

TC 003.800/2019-9

Natureza: tomada de contas especial (recurso de reconsideração).

Unidades jurisdicionadas: Administração Regional do Senac no Estado do Rio de Janeiro (Senac-ARRJ) e Administração Regional do Sesc no Estado do Rio de Janeiro (Sesc-ARRJ).

Recorrentes: Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro (CNPJ 42.591.099/0001-93), Marcelo José Salles de Almeida (CPF 738.146.287-72) e Orlando Santos Diniz (CPF 793.078.767-20).

Advogado constituído nos autos: Marcelo Campos (OAB/SP 121.598), entre outros; procuração: peça 365; Ivan Ribeiro dos Santos Nazareth (OAB/RJ 121.685), entre outros; procuração: peça 324; André Luís Santos Meira (OAB/DF 25.597), entre outros; procuração: peça 36.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de contas especial. Termo de cooperação técnica. Irregularidades na execução do ajuste. Contas irregulares. Condenação em débito. Recurso de reconsideração. Compete ao TCU julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário. Incide sobre todo aquele que administra os recursos públicos o ônus de provar a sua regular aplicação. O TCU possui ampla liberdade de cognição, tendo autonomia na identificação dos responsáveis a figurar nos processos sem que isso configure causa de nulidade processual. A injustificada omissão no dever de prestar contas de ordem constitucional configura ato doloso de improbidade administrativa, além de revelar a existência de culpa grave tipificada como erro grosseiro. A existência, por si só, de ação judicial em curso sobre os fatos objeto de análise pelo TCU não gera relação de prejudicialidade a ensejar o sobrestamento dos autos, sem prejuízo de observar a relação de interdependência entre eles. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pela Federação do Comércio de



Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro (peça 394), por Marcelo José Salles de Almeida (peça 372) e por Orlando Santos Diniz (peça 366) contra o Acórdão 1.297/2022-TCU-1ª Câmara (peça 334), relatado pelo Ministro-Substituto Weder de Oliveira, nos seguintes termos:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro;

9.2. julgar irregulares, com fundamento nos arts. 1º, I, e 16, III, “a” e “c”, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, III, da mesma lei, e com arts. 1º, I, e 209, III, e 214, III, do RI/TCU, as contas da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio/RJ), do Sr. Marcelo José Salles de Almeida e do Sr. Orlando Santos Diniz;

9.3 condenar, solidariamente, a Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio/RJ), o Sr. Marcelo José Salles de Almeida e o Sr. Orlando Santos Diniz ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres da Administração Regional do Sesc no Estado do Rio de Janeiro, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
45.975.244,69	31/12/2015
21.000.005,04	22/1/2016
1.746.000,00	2/2/2016
1.212.500,00	11/2/2016
15.350.488,62	29/2/2016
6.156.057,00	10/3/2016
17.513.226,75	28/3/2016
13.445.139,99	29/4/2016
5.407.138,43	24/6/2016
3.581.883,32	11/8/2016
1.022.689,31	15/9/2016
474.308,71	29/9/2016
751.314,42	3/10/2016
1.605.201,19	13/10/2016
994.799,15	18/10/2016
75.699,50	1º/11/2016
6.606.357,78	18/11/2016
1.062.188,94	21/12/2016
2.064.094,05	24/2/2017
527.783,02	11/4/2017
945.569,05	9/5/2017
794.954,51	7/6/2017
673.641,50	29/6/2017
1.297.543,82	30/6/2017
470.143,38	12/7/2017
3.319.216,72	1º/8/2017



431.403,23	10/8/2017
573.932,67	17/8/2017
952.859,63	25/8/2017
3.370.239,95	21/9/2017
606.950,06	28/9/2017
1.646.011,72	20/10/2017
1.569.954,36	17/11/2017

9.4. condenar, solidariamente, a Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio/RJ), o Sr. Marcelo José Salles de Almeida e o Sr. Orlando Santos Diniz ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres da Administração Regional do Senac no Estado do Rio de Janeiro, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
8.167.666,94	29/2/2016
3.275.220,00	10/3/2016
8.922.264,19	28/3/2016
6.900.676,33	29/4/2016
1.808.804,99	3/6/2016
964.268,76	24/6/2016
1.840.023,41	11/8/2016
506.719,19	15/9/2016
235.008,93	30/9/2016
372.259,00	3/10/2016
795.340,52	13/10/2016
492.900,25	18/10/2016
38.612,02	1º/11/2016
3.369.702,81	18/11/2016
539.821,97	21/12/2016
1.027.693,94	24/2/2017
263.417,06	11/4/2017
478.926,80	9/5/2017
401.570,01	7/6/2017
340.831,43	29/6/2017
656.497,14	30/6/2017
237.870,80	12/7/2017
1.692.954,43	1º/8/2017
219.292,41	10/8/2017
290.405,25	17/8/2017
482.139,20	25/8/2017
1.645.903,83	21/9/2017
296.793,38	28/9/2017
802.768,30	20/10/2017
786.374,78	17/11/2017
683.394,63	18/12/2017

9.5. aplicar à Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio/RJ) e ao Sr. Orlando Santos Diniz, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. aplicar ao Sr. Marcelo José Salles de Almeida a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.7. autorizar, desde logo, se requerido, com fundamento no art. 26, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, §§ 1º e 2º, do RI/TCU, o parcelamento das dívidas em até 36 parcelas, incidindo, sobre cada parcela, corrigida monetariamente, os correspondentes acréscimos legais, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da primeira parcela, e de 30 (trinta) dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem o recolhimento das demais parcelas, devendo incidir, sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, no caso do débito, na forma prevista na legislação em vigor, alertando os responsáveis de que a falta de comprovação do pagamento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do § 2º do art. 217, do Regimento Interno deste Tribunal;

9.8. autorizar, desde logo, nos termos dos arts. 219, II, do RI/TCU e 28, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.9. encaminhar cópia da deliberação ao (à) chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 16, da Lei 8.443/1992;

9.10. enviar cópia deste acórdão ao Sr. Marcelo José Salles de Almeida, ao Sr. Orlando Santos Diniz, à Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio/RJ), à Administração Regional do Sesc no Estado do Rio de Janeiro e à Administração Regional do Senac no Estado do Rio de Janeiro e informar-lhes que o inteiro teor da presente deliberação estará disponível para a consulta no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.

HISTÓRICO

2. No bojo do processo de representação formulada pelo Ministério Público junto a este Tribunal sob o TC 020.456/2016-6, foram constatadas variadas irregularidades nas gestões da Administração Regional do Sesc no Estado do Rio de Janeiro (Sesc-ARRJ) e da Administração Regional do Senac no Estado do Rio de Janeiro (Senac-ARRJ), as quais estão sendo examinadas em diversos outros apartados.

2.1. Em especial, a presente tomada de contas especial (TCE) sob comento foi autuada por força do item 1.9.1 do Acórdão 1.392/2019-TCU-1ª Câmara, em desfavor da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio-RJ) e de seus dirigentes à época dos fatos, Orlando Santos Diniz (presidente dessa federação) e Marcelo José Salles de Almeida (gestor do Sesc-ARRJ e Senac-ARRJ), em razão de irregularidades na aplicação de recursos públicos repassados por meio do Termo de Cooperação Técnica celebrado em

1º/12/2015, para “regular a interação administrativa e operacional entre os PARTÍCIPES, bem como estabelecer as responsabilidades assumidas conjuntamente por Senac RJ, Sesc RJ e Fecomércio RJ no âmbito do Sistema Comércio RJ”, com vigência até 30/11/2017 (peças 313 e 314).

2.2. Após as considerações técnicas acerca da apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano para fins de ressarcimento, a unidade técnica, com a anuência do ministro-relator, passou a promover a citação dos responsáveis em face da omissão no dever de prestar contas e da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos no bojo do aludido ajuste, além não terem exigido a apresentação da respectiva prestação de contas ou adotado providências para responsabilização da Fecomércio-RJ (peças 2, 6 e 9).

2.3. Partindo dessas premissas, ao rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos referidos responsáveis, a unidade técnica propôs julgar irregulares as contas da Fecomércio-RJ e de seus dirigentes, condenando-os ao pagamento do correspondente débito, sem prejuízo de lhes aplicar, individualmente, multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (peça 322 e 323), tendo o MPTCU anuído a essa proposta (peça 325).

2.4. Nesse sentido, a 1ª Câmara do TCU prolatou o Acórdão 1.297/2022 (peça 334) no sentido de julgar irregulares as contas da Fecomércio-RJ, bem como de Orlando Santos Diniz e Marcelo José Salles de Almeida, condenando-os, solidariamente, ao pagamento do correspondente débito, sem prejuízo de lhes aplicar, individualmente, multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

2.5. Em seguida, ao apreciar os embargos de declaração opostos pela Fecomércio-RJ (peça 361) e por Marcelo José Salles de Almeida (peça 340), a 1ª Câmara do TCU proferiu o Acórdão 3.582/2022 (peça 369) para conhecer e, no mérito, negar-lhes provimento.

2.6. Inconformados, enfim, a Fecomércio-RJ (peça 394), além de Orlando Santos Diniz (peça 366) e Marcelo José Salles de Almeida (peça 372), interpuseram os respectivos recursos de reconsideração requerendo a reforma do Acórdão 1.297/2022-TCU-1ª Câmara, para tornar insubsistentes o débito e a multa que lhes foram aplicados, sem prejuízo de pugnar, também, pelo sobrestamento do julgamento da presente tomada de contas especial até a deliberação final do MS 35.172-DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 373, 374 e 397), ratificados pelo Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues (peças 378 e 399), que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1 ao 9.6 e 9.8 do Acórdão 1.297/2022-TCU-1ª Câmara, eis que preenchidos os requisitos aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação.

4.1. Constitui objeto dos presentes recursos verificar se:

a) o TCU é competente para apreciar e julgar as contas da Fecomércio-RJ (peça 366, p. 8-10);

b) a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo do MS 35.172-DF suspendeu os efeitos do acórdão condenatório do TCU (peça 372, p. 23-25; e peça 394, p. 14-16).

c) houve a nulidade processual decorrente da ausência de chamamento aos autos dos escritórios de advocacia que deram causa ao dano ao erário (peça 372, p.26 e 27; e peça 394, p. 7-10);

d) houve a devida comprovação da boa e regular aplicação dos recursos repassados no bojo do termo de cooperação técnica em tela (peça 366, p. 19-28; peça 372, p. 19-22; e peça 394, p. 10-14);

e) a responsabilização de Orlando Santos Diniz foi adequada (peça 366, p. 11-18);

f) a responsabilização de Marcelo José Salles de Almeida foi adequada (peça 372, p. 7-19, 22, 23, 25 e 26);

g) a responsabilização da Fecomércio-RJ foi adequada (peça 394, p. 16-19).

4.2. Por oportuno, reputa-se adequado trazer as razões recursais oferecidas pelos responsáveis em conjunto naquilo que for pertinente, com destaque, contudo, às respectivas individualidades acaso existentes, sem prejuízo de observar a solidariedade inerente às irregularidades em discussão.

5. Competência do TCU para apreciar e julgar as contas da Fecomércio-RJ (peça 366, p. 8-10).

5.1. Em sede de preliminar, os recorrentes aduziram que o Tribunal não seria competente para apreciar e julgar as contas da Fecomércio-RJ, pois, consoante a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a sua competência constitucional se restringe às entidades públicas, não alcançando, contudo, as entidades de caráter eminentemente privado.

Análise

5.2. Os argumentos apresentados pelas recorrentes não merecem prosperar, uma vez que o alcance das competências conferidas ao exercício do controle externo está perfeitamente delineado na Constituição Federal e na legislação correlata, nos termos a seguir delineados.

5.3. De pronto, o art. 71, inciso II, da Constituição Federal, de 1988, dispõe de forma expressa que ao Tribunal compete “*julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (...) e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*”. Sobre convênio, acordo, ajuste ou instrumentos congêneres, o constituinte foi ainda mais preciso ao consignar em específico, no inciso VI do art. 71, a competência do Tribunal para fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados por meio desses ajustes.

5.4. Por sua vez, a Lei 8.443/1992, em seus arts. 4º e 5º, estabelece que o TCU tem jurisdição própria e privativa, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, abrangendo todos os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União. Já o art. 8º da Lei 8.443/1992 determina que o Tribunal “*julgue as contas daquele que seja responsável por prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário*”.

5.5. Sobre esse assunto, a fim de dirimir divergência de entendimentos a respeito da competência do Tribunal para julgar contas de particulares que causem dano ao erário, o Plenário discutiu o incidente de uniformização de jurisprudência a partir de preliminar suscitada pelo MPTCU e assim deliberou, nos termos do Acórdão 321/2019-TCU-Plenário, da relatoria da

Ministra Ana Arraes, *in verbis*:

9.1. deixar assente o entendimento de que, de acordo com os artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, compete ao TCU julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato, contrato administrativo ou instrumento congêneres sujeitos ao Controle Externo.

5.6. Conforme se extrai do voto condutor, ao analisar as considerações do *Parquet* de Contas, a relatora concluiu que a solução que melhor se amolda ao ordenamento jurídico é aquela que reconhece, com base em interpretação lógica, sistemática, histórica e teleológica da legislação, a competência do TCU para julgar as contas de particulares, independentemente da coparticipação de agente público no cometimento do dano ao erário, desde que os atos inquinados decorram de vínculo jurídico entre o particular e a administração no qual se verifiquem prejuízos ao interesse público.

5.7. Não obstante as razões aduzidas, restou consignado que não compete a esta Corte atuar nas questões de interesse exclusivamente privado que não envolvam o resguardo do interesse público, o simples descumprimento de cláusula contratual pelo particular que não importe dano ao erário deve ser tratado pela própria administração mediante ação judicial ou utilização dos instrumentos previstos na legislação (advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar, declaração de inidoneidade, rescisão unilateral de contrato e execução de garantias).

5.8. Não é papel do TCU, portanto, substituir a administração ou o Poder Judiciário, sob risco de se imiscuir em competências alheias, nas contendas sobre a aplicação de cláusulas puramente comerciais sem indicativos de prejuízos ao interesse público.

5.9. Ante o esposado, inexistindo razões suficientes para afastar a competência do TCU e os fundamentos da deliberação recorrida, neste ponto, os argumentos oferecidos em grau de recurso devem ser rejeitados.

6. Devida comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais repassados no bojo do aludido ajuste (peça 366, p. 19-28; peça 372, p. 19-22; e peça 394, p. 10-14).

6.1. Os recorrentes afirmam que a aplicação dos recursos públicos repassados por força do Termo de Cooperação Técnica celebrado em 1º/12/2015 foi devidamente comprovada, com base nos seguintes argumentos:

a) o referido instrumento de transação utilizado para o repasse dos recursos públicos tinha validade jurídica, sobretudo para os casos em que há a necessidade de atuação conjunta e sistêmica das entidades que compõem o sistema em prol do alcance de sua missão institucional;

b) os documentos a título de prestação de contas foram apresentados ao TCU tomando como base o relatório de auditoria externa contratada para essa finalidade, com as análises realizadas em contratos de assessoria jurídica e prestação de serviços indicados pela Fecomércio-RJ como fornecedores com as despesas rateadas entre as partes (peças 49-308), tendo o encaminhamento dessa documentação sido, inclusive, reconhecido pela unidade técnica em sede de exame preliminar;

c) o não acolhimento da proposta de diligência da unidade técnica pelo Ministro-Relator Weder de Oliveira, com vistas ao saneamento e ao subsídio na análise da prestação de contas intempestivamente apresentada pela Fecomércio/RJ, violou a busca pela verdade material (peças 315 e 321), o que levou a unidade técnica a anotar, em seguida, que a documentação até então contida nos autos seria insuficiente para demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos públicos repassados no bojo do ajuste;

d) a documentação apresentada a título de prestação de contas do ajuste não foi minimamente analisada no curso da presente tomada de contas especial, limitando-se a unidade técnica a infirmar a sua insuficiência e incompletude de forma genérica, de modo que a solução mais adequada a ser adotada pelo TCU seria determinar que o Sesc-ARRJ e o Senac-ARRJ apresentassem as análises conclusivas sobre a prestação de contas apresentada, ainda que de forma extemporânea, pela Fecomércio-RJ, conforme anteriormente aventado pela unidade técnica; e

e) de acordo com o despacho do Ministro-Relator Weder de Oliveira (peça 321), o TCU estaria impedido de analisar a documentação protegida sob o manto do sigilo (peça 159) por força da decisão liminar proferida pelo Ministro Dias Toffoli do STF no bojo do MS 35.172-DF e, assim, restaria comprometida a integral comprovação da regular aplicação de parte dos recursos públicos envolvidos por parte dos recorrentes, devendo, portanto, suspender a apreciação desta tomada de contas até a deliberação final do STF.

Análise

6.2. Os argumentos apresentados pelos recorrentes não merecem prosperar, pois incide sobre todo aquele que administra os recursos públicos o ônus de provar a sua regular aplicação, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988 e do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, sem prejuízo de, por analogia à Súmula 286 do TCU, a pessoa jurídica de direito privado também responder como destinatária dos recursos repassados, em solidariedade com o seu administrador, pelo dano causado ao erário em face da ausência de efetiva comprovação sobre a execução do objeto pactuado e a boa aplicação dos recursos públicos.

6.3. Em princípio, o termo de cooperação técnica é um instrumento jurídico hábil para a formalização entre as partes, no caso entidades privadas do “Sistema S”, de interesse na mútua cooperação técnica, visando à execução de ações de caráter recíproco, pressupondo a transferências de recursos financeiros para o alcance de sua finalidade.

6.4. *In casu*, o Termo de Cooperação Técnica de 2015 foi celebrado entre o Senac-ARRJ, o Sesc-ARRJ e a Fecomércio-RJ para regular a interação administrativa e operacional com rateio de despesas na forma de gestão integrada com a unificação das áreas comuns e, assim, promover o alinhamento das ações institucionais, reduzir custos, ampliar os recursos disponíveis a serem aplicados nas áreas finalísticas, além de estabelecer as responsabilidades assumidas conjuntamente entre essas entidades que compõem o “Sistema Comércio RJ” (peça 313).

6.5. Para o alcance do objeto, os recursos públicos transferidos à Fecomércio-RJ alcançaram a importância de R\$ 211.684.963,71, sendo R\$ 163.148.841,01 a cargo do Sesc-ARRJ, no período de 31/12/2015 a 17/11/2017, e R\$ 48.536.122,70 custeados pelo Senac-ARRJ, no período de 29/2/2016 e 18/12/2017 (peça 2).

6.6. Em consonância com os itens previstos na cláusula quinta do ajuste (peça 313, p. 8-9), o processo de prestação de contas deveria ser formalizado com periodicidade mínima semestral,

como, inclusive, mecanismo fundamental de controle do rateio das despesas realizadas à conta dos recursos da avença, bem como de pertinência de cada despesa em relação ao objeto pactuado entre as partes.

6.7. Não bastasse isso, foi estabelecido, ainda, que não seriam objeto de rateio as despesas concernentes à execução de atividades destinadas a atender, exclusivamente, as necessidades das partes, de forma isolada e não vinculada à comunhão de esforços que determinou a criação do “Sistema Comércio RJ”, mesmo que realizada pelas áreas relacionadas no item 2.3 do ajuste.

6.8. Ocorre, contudo, que, como restou apurado ainda no bojo da representação sob o TC 020.456/2016-6 e foi objeto de citação dos responsáveis nestes autos, não havia qualquer prestação de contas apresentada à época, ainda que parcial ou periódica, e, por conseguinte, não teria sido comprovada a boa e regular aplicação desses recursos, além não terem sido adotadas as providências para tanto, mesmo que extemporâneas.

6.9. Naquela oportunidade, ao discorrer sobre os fundamentos que culminaram na instauração da presente tomada de contas especial (peça 3), a unidade técnica assinalou que R\$ 152.113.127,98 teriam sido destinados para pagamento de despesas com serviços advocatícios, em um período de apenas seis meses, e R\$ 48.183.139,63, para o custeio de outras despesas, de modo que as justificativas pertinentes a essas aplicações de recursos, entre outras, deveriam ter sido devidamente comprovadas em sede de prestação de contas do ajuste. Não se pode olvidar, ainda, que a efetiva demonstração do cumprimento do critério de rateio estabelecido a partir do percentual de contribuições compulsórias vertido por cada entidade também seria objeto de comprovação em sede de prestação de contas.

6.10. Ainda na ocasião da instrução do TC 020.456/2016-6 e, da mesma forma, no bojo desta tomada de contas especial, variadas foram as medidas preliminares adotadas com a finalidade de buscar a verdade material, assim como oportunizar aos responsáveis o direito ao contraditório e à ampla defesa.

6.11. Não é demais ressaltar que prestar contas pressupõe a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos transferidos por meio da execução física e financeira da avença, acompanhada do nexo de causalidade entre uma e outra, com a demonstração inequívoca de todas as ações desempenhadas em prol do alcance dos objetivos estabelecidos entre as partes.

6.12. Não obstante, ao avaliar a documentação colacionada aos autos em sede de alegações de defesa, a unidade técnica anotou que não constituiu prestação de contas ordenada que permitisse concluir pela regularidade das transferências realizadas, sem prejuízo de pontuar que os documentos apresentados perfaziam mais de 128 mil páginas, com elementos repetidos e outros que, aparentemente, não tinham relação com o tema do processo (peça 322).

6.13. Apontado nas razões recursais como o principal documento da prestação de contas, o suscitado relatório de auditoria externa elaborado por uma empresa contratada pela Fecomércio-RJ foi pontuado pela unidade técnica que teve por objetivo revisar os procedimentos adotados pela entidade para contratação de serviços de advocacia em geral e “*avaliar se os serviços estavam sendo executados da forma contratada*” para validar “*o contas a pagar com saldos e desembolsos ocorrido de 1/12/2015 a 31/12/2017*” (peça 48, p. 2), de modo que se tratou de um documento que não se prestou, portanto, a demonstrar a regularidade do rateio das despesas pelas três entidades.

6.14. Bem se sabe que a jurisprudência do TCU é firme no sentido da pessoal

responsabilidade do gestor pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais, submetendo todo aquele que administra os recursos públicos ao dever de demonstrar o correto emprego dos valores federais, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988 e do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, sem prejuízo de, por analogia à Súmula 286 do TCU, a pessoa jurídica de direito privado também responder como destinatária dos recursos repassados, em solidariedade com o seu administrador, pelo dano causado ao erário em face da ausência de efetiva comprovação sobre a execução do objeto pactuado e a boa aplicação dos recursos públicos, nos termos do art. 16, § 2º, “b”, da Lei 8.443/1992.

6.15. Ademais, restou efetivamente configurada a referida omissão no dever de prestar contas, já que a suposta prestação de contas do ajuste teria sido apresentada apenas após a citação deste Tribunal e, assim, não se deve tecnicamente tratar o presente caso como mera intempestividade na outrora prestação de contas, mas, sim, como efetiva irregularidade na presente tomada de contas especial (TCE), diante da evidente ausência do indispensável atributo da voluntariedade na apresentação da correspondente documentação, restando configurada, pois, a aludida omissão no dever de prestar contas, em vez da mera intempestividade, nos termos do art. 8º da Lei 8.443/1992.

6.16. Com efeito, não estaria incluída nas competências constitucionais e legais do TCU a análise ordinária, em primeira instância, das prestações de contas da aplicação de recursos federais repassados a órgãos e entidades públicos e privados, por meio de convênios ou outras formas de ajustes similares, em consonância, por exemplo, com o entendimento insculpido no Acórdão 2.594/2009-TCU-Plenário, sob a relatoria do Ministro Weder de Oliveira.

6.17. Por esse ângulo, em função da ausência de elementos capazes de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos federais ante a ausência de efetiva demonstração donexo causal entre os recursos federais aportados e os supostos dispêndios incorridos no âmbito do referido termo de cooperação técnica, com a malsinada omissão do dever de apresentar a prestação de contas do ajuste, restou configurada a ofensa não só às regras legais, mas também aos princípios basilares da administração pública, já que, ao final e ao cabo, os responsáveis deixaram de prestar a devida satisfação à sociedade sobre o efetivo emprego dos recursos públicos postos à disposição deles, e, desse modo, restaria confirmada a presunção legal de dano ao erário em face do eventual desvio ou desperdício dos respectivos recursos federais.

6.18. Enfim, não se observa a relação de interdependência entre os fundamentos que ensejaram a deliberação recorrida e os documentos sigilosos protegidos por força da decisão proferida pelo STF no bojo do MS 35.172-DF, até porque, como demonstrado acima, o objeto do ajuste não se resumia à prestação de serviços advocatícios por escritórios contratados pela Fecomércio-RJ, de modo que a efetiva prestação de contas deveria ir muito além da comprovação meramente documental, contemplando a demonstração clara da boa e regular aplicação dos respectivos recursos públicos transferidos para, *in casu*, regular a interação administrativa e operacional com rateio de despesas na forma de gestão integrada e a unificação das áreas comuns a partir das responsabilidades assumidas conjuntamente entre o Sesc-ARRJ, o Senac-ARRJ e a Fecomércio-RJ.

6.19. Sendo assim, inexistindo elementos novos, tampouco provas robustas a elidir os fundamentos que ensejaram a prolação da decisão guerreada, neste ponto, os argumentos dos recorrentes devem ser rejeitados.

7. Nulidade processual decorrente da ausência de chamamento aos autos dos escritórios de advocacia que deram causa ao dano ao erário (peça 372, p. 26 e 27; e peça 394, p. 7-10).

7.1. Os recorrentes suscitam a ocorrência de nulidade processual em razão do não chamamento aos autos dos escritórios de advocacia que deram causa ao dano ao erário, sob os seguintes argumentos:

a) a despeito de terem recebido pagamentos com recursos públicos repassados por força do termo de cooperação técnica em tela, quatro escritórios de advocacia se recusaram a apresentar a correspondente documentação com a finalidade de subsidiar a elaboração da prestação de contas posteriormente apresentada pela Fecomércio-RJ, contribuindo, assim, para a ocorrência do suscitado dano ao erário;

b) a documentação de posse dos respectivos escritórios de advocacia seria suficiente para elidir o débito apontado nesta tomada de contas especial, no entanto, apesar de suscitada a necessidade de citação desses responsáveis enquanto terceiros solidários, contudo, não houve qualquer manifestação da unidade técnica a respeito desse pleito, configurando, assim, a ofensa ao devido processo legal e o cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa pelos responsáveis;

c) ao apreciar o processo de tomada de contas especial, o TCU tem o dever de fixar a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo tenha concorrido para o cometimento do correspondente dano ao erário, em consonância com os ditames da Lei 8.443/1992 e de sua jurisprudência pacífica sobre o tema; e

d) não se pode presumir que inexistiu a prestação dos serviços advocatícios, de modo que a citação desses escritórios no bojo da presente tomada de contas especial seria imprescindível para que, em sede de defesa, fosse apresentada a respectiva documentação necessária à comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos a eles destinados.

Análise

7.2. Os argumentos apresentados pelos recorrentes não merecem prosperar, pois, ao apurar as irregularidades constatadas em sede de tomada de contas especial, o TCU possui ampla liberdade de cognição, tendo autonomia na identificação dos responsáveis a figurar nos processos sem que isso configure causa de nulidade processual.

7.3. Conforme já epigrafado, no bojo do TC 020.456/2016-6, ao apurar os indícios de irregularidades constatadas nas gestões do Sesc-ARRJ e do Senac-ARRJ a 1ª Câmara do TCU prolatou o Acórdão 1.392/2019 no sentido de determinar a autuação da presente tomada de contas especial diante da presença dos pressupostos válidos para a sua instauração.

7.4. Diante desse contexto, após a apuração das irregularidades, a unidade técnica, com a anuência do ministro-relator, passou a promover a citação dos responsáveis para apresentarem as suas alegações de defesa ou recolherem o correspondente débito apurado em face da omissão no dever de prestar contas dos recursos repassados por meio do Termo de Cooperação Técnica celebrado em 1º/12/2015 e da não comprovação da boa e regular aplicação desses recursos, além de não terem sido adotadas as providências para tanto, mesmo que extemporâneas.

7.5. Importante destacar que, na ocorrência de algumas das situações, os escritórios de advocacia poderiam ser responsabilizados solidariamente com os respectivos gestores do Senac-ARRJ, Sesc-ARRJ e Fecomércio-RJ, na qualidade de beneficiários dos pagamentos, como, por exemplo, na hipótese de inexecução ou mesmo execução parcial de um contrato de prestação de serviços.

7.6. Por outro lado, o que restou evidenciado no mérito deste feito foi a atuação omissiva daqueles gestores no sentido de prestarem contas, comprovarem a boa e regular aplicação dos recursos a eles confiados por meio do ajuste, além de adotarem todas as medidas legais pertinentes, Para além das irregularidades tratadas nestes autos, consoante delineado no voto da deliberação recorrida (peça 335, p. 1 e 2), urge inovalidar a apuração em curso de diversas irregularidades nas gestões do Sesc-ARRJ e do Senac-ARRJ por meio de outros processos apartados a partir, por exemplo, do TC 003.741/2017-6 sobre a gestão de licitações e execução de contratos, do TC 004.533/2017-8 sobre transferência de recursos públicos para a Fecomércio-RJ a título de pagamento de dívidas, entre outros.

7.7. É de se trazer a relevo, portanto, que este Tribunal, quando da instrução e análise das tomadas de contas especiais a ela submetidas, possui ampla liberdade de cognição, o que reflete, inclusive, em sua autonomia na identificação dos responsáveis a figurar em tais processos, além de não se vincular a eventuais pareceres exarados em sede de diligência e/ou na fase interna de determinada TCE.

7.8. No caso concreto, o Tribunal não considerou necessário chamar os escritórios de advocacia aos autos, pois “exceto no caso de os serviços advocatícios não terem sido prestados, o que não pode ser presumido, não cabe aos escritórios demonstrar que tais serviços eram compatíveis com a finalidade dos recursos repassados à Fecomércio” (peça 370, p. 12).

7.9. Sendo assim, neste ponto, os argumentos apresentados pelos recorrentes devem ser rejeitados, pois são insuficientes para reformar os fundamentos da aludida decisão proferida pela 1ª Câmara do TCU.

8. Adequação da responsabilização de Orlando Santos Diniz (peça 366, p. 11-18).

8.1. O recorrente afirma que não restaria demonstrada a ilegalidade em sua atuação, com base nos seguintes argumentos:

a) os repasses obedeceram à legislação aplicável e foram realizados em consonância com os Decretos 61.836/1967 e 61.843/1967, além dos Decretos-Lei 8.621/1946 e 9.853/1946, pois se referem a valores arrecadados pela Receita Federal do Brasil com natureza de contribuição parafiscal prevista no art. 240 da Constituição Federal de 1988;

b) não há fundamento legal para a aplicação da Resolução Sesc 1.278/2014 e da Resolução Senac 995/2014, até porque versaram sobre a intervenção da administração nacional do Sesc e do Senac na administração regional do Sesc e do Senac no Estado do Rio de Janeiro;

c) a administração nacional do Sesc e/ou do Senac não podia interferir no repasse dos recursos às entidades vinculadas ao sistema social do comércio ou nos procedimentos de distribuição de recursos para as correspondentes entidades regionais e federação estadual;

d) houve prejuízo ao pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa ante o não acolhimento da proposta de diligência da unidade técnica pelo ministro-relator, com vistas ao

saneamento e ao subsídio na análise da prestação de contas intempestivamente apresentada pela Fecomércio/RJ (peças 315 e 321); e

e) não houve dano ao erário e a multa aplicada no valor de R\$ 3.000.000,00 em seu desfavor foi indevida, pois não teria sido comprovada a existência de dolo, erro grosseiro ou má-fé em sua atuação como presidente, nem mesmo haveria a indicação de sua conduta, tendo sido, ainda, desprovida de fundamentação e sem a devida justificativa para tanto, consoante dispõem a Lindb, com a alteração promovida pela Lei 13.655/2018, e o Decreto 9.830/2019.

Análise

8.2. Os argumentos apresentados pelo recorrente não merecem prosperar, pois recaí sobre o gestor a obrigação de prestar contas, demonstrando a boa e regular aplicação de recursos públicos transferidos mediante instrumentos de repasse e, em caso de descumprimento do referido dever, atribui-se ao responsável débito no valor total dos recursos envolvidos com a aplicação da correspondente multa legal.

8.3. Como já discorrido acima, em 2015, os dirigentes do Senac-ARRJ, do Sesc-ARRJ e da Fecomércio-RJ firmaram um termo de cooperação técnica para regular a interação administrativa e operacional com rateio de despesas na forma de gestão integrada com a unificação das áreas comuns e responsabilidades assumidas conjuntamente, tendo, para isso, sido realizada a transferência do montante de R\$ 211.684.963,71 para a Fecomércio-RJ, sendo R\$ 163.148.841,01 a cargo do Sesc-ARRJ e R\$ 48.536.122,70 custeados pelo Senac-ARRJ.

8.4. Em consonância com os itens previstos na cláusula quinta do ajuste (peça 313, p. 8-9), o processo de prestação de contas deveria ser formalizado pelas partes com periodicidade mínima semestral, como, inclusive, mecanismo fundamental de controle do rateio das despesas realizadas à conta dos recursos da avença, bem como de pertinência de cada despesa em relação ao objeto pactuado entre as partes.

8.5. Não bastasse isso, foi estabelecido, ainda, que não seriam objeto de rateio as despesas concernentes à execução de atividades destinadas a atender, exclusivamente, as necessidades das partes, de forma isolada e não vinculada à comunhão de esforços que determinou a criação do “Sistema Comércio RJ”, mesmo que realizada pelas áreas relacionadas no item 2.3 do ajuste.

8.6. Não obstante, restou evidenciado que Orlando Santos Diniz não só subscreveu o instrumento de repasse (peças 313 e 314), como também atuou como representante das três entidades, na condição de presidente da Fecomércio-RJ e de presidente dos conselhos regionais do Sesc-ARRJ e do Senac-ARRJ durante toda a vigência do ajuste.

8.7. A sua atuação com a malsinada omissão do dever de apresentar a prestação de contas do ajuste configurou não só a ofensa às regras legais, mas também aos princípios basilares da administração pública, já que, ao final e ao cabo, deixou de prestar a devida satisfação à sociedade sobre o efetivo emprego dos recursos públicos postos a sua disposição e, desse modo, restou confirmada a presunção legal de dano ao erário em face do eventual desvio ou desperdício dos respectivos recursos federais.

8.8. Ademais, os pareceres da unidade técnica e do MPTCU demonstraram a devida formulação da imputação das irregularidades aos responsáveis, como também a sua descrição nos expedientes de citação, como forma de conferir o pleno exercício do direito ao contraditório e à

ampla defesa.

8.9. Sobre a suscitada não comprovação de dolo, erro grosseiro ou má-fé na atuação do responsável, contudo, a jurisprudência do STF, conforme decidido no RE 852.475 (Tema 897 da repercussão geral), e do TCU, nos termos do Acórdão 1.482/2020-Plenário, entre outros, é firme no sentido, inclusive, de atribuir a injustificada omissão no dever de prestar contas de ordem constitucional como ato doloso de improbidade administrativa a partir, por exemplo, das condutas tipificadas no art. 10, incisos I e II, ou no art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/1992, com as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021.

8.10. Sobre a dosimetria da sanção pecuniária aplicada em desfavor do responsável, cabe trazer à baila as circunstâncias colacionadas no voto da deliberação recorrida (peça 335, p. 7), nos seguintes termos: “(...) *propugnei maior valor da multa para a Fecomércio/RJ e para o Sr. Orlando Santos Diniz, tendo em vista a conduta desses responsáveis ser de maior gravidade, além do fato de que o Sr. Orlando Santos Diniz ter sido citado na condição de presidente dos conselhos regionais do Sesc/RJ e do Senac/RJ, bem como na condição, simultaneamente, de dirigente da entidade omissa na prestação de contas.*”.

8.11. Por último, não assiste razão o recorrente ao sustentar o prejuízo ao pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa a partir do não acolhimento da proposta de diligência da unidade técnica pelo ministro-relator. Isso porque, além fundamentar a sua decisão, consignou o exaurimento de todas as medidas preliminares processuais adotadas, além de demonstrar que inexistia a relação de interdependência entre os fundamentos que ensejaram as irregularidades tratadas neste feito e os documentos sigilosos protegidos por força da decisão preferida pelo STF no bojo do MS 35.172-DF, sem prejuízo de, também, atender à solicitação suscitada pela OAB-RJ.

8.12. Sendo assim, inexistindo elementos novos, tampouco provas robustas a elidir os fundamentos que ensejaram a prolação da decisão guerreada, neste ponto, os argumentos dos recorrentes devem ser rejeitados.

9. Adequação da responsabilização de Marcelo José Salles de Almeida (peça 372, p. 7-19, 22, 23, 25 e 26).

9.1. O recorrente afirma que a sua responsabilização pela irregularidade descrita nos autos foi indevida, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) apreciar ou exigir a prestação de contas do ajuste não era a sua atribuição enquanto diretor-regional do Sesc-ARRJ e Senac-ARRJ, até porque não houve a apreciação individual de sua participação na suposta irregularidade, com o devido apontamento da eventual norma infringida que atribuía ao seu cargo o dever de exigir a prestação de contas do ajuste, conforme restou comprovado no documento anteriormente acostado aos autos nominado de memoriais (peça 328);

b) a suposta omissão no dever de exigir prestação de contas não comprovaria a existência de dolo, erro grosseiro ou má-fé em sua atuação como diretor-regional do Senac/ARRJ e Sesc/ARRJ, nem mesmo haveria a indicação de sua conduta, tendo sido, ainda, desprovida de fundamentação e sem a devida justificativa para tanto, consoante dispõem a Lindb, com a alteração promovida pela Lei 13.655/2018. Foi chamado aos autos apenas por ter assinado o termo de cooperação técnica como responsável pela celebração, não ficando a seu cargo, contudo, a responsabilidade pela execução e fiscalização;

c) a cláusula quinta do termo de cooperação técnica em tela atribuía a responsabilidade de prestar contas às diretorias incumbidas em cada instituição envolvida no ajuste, bem como essa competência em conjunto com a liberação de recursos, segundo o regimento interno do Senac-ARRJ e do Sesc-ARRJ, cabia à presidência e à diretoria administrativo-financeira das respectivas entidades;

d) como as estruturas organizacionais do Sesc e do Senac eram extremamente complexas, o desempenho do cargo de diretor-regional das instituições exigia do gestor uma participação muito mais institucional do que propriamente administrativa, sendo responsável pelos contatos externos junto a parceiros, pares das demais regionais nos estados, além da representação institucional junto a autoridades competentes e órgãos públicos;

e) não lhe foi dada a oportunidade de se manifestar sobre a documentação colacionada aos autos pela Fecomércio-RJ contendo a extemporânea prestação de contas do ajuste, em prejuízo ao pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa; e

f) para além da ausência de competência para exigir a correspondente prestação de contas, não teria sido comprovada a existência de dolo, erro grosseiro ou má-fé em sua atuação como diretor-regional, bem como não restou comprovado onexo de causalidade entre a suposta omissão no dever de prestar de contas e a sua conduta.

Análise

9.2. Os argumentos apresentados pelo recorrente não merecem prosperar, pois recai sobre o gestor a obrigação de prestar contas, demonstrando a boa e regular aplicação de recursos públicos transferidos mediante instrumentos de repasse e, em caso de descumprimento do referido dever, atribui-se ao responsável débito no valor total dos recursos envolvidos com a aplicação da correspondente multa legal.

9.3. De pronto, cabe rememorar que Marcelo José Salles de Almeida foi citado e responsabilizado com os seguintes contornos (peça 322, com destaques no original):

a.4) Irregularidades (cometidas pelos Srs. Orlando Santos Diniz e Marcelo José Salles de Almeida): não exigiram da Fecomércio/RJ as prestações de contas devidas; não adotaram providências para a responsabilização da Fecomércio/RJ pela ausência de prestação de contas; não fiscalizaram a contento a execução do ajuste; e autorizaram a realização de novos repasses mesmo diante da falta de prestação de contas dos repasses anteriores;

a.5) Conduta (atribuída aos Srs. Orlando Santos Diniz e Marcelo José Salles de Almeida): deixar de adotar providências com vistas a obter as prestações de contas da Fecomércio/RJ e de instaurar tomada de contas especial para apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano (peças 311 e 337 do TC 020.456/2016-6);

(...)

b.4) Irregularidades (cometidas pelos Srs. Orlando Santos Diniz e Marcelo José Salles de Almeida): não exigiram da Fecomércio/RJ as prestações de contas devidas; não adotaram providências para a responsabilização da Fecomércio/RJ pela ausência de prestação de contas; não fiscalizaram a contento a execução do ajuste; e autorizaram a realização de novos repasses mesmo diante da falta de prestação de contas dos repasses anteriores;

b.5) Conduta (atribuída aos Srs. Orlando Santos Diniz e Marcelo José Salles de Almeida): deixar de adotar providências com vistas a obter as prestações de contas da Fecomércio/RJ e de

instaurar tomada de contas especial para apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano (peças 311 e 337 do TC 020.456/2016-6); (grifos no original)

9.4. A rigor, enquanto diretor regional do Sesc-ARRJ e do Senac-ARRJ durante toda a vigência do termo de cooperação técnica, Marcelo José Salles de Almeida não só subscreveu o instrumento de repasse (peças 313 e 314), mas autorizou a realização de repasses à Fecomércio-RJ na ordem de R\$ 211.684.963,71, sendo R\$ 163.148.841,01 a cargo do Sesc-ARRJ e R\$ 48.536.122,70 custeados pelo Senac-ARRJ.

9.5. Não é demais ressaltar que, com o ajuste, objetivou-se regular a interação administrativa e operacional com rateio de despesas na forma de gestão integrada com a unificação das áreas comuns e responsabilidades assumidas conjuntamente entre as gestões da Fecomércio-RJ e do Sesc-ARRJ e Senac-ARRJ por ele representadas enquanto diretor-regional de ambas.

9.6. Ademais, ainda em consonância com as regras firmadas no ajuste, estabeleceu-se que o critério de rateio seria “*o percentual das contribuições compulsórias vertido por cada partícipe*”, com prestação de contas no mínimo semestralmente, cujo processo deveria “*ser submetido às Diretorias do Senac RJ, Sesc RJ e Fecomércio RJ para validação dos haveres e deveres entre os partícipes*”, nos termos dos itens 5.1, 5.4 e 5.5 da cláusula quinta do referido termo (peça 313).

9.7. Nesse diapasão, sobretudo diante da relevância do ajuste e da significativa materialidade envolvida, enquanto diretor-regional daquelas entidades, a jurisprudência do TCU é firme no sentido da pessoal responsabilidade pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais, submetendo todo aquele que administra os recursos públicos ao dever de demonstrar o correto emprego dos valores federais, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988 e do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, não sendo possível afastar a responsabilidade de quem cabia cobrar da Fecomércio-RJ as prestações de contas devidas e adotar providências no caso de omissão, o que não ocorreu.

9.8. De todo modo, há de se ressaltar que a corresponsabilidade do gestor constitui presunção legal relativa diante da não adoção de medidas legais visando ao resguardo do patrimônio público, consoante a jurisprudência firmada pelo TCU a partir, por exemplo, do Acórdão 2.773/2012-1ª Câmara, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, e do Acórdão 4.523/2014-2ª Câmara, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, entre outros, além de constituir grave inobservância do dever de cuidado no trato com a coisa pública, revelando a existência de culpa grave, passível de aplicação de penalidade, uma vez que se distancia do que seria esperado de um administrador minimamente diligente, o que caracteriza erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), com as alterações promovidas pela Lei 13.655/2018.

9.9. Sendo assim, inexistindo elementos novos, tampouco provas robustas a elidir os fundamentos que ensejaram a prolação da decisão guerreada, neste ponto, os argumentos dos recorrentes devem ser rejeitados.

10. Adequação da responsabilização da Fecomércio-RJ (peça 394, p. 17-19).

10.1. A recorrente afirma que não restaria demonstrada a existência dos pressupostos básicos necessários para a responsabilização da federação, com base nos seguintes argumentos:

a) até por se tratar de pessoa jurídica com atuação por meio de seus dirigentes e agentes, não teria sido comprovada a existência de dolo, erro grosseiro ou má-fé como elementos subjetivos imprescindíveis para a aplicação da sanção pecuniária imposta;

b) a entidade foi utilizada como mero instrumento para atender a vontades e interesses de seus ex-gestores, não podendo ser responsabilizada por isso; e

c) a atual gestão da Fecomércio-RJ, como demonstrado nos autos, vem adotando todas as providências possíveis para a regularização das pendências remanescentes a partir de auditorias, ajuizamento de ações, implantação de programa de integridade, entre outras medidas.

Análise

10.2. Os argumentos da recorrente não merecem prosperar, pois a pessoa jurídica de direito privado também deve responder como destinatária dos recursos repassados, em solidariedade com o seu administrador, pelo dano causado ao erário em face da ausência de efetiva comprovação sobre a execução do objeto pactuado e a boa aplicação dos recursos públicos, nos termos do art. 16, § 2º, “b”, da Lei 8.443/1992.

10.3. Bem se sabe que, à luz da Súmula 286 do TCU, a Fecomércio-RJ, enquanto signatária e beneficiária do Termo de Cooperação Técnica celebrado em 2015, no caso de omissão injustificada no dever de prestar contas de instrumento de repasse nesse caso, respondem pelo débito, em regime de solidariedade, a pessoa jurídica recebedora dos recursos e os seus administradores.

10.4. A jurisprudência do TCU é firme no sentido da pessoal responsabilidade do gestor pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais, submetendo todo aquele que administra os recursos públicos ao dever de demonstrar o correto emprego dos valores federais, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988 e do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, sem prejuízo de, por analogia à Súmula 286 do TCU, a pessoa jurídica de direito privado também responder como destinatária dos recursos repassados, em solidariedade com o seu administrador, pelo dano causado ao erário em face da ausência de efetiva comprovação sobre a execução do objeto pactuado e a boa aplicação dos recursos públicos, nos termos do art. 16, § 2º, “b”, da Lei 8.443/1992.

10.5. Ademais, restou efetivamente configurada a referida omissão no dever de prestar contas, já que a suposta prestação de contas do ajuste teria sido apresentada apenas após a citação deste Tribunal e, assim, não se deve tecnicamente tratar o presente caso como mera intempestividade na outrora prestação de contas, mas, sim, como efetiva irregularidade na presente tomada de contas especial (TCE), diante da evidente ausência do indispensável atributo da voluntariedade na apresentação da correspondente documentação, restando configurada, pois, a aludida omissão no dever de prestar contas, em vez da mera intempestividade, nos termos do art. 8º da Lei 8.443/1992.

10.6. Com efeito, a omissão de prestar contas constitui grave inobservância do dever de cuidado no trato com a coisa pública, revelando a existência de culpa grave, passível de aplicação de penalidade, uma vez que se distancia do que seria esperado de um administrador minimamente diligente como representante da federação, o que caracteriza erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), com as alterações promovidas pela Lei 13.655/2018.

10.7. Não bastasse isso, instada a se manifestar sobre a prestação de contas em deslinde durante a apuração dos fatos, ainda que notificada extrajudicialmente, a Fecomércio-RJ não encaminhou qualquer resposta às notificações, o que levou à subsequente instauração de inquéritos administrativos no âmbito do Sesc-ARRJ e do Senac-ARRJ (peça 3).

10.8. Ainda na oportunidade da instrução do processo de representação (TC 020.456/2016-6), a Fecomércio-RJ teve a oportunidade de apresentar a prestação de contas em tela ao responder às medidas saneadoras realizadas anteriormente naquela ocasião e, novamente, foi-lhe facultada apresentar a prestação de contas integral ao encaminhar as alegações de defesa em resposta à citação que lhe foi endereçada.

10.9. Sendo assim, inexistindo elementos novos, tampouco provas robustas a elidir os fundamentos que ensejaram a prolação da decisão guerreada, neste ponto, os argumentos dos recorrentes devem ser rejeitados.

11. Suspensão dos efeitos do acórdão condenatório do TCU pela decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo do MS 35.172-DF (peça 372, p. 23-25; e peça 394, p. 14-16).

11.1. Os recorrentes afirmam que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) prolatada no bojo do MS 35.172-DF suspendeu os efeitos da deliberação do Tribunal neste feito, com base nos seguintes argumentos:

a) no âmbito do citado remédio constitucional, a decisão liminar proferida pelo Ministro Dias Toffoli determinou, em sede de liminar, a imediata suspensão da deliberação do TCU no bojo do TC 036.447/2016-1, até a deliberação final pelo STF;

b) a apresentação dos documentos relativos aos contratos advocatícios e à prestação de serviço pelos escritórios contratados pela Fecomércio-RJ para fins de prestação de contas implicaria violação à decisão proferida pelo STF no bojo do MS 35.172-DF; e

c) conforme já requerido pela OAB-RJ neste feito, o TCU deve suspender o andamento da presente tomada de contas especial até o julgamento definitivo MS 35.172-DF pelo STF, sem prejuízo, também, de tornar sem efeito todas as decisões já proferidas pelo TCU nestes autos.

Análise

11.2. Os argumentos apresentados pelos recorrentes não merecem prosperar, pois não se vislumbra a relação de interdependência entre os fundamentos que ensejaram a deliberação recorrida e os documentos sigilosos protegidos por força da decisão preferida pelo STF no bojo do MS 35.172-DF.

11.3. O referido remédio constitucional foi impetrado pela OAB-RJ em face de decisão do TCU proferida no bojo do TC 036.447/2016-1 com a finalidade de obter a concessão da segurança no sentido de “*determinar que ao Tribunal de Contas da União é defeso analisar e julgar contratos advocatícios celebrados com a FECOMÉRCIO-RJ, sob pena de violar prerrogativas da advocacia e a cláusula da reserva de jurisdição*”.

11.4. Ocorre, contudo, que, a despeito de evidenciado o pagamento de despesas com serviços advocatícios na ordem de R\$ 152.113.127,98 em um período de apenas seis meses, o objeto do ajuste não se resumia à prestação de serviços advocatícios por escritórios contratados pela Fecomércio-RJ, de modo que a efetiva prestação de contas deveria ir muito além da comprovação meramente documental, contemplando a demonstração clara da boa e regular aplicação dos respectivos recursos públicos transferidos no bojo do Termo de Cooperação Técnica firmado em 2015, para, *in casu*, regular a interação administrativa e operacional com rateio de despesas na forma de gestão integrada e a unificação das áreas comuns a partir das responsabilidades assumidas conjuntamente entre o Sesc-ARRJ, o Senac-ARRJ e a Fecomércio-RJ.

11.5. Nesse contexto, as razões recursais são insuficientes para demonstrar a relação de interdependência entre os fundamentos que ensejaram as irregularidades tratadas na deliberação recorrida e os documentos sigilosos protegidos por força da decisão preferida pelo STF no bojo do MS 35.172-DF, sem prejuízo de, também, já ter sido atendida à solicitação suscitada pela OAB-RJ neste feito.

11.6. Cabe ressaltar, enfim, o entendimento de que a existência, por si só, de ação judicial em curso sobre os fatos objeto de análise pelo TCU não gera relação de prejudicialidade a ensejar o sobrestamento dos autos, nos termos do Acórdão 1.115/2017-TCU-1ª Câmara e do Acórdão 7.123/2014-TCU-1ª Câmara, ambos da relatoria do Ministro Bruno Dantas, além do Acórdão 1.222/2013-TCU-2ª Câmara, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz.

11.7. Ante o esposado, inexistindo razões suficientes para afastar os fundamentos da deliberação recorrida ou até sobrestar a presente tomada de contas especial, neste ponto, os argumentos oferecidos em grau de recurso devem ser rejeitados.

Informações adicionais

12. Registra-se o pedido de André Luís Santos Meira (OAB-DF 25.297), representando a Fecomércio-RJ, para que as subsequentes notificações e/ou comunicações em nome da federação sejam encaminhadas exclusivamente ao seu patrono (peça 394, p. 20).

CONCLUSÃO

13. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) compete ao TCU julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário;

b) incide sobre todo aquele que administra os recursos públicos o ônus de provar a sua regular aplicação;

c) o TCU possui ampla liberdade de cognição, tendo autonomia na identificação dos responsáveis a figurar nos processos sem que isso configure causa de nulidade processual;

d) a injustificada omissão no dever de prestar contas de ordem constitucional configura ato doloso de improbidade administrativa, além de revelar a existência de culpa grave tipificada como erro grosseiro; e

e) a existência, por si só, de ação judicial em curso sobre os fatos objeto de análise pelo TCU não gera relação de prejudicialidade a ensejar o sobrestamento dos autos, sem prejuízo de observar a relação de interdependência entre eles.

13.1. Assim, com base nessas conclusões, propõe-se o não provimento do recurso, uma vez que os argumentos ofertados pelos recorrentes não tiveram o condão de elidir as irregularidades inquinadas e nada adicionam aos arrazoados já rejeitados pelo Tribunal, perdurando válidas as razões de decidir consubstanciadas no acórdão atacado.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

14. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, propondo ao Tribunal:

a) conhecer dos recursos interpostos pela Federação do Comércio de Bens, Serviços e



Turismo do Estado do Rio de Janeiro (peça 394), Marcelo José Salles de Almeida (peça 372) e Orlando Santos Diniz (peça 366) e, no mérito, negar-lhes provimento; e

b) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte aos recorrentes, à Administração Regional do Sesc no Estado do Rio de Janeiro, à Administração Regional do Senac no Estado do Rio de Janeiro e ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro.

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 28 de outubro de 2022.

(Assinado eletronicamente)

Diego Padilha de Siqueira Mineiro
AUFC – mat. 41300-3