



Acórdão 00998/2021-8 - Plenário

Processos: 10586/2015-6, 10585/2015-1

Classificação: Tomada de Contas Especial Instaurada

UG: SEJUS - Secretaria de Estado da Justiça

Relator: João Luiz Cotta Lovatti

Interessado: SEJUS , EDMAR MOREIRA CAMATA

Responsável: WALACE TARCISIO PONTES, EUGENIO COUTINHO RICAS, AILTON XAVIER, ISABELA FINAMORE FERRAZ, MICHELE GASPARINI DE MIRANDA, APAC - ASSOCIACAO DE PROTECAO E ASSISTENCIA AOS CONDENADOS, CLAUDIA AGUIAR ALMEIDA, SERGIO ALVES PEREIRA, ANTONIO ROMULO ZAGOTTO, LEONARDO CAMPOS COUTINHO, FABRICIO ALMEIDA DE SOUSA, QUESIA DA CUNHA OLIVEIRA SANTOS, MARLEI BRAVIM BERGMANN, SAMIR DE ABREU, FABIANO GIAQUINTO HERKENHOFF, LUIZ CARLOS DE CARVALHO CRUZ

Procuradores: JEISIANE RODRIGUES CAETANO (OAB: 25980-ES), SAMANTA FORNACIARI MARTINS (OAB: 28440-ES), DIEGO ROCHA DA SILVA (OAB: 27747-ES), HENRIQUE GEAQUINTO HERKENHOFF (OAB: 20615-ES)

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – PROCESSOS 10.585/2015 E 10.586/2015 - CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA FIRMADOS ENTRE A SEJUS E A ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC) – DANO INJUSTIFICADO AO ERÁRIO – RESSARCIMENTO – NOTIFICAR – CIENTIFICAR – ARQUIVAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:**RELATÓRIO**

Os presentes autos referem-se a Tomada de Contas Especial instaurada na Secretaria de Estado da Justiça - SEJUS, em razão de impugnação aos convênios nº 005/2009 e 022/2014, firmados entre aquele jurisdicionado e a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, cujo objeto consistiu na cooperação técnica e financeira para execução de procedimentos da metodologia APAC no atendimento das necessidades dos recuperandos assistidos junto ao Centro de Reintegração Social de Cachoeiro de Itapemirim.

As Tomadas de Contas Especiais entre os convênios com a Associação de Proteção e Assistência a Condenados – APAC, convênio 005/2009 e convênio 022/2014, com idêntico objeto, tiveram tramitação e algumas instruções individualmente, sendo em determinado momento, por sugestão do Ministério Público de Contas e encampado pelo Relator, apensados e passou-se a instrução em único processo.

Foi emitida Instrução Técnica Inicial e, após apresentadas as alegações de defesa, os autos retornaram à unidade técnica onde recebeu a Instrução Técnica Conclusiva ITC 4616/2018. Tramitado regularmente os autos, junto ao Ministério Público de Contas – MPC, recebeu Parecer encampando os termos da Conclusiva.

Antes da elaboração de voto e conseqüentemente pautar o processo, determinou, este Relator, retorno dos autos à área técnica para apreciar petição intercorrente de responsabilizados, cujo objetivo foi o de buscar a memória de cálculo para as imputações de ressarcimento atribuídas.

Notificada a Secretaria de Estado de Justiça, aquela encaminhou documentação que foi disponibilizada à solicitante.

No entanto, retornou a esta Corte de Contas afirmando que a documentação disponibilizada não seria suficiente para cumprir o objetivo, solicitando a nulidade dos autos ou não sendo este o entendimento do TCEES, que se oficiasse a SEJUS para que enviasse novamente uma memória de cálculo melhor discriminada e de fácil compreensão.

Houve nova Manifestação Técnica, acolhida pelo Relator após ciência do Ministério Público de Contas, notificando a SEJUS para que encaminhasse justificativas e documentos relacionados com a tomada de contas e instruções dos autos.

Assim, uma vez cumprida a notificação, juntada a documentação, retornam ao Núcleo de Controle Externo e Outras Fiscalizações para novas análises e instrução, realizada na sequência.

Foi, então, elaborada a Instrução Técnica Conclusiva ITC 5170/2020-3, que, em síntese, concluiu nos seguintes termos:

4 CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

a) **Preliminarmente**, reconhecer a **ilegitimidade passiva** do Sr. **Antonio Rômulo Zagotto**, vice-Diretor Executivo da APAC, bem como, reconhecer afastamento de responsabilização de **Cláudia Aguiar de Almeida** e **Samir Abreu**, Diretora e Funcionário da APAC, em relação a não possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.

b) **Acolher as Razões de Justificativas e ou Alegações de Defesa** de **Sérgio Alves Pereira** (Secretário de Estado da Justiça), **Fabiano Giaquinto Herkenhoff** (Procurador do Estado), **Leonardo Campos Coutinho** (Fiscal do convênio 5/2009), **Fabrizio Almeida de Souza** (Fiscal do convênio 5/2009), **Quesia da Cunha Oliveira** (Fiscal do convênio 5/2009), **Marlei Bravim Bergman** (Fiscal do convênio 5/2009), **Michele Gasparini de Miranda** (Fiscal do convênio 5/2009), **Eugênio Coutinho Ricas** (Secretário de Estado da Justiça), **Ailton Xavier** (Subsecretário de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos) e **Isabela Finamore Ferraz** (Subsecretária de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos), afastando suas responsabilizações;

c) **Rejeitar as Razões de Justificativas e ou Alegações de defesa**, da **Associação de Proteção e Assistência a Condenados – APAC**, condenando-a em débito, na forma estabelecida no subitem 3.4.1 desta ITC, e imputando-lhe **Ressarcimento** correspondente a **255.685,33 VRTE**, que deverão ser devidamente convertidos em unidades monetárias no seu recolhimento.

d) **Deixar de reabrir a Instrução Processual** relacionada ao subitem 3.2.3, que se trata de irregularidade formal, ocorrida há mais de um quinquênio, que nesta oportunidade encontra-se **prescrita** a possibilidade sanção nesta Corte de Contas, bem como, por reconhecer que não há determinação ou recomendação frutífera sobre o tema, já que a figura “convênio” desde a Lei 13.019/2014, não mais ampara o objeto tratado nos autos;

e) **Deixar de reabrir a Instrução Processual** relacionada ao subitem 3.2.1 e 3.2.2, por **racionalização administrativa e economia processual**, ante o risco de fatos ocorridos há mais de 6 anos, ainda que com ressarcimento, seja alcançado pelo entendimento do STF em assunto de repercussão geral, Tema 897, e especialmente, pelo fato de que matérias idênticas foram ajuizadas pelo **Ministério Público Estadual** por meio de **Ação Civil Pública**;

Encaminhados os autos ao Ministério Público Especial de Contas, seu representante, Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, anuiu *in totum* aos argumentos da área técnica, o que o fez por meio do Parecer 0206/2021-7.

Pautados os autos na 4ª Sessão Ordinária do Plenário em 09/02/2021, foi realizada sustentação oral e consequente juntada de notas taquigráficas (evento214).

Assim, seguiram os autos novamente para o Núcleo de Controle Externo e Outras Fiscalizações, onde foi elaborada a Manifestação Técnica de Defesa Oral 0027/2021-3 que, em síntese, concluiu nos seguintes termos:

3 – CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

Tendo em vista a apresentação de documentos que comprovam a transferência dos veículos KOMBI 2009/2009 (PLACA MSR 6418), GOL 2012/2013 (PLACA CDN 2075) e GOL 2014/2015 (PLACA PPB 4021), sugere-se acatar e reconhecer **parcialmente adimplido** o subitem 3.2.1, Utilização Indevida de Verba de Convênio c/c Transferência Irregular de Recursos Públicos a Entidades Privadas **no que se refere a letra F, “Materiais de uso permanente adquiridos na execução do convênio”**, redimensionando o valor a ser restituído, na letra F do subitem 3.2.1, para o correspondente a **65.565,43 VRTE**.

Seguindo-se o trâmite processual, foram novamente enviados os autos ao representante do *parquet* de contas, Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, que anuiu

aos termos da Manifestação Técnica de Defesa Oral 0027/2021-3, por meio do Parecer 0093/2021-1.

Assim, vieram os autos conclusos.

FUNDAMENTAÇÃO

Diante da extensa análise levada a efeito pela área técnica na Instrução Técnica Conclusiva – ITC 5170/2020-3, opinamento que também foi corroborado pelo *parquet* de Contas, torno parte integrante de meu voto os referidos argumentos independentemente de transcrição total. Ao final, ressalto, que encampo a conclusão da Manifestação Técnica de Defesa Oral 0027/2021-3 e do Parecer 0093/2021-1 do MPEC no sentido do redimensionamento do valor a ser restituído ao erário com base na sobredita ITC.

Inicialmente, com relação às preliminares suscitadas no bojo da instrução, assim se manifestou a referida área técnica:

O tema não sofre influência do questionamento que se discute, exercício de ampla defesa, e conseqüentemente se **reproduz da análise original da ITC 4616/2018**, na forma como originalmente entendeu o subscritor daquela peça, sem qualquer avaliação de mérito. (...) (grifos nossos)

ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SR. ANTÔNIO RÔMULO ZAGOTTO, VICE-DIRETOR EXECUTIVO DA APAC.

O **Convênio 05/2009** foi firmado em **05 de fevereiro de 2009** entre a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC)** e o **Estado do Espírito Santo**, por intermédio da **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS**, tendo iniciado sua vigência em **02 de março de 2009**, data da publicação do extrato do convênio no Diário Oficial (fls. 307/308 do Processo Administrativo nº 42398223 da SEJUS).

À época da celebração do **Convênio 05/2009**, em **05 de fevereiro de 2009**, o Sr. **Antônio Rômulo Zagotto** realmente ocupava cargo de Diretor Executivo da **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC)**, tendo, inclusive, assinado o referido instrumento, representando a entidade convenente. Contudo, verifica-se que, **em 11 de março de 2009, a Srª. Regina Travágia passou a ocupar o cargo de Diretora Executiva da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC)**, em substituição ao Sr. **Antônio Rômulo Zagotto**, que se tornou Vice-Diretor Executivo, **conforme Ata da Assembleia Geral da APAC (fls. 438/439 do Processo Administrativo nº 42398223 da SEJUS)**.

Corroborando esta informação, verifica-se que, durante o **primeiro ano de vigência do Convênio 05/2009, todos os relatórios financeiros** (fls. 343/350, 461/469, 609/617, 796/805 e 1137/1149 do Processo Administrativo nº 42398223 da SEJUS) e **todos os relatórios de atividades** (fls. 441/454, 470/475, 778/787, 1029/1037

e 1128/1136 do Processo Administrativo nº 42398223 da SEJUS), **integrantes das prestações de contas bimestrais, foram assinados pela Sr^a. Regina Travágia na qualidade de Diretora Executiva da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), o que demonstra que ela exerceu de fato e de direito as atribuições do referido cargo durante o período, assumindo as responsabilidades a este inerentes.**

Ante o exposto, sugere-se que seja **acolhida a preliminar** suscitada, para que seja **reconhecida a ilegitimidade passiva** do Sr. **Antônio Rômulo Zagotto**, Vice-Diretor Executivo da APAC, quanto às irregularidades imputadas nos **tópicos 3.1.3, 3.1.4, 3.1.5, 3.1.7 e 3.1.8** desta **Instrução Técnica Conclusiva**.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SR. FABIANO GIAQUINTO HERKENHOFF, PROCURADOR DO ESTADO.

Entendemos que **não prospera a alegação** de que o Tribunal de Contas não tem jurisdição sobre os pareceristas jurídicos. O **art. 5º, parágrafo único da LC 621/2012 não alberga a irresponsabilidade do Parecerista jurídico**, mas apenas explicita que não será objeto de análise o parecer jurídico como ato administrativo isolado, vejamos:

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012)

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012)

O artigo transcrito **não isenta o advogado público** que venha a se enquadrar em **uma das hipóteses definidas pelo Supremo Tribunal Federal** como sendo de **responsabilidade** perante irregularidades perpetradas na Administração Pública.

O que **não cabe ao Tribunal de Contas é avaliar e propor irregularidade pela mera emissão de parecer jurídico**, porém **se tal parecer contribuir para a prática de um ilícito, dentro dos parâmetros definidos pelo STF, cabe responsabilização do Parecerista**. Abaixo trazemos como o tema tem evoluído na jurisprudência pátria, para, ao fim, avaliarmos se os atos praticados pelo defendente podem gerar ou não responsabilização perante este Tribunal de Contas.

A questão sobre a responsabilidade dos advogados públicos chegou ao Supremo Tribunal Federal por força de mandados de segurança impetrados por advogados públicos que, no exercício da consultoria ou assessoria jurídica de entes ou órgãos da Administração Pública, emitiram pareceres cujos fundamentos serviram de base para a prática de algum ato da autoridade superior, considerado irregular pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Nesse contexto, com a finalidade de trazer esclarecimentos sobre a **posição do Supremo Tribunal Federal** acerca da **responsabilidade do emitente de manifestação técnico-jurídica** proferida no âmbito de procedimentos administrativos, bem como, de analisar a tese de defesa apresentada pelos defendentes, procedemos ao exame dos julgados do STF alusivos aos seguintes mandados de segurança: **MS 24.073-DF; MS 24.584; MS 24.631-DF e 27.867-DF** (ordem cronológica de julgamento).

A seguir, tecemos uma síntese de cada um destes processos:

Do MS 24.073-DF

O **MS 24.073-DF**¹ teve julgamento em 06/11/2002, com publicação do respectivo Acórdão em 31/10/2003. Refere-se a mandado de segurança impetrado por procuradores da Petrobrás contra ato do Tribunal de Contas da União que determinou a inclusão dos impetrantes como responsáveis solidários pelas irregularidades apuradas por aquela Corte de Contas. No caso, os impetrantes haviam elaborado parecer favorável à contratação direta, pela Petrobrás, de empresa de consultoria internacional, fato reputado por irregular pelo TCU.

O Acórdão informa que a corresponsabilidade pretendida pelo TCU **não decorreu da interpretação dada a dispositivo da Lei nº 8.666/93 pelos advogados pareceristas**, mas sim, por não terem averiguado “[...] com o devido rigor nas situações concretas, inclusive com base na doutrina e na jurisprudência pertinentes, a observância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações e Contratos [...]”.

Foi Relator do MS 24.073-DF o então Ministro Carlos Velloso que reconheceu em seu Voto que o parecer “[...] emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo [...]”, mas sim, opinião técnico-jurídica “[...] que orientará o administrador na tomada de decisão, na prática do ato administrativo [...]”. Reconheceu-se, também, que autor de parecer que emite opinião não vinculante “[...] não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inepto”.

Também consignou o Relator do MS 24.073-DF que para a responsabilização do advogado parecerista “[...] é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável”.

Por fim, foi concedida a segurança pretendida para excluir os impetrantes do rol de responsáveis no processo em trâmite no Tribunal de Contas da União. A ementa do MS 24.073-DF foi publicada com o seguinte teor:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. – **Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador** que decidiu pela contratação direta: **impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva**, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III. – Mandado de Segurança deferido (grifou-se).

¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>> Acesso em 01 out. 2018.

Em síntese, balizando-se na doutrina tradicional, bem como, nos artigos 159² do Código Civil de 1916 e 32³ da Lei nº 8.906/94 **considerou o STF, no julgamento do MS 24.073-DF, proferido em 2002, que os pareceres exarados em processos administrativos teriam caráter opinativo e que a responsabilidade do parecerista apenas adviria quando agisse com erro grosseiro ou de maneira dolosa ou culposa.**

Note-se que no julgamento do MS 24.073-DF não se cuidou de estabelecer uma classificação tipológica dos pareceres, que só viria no **Voto do Ministro Joaquim Barbosa** quando do julgamento do **MS 24.584-DF e 24.631-DF**, onde se procedeu à **classificação dos pareceres em três tipos**, quais sejam: **opinativos, obrigatórios e vinculantes**, como se verá a seguir.

Do MS 24.584-DF

O MS 24.584-DF⁴ foi julgado no Plenário da Corte Suprema em 09/08/2007, com publicação em 20/06/2008. Trata-se de mandado de segurança manejado por procuradores federais em razão de terem sido incluídos no rol de responsáveis por supostas irregularidades apontadas em procedimento de fiscalização do Tribunal de Contas da União. No caso, o TCU havia entendido que os pareceres elaborados pelos impetrantes corroboraram a prática de irregularidades em convênios entabulados entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração (CETEAD).

Foi Relator o Ministro Marco Aurélio que pontua em seu Voto que a hipótese então em julgamento é diversa daquela contida no MS 24.073-DF, eis que os impetrantes teriam aprovado ou ratificado, através de seus pareceres, termo de convênio e aditivos, de sorte que não se poderia aplicar o precedente. Vale lembrar que o caso tratado no MS 24.073-DF referiu-se a parecer sobre possibilidade de contratação direta pela Petrobrás de uma dada empresa de consultoria.

Ainda em seu Voto, sublinhou o Ministro Marco Aurélio que os atos praticados pelos impetrantes nos processos administrativos alvo da fiscalização do TCU **não se tratavam de “[...] simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia (INSS), de convênio e aditivos, bem como de ratificações”.**

Com efeito, votou o eminente Ministro Relator pelo indeferimento da segurança pretendida uma vez que

[...] a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerando não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. **A partir do momento em que ocorre**, pelos integrantes deste, **não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se**, nos limites técnicos, **a assunção de responsabilidade** (grifou-se).

² Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

³ Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534997>> Acesso em 01 out. 2018.

Na sequência do julgamento, foi proferido **Voto-Vista pelo Ministro Joaquim Barbosa**. Na oportunidade o ilustre magistrado da Corte Suprema após em seu Voto importantes lições que vem sendo adotadas pela doutrina e jurisprudência pátrias no dimensionamento da responsabilidade pela emissão de pareceres técnico-jurídicos nos órgãos e entes públicos.

Desse modo, perfaz-se oportuno trazer à baila tais ensinamentos, consubstanciados no **MS 24.584-DF**, vejamos:

[...]

A doutrina nacional reconhece, genericamente, a natureza meramente opinativa dos pareceres lançados nos processos administrativos (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189). Esse entendimento encontra respaldo em entendimento recente deste Tribunal no julgamento do MS 24.073, da relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso.

Assim, via de regra, **se a lei (i) não exige expressamente parecer favorável** como requisito de determinado ato administrativo, **ou (ii) exige apenas o exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado, e dele não faz parte. Nesses casos, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, incorpora, sim, ao seu ato administrativo, os fundamentos técnicos; mas isso não quer dizer que, com a incorporação dos seus fundamentos ao ato administrativo, o parecer perca sua autonomia de ato meramente opinativo que nem ato administrativo propriamente dito é**, como bem define Hely Lopes MEIRELLES: "o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva" [...] (grifamos).

Após ponderar que o entendimento acima exposto "[...] não se reveste de natureza absoluta a ser aplicada indistintamente a todas as hipóteses e situações", prossegue o Ministro citando o administrativista francês René Chapus, acerca do exame sobre a **natureza jurídica do parecer na esfera administrativa e suas implicações**:

O professor Chapus centra sua análise mais precisamente na obrigação que a lei impõe ou não ao administrador de proceder à consulta antes de praticar o ato administrativo.

O professor Chapus analisa, assim, três situações absolutamente distintas:

A primeira situação é aquela em que a **consulta é facultativa. Nesse caso, a autoridade não se vincula ao parecer proferido**, sendo que **seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo**;

A segunda hipótese diz respeito àqueles casos em que a **consulta é obrigatória**, e a **autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário**. Caso pretenda praticar o ato com conteúdo e forma diversos do que foi submetido à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer. Isto porque, se submeter à consultoria a minuta ou esboço de um ato com um determinado conteúdo e, ao tomar a decisão, publicar ato de conteúdo diverso, estará burlando a obrigatoriedade do parecer prévio, que nada mais é do que um mecanismo adicional de controle da administração.

Por fim, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante ou conforme (décider sur avis conforme), o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nesta matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico tem sempre caráter opinativo. **O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório.** Nessa via é que esse mesmo autor aponta como maculado, por vício de competência, o ato administrativo expedido sem observância do “avis conforme” nos casos em que a lei o exige.

Isto porque nesses **casos em que o parecer favorável de órgão consultivo é, por força da lei, pressuposto de perfeição do ato, há efetiva "partilha do poder de decisão" entre a autoridade executiva e o órgão consultivo** (grifou-se).

Prosseguindo em sua exposição passou o Ministro Joaquim Barbosa a tecer premissas quanto ao exercício da função consultiva no tocante à responsabilização dos emitentes de pareceres, fixando os seguintes paradigmas:

Com essas considerações, no atual momento da jurisprudência do STF, eu acredito que seja possível formular as seguintes premissas para o exame de questões como a presente:

A) No silêncio da lei, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera, em princípio, responsabilidade do parecerista. A contrário senso, e a bem da coerência do sistema, não cabe extrair dessa conclusão que o administrador também se isenta da responsabilidade, pois se a lei lhe reconhece autoridade para rejeitar entendimento da consultoria, também lhe imputa as eventuais irregularidades do ato. **Esse é o entendimento firmado no MS 24.073, ressaltando que se aplica a ressalva desse julgado quanto à possibilidade de verificação de "erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo"** (trecho da ementa do MS 24.073).

B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim o parecerista responde conjuntamente com o administrador, pois é também administrador nesse caso.

Ao fim o **Ministro Joaquim Barbosa** proferiu **Voto** pelo **indeferimento da segurança** eis que considerou que a inclusão dos impetrantes como corresponsáveis em processo resultante de fiscalização perante o TCU se deu **em razão de atos "[...] por eles praticados que consistiram basicamente na aprovação de minutas de termos aditivos ao convênio fiscalizado pelo TCU"**.

Importante destacar que o referido Ministro considerou que **o disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 traz hipótese na qual o parecer assume caráter vinculante, originando a corresponsabilidade do parecerista.** Eis o teor do dispositivo com a redação dada pela Lei nº 8.883/94:

Art. 38. Parágrafo único. **As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração** (grifou-se).

Frise-se, portanto, que o **STF** **fixou, no julgamento do MS 24.584-DF, por maioria de votos, o entendimento de que a manifestação jurídica sobre minutas de editais de licitação, de contratos, de acordos, de convênios e de ajustes, tem natureza vinculante, e não meramente opinativa, de sorte que o emitente do parecer terá responsabilidade solidária com a autoridade que vier a praticar o ato, uma vez que o dispositivo legal deixa claro que deverá haver aprovação da assessoria jurídica, condicionando a prática do ato à**

aprovação do parecerista, havendo, assim, segundo o **STF**, **compartilhamento de poder decisório**.

Também deve-se frisar que o entendimento exarado no MS 24.073-DF, segundo o qual o parecer teria caráter meramente opinativo, apenas gerando responsabilidade para o seu emitente em caso de erro grave ou presença de culpa em sentido amplo, não foi suplantado ou substituído pelo entendimento consubstanciado no julgamento do MS 24.584-DF. Pelo contrário, eis que o Voto do Ministro Joaquim Barbosa se preocupa em esclarecer que os casos concretos julgados nos referidos mandados de segurança são diferentes, deixando patenteado que:

Ao conceder a segurança no MS 24.073, o eminente Ministro Carlos Velloso o fez com base em dois fundamentos. O primeiro, decorrente das circunstâncias do caso específico, que tratava de hipótese de parecer manifestamente não vinculante (interpretação de dispositivos da lei de licitações relativo a hipóteses de dispensa e inexigibilidade do certame licitatório) veiculou o entendimento de que o parecerista, por emitir opinião à qual o administrador não está vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com má-fé.

Note-se, portanto, que o STF também assentou, no MS 24.584-DF, que o parecer referente ao reconhecimento de casos de dispensa e inexigibilidade, tem caráter opinativo, subsistindo responsabilidade apenas quando elaborado com erro grosseiro ou culpa em sentido amplo.

Ao final do julgamento, por maioria de votos, foi indeferida a segurança pretendida, sendo o acórdão relativo ao MS 24.584-DF assim ementado:

Ementa

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

Deve-se atentar que os entendimentos exarados nos acórdãos do MS 24.073 e MS 24.584 não são excludentes, mas sim, se complementam e se harmonizam no sentido de que **haverá casos, como o disciplinado no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, nos quais o parecer será vinculante, gerando a responsabilidade solidária do seu emitente eis que compartilha o poder decisório com a autoridade** que, ao final, praticará o ato. Por outro lado, quando a lei não estabelecer que para a prática do ato deverá haver prévia aprovação da assessoria jurídica, o parecer emitido terá caráter opinativo, e o seu emitente somente será responsabilizado em caso de erro grave ou existindo autuação culposa ou dolosa.

Vale asseverar que o **E. Tribunal de Contas da União**, tendo em vista o que ficou assentado no julgamento dos MS 24.073 e MS 24.584, tem considerado que os pareceres emitidos quanto ao reconhecimento de hipóteses de dispensa e inexigibilidade não têm caráter vinculante, mas sim, opinativo, bem como, que os **pareceres que consubstanciam aprovação de minutas de edital de licitação, de contratos, de acordos, de convênios e de ajustes, são vinculantes, decorrendo, de sua emissão, responsabilidade solidária de seu prolator em conjunto com a autoridade que praticou o ato**. Nesse sentido foi redigido o Acórdão nº 2.121/2010, cujo excerto transcreve-se abaixo:

12. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal em sede do MS 24.584-1/DF, a teor do disposto no art. 38 da Lei nº 8.666/93, a atuação do gestor fica condicionada ao exame e à aprovação prévios da assessoria jurídica no que tange às minutas dos editais de licitação e dos contratos, acordos, convênios ou ajustes (parágrafo único do dispositivo citado), o que torna possível a responsabilidade dos pareceristas jurídicos nessas hipóteses, quando a ação do administrador se vincula à sua manifestação, imprescindível para a validade do ato.

13. **A compulsoriedade legal, no entanto, não alcança os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.** Em que pese esteja prevista, no art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, a juntada oportuna ao processo administrativo de pareceres técnicos ou jurídicos emitidos, a LLC não exige expressamente que se submeta a matéria à apreciação e à aprovação dos assessores jurídicos. **Assim, apesar de bastante recomendável que a decisão pela dispensa ou pela inexigibilidade esteja respaldada em parecer jurídico, em não havendo exigência legal para a consulta, a manifestação do parecerista jurídico não se reveste de caráter vinculante, mas opinativo** (Acórdão nº 2.121/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, grifou-se).

Do MS 24.631-DF

O MS 24.631-DF⁵, cujo julgamento se deu também em 09/08/2007, com publicação do Acórdão em 01/02/2008, diz respeito a mandado de segurança impetrado por procurador autárquico do DNER contra ato do Tribunal de Contas da União que convocou o impetrante para apresentar justificativas acerca de parecer, de sua lavra, favorável à admissibilidade de transação judicial que culminou com o pagamento, pela autoridade superior, de acordos extrajudiciais sem homologação judicial.

No julgamento do MS 24.631-DF, o Plenário do STF, de forma unânime e nos termos do Voto do Relator (Ministro Joaquim Barbosa), reconheceu que o impetrante havia proferido parecer jurídico “[...] fundamentando seu entendimento na Lei 9.469/97, para concluir assim ser favorável ao envio do processo ao Diretor-Geral da Autarquia para autorização da transação em juízo”. Reconheceu-se, também, que na decisão do TCU, convocando o impetrante para apresentar justificativas, “[...] não há qualquer demonstração de culpa ou de seus indícios; o que houve foi uma presunção de responsabilidade”.

Em verdade, o deferimento da segurança, como se percebe da leitura integral do acórdão – e isto fica claro nos debates que se seguiram ao Voto do Relator – deveu-se mais ao reconhecimento de que o impetrante havia elaborado parecer opinando pela possibilidade da realização de acordo judicial (e não extrajudicial), que foi utilizado de maneira equivocada pelo seu superior hierárquico, o qual acabou realizando acordos extrajudiciais. Ou seja, reconheceu-se que não havia culpa do impetrante parecerista no que tange à irregularidade apontada pelo TCU.

De todo modo, reconheceu-se que o aludido parecer tinha natureza meramente opinativa.

Perceba-se, ademais, que a matéria veiculada no MS 24.631 não se refere à temática das licitações e contratos da Administração Pública. Ao final do julgamento foi deferida, por unanimidade de votos, a segurança pretendida pelo impetrante para que fosse excluído do rol de responsáveis do processo em trâmite no TCU. O Acórdão relativo ao MS 24.631-DF foi assim ementado:

⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>> Acesso em 01 out. 2018.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. **No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa**, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

Mandado de segurança deferido (grifou-se).

Do MS 27.867-DF

O **MS 27.867**, por sua vez, teve seguimento negado em decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, publicada em 03/09/2012. Objetivava o impetrante anular Acórdão, proferido pelo TCU, no qual foi condenado, solidariamente com outros responsáveis, ao ressarcimento ao Erário, no valor de R\$ 85.516.861,71, acrescido de multa individual de R\$ 20.000,00. Acrescente-se que o impetrante havia atuado como chefe da Procuradoria Distrital do DNER, onde foi signatário de parecer em processo administrativo referente à proposta de acordo extrajudicial e por essa razão foi arrolado como corresponsável e posteriormente condenado em procedimento de Tomada de Contas Especial perante o TCU.

Entretanto, o MS 27.867, conforme sobredito, teve seguimento negado pelo Ministro Relator eis que considerou que o caso demandaria “[...] profunda análise probatória [...]”, sendo incompatível, portanto, com o procedimento do mandado de segurança, que não comporta dilação probatória exigindo, isto sim, a presença de direito líquido e certo demonstrado de plano através de prova documental pré-constituída encaminhada junto à petição inicial.

Ante a negativa de seguimento de seu mandado de segurança, interpôs o impetrante o recurso de Agravo Regimental⁶, perante a 1ª Turma do STF, onde requereu a reconsideração da decisão monocrática, tendo a 1ª Turma improvido o recurso pelos mesmos fundamentos expostos na decisão monocrática.

⁶Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875188>> Acesso em 01 out. 2018.

De qualquer forma foi reafirmado no Acórdão de julgamento do Agravo Regimental no MS 27.867 que “[...] **é possível a responsabilização de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa nas situações em que restar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro**”.

Sintetizando-se todo o expandido acerca dos mandados de segurança MS 24.073-DF; MS 24.584; MS 24.631-DF e 27.867-DF pode-se afirmar, no tocante à responsabilidade do parecerista jurídico, que:

- através do **MS 24.073-DF**, julgado em 2002, o **STF** firmou o entendimento de que pareceres de natureza opinativa, em regra, não geram responsabilidade solidária do seu emitente com o administrador. Entretanto, mesmo em se tratando de **parecer meramente opinativo, haverá responsabilidade do parecerista** nos casos em que elaborar seu parecer com **erro grave (grosseiro) ou agir culposa ou dolosamente**;

- o MS 24.073-DF não desceu a minúcias quanto à classificação dos tipos de pareceres e tratou de um caso concreto no qual o parecer foi emitido para reconhecer uma situação que contemplava a possibilidade de contratação direta;

- o **MS 24.584-DF**, julgado em 2007, trouxe uma **classificação tipológica dos pareceres**, exposta no Voto Vista do Ministro Joaquim Barbosa, **que passou a ser adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias** desde então;

- no julgamento do **MS 24.584-DF**, reconheceu o **STF**, a existência de **três tipos de consultas**, quais sejam:

1) a **facultativa**, que se dá quando a **autoridade administrativa**, embora haja parecer proferido, **não vincula a sua decisão aos termos da manifestação da consultoria jurídica**, o seu poder decisório continua pleno e independe da opinião exarada no parecer;

2) a **obrigatória**, na qual a **autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria**, com parecer favorável ou contrário. **Caso a autoridade queira praticar o ato com conteúdo e forma diferentes** daquele que foi submetido à consultoria, **deverá solicitar nova emissão de parecer**. Assim, exemplificativamente, se a consultoria jurídica, após consultada sobre a possibilidade de contratação direta, opina, positivamente, pela pertinência da contratação enquadrando-a em hipótese de dispensa, não poderá a autoridade administrativa contratar através de inexigibilidade, salvo se submeter a pretensão a novo parecer da consultoria. De qualquer forma, deve ser ressaltado que **embora a consulta prévia seja obrigatória, a autoridade mantém incólume o seu poder decisório**, podendo praticar o ato submetido à consulta mesmo que haja parecer contrário à prática;

3) a **vinculada a parecer**, nesse caso a lei estabelece que o **ato da autoridade administrativa deverá ser previamente aprovado pela consultoria jurídica**. Trata-se da hipótese de **parecer vinculante**, onde o **administrador “[...] não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”**.

- nos **dois primeiros casos (consulta facultativa e consulta obrigatória)**, o **STF considera que o parecer tem natureza opinativa**, de sorte que, **em regra, não haverá corresponsabilidade do parecerista, exceto comprovação de erro grave ou conduta culposa/dolosa**;

- no caso de **parecer vinculante**, o **STF considera que a sua natureza não é meramente opinativa**, mas sim, que **[...] há efetiva partilha do poder decisória [...]** entre o **parecerista e a autoridade administrativa que pratica o ato**, de sorte que **haverá responsabilidade solidária entre o emitente do parecer e a autoridade administrativa que pratica o ato aprovado pelo**

parecerista, caso incorra-se em ilegalidade e/ou prejuízo ao erário. Note-se que **na hipótese de parecer vinculante o STF não condicionou a responsabilidade do parecerista à presença de erro grave, culpa ou dolo, mas** é evidente que **deverá haver nexo de causalidade**, ou seja, deverá ser demonstrado, no caso concreto, que a ilegalidade ou prejuízo resultaram da opinião manifestada no parecer.

- no julgamento do **MS 24.584-DF**, o **STF reconheceu**, por maioria de votos, **que a hipótese descrita no parágrafo único, do artigo 38, da Lei nº 8.666/93, trata-se de caso no qual o parecer emitido tem caráter vinculante**. Dessa forma, a aprovação, pela consultoria jurídica, das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, dos acordos, dos convênios ou dos ajustes, vincula-se à própria prática do ato pela autoridade administrativa, gerando corresponsabilidade entre esta e o emitente do parecer.

- Afirmou-se, ainda no julgamento do **MS 24.584-DF**, que o caso específico tratado no **MS 24.073-DF** era diverso, eis que relativo a parecer onde se interpretou dispositivos da Lei nº 8.666/93 referentes a hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Nesse passo, assentou o STF, que o parecer que consubstancia o reconhecimento de casos de dispensa e inexigibilidade tem caráter opinativo.

Posto isso, verifica-se que a **Instrução Técnica Inicial (ITI) 1207/2017**, no tópico 2.1, imputou a responsabilização ao Sr. **Fabiano Giaquinto Herkenhoff**, Procurador do Estado, com relação a irregularidade supostamente **decorrente de “falha flagrante”, que equivale a um erro grosseiro**, no exercício de sua função. De acordo com a teoria da asserção, adotada pelo art. 485, VI do **CPC/15**, a **legitimidade passiva** do defendente **deve ser aferida com base exclusivamente na afirmação contida na peça acusatória** (“in status assertiones”), **não havendo que se adentrar na análise probatória**, o que acarretaria um julgamento de mérito.

Dessa forma, considerando-se os termos da acusação, contida na **Instrução Técnica Inicial (ITI) 1207/2017**, de que **haveria uma “falha flagrante”**, proporcionando a **violação de disposição literal de lei**, por parte do Sr. **Fabiano Giaquinto Herkenhoff**, Procurador do Estado, **ao exarar parecer, é imperioso reconhecer sua legitimidade para ocupar o polo passivo da demanda**, não obstante seja **resguardado**, no momento da análise do mérito, **perquirir se a imputada “falha flagrante” realmente ocorreu ou não**.

No mais, cabe registrar que **o defendente apenas trouxe decisões monocráticas** proferidas pelo Ministro Luiz Fux **do STF (MS nº 30.892 – anulada em sede de agravo regimental – e MS nº 35.196 – a partir da ementa deste julgado, deduz-se a possibilidade de condenação resultante de “culpa em sentido amplo”, desde que esta seja comprovada, com relação à emissão de parecer vinculante) e decisões do STJ (Resp nº 1.454.640, nº 1.183.504 e nº 842.428), que não são capazes de infirmar o posicionamento sedimentado pelo Colegiado (Plenário e Turmas) do STF**, exposto acima.

Ante o exposto, sugere-se que seja **afastada a preliminar de ilegitimidade passiva**, suscitada pelo Sr. **Fabiano Giaquinto Herkenhoff**, Procurador do Estado.

Diante de todo o exposto, entende-se por, **preliminarmente**, reconhecer a **ilegitimidade passiva** do Sr. **Antonio Rômulo Zagotto**, vice-Diretor Executivo da

APAC, e, ainda, **afastar a preliminar** de **ilegitimidade passiva**, suscitada pelo Sr. **Fabiano Giaquinto Herkenhoff**, Procurador do Estado.

Foram analisadas, num primeiro momento, ultrapassadas as questões preliminares processuais, pela área técnica competente e pelo Ministério Público Especial de Contas, os seguintes indícios de irregularidade:

2.1 PROCESSO TC 10.585/2015 – ITI 1207/2017

2.1.1 Prorrogação do convênio 5/2009 por prazo acima do permitido.

2.1.2 Utilização indevida de recursos públicos.

2.1.3 Não observância do Princípio da Vantajosidade na aquisição de materiais pela convenente.

2.1.4 Pagamentos irregulares de multas e juros, bem como de comprovantes ilegíveis e rasurados.

2.1.5 Despesa irregular com abastecimento de veículo.

2.1.6 Aquisição de insumos para a fábrica de sabão sem a devida utilização.

2.1.7 Pagamento de despesa anterior à entrada em vigência do Convênio 5/2009.

2.1.8 Extrapolação do limite da rubrica.

2.1.9 Falha na fiscalização do contrato por parte dos fiscais nomeados.

2.2 PROCESSO TC 10.586/2015 – ITI 843/2016

2.2.1 Utilização Indevida de Verba de Convênio c/c Transferência Irregular de Recursos Públicos a Entidades Privadas.

De todos esses indícios, após extensa análise das justificativas apresentadas pelos responsáveis, restaram afastadas, tanto pela área técnica como pelo membro do *parquet* as que seguem:

- **Prorrogação do convênio 5/2009 por prazo acima do permitido - (correspondente ao item 3.1.1 da ITC 4616/2018-9)**

- **Pagamentos irregulares de multas e juros, bem como de comprovantes ilegíveis e rasurados - (correspondente ao item 3.1.4 da ITC 4616/2018-9)**
- **Pagamento de despesa anterior à entrada em vigência do Convênio 5/2009 - (correspondente ao item 3.1.7 da ITC 4616/2018-9)**
- **Falha na fiscalização do contrato por parte dos fiscais nomeados - (correspondente ao item 3.1.9 da ITC 4616/2018-9)**

Compulsando os autos, verifico que concordo com o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, de forma que, para evitar desnecessária repetição, torno parte integrante da fundamentação de meu voto a extensa e rica análise levada a efeito pela área técnica e corroborada pelo *parquet*, independentemente de transcrição.

Assim, foram analisados pela área técnica, na ITC 4616/2018 seguintes indícios de irregularidade :

3.1.1 - Prorrogação do convênio 5/2009 por prazo acima do permitido.

Crterios: art. 57, inciso II, c/c artigo 116, caput, da Lei 8.666/93.

Responsáveis:

a) Sérgio Alves Pereira (ex-Secretário de Estado da Justiça)

Conduta: Prorrogar convênio firmado com entidade particular por um período acima do permitido pela legislação.

Nexo: Ao prorrogar convênio firmado com entidade particular por um período acima do permitido pela legislação, o Secretário de Estado da Justiça à época incorreu em irregularidade.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa, haja vista que é dever do gestor público obedecer aos ditames legais, nos termos do Princípio da Legalidade.

b) Fabiano Giaquinto Herkenhoff (Procurador do Estado)

Conduta: Atestar a regularidade jurídica da minuta do 6º Termo Aditivo ao Convênio 5/2009, por meio do Parecer PGE/PCA nº 00488/2013, sendo que o prazo a ser prorrogado ultrapassava o limite de sessenta meses previsto na Lei 8.666/93.

Nexo: Ao atestar a regularidade jurídica da minuta do 6º Termo Aditivo ao Convênio 5/2009, por meio do Parecer PGE/PCA nº 00488/2013, incorreu o Procurador em irregularidade, tendo em vista que a legislação é taxativa ao estipular o prazo de sessenta meses para vigência de convênio.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa, haja vista que é dever do parecerista, em sua análise jurídica, alertar o gestor público acerca da existência de ilegalidades flagrantes presentes nas consultas realizadas.

De acordo com a unidade técnica, o Sr. **Fabiano Giaquinto Herkenhoff**, Procurador do Estado, informa que **a prorrogação da vigência do Convênio 05/2009 não constituiu objeto de análise da minuta do termo aditivo** no parecer por ele emitido. Nesse sentido, aponta que a **Cláusula 12.3** do referido convênio, inclusive, **dispensava a análise da procuradoria jurídica quanto à prorrogação da vigência do ajuste**, senão vejamos:

‘CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – DAS ALTERAÇÕES

12.3 – As alterações ao presente convênio, com exceção das que tenham por finalidade meramente prorrogar o prazo de vigência do ajuste, deverão ser previamente submetidas à Procuradoria Geral do Estado, órgão ao qual deverão os autos ser encaminhados em prazo hábil para análise e parecer.’ (fl. 269 do Processo Administrativo nº 42398223 da SEJUS)

Na sequência, o defendente afirma que **constitui entendimento sedimentado no âmbito da Procuradoria do Estado** que o **art. 57 da Lei 8.666/93**, na parte em que impõe **limitação de prazo de vigência** aos contratos, **não é aplicável aos convênios**. Segundo este entendimento, **nos convênios não há uma prestação de serviços** por parte do convenente, mas sim uma **cooperação mútua** entre o Estado e a entidade convenente **com o propósito de desenvolver um projeto** de interesse de ambas as partes, motivo pelo qual **o tempo de vigência deve ser o**

necessário para a consecução do objetivo, não podendo sofrer limitação sob pena de não ser alcançado o resultado almejado.

Complementando sua defesa, o Sr. **Fabiano Giaquinto Herkenhoff**, Procurador do Estado, trouxe o **Enunciado CPGE nº 34**, aprovado em 28/02/2018 pela **Resolução CPGE nº 299**, de 27 de fevereiro de 2018, para **comprovar que tal entendimento era sedimentado no âmbito da Procuradoria do Estado do Espírito Santo**, conforme colacionado a seguir:

Enunciado CPGE nº 34

'Prazo de vigência de convênios e instrumentos congêneres

1) Não se aplica aos convênios e instrumentos congêneres (acordo de cooperação, termo de cooperação, termo de parceria, contrato de gestão, termo de fomento, termo de colaboração) a limitação temporal prevista no artigo 57 da Lei nº 8.666/93, admitindo-se sucessivas prorrogações, mediante justificativa. 2) O prazo de vigência de convênios e instrumentos congêneres (acordo de cooperação, termo de cooperação, termo de parceria, contrato de gestão, termo de fomento, termo de colaboração) deve ser fixado conforme os objetivos especificados no instrumento e respectivos planos de trabalho, observada, no que couber, a previsão orçamentária da despesa. 3) Em qualquer hipótese, é vedada a celebração de convênios e instrumentos congêneres por prazo indeterminado'.

Embora possam existir entendimentos doutrinários em sentido diverso, o Sr. **Fabiano Giaquinto Herkenhoff**, Procurador do Estado, **logrou comprovar que sua atuação foi amparada em entendimento sedimentado no âmbito do órgão em que atua, o que descaracteriza a existência de erro grosseiro**, constituindo **motivo suficiente**, dentre todos os alegados, **para afastar a sua responsabilidade**.

Nessa esteira, também **deve ser afastada a responsabilidade** do Sr. **Sérgio Alves Pereira**, ex-Secretário de Estado da Justiça, pois **a prorrogação da vigência do Convênio 05/2009, além do prazo de 60 (sessenta) meses, foi realizada com base em tese razoável sedimentada no âmbito da Procuradoria do Estado do Espírito Santo**.

Ante o exposto, entende-se que seja **afastada** a irregularidade disposta neste tópico.

3.1.2 Pagamentos irregulares de multas e juros, bem como de comprovantes ilegíveis e rasurados.

Critérios: Cláusula 9.1, alínea “d”, do Convênio 5/2009.

Responsáveis:

a) Antônio Rômulo Zagotto (Diretor Executivo da APAC no período de 03/03/2009 a 14/03/2010) e Claudia Aguiar Almeida (Diretora Executiva da APAC no período de 15/03/2010 a 31/05/2014)

Conduta: Pagar despesas expressamente proibidas por cláusula contratual bem como aceitar comprovantes comprobatórios de despesas ilegíveis ou com rasuras.

Nexo: Ao pagar despesas expressamente proibidas por cláusula contratual bem como aceitar comprovantes comprobatórios de despesas ilegíveis ou com rasuras os responsáveis incorreram em dano ao erário.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa, haja vista que é dever do gestor público obedecer aos ditames legais, nos termos do Princípio da Legalidade.

b) Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC (entidade convenente)

Conduta: Beneficiar-se ao realizar pagamento de despesas próprias com recursos do Convênio 5/2009.

Nexo: Ao realizar pagamento de despesas próprias com recursos do Convênio 5/2009 a instituição incorreu em grave irregularidade, proibida expressamente pelos termos do Convênio 5/2009.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa, haja vista que a entidade deve utilizar dos recursos públicos para a consecução do objeto conveniado e não para custear despesas próprias.

A Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora da APAC, e a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade convenente, alegam que os repasses de recursos públicos pela **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS** não aconteceram nas datas estabelecidas no cronograma do Plano de Trabalho, integrante do Convênio 05/2009, tendo anexado à sua defesa um demonstrativo com a data dos repasses e o respectivo bimestre a que se

referiam (fls. 27/37 do arquivo “Peça Complementar 4843-2018-1” do Processo TC 10.586/2015).

De fato, as **datas dos depósitos dos valores relativos aos repasses** pela **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS** não correspondiam, na maioria das vezes, àquelas datas previstas no cronograma de repasses, integrante do **Plano de Trabalho do Convênio 05/2009**. Dessa forma, verifica-se que **não foi a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, **que deu causa à incidência de multa e juros**, decorrentes do atraso no pagamento de despesas oriundas do **Convênio 05/2009**, mas sim a própria **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS**.

Quanto aos **comprovantes de despesas ilegíveis e rasurados**, a **ITI 1207/2017** não apontou em que consistiriam as rasuras, dentre outras inconsistências, de modo que, ao analisar-se as notas fiscais, **não ficou claro, em muitos casos, onde se encontravam tais rasuras, tampouco a gravidade das rasuras identificadas**, isto é, **se elas denotariam a ocorrência de fraude ou se decorreriam de mero equívoco** do fornecedor ao anotar na nota fiscal (hipótese mais provável, haja vista que muitas destas rasuras envolviam apenas um dos itens, dentre os vários, que constavam nas notas fiscais).

Insta salientar ainda que **algumas das folhas do Processo Administrativo nº 51481758, apontadas pela ITI 1207/2017 como contendo notas fiscais rasuradas ou ilegíveis, na verdade não contêm nota fiscal alguma** (fls. 83, 1291, 387 e 388).

Além disso, as **notas fiscais relacionadas** pela **ITI 1207/2017**, **todas referentes ao exercício de 2010**, correspondem ao **montante de apenas R\$ 12.451,23** (doze mil, quatrocentos e cinquenta e um reais e vinte e três centavos), **equivalente a 6.202,67** (seis mil, duzentos e dois inteiros e sessenta e sete centésimos) **VRTEs**, ao passo que a **ITI 1207/2017 imputou um dano ao erário equivalente a 35.358,58** (trinta e cinco mil, trezentos e cinquenta e oito inteiros e cinquenta e oito centésimos) **VRTEs, referente ao exercício de 2010**, o que expõe a existência de uma **discrepância entre os valores**.

Por outro lado, a ITI 1207/2017, apesar de não ter apontado notas fiscais rasuradas referentes a outros exercícios além do de 2010, imputou dano ao erário, relativo a todos os exercícios de 2009 a 2014, no montante equivalente a 168.222,23 (cento e sessenta e oito mil, duzentos e vinte e dois inteiros e vinte e três centésimos) VRTEs, de modo que entendemos não haver elementos nos autos capazes de formar um juízo de convicção acerca da ocorrência do dano ao erário.

Ante o exposto, entende-se que seja **afastada** a irregularidade disposta neste tópico.

3.1.3 Pagamento de despesa anterior à entrada em vigência do Convênio 5/2009.

Crítérios: Cláusula Sétima, item 7.1, c/c Cláusula nona, item 9.1, alínea “c”, todas do convênio 5/2009.

Responsáveis:

a) Antônio Rômulo Zagotto (Diretor Executivo da APAC no período de 03/03/2009 a 14/03/2010)

Conduta: Realizar despesas em data anterior à vigência do Convênio 5/2009.

Nexo: Ao realizar despesas em data anterior à vigência do Convênio 5/2009 o responsável incorreu em dano ao erário.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa, haja vista que é dever do gestor público obedecer aos ditames legais, nos termos do Princípio da Legalidade.

b) Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC (entidade convenente)

Conduta: Beneficiar-se ao realizar pagamento de despesas próprias, relativas à contratação de funcionários antes mesmo da entrada em vigência do convênio, com recursos do Convênio 5/2009.

Nexo: Ao realizar pagamento de despesas próprias com recursos do Convênio 5/2009 a instituição incorreu em grave irregularidade, proibida expressamente pelos termos do Convênio 5/2009.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa, haja vista que a entidade deve utilizar dos recursos públicos para a consecução do objeto conveniado e não para custear despesas próprias.

O **Convênio 05/2009**, nos termos de sua **Cláusula nona, item 9.1, alínea “c”**, **proíbe a utilização dos recursos transferidos para cobrir despesas anteriores ou posteriores à sua vigência**, a qual **iniciar-se-ia no dia seguinte ao da publicação** do extrato do referido convênio na imprensa oficial, nos termos de sua **Cláusula sétima, item 7.1**. Transcreve-se a seguir as **duas cláusulas**:

CLÁUSULA SÉTIMA – DA VIGÊNCIA

7.1 – O presente convênio vigorará a partir do primeiro dia seguinte ao da publicação do seu extrato na imprensa oficial até 06/02/2010, conforme prazo previsto no anexo Plano de Trabalho para a consecução de seu objeto. (grifos nossos)

[...]

CLÁUSULA NONA – DAS PROIBIÇÕES

9.1 – fica expressamente vedada a utilização dos recursos transferidos pelo CONCEDENTE, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente ou representante do CONVENENTE, **para:**

c) **realização de despesa em data anterior ou posterior à sua vigência.**

Dessa forma, embora o **Convênio 05/2009** tenha sido **assinado** no dia **05 de fevereiro de 2009**, sua **vigência somente teve início no dia 03 de março de 2009**, uma vez que a **publicação do seu extrato** na imprensa oficial ocorreu no dia **02 de março de 2009**.

Todavia, o **Relatório de Tomada de Contas Especial** (fls. 190-verso e 652-verso) apontou que a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC** (entidade conveniente) utilizou recursos públicos da primeira parcela do **Convênio 05/2009** para **pagar verbas trabalhistas** a empregados, **relativas ao mês de fevereiro de 2009**, isto é, pertinente a **período anterior ao início da vigência** do

referido **convênio**. Na mesma linha, a **ITI 1207/2017** também se posicionou pela irregularidade das citadas despesas.

Por outro lado, a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC** (entidade conveniente), corroborando os fatos apontados, argumentou que **“se fazia necessário a contratação de funcionários no mês de fevereiro/2009, com o intuito de capacitá-los sob a ótica dos fundamentos trazidos pela APAC, para a devida recepção dos presos em regime semiaberto, as contratações acabaram por ser realizadas ao tempo em que o convênio já havia sido assinado, mas não entrado em vigor”**.

Entendemos que **deve ser acolhido o argumento da defendente** pelos seguintes **motivos**: **a)** na ocasião, a APAC estava **iniciando seu trabalho**, com a aplicação de seu método, **no Estado do Espírito Santo**, sendo **razoável despender um mínimo de tempo** para promover a **capacitação e o treinamento** dos empregados contratados; **b)** o **Relatório de Tomada de Contas Especial** e a **ITI 1207/2017**, em **nenhum momento relataram que o dispêndio de tais recursos públicos não tenha sido destinado a atender o objeto e a finalidade do convênio**; **c)** A **despesa** em análise **não se encontrava coberta pelo repasse de qualquer parcela anterior**; **d)** A **demora para a publicação do extrato** do convênio na imprensa oficial **deveu-se exclusivamente ao órgão concedente (SEJUS)**, embora o **Convênio 05/2009 já se encontrasse assinado desde 05 de fevereiro de 2009**.

Com efeito, **não restou demonstrado qualquer desvio de recursos públicos** neste tópico. Acaso subsistisse alguma **irregularidade**, ela seria **meramente formal** e já estaria **coberta pelo manto da prescrição**.

Ante o exposto, sugere-se que seja **afastada** a irregularidade disposta neste tópico.

3.1.4 Falha na fiscalização do contrato por parte dos fiscais nomeados.

Critérios: Cláusula Oitava, item 8.1 do Convênio 5/2009 e artigo 67 da Lei 8.666/93.

Responsáveis:

- a) Leonardo Campos Coutinho (Fiscal do convênio 5/2009)**
- b) Fabrício Almeida de Souza (Fiscal do convênio 5/2009)**
- c) Quesia da Cunha Oliveira (Fiscal do convênio 5/2009)**
- d) Marlei Bravim Bergman (Fiscal do convênio 5/2009)**
- e) Michele Gasparini de Miranda (Fiscal do convênio 5/2009)**

Conduta: Fiscalizar de modo ineficiente o Convênio 5/2009, não apontando irregularidades ocorridas ao longo da execução.

Nexo: Ao fiscalizar de modo ineficiente o Convênio 5/2009, não apontando irregularidades ocorridas ao longo da execução, a Administração pública manteve ativo convênio cuja execução possuía inconsistência com relação ao que foi pactuado.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa, pois ao assumirem o cargo ao qual foram nomeados deveriam os fiscais cumprir com suas obrigações nos termos da legislação em vigor.

Inicialmente, cabe destacar que o Sr. **Leonardo Campos Coutinho atuou como fiscal do Convênio 05/2009 somente no período do início de sua vigência, em 03 de fevereiro de 2009, até o dia 13 de agosto de 2010**, conforme a **Portaria nº 860-S/2010**, anexada à defesa apresentada (arquivo “Peça Complementar 4749-2018-6”), ao passo que o Sr. **Fabrício Almeida de Souza atuou como fiscal do Convênio 5/2009 somente no período de 13 de agosto de 2010 até 14 de junho de 2011**, conforme a **Portaria nº 860-S/2010 e Portaria nº 532-S/2011**, anexadas à defesa apresentada (Anexos I e II do arquivo “Peça Complementar 4750-2018-9”).

Dessa forma, considerando-se que **somente foram imputadas irregularidades formais** aos supracitados fiscais, ou seja, **sem dano ao erário**, bem como que a **citação dos defendentes somente foi determinada em 27 de outubro de 2017**, pela **Decisão Monocrática nº 1665/2017**, verifica-se que **decorreram mais de 6 (seis) anos entre o término do exercício da função de fiscal pelos defendentes e a citação dos mesmos** para responderem às supostas irregularidades, de modo

que deve ser reconhecida a **prescrição da pretensão punitiva** em relação ao Sr. **Leonardo Campos Coutinho** e ao Sr. **Fabício Almeida de Souza**, nos termos do **art. 71 da Lei Complementar/ES nº 621/2012**, e, conseqüentemente, deve ser **afastada a responsabilidade** destes.

Igualmente, com relação à Sr^a. **Quesia da Cunha Oliveira**, embora sua designação para atuar como Fiscal do Convênio 05/2009 tenha perdurado até 28 de novembro de 2012, data da publicação da Portaria nº 18-S/2012, verifica-se que **a prática do último ato por esta servidora, no qual se manifestou a favor da liberação de parcela do Convênio 05/2009, ocorreu em 27 de setembro de 2012**, através da **Comunicação Interna CI/SEJUS/DIRESP/Nº 2641/2012** (fl. 4622 do Processo Administrativo nº 51481758). Logo, tendo em vista que **decorreram mais de 5 (cinco) anos entre os atos irregulares e a citação da defendente pela Decisão Monocrática nº 1665/2017, em 27 de outubro de 2017**, também deve ser reconhecida a **prescrição da pretensão punitiva** em relação à Sr^a. **Quesia da Cunha Oliveira**, nos termos do **art. 71 da Lei Complementar/ES nº 621/2012**, e, conseqüentemente, deve ser **afastada a sua responsabilidade**.

Por sua vez, com relação à Sr^a. **Marlei Bravim Bergman**, Fiscal do Convênio 05/2009 nomeada pela Portaria nº 18-S, de 22 de novembro de 2012, **também deve ter sua responsabilidade afastada**, tendo em vista que **logrou comprovar**, por meio de **cópias de atestados** e de sua **ficha funcional na Secretaria de Estado da Justiça-SEJUS** (arquivo "Peça Complementar 933-2018-3"), **que esteve afastada do exercício da função durante a quase totalidade do curto período em que esteve designada**, em razão de problema de saúde relacionado a uma gravidez de risco, de modo que **não chegou a se manifestar a favor da liberação de nenhuma parcela do Convênio 05/2009**.

Por fim, com relação à Sr^a. **Michele Gasparini de Miranda**, Fiscal do Convênio 05/2009, **também deve ter sua responsabilidade afastada**, pois **comprovou** que, assim que assumiu a função de **presidente da comissão de fiscalização do Convênio 05/2009**, **solicitou a análise pendente das prestações de contas da entidade conveniente à fiscal com esta atribuição específica**, designada pela **Portaria nº 1.461-S/2012**, qual seja, a Sr^a. Elza Alves da Silva Meriguetti, de modo

que **somente se manifestou a favor da liberação de parcelas** do referido convênio **após a servidora competente ter atestado a regularidade das contas** da convenente (arquivo “Peça Complementar 4776-2018-3”). Logo, entendemos que a Sr^a. **Michele Gasparini de Miranda tomou medidas que estavam ao seu alcance para evitar a ocorrência de dano ao erário.**

Ante o exposto, sugere-se que seja **afastada** a irregularidade disposta neste tópico. Esses indícios de irregularidade, conforme já aqui mencionado, foram analisados de forma idêntica e afastados, tanto pela **ITC 4616/2018** como pela **ITC 5170/2020**. Posteriormente, conforme já relatado, após as petições intercorrentes, foram novamente analisados e complementados por meio da **ITC 5170/2020-3**, conforme se expõe a seguir.

Portanto, passa-se agora ao que foi analisado pela posterior ITC 5170/2020.

As irregularidades classificadas no subitem 3.2.1 e 3.2.2, serão apresentadas separadamente e avaliadas em conjunto, uma vez que possuem idênticas características no sentido de sua conclusão.

3.2.1 Utilização indevida de recursos públicos.

Critérios: Cláusula 2.2, alínea “b” do convênio 5/2009.

Foram responsabilizados Claudia Aguiar Almeida (Diretora Executiva da APAC) e Samir Abreu (Encarregado de Segurança e Disciplina da APAC)

3.2.2 Despesa irregular com abastecimento de veículo.

Critérios: Cláusula 2.1.2, alínea “b” e 9.1, alínea “b” todas do Convênio 5/2009

A responsabilização foi atribuída a Sra. Claudia Aguiar Almeida (Diretora Executiva da APAC - 15/03/2010 a 31/05/2014);

Inicialmente, convém destacar que sobre estas irregularidades não houve contestação sobre oportunidade a ampla defesa, os fatos encontram-se bem descritos, acompanhados dos cheques emitidos, notas fiscais vinculadas, entre outras.

Estas irregularidades foram mantidas na Instrução Técnica Conclusiva já mencionada nesta peça, ocorre que, entre os citados não se encontrava a pessoa jurídica conveniente, Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, restando a proposta de condenação a diretores/funcionários desta.

Não houve, nos autos, em momento anterior questões envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica. Ainda assim, após citação, por meio da Decisão TC 756/2020 – Plenário, esta Corte deliberou ser incompetente para proferir a desconsideração, devendo citar, ou seja, responsabilizar a Pessoa Jurídica.

No caso em tela, como não houve citação da entidade conveniente, mister se faz que seja reaberta a instrução processual, oportunizar contraditório e ampla defesa, para posteriormente julgar.

Ocorre que, os fatos relacionados aos subitens acima, se referem a exercícios de 2012 e 2013, ou seja, num período aproximado de 7 anos.

Embora ainda não se tenha uma deliberação regulamentar nesta Corte de Contas, o Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral deliberou que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

É grande e concreto o risco de que eventual citação, a partir deste momento se torne inoperante. Essa percepção advém do voto condutor da deliberação na Suprema Corte, Ministro Alexandre de Moraes, *verbis*:

Na sustentação oral da Doutora Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, a União traz dados de fato referentes à tramitação dos processos no Tribunal de Contas da União, sugerindo que o acolhimento da tese da prescribibilidade afetará a cobrança de expressivas quantias devidas ao Erário.

Em primeiro lugar, cabe ao Tribunal de Contas, em particular, e a todos os agentes políticos, de modo geral, envidar esforços para que haja a redução do tempo dos processos na referida Corte. Penso não ser legítimo o sacrifício de direitos fundamentais dos indivíduos, como forma de compensar a ineficiência da máquina pública.

Em segundo lugar, conforme detalhei no início deste voto, o Direito oferece um caminho, para as objeções suscitadas pela Nobre Procuradora: exurgindo elementos consistentes da atuação consciente e dolosa, no sentido de má gestão e de dilapidação do patrimônio público, abre-se a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, na qual (a) os acusados terão plenas oportunidades de defesa e (b) a condenação ao ressarcimento, comprovado o agir doloso, será imprescritível, na forma da jurisprudência desta CORTE. (p. 21-22)

Em outras palavras, o que deferiu é que não se deve premiar administrações (cita Tribunais de Contas) que se mostraram ineficientes, e que em casos de ações dolosas que dilapidam o Patrimônio Público o Ministério Público pode agir, sendo a ação imprescritível.

Entre correr o risco de reabrir instrução que já nascerá prescrita, efetuar gastos financeiros que envolvem uma instrução, bem como, disponibilizar tempo, horas de serviços, nesta nova empreitada ou remeter fatos ao Ministério Público Estadual, a segunda opção não se deixou dúvidas sobre sua possibilidade.

Ocorre que, sobre estes mesmos temas, o Ministério Público Estadual já moveu Ação Civil Pública, em petição inicial da Promotoria da Justiça Cível de Cachoeiro de Itapemirim, oriundo de procedimento MPES 2014.0038.2750-56.

Desta forma, ainda que reconhecida a independência das instâncias, ante a insegurança jurídica envolvendo instituto da prescrição, resguardando-se da discussão do tema para outro momento, evitando-se possibilidade de conversão em precedente desta Corte de Contas, sugere-se embasado no § 4º, art. 142 da Lei Complementar 621/2012, por racionalização administrativa e economia processual, deixar de reabrir a instrução processual destes subitens.

Por conseguinte, **os presentes achados devem ser relevados.**

3.2.3 Não observância do Princípio da Vantajosidade na aquisição de materiais pela convenente.

Critérios: Cláusula 2.1.2, alínea “b” e 9.1, alínea “b” todas do Convênio 5/2009.

Foi responsabilizada, Cláudia Aguiar Almeida, Diretora Executiva da APAC, já que, a princípio foi constatado que a APAC, ao efetuar aquisições de produtos para execução do objeto conveniado, não levou em consideração o Princípio da Vantajosidade nas compras, observância essa obrigatória por força da Cláusula 2.1.2, alínea “j”, do Convênio 5/2009.

Afirmou-se que após análise dos autos do Convênio 5/2009 e da prestação de contas, ficou demonstrado que a APAC não procedeu a pesquisas de preços e a busca por fornecedores com preços menores, ou até mesmo o levantamento dos fornecedores da região, tendo feito compras praticamente com os mesmos estabelecimentos comerciais ao longo da execução do convênio, sem, no entanto, comprovar a vantagem nas aquisições.

Tudo isso vai de encontro com a cláusula mencionada, que assim prescreve:

2.1.2 (...)

j) Utilizar a verba repassada da forma mais vantajosa possível, ou seja, econômica e proba, realizando e comprovando pesquisas de mercado, procedimentos análogos aos previstos na Lei nº 8.666/93, em observância aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na celebração de contratos necessários para execução do objeto do presente convênio.

Esse achado, foi mantido em relação a Diretora Executiva da APAC.

Em manifestação, inclusive depoimento junto ao Ministério Público Estadual, houve informação, “depoimentos” de funcionários da APAC afirmando que os

levantamentos de preços eram realizados via telefone e e-mail. Não se acatou por não ter sido comprovado.

Aqui, toma-se a liberdade de sugerir relevar a presente discussão e afastá-la.

Primeira questão reflete-se ao fato de tratar de formalidade, não há dano vinculado ao achado. Esse é um fato que não condiz diretamente com a instauração de tomada de contas especial, cuja finalidade principal e essencial é de quantificar danos ao erário.

Outra questão é acerca da responsabilização direcionada aos casos de convênio em que irá atingir a pessoa jurídica conveniada. Esta anteriormente, não fora chamada para responder pelos fatos. Assim, é primordial entender tratar-se de fatos ocorridos há mais de 5 anos, e que a primeira citação, no caso da conveniada, caso ocorra, nasceria sob o manto do instituto da prescrição.

É de se registrar, ainda que não se tenha por comprovado na defesa as cotações de preço, há que se considerar as informações ofertadas por funcionários em depoimento ao órgão ministerial e este deve ser vinculado ao achado que se dispôs a discutir nos autos, Princípio da Vantajosidade.

Demais disto, diversos são as evidências de cotações de preços constantes dos autos, cita-se: serviço PABX (Manutel, Eletrolink e Telesegues); Material de Escritório (Agenda Distribuidora Ltda., Atacado São Paulo e S. A. Diória), e vários outros objetos com os respectivos orçamentos. Bem verdade que o questionamento direcionava a itens específicos, principalmente alimentos.

De todo modo, com todas as *vênias*, não há nos autos qualquer informação ou evidência de produtos adquiridos com preços superiores ao praticados no mercado. A ocorrência destes, poderiam ter o condão de afetar o princípio da vantajosidade. Ainda assim, é concebido na doutrina e na jurisprudência, não ser a aquisição pelo menor preço (ou seja, cotação de preços) aquela que, estabelece ser uma proposta a mais vantajosa para a administração

Por todo o exposto, o que se estabeleceria como achado seria a ausência de comprovação de cotações de preços para aquisições, uma inovação que nasceria prescrita, estando, ainda, sujeita a vir ser comprovada, ante existência de depoimento afirmando ter sido realizada, e as cópias de cotações de preços para aquisições constantes nos autos. Além de que, essa figura “convênio” como estabelecido, à época, entre as partes, não mais ocorrem, haja vista regramento específicos expostos na Lei 13.019/2014 a amparar “parcerias” desta natureza. Ou seja, não haveria funcionalidade sequer para que ocorra expedição de determinações/recomendações.

Ademais, assim como não há mais a figura do convênio nestas situações, por intermédio do art. 84 da Lei 12.019/2014, deixa-se explícito que a Lei 8.666/93 não é aplicada às parcerias, havendo regramentos próprios.

De todo modo, o presente achado também consta da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual mencionada nos subitens anteriores, e desta forma, **entende-se por relevar e adotar afastamento do presente achado.**

3.3 – INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES COM REFLEXO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA;

Neste ponto, se adentra aos aspectos das irregularidades que exaustivamente questionadas e se mostraram inviabilizadoras de proporcionar aos responsabilizados o pleno exercício ao contraditório e ampla defesa.

3.3.1 Despesa irregular com abastecimento de veículo.

Critérios: Cláusula 2.1.2, alínea “b” e 9.1, alínea “b” todas do Convênio 5/2009.

Foram responsabilizados Antônio Rômulo Zagotto e Claudia Aguiar Almeida, Diretores Executivos da APAC no período.

Nestes autos, em diversas ocasiões houve manifestação técnica quanto a necessidade de demonstrar, evidenciar, comprovar os indícios de irregularidades descritos na tomada de contas especial.

Em sede de informação complementar a própria comissão de TCE informou que para comprovação seria um “trabalho hercúleo” e de difícil execução.

Na última intervenção, a manifestação técnica 1419/2020 solicita as comprovações. Em resposta, o jurisdicionado pondera ter realizado novo levantamento, apontando outros valores, com inclusão de novas placas. No entanto, em nada contribuiu, pois que juntou diversas notas fiscais, muitas ilegíveis, incluindo e relacionando veículos reconhecidamente pertencente a APAC, ou seja, entidade conveniente.

As notas fiscais não são esclarecedoras e não há individualização, por placa, que seja. Isto significa que a ampla defesa resta prejudicada e, que, o achado não foi comprovado.

A ausência de comprovação efetiva do dano, muitas vezes tratada como dano presumido, é rotineiramente afastada nesta Corte de Contas, cita-se acórdão TC 122/2019 – Plenário, onde remete a outros posicionamentos da Corte, incluindo entendimento do STJ, transcrito abaixo:

“Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8.429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido" (REsp 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1/3/11).

Dito isto, já afastado o achado, já que, inclusive, ausente de comprovação do dano, é necessário que se reflita sobre a despesa e as alegações dos defendentes. De fato, como alegado pelos defendentes, não houve no pacto firmado entre as partes que o veículo a ser utilizado seria da associação, mas sim que os recursos somente poderiam ser utilizados na execução do objetivo do convênio. Também é verdadeiro que aquela associação trabalha com serviços de voluntários, isto está informado no Projeto Básico que compõe fase anterior a assinatura do convênio 005/2009, bem como, neste instrumento, em sua cláusula 2.1.2, “n”.

Entre veículos abastecidos tem-se aqueles pertencentes ao IDAF (ou seja, do próprio Estado) e da Pastoral do Ecologia da Diocese de Cachoeiro de Itapemirim (voluntário) que estava à disposição da APAC. Também se afirma o equívoco na digitação de placa de veículo, fato que, caso houvesse as evidências documentais seria de fácil percepção, uma vez que a troca foi com a sprinter da APAC, portanto, abastecimento de Diesel.

A discussão a ser travada nos autos não parece suficiente em razão de abastecimento a particular ou do conveniente. O foco principal, ou seja, o interesse público não está no abastecimento, mas sim, na motivação para sua utilização. Esclarecendo e utilizando-se de hipótese exemplificativa, mas possível.

O convênio firmado SEJUS x APAC, refere-se a uma espécie de “gerenciamento” de unidade prisional, localizada em zona rural, onde se encontram detentos em regime fechado, semiaberto e aberto. Há trabalhos voluntários e estes, eventualmente estão em seus veículos no local (fora de perímetro urbano). Por uma razão qualquer os veículos da associação estão em uso e um detento necessita ir a um médico para revisão de um procedimento. Abastecer um veículo do órgão e transportar o detento ao médico não há inconsistência, porém, na visão da TCE, caso utilizado em veículo particular essa natureza se altera.

Esta não é a verdade absoluta, não está expresso nos termos do convênio, e com os novos moldes da legislação (alteração de convênios para termos de parceria – Lei 13.019/2014), a medida passa a ser metas e seus cumprimentos.

As técnicas de auditoria, permitem que a fiscalização tenha um alcance muito maior, especialmente circularização, confirmação com terceiros e entrevista. No caso do exemplo acima, a motivação de abastecimento deve ser avaliada. Abastecido veículo particular para ir ao médico, confirma-se com proprietário do veículo, com o detento, com o consultório médico, entre outros. Da mesma forma se abastecimento é em veículo do órgão, necessário conhecer sua utilização e o interesse público, se assim não se fizer corre-se o risco de utilização de combustível em veículo do órgão que ao final da semana servirá para passeio nos balneários do sul capixaba, ou quiçá da região dos lagos,

A apuração necessita ir além, sempre. Uma coisa seria a irregularidade formal em descumprir uma cláusula, outra seria, utilizar recursos do erário em despesas sem interesse público e lesivas ao patrimônio do Ente.

Pelas razões acima, **não se comprovando o achado, este deve ser afastado**. E mais, ainda que houvesse documentos evidenciando os abastecimentos realizados, haveria de ser discutido o tema proposto em reflexão acima, originado em questionamento dos defendentes.

3.3.2 - Extrapolação do limite da rubrica.

Crítérios: Cláusula 9.1, alíneas “h”, “i” e “j”, do convênio 5/2009.

Os respectivos Diretores Executivos da APAC, em seus respectivos períodos de mandato, Antônio Rômulo Zagotto e Claudia Aguiar Almeida foram responsabilizados neste subitem.

Neste subitem, de acordo com a unidade técnica, registra-se que em nenhum momento restou caracterizado e registrado qualquer serviço ou compras efetuadas por valores superfaturados ou que não tenham sido entregues. A questão envolvendo rubricas no convênio, tratou-se de controle entre as partes, internamente, nada tem a ver com questões orçamentárias da Secretaria Estadual, pois esta empenhou e repassou todos os recursos dentro do elemento de despesa “Outros Serviços de Pessoas Jurídicas”. Há irregularidades que são formais, uma infringência a regras postas e, outras, aquelas que ocasionam danos ao erário. Todas as rubricas postas no convênio, evidentemente possuem interesse público. Entende-se que, se fosse entendimento de apuração bimestral, ainda assim, gasto além da rubrica trataria de uma irregularidade formal, pois exigir ressarcimento de uma despesa com interesse público, necessária, já que estabelecida no convênio, que foi executada dentro dos preços reais, em benefício do Estado, teria o condão de atrair o “enriquecimento sem causa” da administração.

2.2 – INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES CONFORME ITC 4616/2018, COM AJUSTES DE RESPONSABILIZAÇÃO;

A irregularidade que se tratará na sequência não faz parte da contestação de inviabilidade de ampla defesa efetuada pelos responsabilizados, de forma que se mantem como posto na conclusiva original.

Por outro lado, levando em conta o entendimento desta Corte de Contas e a conclusão em responsabilizar a Diretora Executiva e a Entidade Conveniente não se

encontram em compassos, extrai-se o responsabilizado na posição de Diretor, mantendo a irregularidade somente a pessoa jurídica Associação de Proteção e Assistência a Condenados – APAC.

Utilização Indevida de Verba de Convênio c/c Transferência Irregular de Recursos Públicos a Entidades Privadas.

Critérios: Decreto Estadual n 1.242/2003, Portaria AGE/SEFAZ 01-R/2006.

Responsáveis:

a) Eugênio Coutinho Ricas (Secretário de Estado da Justiça)

Conduta: Assinar convênio com entidade inadimplente com as exigências legais.

Nexo: Ao assinar o convênio, o Secretário não tomou as cautelas exigidas legalmente, contratando entidade que já havia causado dano ao erário e acabou por causar novamente.

Culpabilidade: era exigível conduta diversa, pois cabe ao gestor contratar pessoas físicas ou jurídicas aptas a desenvolver a atividade almejada pela Administração Pública.

b) Ailton Xavier (Subsecretário de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos)

Conduta: Autorizar repasse de recurso à entidade conveniada com prestação de contas não aprovada.

Nexo: Ao autorizar o repasse de recurso e não tomar as medidas legais cabíveis concorreu para o dano ao erário.

Culpabilidade: era exigível conduta diversa, haja vista que a lei (artigo 30 da PORTARIA AGE / SEFAZ Nº 01 - R/2006 e artigo 6º do DECRETO Nº 1.242-R, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2003) determina que, em caso de dano ao erário, deve ser suspenso imediatamente o repasses de recursos e, caso não seja sanada a irregularidade instaurada Tomada de Contas Especial.

c) Isabela Finamore Ferraz (Subsecretária de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos)

Conduta: Autorizar repasse de recurso à entidade conveniada com a prestação de contas não aprovada.

Nexo: Ao autorizar o repasse de recurso e não tomar as medidas legais cabíveis concorreu para o dano ao erário.

Culpabilidade: era exigível conduta diversa, haja vista que a lei (artigo 30 da PORTARIA AGE / SEFAZ Nº 01 - R/2006 e artigo 6º do DECRETO Nº 1.242-R, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2003) determina que, em caso de dano ao erário, deve ser suspenso imediatamente o repasses de recursos e, caso não seja sanada a irregularidade instaurada Tomada de Contas Especial.

d) Michele Gasparine de Miranda (Fiscal do Convênio 22/2014)

Conduta: Atestar a boa execução do objeto do convênio por parte da conveniente sendo que os relatórios técnicos apontaram o contrário.

Nexo: Ao atestar a boa execução do objeto do convênio por parte da conveniente contribuiu para o dano ao erário.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa da fiscal do contrato, de modo que deveria ter recorrido aos servidores componentes da equipe de fiscalização com especialização específica para subsidiar seu parecer.

e) Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC
(entidade conveniente)

Conduta: Utilizar de forma indevida, até mesmo proibida expressamente pelo contrato, recursos públicos.

Nexo: Ao empregar de forma incorreta recursos públicos, acabou por gerar um dano ao erário.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa, pois cabe a quem recebe e gerencia recursos públicos maior zelo e diligência para com eles.

f) Claudia Aguiar Almeida (Diretora da APAC)

Conduta: Utilizar de forma indevida, até mesmo proibida expressamente pelo contrato, recursos públicos.

Nexo: Ao empregar de forma incorreta recursos públicos, acabou por gerar um dano ao erário.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa, pois cabe a quem recebe e gerencia recursos públicos maior zelo e diligência para com eles.

Inicialmente, cabe destacar, conforme demonstrado na defesa do Sr. **Eugênio Coutinho Ricas**, Secretário de Estado da Justiça, que **no momento da celebração do Convênio 22/2014, em 30 de maio de 2014, bem como da assinatura de seu 1º Termo Aditivo, em 31 de julho de 2014, ainda não eram de conhecimento dos gestores da Secretaria de Estado da Justiça–SEJUS as irregularidades perpetradas no Convênio 05/2009 pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, entidade convenente, de modo que, na ocasião, não havia qualquer óbice à celebração do Convênio 22/2014.**

Com efeito, o § 4º do art. 31 da Portaria AGE/SEFAZ nº 01-R/2006 preceitua que o prazo para apresentação da Prestação de Contas Final de convênio é de 60 dias após o término da sua vigência. Além disso, o § 5º do art. 34 da Portaria AGE/SEFAZ nº 01-R/2006 estipula que, caso esta não seja apresentada no prazo, deverá ainda ser concedido mais 30 (trinta) dias para a sua apresentação, ao passo que o art. 34, caput dispõe que, a partir do recebimento da Prestação de Contas Final, o órgão concedente terá mais 60 (sessenta) dias para pronunciar-se sobre a sua aprovação. Transcreve-se os citados dispositivos regulamentares a seguir:

SEÇÃO II

DA PRESTAÇÃO DE CONTAS FINAL

Art. 31 – § 4º A prestação de contas final será apresentada ao concedente até sessenta dias após o término da vigência do convênio, definida conforme disposto no inciso III do art. 8º desta Portaria.

[...]

Art. 34 – A partir da data do recebimento da prestação de contas final, o ordenador de despesa da unidade concedente, com base nos documentos referidos no art. 31 e à vista do pronunciamento da unidade técnica responsável pelo programa do órgão ou entidade concedente, terá o prazo de 60 (sessenta) dias para pronunciar-se sobre a aprovação ou não da prestação de contas apresentada, sendo 45 (quarenta e cinco) dias para o pronunciamento da referida unidade técnica e 15 (quinze) dias para o pronunciamento do ordenador de despesa.

[...]

§ 5º Quando a prestação de contas não for encaminhada no prazo convencionado, o concedente concederá o prazo máximo de 30 (trinta) dias

para sua apresentação, ou recolhimento dos recursos, incluídos os rendimentos da aplicação no mercado financeiro, acrescidos de juros e correção monetária, na forma da lei, comunicando o fato à AGE.

Dessa forma, tendo em vista que **o término da vigência do Convênio 05/2009 ocorreu em 30 de maio de 2014**, o prazo máximo para apresentação da **Prestação de Contas Final** pela **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade convenente, **expiraria apenas em 28 de agosto de 2014**. No entanto, a prestação de contas final **somente foi efetivamente apresentada pela APAC no dia 14 de novembro de 2014**, por meio do Ofício nº 546/2014/APAC/SEJUS (processo nº 68448201).

Além do mais, ressalta-se que **apenas 02 (dois) meses após assumir o cargo** de Secretário de Estado da Justiça, o Sr. **Eugênio Coutinho Ricas**, solicitou, à **Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT**, a realização de auditoria no **Convênio 05/2009**, por meio do **Despacho 1.062/2014** (Processo Administrativo nº 51481758), no dia **13 de março de 2014**, ou seja, ainda antes do **término da vigência do Convênio 05/2009**, com a finalidade de **avaliar a execução** de seu objeto, em especial quanto aos **aspectos financeiros e econômicos** dos repasses realizados. Contudo, o **Relatório Preliminar de Auditoria nº 012/2014**, somente foi concluído em **10 de dezembro de 2014**, ao passo que **somente foi encaminhado à SEJUS em 22 de dezembro de 2014**, por meio do **OF/Nº 219/GAB/SECONT**.

Portanto, verifica-se que, **no momento da celebração do Convênio 22/2014**, em **30 de maio de 2014**, e da assinatura de seu **1º Termo Aditivo**, em **31 de julho de 2014**, os **gestores da Secretaria de Estado da Justiça–SEJUS** ainda não tinham **informações consistentes sobre as irregularidades perpetradas no Convênio 05/2009**. Assim, da mesma forma que os **gestores não foram relacionados pela ITI 1207/2017 como responsáveis** pelas irregularidades verificadas no **Convênio 05/2009**, também não podem ser responsabilizados pelas irregularidades verificadas no **Convênio 22/2014**, pois no momento de celebração deste e de seu **1º Termo Aditivo** ainda não tinham conhecimento das irregularidades existentes

no **Convênio 05/2009**, não havendo impedimento legal, na ocasião, para firmar o **Convênio 22/2014**.

Por oportuno, cumpre ainda registrar que, no momento em que os gestores tiveram algum indício da utilização irregular de recursos públicos pela **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, como na ocasião em que tal entidade solicitou autorização para utilizar repasses relativos ao **Convênio 22/2014** para cobrir despesas em aberto referentes ao **Convênio 05/2009**, os gestores da **Secretaria de Estado da Justiça–SEJUS**, além de negarem tal solicitação, ainda tomaram medida de proteção ao erário consistente na **redução do repasse de recursos públicos** para atender apenas a **despesas de subsistência** do projeto.

Evidentemente, não seria razoável exigir dos gestores da **SEJUS** a suspensão imediata dos repasses de recursos públicos e a desmobilização instantânea da estrutura administrativa, existente em torno do **Convênio 22/2014**, ao sinal de qualquer suspeita de irregularidade na utilização de recursos públicos pela entidade convenente, principalmente, no caso em tela, em que o projeto tinha estreita relação com a concretização dos direitos humanos da população carcerária e a superação da degradação do sistema carcerário constituía necessidade premente do Estado do Espírito Santo.

Ante o exposto, sugere-se que seja **afastada a responsabilidade** do Sr. **Eugênio Coutinho Ricas**, Secretário de Estado da Justiça, da Sr^a. **Michele Gasparine de Miranda**, Fiscal do Convênio 22/2014, da Sr^a. **Isabela Finamore Ferraz**, Subsecretária de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos, e do Sr. **Ailton Xavier**, Subsecretário de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos, com relação às irregularidades dispostas no **tópico 3.2.1 desta ITC**.

Passamos a analisar agora os argumentos apresentados pela defesa da Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora da APAC, e pela **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade convenente:

A) Despesas com a Folha de Pagamento do Convênio Anterior.

Inicialmente, cabe destacar que a **utilização de recursos públicos repassados** por meio do **Convênio 22/2014** para o **pagamento de despesas anteriores** à sua vigência **é terminantemente proibida** pela **Cláusula Sétima, item 7.1, alínea "c"**, do referido convênio, *in verbis*:

Cláusula Sétima – Das Proibições:

7.1 Fica expressamente vedado a utilização dos recursos transferidos pelo CONCEDENTE sob pena de anuidade do ato e responsabilidade do agente ou representante do CONVENENTE, **para:**

[...]

c) **realização de despesa em data anterior ou posterior a sua vigência;**

Nessa esteira, registra-se que, **mesmo dentro de um único convênio, não é permitida a utilização de recursos de uma parcela posterior para cobrir despesas referentes a parcelas anteriores. Cada parcela deve ser utilizada para cobrir as despesas relativas ao respectivo período (bimestre)**, conforme a **prévia programação estipulada no plano de trabalho** do convênio.

Nesse sentido, a **Lei 8.666/93** dispõe, em seu **art. 116, § 3º**, que as **parcelas serão repassadas para aplicação de acordo com o plano de trabalho aprovado**, isto é, **com o objetivo de atender às despesas previstas para cada etapa ou período**, bem como que **a liberação de parcelas posteriores deverá ficar retida** enquanto **não houver comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida** pela entidade convenente. Transcreve-se a seguir o citado dispositivo legal:

Art. 116. § 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas **ficarão retidas** até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I – **quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida**, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas

atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas convencionais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

Com efeito, **se é vedada**, pelo nosso ordenamento jurídico, a utilização de **verba de uma parcela posterior para cobrir despesas referentes a parcelas anteriores dentro de um mesmo convênio**, com muito **mais razão (a fortiori)** deve ser **vedada** a utilização de **verba de um convênio posterior para cobrir despesas de outro convênio anterior**.

Dessa forma, ainda que concordássemos com a tese duvidosa apresentada pela defesa de que o Convênio 22/2014 seria continuação do Convênio 05/2009, devendo ambos funcionarem como um único convênio, **mesmo assim não seria permitida a utilização de recursos oriundos de parcelas posteriores para cobrir despesas (verbas trabalhistas) vinculadas a parcelas anteriores, já repassadas**. Isto caracterizaria a **violação do plano de trabalho**, previamente ajustado e aprovado, **por parte da convenente**.

Em síntese, **todos os repasses de recursos públicos são planejados no montante necessário para cobrir despesas previamente programadas e especificadas** no plano de trabalho. Desse modo, os **recursos públicos transferidos** ao longo da vigência do **Convênio 05/2009** deveriam ter sido **suficientes para cobrir as despesas suportadas** durante a sua execução.

Caso houvesse surgido alguma **despesa superveniente ou extraordinária**, de **necessidade inadiável**, a **convenente** deveria ter comunicado ao **órgão concedente** para, de comum acordo, **promoverem a alteração do plano de trabalho**. No entanto, considerando-se que não há qualquer registro documental nos autos de que isso tenha ocorrido, deduz-se que **a utilização de recursos públicos do Convênio 22/2014 para cobrir despesas trabalhistas relativas ao Convênio 05/2009 foi realizada para cobrir dano ao erário**, em decorrência da **má aplicação dos recursos públicos** vinculados ao **Convênio 05/2009**.

Não bastasse isso, a **servidora Luciana Costa Zani**, Analista de Suporte Socioeducativo, ao exarar o **Despacho** que examinou a resposta da **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC** ao **Relatório de Prestação de Contas Final** (fls. 6017/6019 do Processo Administrativo nº 68952341 da SEJUS – Evento 82 do Processo TC 10.586/2015), **informa que a Procuradoria Geral do Estado – PGE**, por meio do **Despacho PGE/PCA N° 00868/2015**, **concluiu pela impossibilidade de pagamento por indenização à APAC para cobrir as despesas em aberto do Convênio 05/2009**, o que foi comunicado pela SEJUS à APAC, através do **OFÍCIO/SEJUS/GS/N° 1.593/2015** e do **OFÍCIO/SEJUS/GS/N° 1.594/2015**. No entanto, mesmo ciente do indeferimento de sua pretensão, a **APAC utilizou recursos públicos referentes ao Convênio 22/2014 para cobrir despesas em aberto com folha de pagamento, relativas ao Convênio 05/2009**.

Ainda no mesmo **Despacho**, a **servidora Luciana Costa Zani**, Analista de Suporte Socioeducativo, **informa que, ao se verificar na folha de pagamento o salário pago aos empregados pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, constatou-se que este era inferior aos valores repassados pela **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS** para tal finalidade no âmbito do **Convênio 05/2009**, de modo que o custo da mão de obra constante na planilha, apresentada pela **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, estava superestimado em relação ao valor realmente praticado pela entidade convenente. Assim, considerando-se os repasses a maior realizados pela **SEJUS**, haveria menos razão para existir despesas com folha de pagamento em aberto, relativas ao **Convênio 05/2009**.

Ante o exposto, sugere-se que **não seja acolhida** a defesa apresentada neste item “A” pela Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora Executiva da APAC, e pela **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade convenente, bem como a **condenação solidária** de ambas à restituição ao Erário Municipal da quantia equivalente a **21.195,57** (vinte e um mil, cento e noventa e cinco inteiros e cinquenta e sete centésimos) **VRTEs**.

B) Pagamento de despesa em atraso, gerando multa e juros, e dos comprovantes ilegíveis e rasurados.

A Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora da APAC, e a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, alegam que os repasses de recursos públicos pela **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS** não aconteceram nas datas estabelecidas no cronograma do Plano de Trabalho, integrante do Convênio 22/2014, tendo anexado à sua defesa um demonstrativo com a data dos repasses e o respectivo bimestre a que se referia (fl. 83 do arquivo “Outro 6697-2017-8” do Processo TC 10.586/2015).

De fato, as datas dos depósitos dos valores relativos aos repasses pela **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS** não correspondiam, na maioria das vezes, àquelas datas previstas no cronograma de repasses, previsto no Plano de Trabalho do Convênio 22/2014. Somente a transferência das parcelas referentes ao 5º e 7º bimestres do Convênio 22/2014 aconteceram dentro do prazo acordado, sendo que todas as outras ocorreram fora do prazo ou não ocorreram.

Dessa forma, verifica-se que não foi a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, que deu causa à incidência de multa e juros, decorrentes do atraso no pagamento de despesas oriundas do Convênio 22/2014, mas sim a própria **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS**.

Quanto aos comprovantes de despesas ilegíveis e rasurados, não encontramos qualquer referência a tais comprovantes no Relatório de Tomada de Contas Especial (fls. 178/188 do arquivo “Peça Complementar 12071-2018-9” do Processo TC 10.586/2015). Por sua vez, a ITI 843/2016 não relacionou quais seriam estes comprovantes e em que consistiriam as rasuras, dentre outras inconsistências. Dessa forma, entendemos que não há elementos nos autos capazes de formar um juízo de convicção acerca da ocorrência de dano ao erário.

Ante o exposto, sugere-se que seja acolhida a defesa apresentada neste item “B” pela Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora Executiva da APAC, e pela **Associação**

de **Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, bem como que seja **afastada** a irregularidade **quanto a este item**.

C) Valores pagos de forma indevida aos funcionários.

Neste item é relatado que, na execução do **Convênio 22/2014**, “foram pagos aos funcionários indevidamente valores referentes às férias”, sem que houvesse sido completado o período aquisitivo ao direito a férias. Por sua vez, a Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora da APAC, e a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, alegam a **tese da continuidade** entre o **Convênio 22/2014** e o **Convênio 05/2009**, bem como que alguns funcionários “alcançaram o período aquisitivo de férias que iniciou-se no final do convenio 005/2009 antes do término do primeiro ano do convenio 022/2014”.

Contudo, suas alegações **não merecem prosperar**. As defendentes **não demonstraram, em nenhum momento, o período aquisitivo e concessivo das férias dos empregados**, cujos pagamentos foram impugnados. **Apenas alegaram os empregados terem completado o período aquisitivo das férias usufruídas, sem comprovar o fato**.

Ante o exposto, sugere-se que **não seja acolhida** a defesa apresentada **neste item “C”** pela Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora Executiva da APAC, e pela **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, bem como a **condenação solidária** de ambas à restituição ao Erário Municipal da quantia equivalente a **12.401,76** (doze mil, quatrocentos e um inteiros e setenta e seis centésimos) **VRTE**.

D) Gastos com abastecimentos de veículos sem comprovação da origem dos carros.

Neste item é relatado que, durante a execução do **Convênio 22/2014**, a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, teria realizado “abastecimentos em veículos cujas placas, indicadas nas notas fiscais, não corresponderiam a carros adquiridos pelo convênio para utilização

nas atividades finalísticas da convenente”, bem como que tais veículos “estavam registrados em nome de ANTONIO EXPEDITO COUTINHO e do INSTITUTO DE DEFESA AROPECUÁRIA E FLORESTAL DO ESPIRITO SANTO–IDAF”, segundo consulta ao DETRAN–ES.

Por sua vez, a Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora da APAC, e a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade convenente, alegam que a **APAC tem a propriedade do veículo MICROÔNIBUS MERCEDES BENZ modelo SPRINTER 515-C Diesel, de placa OYK 8544**, o que foi **comprovado** pela documentação do DETRAN/ES e pela Nota fiscal nº 14.891, emitida pela Vitória Diesel em 22 de agosto de 2014, anexadas à defesa nos autos do Processo 10.586/2015 (fls. 81/82 do arquivo “Outro 6697-2017-8”), de modo que **teria havido um mero equívoco quanto ao último número da placa do veículo inserida na nota fiscal de abastecimento**, constando a **placa OYK 8541** que corresponderia a veículo em nome de Antônio Expedito Coutinho.

Além disso, alegam que o **veículo FIAT UNO de placa MTL 0643 havia sido cedido à APAC pela PASTORAL DA ECOLOGIA DA DIOCESE DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM para utilização no projeto de ressocialização dos recuperandos do Método APAC**, conforme **comprova** o Ofício de devolução do veículo à DIOCESE DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM/ES, anexado à defesa nos autos do Processo 10.586/2015 (fl. 84 do arquivo “Outro 6697-2017-8”).

Entendemos que **procedem as alegações** das defendentes **por se mostrarem razoáveis e verossímeis diante das provas apresentadas**, as quais denotam realmente ter havido um equívoco quanto ao número da placa do primeiro veículo inserido na nota fiscal de abastecimento, bem como, quanto ao segundo veículo, realmente ter sido utilizado nas atividades da entidade convenente.

Ante o exposto, sugere-se que **seja acolhida** a defesa apresentada **neste item “D”** pela Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora Executiva da APAC, e pela **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade convenente, bem como que seja **afastada** a irregularidade **quanto a este item**.

E) Dos Valores do repasse não utilizados.

Neste item é relatado que, com a rescisão unilateral do **Convênio 22/2014** pela **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS**, a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade convenente, **deveria ter promovido a restituição ao órgão concedente dos recursos públicos repassados que não foram utilizados, atualizados monetariamente e acrescidos de juros legais, o que não foi realizado.**

Por sua vez, a Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora da APAC, e a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade convenente, alegam que **não efetuaram a devolução do saldo remanescente nas contas bancárias vinculadas à execução do Convênio 22/2014**, administradas pela entidade convenente, quando de sua rescisão unilateral, porque **todo o numerário que existia nas Contas da APAC havia sido “BLOQUEADO PELO JUIZ DA 2ª VARA DO TRABALHO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**, conforme se observa no bojo do processo **RT 0001707-74.2015.5.17.0132**”, bem como porque **“27 (vinte e sete) funcionários ingressaram em Juízo, a fim de terem garantidos os seus direitos Trabalhistas”**. Desse modo, em conclusão, alegam que **não teriam agido “com culpa ou com dolo para que tal fato ocorresse**, uma vez que todo o montante estava bloqueado à disposição dos funcionários da APAC”.

Contudo, as alegações das defendentes **não merecem prosperar**. Com efeito, **todos os repasses de recursos públicos são planejados no montante necessário para cobrir despesas previamente programadas e especificadas** no plano de trabalho. Desse modo, os **recursos públicos transferidos** ao longo da vigência do **Convênio 22/2014** **deveriam ter sido suficientes para cobrir as despesas suportadas** durante a sua execução.

Caso a entidade convenente **não tenha adimplido suas obrigações trabalhistas**, **a despeito dos recursos públicos repassados para esta finalidade**, fica configurado que **deu causa, por meio de atuação culposa, ao ajuizamento de ações trabalhistas** por seus empregados e, por consequência, **à execução judicial incidente sobre o saldo remanescente nas contas bancárias** vinculadas ao

Convênio 22/2014, gerando dano ao erário que não pode ser transferido ao Poder Público, por força do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93.

Ante o exposto, sugere-se que **não seja acolhida** a defesa apresentada **neste item “E”** pela Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora Executiva da APAC, e pela **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, bem como a **condenação solidária** de ambas à restituição ao Erário Municipal da quantia equivalente a **110.363,17** (cento e dez mil, trezentos e sessenta e três inteiros e dezessete centésimos) **VRTE**.

F) Materiais de uso permanente adquiridos na execução do convênio.

Neste item é relatado que, com o término da vigência do **Convênio 22/2014**, após sua a rescisão unilateral pela **Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS**, a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, **deveria ter promovido a restituição ao órgão concedente dos bens de consumo duráveis, adquiridos com os recursos públicos repassados, o que não foi realizado.**

Por sua vez, a Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora da APAC, e a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, alegam que “OS VEÍCULOS – bens de maior valor –, FORAM APREENDIDOS POR DECISÃO JUDICIAL, conforme RT nº 0001817-73.2015.5.17.0132, em que figura como Reclamante o Sr. Thiago Ola”, bem como que já teriam sido “devidamente devolvidos e transferidos ao Estado do Espírito Santo” o veículo GOL 1.0 12/13 – Placa ODN 2075, veículo GOL 1.0 14/15 – Placa PPB 4021 e veículo KOMBI 09/09 – Placa MSR 6418, “conforme Procuração Pública outorgada pela APAC ao Estado do Espírito Santo”, ao passo que “o veículo SPRINTER – Mercedes Bens – Placa OYK 8544 [...] continuou em garantia, tendo, o MM. Juiz, autorizado a sua venda em favor dos Reclamantes – ex funcionários da APAC, conforme Despacho exarado no mesmo processo em que figura como Reclamante o Sr. Thiago Ola”. Além disso, alegam que “o Nobreak 150 L 2.1 estava em manutenção”, já se encontrando em poder das defendentes e à disposição do órgão concedente – SEJUS, ao passo que o “Conjunto Evaporador/ Condensador de Ar 12.000 BTU's, Esperilhadeira,

Notebook Core I3, Bebedouro de Pressão Tipo Torre e o Violão” teriam sido extraviados ou furtados.

Contudo, as alegações das defendentes **não merecem prosperar**.

Quanto ao veículo SPRINTER – Mercedes Bens, de Placa OYK 8544, que foi **executado judicialmente para garantir o pagamento de verbas trabalhistas** a empregados da entidade conveniente, a **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, ao não adimplir suas obrigações trabalhistas, a **despeito dos recursos públicos repassados para esta finalidade**, evidentemente **deu causa, por meio de atuação culposa, ao ajuizamento de ações trabalhistas** por seus empregados e, por consequência, **à execução judicial incidente sobre o referido veículo**, adquirido com recursos públicos repassados, **gerando dano ao erário que não pode ser transferido ao Poder Público**, por força do **art. 71, § 1º da Lei 8.666/93**.

Quanto aos veículos GOL 1.0 12/13 – Placa ODN 2075, GOL 1.0 14/15 – Placa PPB 4021 e KOMBI 09/09 – Placa MSR 6418, que supostamente foram devolvidos ao órgão concedente – SEJUS, por meio de “Procuração Pública outorgada pela APAC ao Estado do Espírito Santo”, cabe registrar que **não consta em tal Procuração Pública**, anexada à defesa nos autos do Processo 10.586/2015 (fls. 71/72 do arquivo “Outro 6697-2017-8”), **que ela teria sido recebida por servidor público competente da Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS**. Não bastasse isso, ressalta-se que **não há qualquer recibo, devidamente assinado por servidor público competente da SEJUS, atestando a efetiva devolução dos referidos veículos** pela entidade conveniente, **tampouco há qualquer documentação do DETRAN/ES que comprove a transferência da propriedade destes veículos** para o Estado do Espírito Santo. Logo, entendemos que **não restou comprovada a devolução de tais veículos** por parte da **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**.

Quanto ao Nobreak 150 L 2.1, as defendentes **assumem a ausência de sua devolução**. Por sua vez, quanto ao Conjunto Evaporador/ Condensador de Ar 12.000 BTU's, Esmerilhadeira, Notebook Core I3, Bebedouro de Pressão Tipo Torre

e Violão, as defendentes **não apresentaram boletim de ocorrência ou qualquer outra documentação**, em anexo à defesa nos autos do Processo 10.586/2015 (arquivo “Outro 6697-2017-8”), **capaz de comprovar o evento delituoso em que tais equipamentos teriam sido extraviados ou furtados**, conforme alegado, de modo a afastar a responsabilidade pela ausência de devolução destes equipamentos.

Ante o exposto, sugere-se que **não seja acolhida** a defesa apresentada **neste item “F”** pela Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora Executiva da APAC, e pela **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, bem como a **condenação solidária** de ambas à restituição ao Erário Municipal da quantia equivalente a **111.724,83** (cento e onze mil, setecentos e vinte e quatro inteiros e oitenta e três centésimos) **VRTE**.

Dessa forma, **subsiste o seguinte dano ao erário** apontado na **ITI 843/2016**, com os respectivos responsáveis:

DANO APURADO PELA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL EM VRTE

Despesa com folha de pagamento do convênio anterior: 21.195,57	
Responsáveis solidários:	
Claudia Aguiar Almeida	21.195,57
Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC	

Valores pagos de forma indevida aos funcionários – 12.401,76:	
Responsáveis solidários:	
Claudia Aguiar Almeida	12.401,76
Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC	

Valores repassados e não utilizados – 110.363,17	
Responsáveis solidários:	
Claudia Aguiar Almeida	110.363,17
Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC	

Materiais de uso permanente adquiridos na execução do convênio – 111.724,83	
Responsáveis solidários:	
Claudia Aguiar Almeida	111.724,83
Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC	

Ante o exposto, entendeu-se, em um primeiro momento, pela **manutenção** da irregularidade disposta no **tópico 3.4.1 da ITC 5170/2020-3** com relação à Sr^a. **Claudia Aguiar Almeida**, Diretora Executiva da APAC, e à **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC**, entidade conveniente, bem como a **condenação solidária** de ambas à restituição ao Erário Municipal da quantia equivalente a **255.685,33** (duzentos e cinquenta e cinco mil, seiscentos e oitenta e cinco inteiros e trinta e três centésimos) **VRTE**. Por outro lado, entende-se que seja **afastada** a irregularidade em relação ao Sr. **Eugênio Coutinho Ricas**, Secretário de Estado da Justiça, ao Sr. **Ailton Xavier**, Subsecretário de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos, à Sr^a. **Isabela Finamore Ferraz**, Subsecretária de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos, e à Sr^a. **Michele Gasparine de Miranda**, Fiscal do Convênio 22/2014.

Em consequência da aplicabilidade do entendimento do TCEES, conforme Decisão TC 756/2020 – Plenário, a condenação proposta se restringe a

Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, APAC, pessoa jurídica convenente.

Pois bem.

Como aqui já relatado, pautados os autos na 4ª Sessão Ordinária do Plenário em 09/02/2021, foi realizada sustentação oral e consequente juntada de notas taquigráficas (evento 214).

Assim, seguiram os autos novamente para o Núcleo de Controle Externo e Outras Fiscalizações, onde foi elaborada a Manifestação Técnica de Defesa Oral 0027/2021-3.

Quadra destacar que a sustentação oral buscou combater as irregularidades em que foi sugerida (área técnica e MPC) a manutenção, após reavaliações.

A irregularidade em questão (subitem 3.2.1), foi parcialmente mantida, já que a mesma, embora sob única manchete, se repartia em razão de sua natureza. Assim, restou:

3.2.1 – Utilização Indevida de Verba de Convênio c/c Transferência Irregular de Recursos Públicos a Entidades Privadas.

A) Despesas com a Folha de Pagamento do Convênio Anterior.

C) Valores pagos de forma indevida aos funcionários.

E) Dos Valores do repasse não utilizados.

F) Materiais de uso permanente adquiridos na execução do convênio.

Com relação a irregularidade 3.2.1 – Utilização Indevida de Verba de Convênio c/c Transferência Irregular de Recursos Públicos a Entidades Privadas, **letra F, Materiais de uso permanente adquiridos na execução do convênio**, houve apresentação de documento, comprovando transferência de alguns bens. Os demais, não se verificou elementos para reabrir discussão “argumentativa” junto à área técnica.

Em síntese, neste subitem constou da Tomada de Contas Especial e na Instrução Técnica Inicial, que com o término da vigência do Convênio 22/2014, após sua rescisão, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, entidade convenente, por força dos termos convenientes deveria ter promovido a restituição ao órgão concedente dos bens de consumo duráveis, adquiridos com os recursos públicos repassados, o que não foi realizado.

De outro lado, argumentações de defesa alegam que bens de maior valor (veículos) foram apreendidos por Decisão Judicial, mas que estes já teriam sido “devidamente devolvidos e transferidos ao Estado do Espírito Santo” (GOL 1.0 12/13 – Placa ODN 2075, GOL 1.0 14/15 – Placa PPB 4021 e KOMBI 09/09 – Placa MSR 6418), informando procuração pública outorgada pela APAC ao Estado do Espírito Santo.

Alegou-se ainda, que o Nobreak 150 L 2.1 que antes estava em manutenção, já se encontraria em poder da Entidade e à disposição do órgão concedente (SEJUS), ao passo que o Conjunto Evaporador/Condensador de Ar 12.000 BTU's, Esmerilhadeira, Notebook Core I3, Bebedouro de Pressão Tipo Torre e o Violão teriam sido extraviados ou furtados.

As alegações de defesa não prosperaram na análise conclusiva, sob avaliação de que:

“Quanto ao veículo SPRINTER – Mercedes Bens, de Placa OYK 8544, que foi executado judicialmente para garantir o pagamento de verbas trabalhistas a empregados da entidade convenente, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, ao não adimplir suas obrigações trabalhistas, a despeito dos recursos públicos repassados para esta finalidade, evidentemente deu causa, por meio de atuação culposa, ao ajuizamento de ações trabalhistas por seus empregados e, por consequência, à execução judicial incidente sobre o referido veículo, adquirido com recursos públicos repassados, gerando dano ao erário que não pode ser transferido ao Poder Público, por força do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93.

Quanto aos veículos GOL 1.0 12/13 – Placa ODN 2075, GOL 1.0 14/15 – Placa PPB 4021 e KOMBI 09/09 – Placa MSR 6418, que supostamente foram devolvidos ao órgão concedente – SEJUS, por meio de “Procuração Pública outorgada pela APAC ao Estado do Espírito Santo”, cabe registrar que não consta em tal Procuração Pública, anexada à defesa nos autos do Processo 10.586/2015 (fls. 71/72 do arquivo “Outro 6697-2017-8”), que ela teria sido recebida por servidor público competente da Secretaria de Estado da Justiça – SEJUS. Não bastasse isso, ressalta-se que não há qualquer recibo, devidamente assinado por servidor público competente da SEJUS, atestando a efetiva devolução dos referidos veículos pela entidade convenente, tampouco há qualquer documentação do DETRAN/ES que comprove a transferência da propriedade destes veículos para o Estado do Espírito Santo. Logo, entendemos que não restou comprovada a

devolução de tais veículos por parte da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC.

Quanto ao Nobreak 150 L 2.1, as defendentes assumem a ausência de sua devolução. Por sua vez, quanto ao Conjunto Evaporador/ Condensador de Ar 12.000 BTU's, Esmerilhadeira, Notebook Core I3, Bebedouro de Pressão Tipo Torre e Violão, as defendentes não apresentaram boletim de ocorrência ou qualquer outra documentação, em anexo à defesa nos autos do Processo 10.586/2015 (arquivo “Outro 6697-2017-8”), capaz de comprovar o evento delituoso em que tais equipamentos teriam sido extraviados ou furtados, conforme alegado, de modo a afastar a responsabilidade pela ausência de devolução destes equipamentos”.

Em sede de defesa oral, foram apresentados argumentos já debatidos na Instrução Conclusiva, além de documento do DETRAN em que demonstra transferência de veículos ao Estado. A este documento, é que se pode atribuir característica de “documento novo”, nos termos da Lei Complementar 621/2012, autorizando a excepcionalmente, nesta fase processual, de intervenção e manifestação da unidade técnica nos autos.

Assim, conforme consta da Instrução Conclusiva, as alegações de defesa e ou justificativa, naquela oportunidade não foram acatadas por ausência de comprovações. Contudo, em sede de defesa oral, traz cópias de documentos do DETRAN, onde se constata que foram transferidos da APAC para a SEJUS os seguintes veículos:

KOMBI 2009/2009 – PLACA MSR 6418

GOL 2012/2013 – PLACA CDN 2075

GOL 2014/2015 – PLACA PPB 4021

Portanto, os valores relacionados a estes bens devem ser eliminados daquele sugerido na ITC para recomposição ao erário.

Acatada a exclusão posta acima, permanece a obrigatoriedade de ressarcimento dos bens ou valores correspondentes, discriminado abaixo:

BENS	VALOR VRTE
Conjunto Evaporador/ Condensador de Ar 12.000 BTU	456,86
Esmerilhadeira,	184,16

Notebook Core I3	566,65
Bebedouro de Pressão Tipo Torre	219,58
Violão	58,86
Nobreak 150 L 2.1	215,79
Veículo Sprinter – 2014/2014 - Placa OYK 8544	63.863,55
TOTAL – VRTE	65.565,43

Tendo em vista a apresentação de documentos que comprovam a transferência dos veículos KOMBI 2009/2009 (PLACA MSR 6418), GOL 2012/2013 (PLACA CDN 2075) e GOL 2014/2015 (PLACA PPB 4021), entende-se por acatar e reconhecer **parcialmente adimplido** o subitem Utilização Indevida de Verba de Convênio c/c Transferência Irregular de Recursos Públicos a Entidades Privadas **no que se refere a letra F, “Materiais de uso permanente adquiridos na execução do convênio”**, redimensionando o valor a ser restituído, na letra F do subitem 3.2.1, para o correspondente a **65.565,43 VRTE**.

Por todo exposto, a irregularidade, “*Materiais de uso permanente adquiridos na execução do convênio*”, deve **ser mantida, redimensionando** o valor (e ou bens) a ser **restituído** para o correspondente a **65.565,43 VRTE**.

Nesse mesmo sentido é o parecer 0093/2021-1 do MPEC, orientação com a qual também concorda este Relator.

Para melhor facilitar a compreensão, é preciso entender o que segue:

Das irregularidades analisadas, restaram mantidas as seguintes:

3.2.1 – Utilização Indevida de Verba de Convênio c/c Transferência Irregular de Recursos Públicos a Entidades Privadas.

- A)** Despesas com a Folha de Pagamento do Convênio Anterior.
- C)** Valores pagos de forma indevida aos funcionários.
- E)** Dos Valores do repasse não utilizados.

F) Materiais de uso permanente adquiridos na execução do convênio.

Os subitens **B** e **D** foram afastados. Dos subitens restantes, foi redimensionado o débito, pela Manifestação Técnica de Defesa Oral relativamente ao subitem **F**, correspondente a um débito de **111.724,83 VRTE**. Deste valor, foram suprimidos, por força da Manifestação Técnica de Defesa Oral, **65.565,43 VRTE**, restando, portanto, **46.159,40 VRTE**.

Assim, o somatório dos itens restantes - A, C, E e F (já redimensionado) importa em **190.119,90 VRTE**.

Ante todo o exposto, acompanhando integralmente o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas - cuja fundamentação integra este voto independente de transcrição - VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-998/2021:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo voto do então relator, Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, computado conforme o art. 86, § 2º do Regimento Interno, em:

1.1. Preliminarmente, RECONHECER a ilegitimidade passiva do Sr. Antonio Rômulo Zagotto, vice-Diretor Executivo da APAC, bem como, reconhecer afastamento de responsabilização de **Cláudia Aguiar de Almeida e Samir Abreu**, Diretora e Funcionário da APAC, em relação a não possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica;

1.2. ACOLHER AS RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS E OU ALEGAÇÕES DE DEFESA de **Sérgio Alves Pereira** (Secretário de Estado da Justiça), **Fabiano Giaquinto Herkenhoff** (Procurador do Estado), **Leonardo Campos Coutinho** (Fiscal do convênio 5/2009), **Fabício Almeida de Souza** (Fiscal do convênio 5/2009), **Quesia da Cunha Oliveira** (Fiscal do convênio 5/2009), **Marlei Bravim Bergman** (Fiscal do convênio 5/2009), **Michele Gasparini de Miranda** (Fiscal do convênio 5/2009), **Eugênio Coutinho Ricas** (Secretário de Estado da Justiça), **Ailton Xavier** (Subsecretário de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos) e **Isabela Finamore Ferraz** (Subsecretária de Estado da Justiça para Assuntos Administrativos), afastando suas responsabilizações;

1.3. REJEITAR AS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA E OU ALEGAÇÕES DE DEFESA, da **Associação de Proteção e Assistência a Condenados – APAC**, condenando-a em débito, e imputando-lhe **Ressarcimento** correspondente a **190.119,90 VRTE** que deverão ser devidamente convertidos em unidades monetárias no seu recolhimento;

1.4. DEIXAR DE REABRIR A INSTRUÇÃO PROCESSUAL relacionada ao subitem 3.2.3 da ITC 5170/2020-3, que se trata de irregularidade formal, ocorrida há mais de um quinquênio, que nesta oportunidade encontra-se **prescrita** a possibilidade sanção nesta Corte de Contas, bem como, por reconhecer que não há determinação ou recomendação frutífera sobre o tema, já que a figura “convênio” desde a Lei 13.019/2014, não mais ampara o objeto tratado nos autos;

1.5. DEIXAR DE REABRIR A INSTRUÇÃO PROCESSUAL relacionada ao subitem 3.2.1 e 3.2.2 da ITC 5170/2020-3, por **racionalização administrativa e economia processual**, ante o risco de fatos ocorridos há mais de 6 anos, ainda que com ressarcimento, seja alcançado pelo entendimento do STF em assunto de repercussão geral, Tema 897, e especialmente, pelo fato de que matérias idênticas foram ajuizadas pelo **Ministério Público Estadual** por meio de **Ação Civil Pública**;

1.6. NOTIFICAR todos os responsáveis e **CIENTIFICAR** todos os interessados da decisão a ser proferida por esta Corte;

1.7. ARQUIVAR os autos após os trâmites de estilo.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 19/08/2021 - 43ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro Substituto: João Luiz Cotta Lovatti (relator, nos termos art. 86, § 4º do Regimento Interno).

5. Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Relator, nos termos art. 86, § 4º do Regimento Interno

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões