia em relação às recorrentes, por entender que foram coagidas pelo Diretor Financeiro da Fundação Cultural, Osvaldo Lopes de Carvalho, a atestarem a nota fiscal, o que foi acolhido pelo juiz da 4ª Vara Federal Criminal (Processo Criminal 4472-60-213-4.01.4300), pode afastar a responsabilidade das recorrentes na TCE de que tratam estes autos; e

d) houve falta de aferimento das condições pessoais no julgamento do Tribunal para aplicação da penalidade de multa às ora recorrentes.

##### **5. Do cerceamento de defesa**

5.1. Sustentam, em sede de preliminar, que houve cerceamento de defesa, pois não foram adotadas as providências previstas no § 3º do art. 1º e nos incisos IV e VIII do art. 4º da Instrução Normativa-TCU nº 56/2007 que precedem a instauração da TCE.

5.2. Dizem que não se vê nos autos os documentos relativos as exigências dos dispositivos mencionados, quais sejam: “medidas administrativas internas para obtenção do ressarcimento pretendido, expedientes de cobrança de débito remetidos ao responsável e cópia das notificações de cobrança expedidas”.

5.3. Assim, sentenciam que o grave cerceamento de defesa “implica na consequente nulidade absoluta do processo”.

**Análise:**

6. Não assiste razão às recorrentes, tendo em vista que a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que a garantia ao direito de defesa se dá somente na fase externa, que é o momento a partir do qual é autuada a TCE no Tribunal. Nesse sentido, cabe transcrever o Enunciado do Acórdão nº 2016/2018–TCU–Segunda Câmara:

Não há prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa em razão da ausência de oportunidade de defesa na fase interna de tomada de contas especial, pois nessa etapa, em que se coletam evidências para fins de apuração dos fatos e das responsabilidades, não há uma relação processual constituída. A garantia ao direito de defesa ocorre na fase externa, com o chamamento do responsável aos autos, a partir da sua citação válida.

6.1. No mesmo sentido é o excerto do voto condutor do Acórdão 4938/2016 – TCU – Primeira Câmara:

Não há que se falar em prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa em razão do não chamamento da recorrente aos autos quando da fase interna da TCE, pois nessa etapa, em que se coletam evidências para fins de apuração dos fatos e responsabilidades, não há, ainda, uma relação processual constituída. A garantia ao direito de defesa deu-se na fase externa, com a citação válida dos responsáveis (peças 28-29; resposta à peça 36). Esse entendimento encontra-se consubstanciado em farta jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 2.339/2006, 1.514/2007, 3.083/2007, 417/2010, 2.308/2017, da Primeira Câmara; e 771/2012, 1.464/2013, 2.471/2013, 2.437/2015 e 2.960/2015, do Plenário.

6.2. No presente caso, nota-se que, na fase interna da TCE, somente constou como responsável o Sr. Sérgio Augusto Pereira Lorentino, ex-Presidente da FCT (peça 1, págs. 8/14 e peça 2, págs. 38/46), mas, após a TCE ter sido autuada no Tribunal, foram devidamente citados todos os responsáveis relacionados no Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara, inclusive as ora recorrentes, que estão tendo direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório, considerando que foram citadas e apresentaram alegações de defesa (peças 39/40), as quais foram examinadas pela unidade técnica e adotadas como razões de decidir na mencionada deliberação que julgou irregulares as suas contas e condenou-as solidariamente com outras responsáveis ao pagamento do valor de R\$ 650.000,00, além da aplicação de multa individual no valor de R\$ 75.000,00.

6.3. Contra os termos do Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara as recorrentes interpuseram recursos de reconsideração, que foram examinados pela Serur (peça 158) e apreciados pelo Acórdão nº 8493/2017–TCU–2ª Câmara (peça 163). Em seguida e em razão do não provimento dos recursos de reconsideração, os responsáveis Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana e Osvaldo Lopes de Carvalho opuseram embargos de declaração em face Acórdão nº 8493/2017 – TCU – 2ª Câmara, que foram apreciados pelo Acórdão nº 10130/2017 – TCU – 2ª Câmara, que os rejeitou e manteve inalterada a deliberação embargada (peça 183).

6.4. Neste momento examina-se recurso de revisão interposto pelas recorrentes. Portanto, não há que falar em cerceamento de defesa, pois, embora não tenham sido notificadas na fase interna da TCE (órgão concedente – Funarte), foram, após iniciada a fase externa da TCE (instauração do processo no TCU), devidamente citadas e interpuseram praticamente a totalidade das espécies recursais previstas na Lei 8.443/92 e no Regimento Interno do TCU contra os termos da deliberação que julgou suas contas irregulares com condenação em débito e multa.

**7. Da falta de designação formal para atuarem como gestoras e/ou fiscais do contrato de prestação de serviços relativos ao Convênio 38/2008**

7.1. Após discorrer de que é dever da Administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, especialmente o da legalidade, que “exige, de modo expresso, submissão do agente público à Lei” e de que os atos expedidos pela Administração devem observar certos requisitos, como o da competência, afirmam que “não foi editado ato delegando competência às recorrentes como fiscais de contrato, o que de fato ocorreu, como foi provado no Processo nº 4472-60-213-4.01.4300, que tramita na Justiça Federal 1ª Região-TO, é que as assinaturas de atesto se materializaram sob coação do gestor e do diretor financeiro da Fundação, responsáveis pela execução e pagamento do convênio”.

7.2. Reproduzem dispositivos da Lei 8.666/93 (art. 67), do Decreto nº 2.271/1997 (art. 6º) e da IN nº 05/2017 (arts. 41 e 42), bem assim de excerto de julgado deste Tribunal (Acórdão nº 265/2010 – TCU – Plenário), que exigem que, por ato formal, devem ser designados o gestor e fiscal do contrato.

7.3. Concluem dizendo que, após examinar toda a documentação da TCE, “evidenciou-se que [...] não foram designadas por ato formal para exercerem a gestão, fiscalização e ou recebimento do contrato de prestação de serviços, objeto da tomada de contas”.

### **Análise**

8. As alegações das recorrentes de que a Lei nº 8.666/93 e os atos normativos infra legais, bem assim a jurisprudência do Tribunal, exigem que nos contratos de prestação de serviços sejam designados formalmente representantes da administração pública para atuarem como gestor e fiscal do contrato, bem assim seus substitutos, estão aderentes ao que é exigido no ordenamento jurídico, mas essa falha, isto é, o descumprimento da legislação nesse ponto no caso concreto, não lhes aproveita, pois ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (princípio *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Logo, não podem arguir essa suposta falha para eximir-se das suas responsabilidades por ato comissivo que contribuiu para lesão ao Erário.

8.1. O motivo que levou o Tribunal a julgar as contas irregulares das recorrentes e condená-las em débito em solidariedade com outros responsáveis e multa individual foi devidamente explicitado nos fundamentos do Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara, ou seja, atestarem a nota fiscal emitida pela Ruart (peça 65, p. 59), formalidade que caracteriza o ato de liquidação da despesa e que antecede o pagamento.

8.2. Assim, independentemente que tenham ou não sido designadas formalmente, o fato é que atestaram a nota fiscal como se os serviços tivessem sido prestados, o que não ocorreu, por isso, respondem em solidariedade com os demais responsáveis que lesaram os cofres públicos. Se houve ou não designação formal no caso sob exame, isso é irrelevante diante do prejuízo que foi causado ao Erário, pois o que se extrai é que houve participação direta e consciente das ora recorrentes.

### **9. Não oferecimento de denúncia criminal pelo MPF ao poder Judiciário em relação às recorrentes sobre o mesmo fato da TCE**

9.1. Advogam que “foram coagidas moralmente pelo Gestor e pelo Diretor Financeiro do órgão a subscreverem na nota fiscal”, e que isso ficou comprovado com o interrogatório do Sr. Osvaldo Lopes de Carvalho à Polícia Federal, levando o MPF e o juízo da 4ª Vara Federal Criminal a concluir pelas suas inocências.

9.2. Sustentam que praticaram o ato sob o instituto da coação, reconhecida como hipótese em que a lei isenta criminalmente o autor do fato, nos termos do art. 22 do Código Penal, razão pela qual “é cristalino que a vontade das recorrentes ao subscreverem a nota fiscal foi viciada, uma vez que ausente a vontade livre e consciente, [sendo que] as mesmas foram coagidas na prática do ato, fato amplamente provado durante a instrução do processo criminal”.

9.3. Reiteram que, após ampla dilação probatória, inclusive com a quebra do sigilo bancário das recorrentes e laudo pericial nº 1026/2014, realizado por Peritos Criminais da Polícia Federal, nos autos do Inquérito nº 0150/2014 SR/DPF/TO, o Ministério Público Federal aferiu que (...) foram coagidas pelo Diretor Financeiro da Fundação Cultural a atestarem a nota fiscal;

9.4. Apresentam a peça acusatória do MPF, na qual consta no rodapé da pág. 6 que o *Parquet* “deixou de oferecer, após toda análise das provas, denúncia em face das recorrentes, por entender que a conduta das mesmas foi praticada sob coação irresistível” e que o juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Justiça Federal da 1ª Região–TO as absolveu sumariamente, nos autos do Processo nº 4472-60-213-4.01.4300, acolhendo o entendimento do MPF, o que deve ser considerado pelo Tribunal nesta TCE.

9.5. Dizem que “não se questiona no presente recurso, a autonomia e a discricionariedade das decisões proferidas no âmbito administrativo desta corte de contas, contudo, escudada no aprofundado exame técnico realizado pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal [...] requer-se no bojo do presente recurso a revisão da decisão que condenou solidariamente as recorrentes ao pagamento de R\$ 650.000,00 e individualmente a multa prevista nos arts. 19, *caput* e 57 da Lei 8.443/92, no valor de R\$ 75.000,00.

### Análise

10. Cabe mencionar, de início, que a afirmação de que o ateste na nota fiscal foi realizado pelas ora recorrentes mediante coação do Sr. Osvaldo Lopes de Carvalho não é nova nos autos e consta desde os primeiros atos para apuração de responsabilidades que levaram à instauração desta TCE, conforme relatório da sindicância que foi instaurada no âmbito da FCT (págs. 244/278 da peça 1), o que foi evidenciado no relatório que embasou o Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara, conforme se extrai do seguinte excerto:

61. Osvaldo Lopes de Carvalho, ex-diretor de administração e finanças da FCT, também acoimado via citação (peça 30) por participar da liquidação que viabilizou o pagamento antecipado à Ruarte, derivando em utilização indevida de recursos federais vinculados aos fins do Convênio 38/2009 (Siconv 702618/2008), defende-se com alegações da própria lavra (peça 65), cuja síntese reproduzimos abaixo, aproveitando aquilo que tem inequívoca relação com a irregularidade imputada:

(...)

62. De maneira geral repetiu-se os argumentos já utilizados pelas duas outras dirigentes da FCT que também subscreveram em conjunto com o então diretor de administração e finanças a liquidação da NFS 0232, emitida pela Ruarte.

(...)

64. Em sede de sindicância realizada no âmbito da FCT as duas outras signatárias do atesto da NFS 0232 [ora recorrentes] declararam que foram admoestadas pelo então diretor de administração e finanças para coparticiparem do ato de liquidação inverídica e irregular, circunstância pela qual entrevemos má-fé em tal conduta. Nesse entendimento, reputamos que as alegações devam ser rejeitadas, mantendo a responsabilidade solidária do agente pelo débito apurado nestes autos. (destacamos)

10.1. O fato de as recorrentes terem declarado tal circunstância na sindicância realizada pela FCT não impediu que fossem responsabilizadas pelo Tribunal neste processo de TCE após suas alegações de defesa terem sido rejeitadas. A propósito, acerca da análise feita pela unidade técnica sobre as alegações apresentadas por elas consta o seguinte no relatório do Acórdão recorrido que julgou irregulares suas contas e condenou-as ao pagamento de débito em solidariedade com outros responsáveis e aplicou-lhe multas individuais:

54. Urge esclarecer, de início, a citação não atribuiu responsabilidade às ex-dirigentes da FCT pelo pagamento e sim por atestarem [as recorrentes] a nota fiscal emitida pela Ruart (peça 65, p. 59), formalidade que caracteriza o ato de liquidação da despesa, circunstância que torna completamente irrisório o argumento de competência exclusiva da presidência da entidade para autorizar pagamentos, assim como a situação de permanecerem ou não vinculadas ao quadro de servidores da fundação estadual nas datas previstas para o início das atividades do projeto.

55. Também não repercute na relevância da irregularidade que lhes é atribuída se não participaram da formulação do projeto ou da escolha da Ruarte, da procedência de atestados de capacidade técnica avaliados na fase de contratação e de haver pareceres jurídicos favoráveis à contratação da entidade privada mediante inexigibilidade de licitação.

56. O fato é que em 29/3/2010 as alegantes ocupavam cargos relevantes na estrutura da FCT e com sua participação pessoal praticaram um ato irregular, provendo a liquidação de despesa para serviços que sabiam não terem sido ainda prestados, em flagrante contraposição com as disposições do art. 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964. Sobreleva enfatizar que o despacho que subscreveram dispunha de declaração cujo teor era: ‘atesto que foram prestados, a contento, os serviços/materiais especificados neste documento, de interesse do órgão Fundação Cultura do Tocantins’ (peça 65, p. 60).

57. Se já havia despacho formal de autorização do presidente da FCT para o pagamento, hipótese não comprovada, haja vista que a liquidação e a autorização do pagamento são da mesma data (peça 65, p. 60-61), não havia sentido em atestar a liquidação da nota fiscal 0232, emitida pela Ruarte, segundo a lógica do art. 62, da Lei 4.320/1964. Opostamente, se não havia o despacho para pagamento a subscrição do atesto corroborou decisivamente para a liberação do pagamento.

58. Ainda que existindo previsão contratual de antecipação do pagamento (Cláusula Terceira, Item III, do Contrato 34/2009, conf. peça 50, p. 16), tratava-se de convenção flagrantemente ilegal ante as características inerentes ao negócio e, para agravar, as alegantes não requereram comprovação de que medidas de mitigação dos riscos para a Administração foram tomadas assumindo, pois, responsabilidade pela negligência de seu ato. Para o caso, valem as todas as considerações anotadas no item 49, desta Instrução.

59. Cumpre-se esclarecer, a apuração de responsabilidade nas matérias submetidas à apreciação desta Corte de Contas não se vincula à comprovação de conduta dolosa ou carregada de má-fé. Nos termos do parágrafo único, do art. 70, da Constituição Federal, c/c o art. 1º, inciso I, parte final e art. 5º, inciso VII, da Lei 8.443/1992, impõe-se aos responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos federais repassados mediante convênio o dever de demonstrar a boa e regular utilização, sendo que a omissão ou falta de exaço no cumprimento dessa obrigação induz à presunção de culpa.

60. Cabe salientar, apenas a título de esclarecimento, a má-fé e o dolo podem configurar agravantes em relação à apuração da responsabilidade por eventual dano causado aos cofres públicos, motivo por que esses elementos subjetivos devem ser sopesados na dosimetria de eventual multa a ser aplicada por esta Corte de Contas (Acórdão 760/2013-TCU-Plenário). Em relação à defesa ora examinada opinamos pela insubsistência das alegações, eis que a ação negligente e em desacordo com a legislação concorreu para o malbaratamento de recursos federais, descabendo a presunção de boa-fé. (sublinhamos)

10.2. Nos recursos de reconsideração interpostos pelas ora recorrentes contra os termos do Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara, as Sras. Luciana Corrêa Tolentino e Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana voltaram a sustentar que ato do ateste foi realizado mediante pressão exercida pelo Sr. Osvaldo Lopes de Carvalho, conforme se extrai do relatório e voto que embasam o Acórdão nº 8493/2017-TCU-2ª Câmara (peças 163 a 165), mas a alegação foi igualmente rejeitada pelo Tribunal.

10.3. Nos embargos de declaração opostos pela Sra. Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana em face Acórdão nº 8493/2017-TCU-2ª Câmara outra vez a ora recorrente afirmou que foi obrigada a assinar a nota fiscal a seu contragosto, mas, da mesma forma, o Tribunal não admitiu sua alegação, conforme as razões que embasam o Acórdão 10.130/2017-TCU-2ª Câmara (peças 183 a 185).

10.4. Da mesma forma, o fato de o MPF, na denúncia que apresentou à justiça federal decorrente do fato de ter sido pagos por serviços não prestados relativos à integralidade do Convênio 38/2008 (Siconv 702618), baseada no Inquérito Policial nº 0150/2014 SR/DPF/TO, ter entendido que não cabia responsabilização das ora recorrentes na esfera criminal, com fulcro no art.

22 do Código Penal (Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem), o que foi acolhido pelo Juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Justiça Federal da 1ª Região–TO, nos autos do Processo nº 4472-60-213-4.01.4300, não tem o condão de modificar a deliberação do Tribunal que lhes imputou débito e multa, considerando que, em razão da independência das instâncias, o TCU detém poder de decidir de forma autônoma sobre as questões que lhes são afetas, sem a necessária vinculação às eventuais manifestações judiciais, salvo em hipóteses específicas. Nesse sentido é oportuno transcrever excerto do Voto condutor do Acórdão 3584/2019–TCU–Primeira Câmara:

Vale dizer, entretanto, que mesmo considerando o teor da referida sentença, esta não tem o condão de alterar o mérito do que restou decidido por esta Corte de Contas no acórdão embargado em razão do princípio da independência das instâncias, segundo o qual os trabalhos desenvolvidos em várias instâncias sobre o mesmo fato correm de forma independente, o que pode desencadear condenações simultâneas nas esferas cível, criminal e administrativa (Acórdãos: 3.081/2009-TCU-1ª Câmara, 3.125/2013-TCU-Plenário, entre outros). A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que “as responsabilidades disciplinar, civil e penal são independentes entre si e as sanções correspondentes podem se cumular; entretanto, a absolvição criminal, que negue a existência do fato ou sua autoria, afasta a responsabilidade administrativa” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 300) .

**Portanto, só vincula decisão desta Corte de Contas, eventual absolvição criminal cuja sentença absolutória afasta a existência do fato (art. 386, inciso I, CPP) ou a concorrência do réu para a infração penal (art. 386, inciso IV, CPP).** E esse não é o caso da decisão judicial apresentada na peça 130, proferida em ação civil pública. Justamente por essa razão, o juiz Carlos D’Avila Teixeira deixou claro que (peça 130, p. 11): (destacamos e sublinhamos)

10.5. Por sua vez, o art. 386 do Código de Processo Penal (CPP) assim reza:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

**VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena** (arts. 20, 21, **22**, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

III - aplicará medida de segurança, se cabível. (destacamos e sublinhamos)

10.6. Extrai-se que o dispositivo invocado pelo MPF/Justiça Federal (art. 22 do CP) para deixar de penalizar na seara criminal as Sras. Luciana Corrêa Tolentino e Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana está elencado no inciso VI do art. 386 do CPP, portanto, fora das hipóteses que vinculam o Tribunal, que são aquelas situações previstas nos incisos I e IV do mesmo dispositivo.

10.7. Além disso, como bem observado por Wilson Koziowski no artigo intitulado (peça 265) “A Prescrição Penal e a sua Incidência na Esfera Administrativa (exegese do §2º do artigo 142 da Lei 8.112/90)”, disponível na web (<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/495>, acesso: 13/05/2019), o legislador positivou outros critérios de ineficácia no cível (estendida ao âmbito administrativo). Trata-se das disposições dos arts. 66 e 67 do CPP, que assim rezam:

**Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.**

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime. (destacamos)

10.8. Assim, não é possível a exclusão da responsabilidade das recorrentes no presente feito, tendo em vista que, conforme consta da análise realizada pela unidade técnica, transcrita no item 10.1 deste exame, as recorrentes ocupavam cargos relevantes na hierarquia da FCT e não adotaram nenhuma cautela para evitar dano ao Erário, sendo a Sra. Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana vice-presidente da instituição, ou seja, 2ª cargo mais relevante, e a Sra. Luciana Corrêa Tolentino era Diretora de Arte e Cultura, unidade da FCT vinculada diretamente com a execução do Convênio 38/2009 (Siconv 702618/2008), tanto é que, nas alegações apresentadas ao Tribunal pelo ex-presidente Sérgio Augusto Pereira Lorentino, consta o seguinte (pág. 4 da peça 90):

**v) apresentado à Associação Ruarte de Cultura pela servidora Luciana Tolentino,** requereu e recebeu documentos que comprovavam regularidade fiscal e jurídica, vasta experiência e idoneidade da entidade, inclusive atestada por documento da própria Funarte; (destacamos)

10.9. Nota-se que foi a Sra. Luciana Corrêa Tolentino quem apresentou a RUARTE ao dirigente máximo da FCT naquela ocasião. Portanto, participou desde o início de todos os procedimentos de subcontratação da RUARTE pela FCT e finalizou atestando na nota fiscal que os serviços foram prestados, enquanto sabia que não foram.

10.10. Ademais, conforme consta da própria denúncia apresentada à Justiça Federal e em convergência com que consta destes autos, os servidores da FCT tinham plena consciência de que os serviços não haviam sido prestados pela RUARTE e mesmo assim praticaram atos que levaram o pagamento, conforme se extrai do seguinte excerto da decisão do Juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Justiça Federal da 1ª Região–TO que recebeu a denúncia (pág. 14 da peça 207):

Ressalta-se que todos os acusados foram uníssomos em afirmar que tinham ciência de que o objeto do Contrato n. 34/2009 não foi executado e que, mesmo diante da inexecução contratual, agiram com finalidade de efetivar o pagamento indevido à RUARTE.

10.11. Ainda sobre o princípio da independência das instâncias, cabe mencionar os seguintes julgados do Tribunal sobre o tema:

A absolvição penal afasta a responsabilidade administrativa do gestor perante o TCU apenas quando declarar a inexistência do fato ou da autoria imputada. Se a absolvição penal for por falta de provas ou ausência de dolo, tal responsabilidade do gestor não é excluída. (Acórdão 1.468/2016-TCU-2ª Câmara, relator Ministro André de Carvalho)

O princípio da independência das instâncias permite ao TCU apreciar, de forma plena, a boa e regular gestão dos recursos públicos federais, mesmo nos casos em que as irregularidades também estejam sendo apuradas em outras instâncias administrativas ou judiciais. O juízo administrativo só se vincula ao penal quando neste último é afirmada, categoricamente, a inexistência do fato ou que o acusado não foi o autor do ilícito. (Acórdão 30/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes)

A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa e cível quando for reconhecida ou provada a inexistência do fato ou a negativa da autoria em relação ao responsável (art. 935 do Código Civil). (Acórdão 2.067/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Bruno Dantas)

A independência entre as instâncias permite que uma mesma conduta seja valorada de forma diversa, em ações de natureza penal, civil e administrativa. A ação por improbidade

administrativa, de natureza civil, não vincula o juízo de valor formado na seara administrativa. Apenas a sentença absolutória no juízo penal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato tem habilidade para repercutir no TCU e afastar a imposição de obrigações e sanções de natureza administrativa. (Acórdão 344/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

A condenação ao ressarcimento do dano ao erário por mais de uma instância não afronta o princípio *do non bis in idem*, devendo o pagamento da quantia necessária à reparação integral ocorrer somente uma vez. (Acórdão 6.839/2017-TCU-Primeira Câmara, relator Ministro Bruno Dantas)

10.12. Ressalta-se também que a exclusão das recorrentes na seara penal, conforme visto, não afasta a responsabilidade administrativa, até porque a “suposta coação moral” não se configura nessas situações, considerando que incide na espécie a exigibilidade de conduta diversa, qual seja, em última instância, solicitar o desligamento do cargo em comissão/função de confiança então exercido. Ademais, é consabido que não cabe ao servidor executar ordens manifestamente ilegais, conforme previsão expressa no art. 133, inciso IV, da Lei 1.818/2007 (estadual) c/c art. 116, inciso IV, da Lei 8.112/90 (federal), diploma legal aquele que regia a relação funcional das ora recorrentes com o estado de Tocantins e que levou a comissão de sindicância constituída no âmbito da FCT ter proposto a abertura de Processo Administrativo Disciplinar em relação às ora recorrentes por ter deixado de observar tal dever expresso no citado dispositivo legal (pág. 264 da peça 1), o que pode ter ocorrido no caso vertente com a suposta coação moral.

10.13. Desta forma, embora as recorrentes não tenham sido condenadas na seara criminal pelo fato tratado nestes autos, não se deve excluir suas responsabilidades na TCE, pois suas condutas contribuíram para lesão ao Erário e, por isso, devem, em solidariedade com demais responsáveis, ressarcir aos cofres públicos os valores apurados na TCE.

### **11.Falta de aferimento das condições pessoais no julgamento do Tribunal para aplicação da penalidade de multa.**

11.1. Defendem que “a responsabilidade administrativa dos agentes públicos perante aos Tribunais de Contas é de natureza subjetiva, conforme pacificado na jurisprudência do TCU” e que, após mencionarem julgados do Tribunal e citarem trecho de obra de Maria Helena Diniz acerca da culpa em sentido amplo, houve impropriedade em relação à TCE, considerando que “não foi comprovado pelo Auditor que elas atuaram com dolo ou culpa, este simplesmente adotou os pressupostos da responsabilidade objetiva, que é a culpa presumida”.

11.2. Afirmam que houve “um erro crasso a análise do Tribunal” em relação às suas condutas, tendo em vista que “a identificação do dolo ou culpa tem grande relevância para aplicação da sanção de multa e sobretudo para fixar o valor desta”, sendo que não foi aferido no julgamento do Tribunal suas condições pessoais ao subscreverem a nota fiscal, o que houve no poder Judiciário no processo criminal.

11.3. Entendem que “um fato irregular não é suficiente para punir o agente público”, devendo o Tribunal examinar com cautela a conduta e o grau de responsabilidade, sendo que o que “se verifica na prática é que o órgão fiscalizador individualizou as condutas, porém, deixou de fazer correspondência entre a pena aplicada e o grau de censura da conduta”, o que não se admite, conforme julgado do STJ no AgRg no REsp 1199599/SP.

### **Análise**

12.A conduta das ora recorrentes no trato da coisa pública referente ao objeto do convênio 38/2008 (Siconv 702618) que levou o Tribunal a aplicar-lhes multas individuais de R\$ 75.000,00 foi devidamente apontada no relatório que embasa o Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara, conforme parágrafos 58 a 60, transcritos no item 10.1 deste exame.

12.1. Nota-se que a conduta merecedora de sanção das recorrentes se deve ao fato de terem agido com negligência, espécie de culpa, ao atestarem nota fiscal de prestação de serviço sem que, de fato, isso tenha ocorrido, sendo que não adotaram qualquer mitigação de riscos para

Administração Pública e sem qualquer documentação relativa à medição dos serviços prestados, contrariando disposições expressas do ordenamento jurídico e da prática administrativa.

12.2. A questão da multa aplicada aos responsáveis apontados na TCE foi devidamente abordada por ocasião do exame dos recursos de reconsideração interposto pelo Sr. Osvaldo Lopes de Carvalho contra os termos do Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara, que se aplica igualmente para as ora recorrentes, conforme análise feita à época e que consta das razões que fundamentaram o Acórdão

6.2. Pode-se esclarecer a defesa que a sanção de multa aplicada aos responsáveis, dentre eles o ora recorrente, cujo valor foi de R\$ 75.000,00, teve por fundamento o art. 57 da Lei 8.443/1992. Normativo que se amolda com perfeição ao caso concreto, onde houve o julgamento em débito solidário dos responsáveis.

6.3. Multa, esta, que será valorada em até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário. Portanto, à luz deste dispositivo e considerando que o débito imputado atualizado em 14/11/2014 perfazia o montante de R\$ 787.182,41 (Peça 82), o valor aplicado de R\$ 75.000,00 corresponde a menos de 10 % do valor máximo retrocitado.

6.4. Logo, a referida conduta foi punida com um valor muito próximo do limite mínimo aplicável consignado na legislação. O que, por sua vez, se encontra dentro dos parâmetros estabelecidos pela Lei Orgânica do TCU e, por consectário lógico, dentro dos propósitos dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo legal e regimentalmente embasado.

6.5. Verifica-se, sobremaneira, que a dosimetria aplicada se mostra bastante razoável e proporcional a gravidade apontada, bem como foi devidamente individualizada na pessoa da recorrente. Além de se inserir perfeitamente na margem discricionária legalmente conferida a esta Casa para a realização efetiva do controle externo no âmbito da administração pública federal. (sublinhado do original)

12.3. Nota-se, portanto, que os julgados do Tribunal apontaram as condutas e o grau de responsabilidade das recorrentes na malversação dos recursos do convênio 38/2008 (Siconv 702618), motivo pelo qual se entende que não há reparos a se fazer nas penalidades aplicadas a elas.

## CONCLUSÃO

13. Em face da análise das razões recursais apresentadas, concluiu-se que:

a) não houve cerceamento de defesa das recorrentes pelo fato de não terem sido notificadas como responsáveis na fase interna da TCE, considerado que o exercício da ampla defesa e do contraditório é assegurado no âmbito do Tribunal após a instauração da TCE e citação válida dos responsáveis, o que ocorreu nestes autos;

b) o fato de as recorrentes não terem sido designadas formalmente para atuarem como gestoras e/ou fiscais do contrato de prestação de serviços é irrelevante diante da gravidade de terem atestado nota fiscal sem que os serviços tivessem sido prestados;

c) o fato de as recorrentes não terem sido denunciadas pelo MPF e punidas na seara penal, nos autos do Processo nº 4472-60-213-4.01.4300 da 4ª Vara Federal Criminal da Justiça Federal da 1ª Região-TO, em razão dos mesmos fatos que ensejaram a autuação da TCE não as exime da responsabilidade de ressarcir ao Erário, em solidariedade com demais responsáveis, pela malversação dos recursos provenientes do convênio 38/2008 (Siconv 702618), considerando que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, não vinculando, de forma automática, a decisão proferida no juízo criminal ao que foi ou será decidido na seara do controle administrativo, exercido pelo TCU;

d) as multas aplicadas as recorrentes estão dentro dos parâmetros legais e seu valor corresponde a menos de 10% do limite possível, não havendo razão para modificação, pois o Tribunal apontou devidamente a conduta negligente delas que ensejaram a sanção.

13.1. Assim, não foi trazido aos autos nenhum argumento que detenha o condão de modificar o julgado de origem, Acórdão 11.930/2016-TCU-2ª Câmara, mantido pelos Acórdãos 8.493/2017, 10.130/2017 e 8.375/2017, todos da 2ª Câmara do TCU.

### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

14. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts 32, inciso III, 35, inciso III, da Lei 8.443/1992 e art. 288 do RI/TCU:

a) conhecer dos recursos de revisão interpostos pelas Sras. Luciana Corrêa Tolentino e Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) dê ciência do acórdão que for prolatado às recorrentes e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço [www.tcu.gov.br/acordaos](http://www.tcu.gov.br/acordaos), no dia seguinte ao de sua oficialização.”

2. Anuiu à proposta da Serur o representante do Ministério Público junto ao TCU, por meio do seguinte parecer, com as supressões que entendo cabíveis (peça 272):

“2. No que se refere à alegação de que o Ministério Público Federal deixou de oferecer denúncia contra as recorrentes por entender que agiram sob coação irresistível, importa registrar que a leitura da manifestação do *Parquet* indica que a ênfase dada não foi à parte inicial do art. 22 do Código Penal, mas sim à segunda hipótese nele indicada para fins de exclusão de ilicitude (rodapé da imagem na peça 207, p. 12). O conteúdo do dispositivo negrito trata do cometimento do fato em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, e não à coação irresistível, como querem fazer crer as responsáveis.

3. Ainda que se admitisse a aplicação da hipótese defendida, não vislumbrei, nos elementos contidos nos autos, a ocorrência de situação da qual as responsáveis não pudessem se esquivar, constando dos depoimentos colhidos durante a sindicância tão somente que os recursos não seriam liberados e que existia a possibilidade de responder a processo por descumprimento de ordem superior (peça 1, p. 246-248).

4. As informações prestadas pela Sra. Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana à comissão de sindicância dão conta, inclusive, do contexto nebuloso em que o atesto seria dado, havendo registro de impossibilidade de fornecimento de elementos adicionais por razões pessoais e políticas (peça 1, p. 246).

5. No tocante à viabilidade de enquadramento da conduta das responsáveis na segunda parte do art. 22 do Código Penal, entendo, com as devidas vênias à conclusão do Ministério Público Federal, que não seria possível tal medida, visto que a ordem de atestar a nota fiscal sem que os serviços tivessem sido prestados afigura-se manifestamente ilegal, o que desautoriza a aplicação do dispositivo para afastar a responsabilização das recorrentes.

6. De se ressaltar, ainda, que o transmissor da ordem para o atesto, Sr. Osvaldo Lopes de Carvalho, ocupava o cargo de Diretor de Administração e Finanças, encontrando-se na mesma linha hierárquica da Sra. Luciana Corrêa Tolentino, Diretora de Arte e Cultura, e abaixo da Sra. Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana, então Vice-Presidente da entidade. Desse modo, considerando-se que para enquadramento na situação prevista no art. 22 do Código Penal faz-se necessária a caracterização da superioridade hierárquica da autoridade, não se afigura possível, no caso ora em tela, utilizar o referido dispositivo legal para isentá-las de responsabilidade pelo ato praticado.

7. De qualquer modo, ainda que se reconhecesse relação de subordinação capaz de obrigar as Sras. Luciana Corrêa Tolentino e Maria Eliza Rodrigues Salgado Lana a seguirem o comando de atestar a nota, não seria possível conferir legitimidade à conduta adotada, visto tratar-se de ordem manifestamente ilegal, consistente na chancela de pagamento de serviços ainda não prestados.

8. Cumpre esclarecer que, a despeito da análise acima utilizar-se do dispositivo do Código Penal invocado pelas recorrentes, a jurisprudência deste Tribunal é firme no tocante à independência das

instâncias, de modo que a decisão proferida somente seria afetada se a decisão na esfera penal concluísse pela inexistência do fato ou pela negativa de autoria, o que não ocorreu.

9. Por fim, registro que, em minha primeira manifestação nestes autos, consignei ter ficado perfeitamente caracterizado o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes chamados em citação e o prejuízo aos cofres da Funarte, sendo o atesto irregular o causador do débito motivador da decisão condenatória, que deve permanecer em seus exatos termos.

10. Diante do exposto, este membro do Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposta de negar provimento ao recurso.”

3. Após concluída a instrução de mérito a respeito do presente Recurso de Revisão, foram juntadas as peças 269-271, por meio das quais Osvaldo Lopes de Carvalho pleiteia que sejam afastadas as penalidades que lhe foram aplicadas nesta TCE, com fundamento em sua absolvição tanto na Ação Penal n.º 0004524- 51.2015.4.01.4300, em trâmite na Justiça Federal do Tocantins quanto nos autos do processo n.º 2011.23000.002110, em trâmite na Controladoria Geral do Estado do Tocantins.

É o Relatório.