

TC 014.322/2015-3

Tipo: Tomada de Contas Especial (Recursos de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incrá)

Recorrentes: José Biondi Nery da Silva (CPF 014.364.224-34) e Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro - Fundesa (CNPJ 05.888.454/0001-64).

Advogados: Elber Alencar Nery Biondi (OAB-PE 21.906) e Wagner Augusto de Godoy Maciel (OAB-PE 24.175)

Interessado em sustentação oral: Sim, advogado Elber Alencar Nery Biondi (OAB-PE 21.906), representando o recorrente José Biondi Nery da Silva (peça 24)

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TERMO DE PARCERIA. FALTA PARCIAL DA COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS FEDERAIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DA DEFESA NA FASE INTERNA. EMPRESA CONTRATADA RECEBEDORA DE RECURSOS SEM COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO CONCORRE PARA O DÉBITO DE FORMA SOLIDÁRIA. RELATÓRIOS DE ÓRGÃOS PÚBLICOS POSSUEM PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS EM CONTRÁRIO. NEGAR PROVIMENTO.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pela Fundação para o Desenvolvimento do Semiárido Brasileiro – Fundesa (peça 51) e pelo Sr. José Biondi Nery da Silva (peça 50), contra o **Acórdão 823/2019-TCU-2ª Câmara** (peça 40), de relatoria do Exm. André de Luis Carvalho.

1.1 A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada pela Superintendência Regional do Médio São Francisco junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – (SR-29) em desfavor da Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro (Fundesa) e do Sr. José Biondi Nery da Silva, como ex-diretor da Fundesa, diante da parcial impugnação dos dispêndios inerentes ao Termo de Parceria nº 02.200/2004 destinado à implantação de infraestrutura de abastecimento d'água em projetos de assentamentos na área de abrangência do Incra SR-29 sob o montante de R\$ 2.159.595,84 em recursos federais;

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

9.1. considerar revel a Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro – Fundesa, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992;

9.2. rejeitar as alegações de defesa de José Biondi Nery da Silva;

9.3. julgar irregulares as contas de José Biondi Nery da Silva e da Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro, nos termos dos arts. 1º, I, 16, III, “b” e “c”, 19, caput e 23, III, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-los solidariamente ao pagamento do débito apurado nestes autos, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora, calculados desde as datas especificadas até a efetiva quitação, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência desta deliberação, para comprovarem, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, III, “a”, do RITCU, o recolhimento das referidas quantias ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, sob as seguintes condições:

Valor Original (R\$)	Data da Ocorrência
6.825,00	8/4/2005
6.825,00	11/4/2005
7.101,14	12/4/2005
264,73	14/4/2005
725,26	12/5/2005
20.000,00	30/6/2005
30.000,00	23/8/2005
10.000,00	3/10/2005
20.000,00	7/11/2005
1.719,00	21/11/2005
522,24	6/12/2005
113.879,81	25/1/2006
1.036,03	27/1/2006

9.4. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, o parcelamento da dívida fixada por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, a cobrança judicial da dívida fixada por este Acórdão, caso não atendidas as notificações; e

9.6. determinar que a unidade técnica envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 209, § 7º, do RITCU, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurada pela Superintendência Regional do Médio São Francisco junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – (SR-29) em desfavor da Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro (Fundesa) e do Sr. José Biondi Nery da Silva, como ex-diretor da Fundesa, diante da parcial impugnação dos dispêndios inerentes ao Termo de Parceria 02.200/2004 destinado à implantação de infraestrutura de abastecimento d’água em projetos de assentamentos na área de abrangência do Incra SR-29 sob o montante de R\$ 2.159.595,84 em recursos federais. A vigência do ajuste teria transcorrido de 22/12/2004 a 21/11/2005, com o prazo para a prestação de contas final fixado em 28/2/2006 (peça 3, p. 157).

3. Considerando a ausência de comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais, por meio do **Acórdão 823/2019-TCU-2ª Câmara** (peça 40), foram julgadas irregulares as contas do ex-diretor da Fundesa, Sr. José Biondi Nery da Silva e da Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro (Fundesa). Ambos tiveram suas contas julgadas irregulares e foram condenados em débito (item 9.3).

4. Examinam-se, nesta oportunidade, os recursos de reconsideração interpostos pela Fundesa (peça 51) e seu ex-diretor, Sr. José Biondi Nery da Silva (peça 50), contra o citado julgado.

5. Registre-se que o representante legal do recorre Sr. José Biondi Nery da Silva, advogado Elber Alencar Nery Biondi (OAB-PE 21.906), cuja procuração está acostada aos autos conforme peça 24, requereu (peça 50, p. 1): (1) que todas as futuras notificações referentes ao processo fossem endereçadas para a Avenida Governador Agamenon Magalhães, nº 3341, Salas 605/606, Empresarial Tacaruna, Torreão, Recife/PE, CEP 52030-210; e (2) deferimento de sustentação oral na sessão de julgamento, bem como intimação prévia da mesma.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade, conforme exigência do art. 33 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU). Referem-se, ainda, a responsáveis legitimados e meio recursal adequado para impugnar o **Acórdão 823/2019-TCU-2ª Câmara** (peça 40).

7. Dessa forma, ratificam-se as propostas de conhecimento do recurso, com efeito suspensivo, formuladas nos exames de peças 54-55, acolhidas pelo Relator, Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, conforme Despachos de peça 58.

EXAME DE MÉRITO

8. Delimitação do recurso

9. Nos recursos trazidos, será necessário verificar, em síntese, se:

Referente ao recorrente Sr. José Biondi Nery da Silva (peça 50)

10. Preliminarmente

a) houve prejuízo ao contraditório e a ampla defesa, por nulidade da notificação realizada no âmbito da TCE (peça 50, p. 4-6);

No mérito

a) houve de decadência, haja vista o longo lapso temporal entre a apresentação da prestação de contas final e o pronunciamento conclusivo do Inca (peça 50, p. 9-12);

b) houve a incidência da prescrição da pretensão punitiva (peça 50, p. 12);

c) o recorrente tinha responsabilidade e competência na/para a prestação de contas (peça 50, p. 7-9);

d) houve análise da prestação de contas enviada pela Fundesa ao Inca, considerando ainda o STF/RE 636.886-AL (peça 50, p. 12-15);

Referente ao recorrente Fundesa (peça 51)

No mérito

a) houve de decadência, haja vista o longo lapso temporal entre a apresentação da prestação de contas final e o pronunciamento conclusivo do Inca (peça 51, p. 3-4);

b) houve a incidência da prescrição da pretensão punitiva (peça 51, p. 4-5);

c) a ausência de comprovação de locupletamento indevido ou desvio de finalidade, bem como a boa-fé têm o condão de influenciar na condenação recorrida (peça 51, p. 5);

d) há possibilidade de responsabilização de entidade particular conveniente, ante a ausência de comprovação de enriquecimento ilícito (peça 51, p. 5-6).

11. DA(S) PRELIMINAR(ES)

12. Do argumento da inobservância ao contraditório e a ampla defesa, por nulidade da

notificação realizada no âmbito da TCE

13. Em sua defesa, o recorrente Sr. José Biondi Nery da Silva sustenta que não foi devidamente notificado no âmbito da TCE (peça 50, p. 4-6), pois embora tenha recebido a comunicação, o documento mencionava a Fundesa como notificada e não o ex-gestor (peça 6, p. 291).

14. Análise

15. Considerando se tratar de prejuízo à defesa na fase interna da TCE, isto é, antes da mesma ser recebida pelo TCU, cabe frisar que, embora seja recomendável a participação dos responsáveis no âmbito dessa fase, na realidade, é pacífico o entendimento de que não há prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa em razão da ausência de oportunidade de defesa na fase interna de tomada de contas especial, pois nessa etapa, em que se coletam evidências para fins de apuração dos fatos e das responsabilidades, não há uma relação processual constituída. Nesse diapasão há inúmeros julgados desta Corte de Contas, retirados da Jurisprudência Seleccionada:

A ausência de notificação do responsável na fase interna do processo de tomada de contas especial não implica vício, porquanto a fase interna constitui procedimento inquisitório de coleta de provas, assemelhado ao inquérito policial, e a fase externa, que se inicia com a autuação do processo no TCU, é que garante o direito à ampla defesa e ao contraditório. (Acórdão 653/2017-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Augusto Nardes)

Não há prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa em razão do não chamamento do responsável aos autos na fase interna da tomada de contas especial, pois nessa etapa, em que se coletam evidências para fins de apuração dos fatos e das responsabilidades, não há uma relação processual constituída. A garantia ao direito de defesa ocorre na fase externa, com a citação válida do responsável. (Acórdão 4.938/2016-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Bruno Dantas)

No processo de tomada de contas especiais, a instauração do contraditório, para fins de condenação por parte do TCU, ocorre na fase externa, por meio da regular citação pelo Tribunal, sendo irrelevante a ocorrência ou não de notificação anterior pelo órgão concedente. (Acórdão 1.522/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler)

16. Assim, a garantia ao direito de defesa ocorre na fase externa, com o chamamento do responsável aos autos, a partir da sua citação válida. Foi o que ocorreu neste processo. Na fase externa, o responsável foi devidamente citado (peças 20-21) e teve a oportunidade de apresentar suas alegações de defesa (peça 26).

17. Ademais, houve comprovação de que o responsável teve ciência das irregularidades apuradas no processo antes do prazo de 10 anos até a instauração da tomada de contas especial e sua citação, ou seja, no curso da fase interna da TCE ou durante os procedimentos de exame das contas por parte da concedente (peça 5, p. 12-18). Não sendo o caso, portanto, de prejuízo à sua defesa.

18. Sendo assim, entende-se pelo não acolhimento das razões recursais.

19. DO MÉRITO

20. Do argumento de decadência

21. Ambos os recorrentes sustentam que houve decadência, haja vista o alto lapso temporal entre a apresentação da prestação de contas final e o pronunciamento conclusivo do Incra (peças 50, p. 9-12 e 51, p. 4-5);

22. Tal procedimento teria demorado demasiadamente, inclusive sem observar os prazos legais estabelecidos pela regulamentação à época, isto é o art. 31 da IN STN 1/1997.

23. Assim, entendem pela impossibilidade de prosseguimento do presente processo e pedem a anulação da condenação.

24. Análise

25. Preliminar, cabe registrar que a duração e a validade do processo de controle externo não se vinculam ao prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 (norma geral), porquanto aplicáveis as disposições da Lei 8.443/1992 (norma especial), que não regula matéria de decadência.

26. Em relação à demora no encaminhamento, instauração ou trâmite da TCE no âmbito da fase interna, a jurisprudência desta Corte de Contas é firme no sentido de que a demora na formalização de processo de TCE (atraso do prazo de 180 dias) não gera automaticamente nulidade processual, podendo ser considerada grave infração à norma legal para fins de responsabilização da autoridade administrativa competente, contudo, não tendo influência em relação aos responsáveis apontados na TCE. Nesse raciocínio há inúmeros julgados desta Corte de Contas, retirados da Jurisprudência Selecionada:

A intempestividade na formalização de processo de tomada de contas especial (extrapolação do prazo de 180 dias) não gera nulidade processual, podendo ser considerada grave infração à norma legal para fins de responsabilização da autoridade administrativa competente. O intuito dos arts. 84 do Decreto-Lei 200/1967 e 8º da Lei 8.443/1992 não é conferir um direito ao responsável pelo dano, mas, sim, delinear a atuação da Administração Pública, minimizando-se o risco de ineficácia em razão da utilização intempestiva do instrumento da tomada de contas especial. (Acórdão 690/2017-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Bruno Dantas)

Eventual demora na instauração da tomada de contas especial constitui falha de procedimento atribuível à autoridade que tinha o dever de adotar essa medida, a qual deve ser apurada e, se for o caso, aplicada as sanções correspondentes em cada processo. (Acórdão 4.000/2010-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Aroldo Cedraz)

A inércia do órgão administrativo na avaliação de convênios, desrespeitando o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para instauração de tomada de contas especial, caracteriza grave infração a norma legal e sujeita a autoridade administrativa federal omissa à responsabilização solidária e às sanções cabíveis. (Acórdão 978/2010-TCU-Plenário, relator Ministro José Jorge)

A intempestividade na instauração de tomada de contas especial não limita a competência do TCU em fiscalizar os recursos, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento em face de dano ao erário. A inobservância do prazo definido para a instauração da tomada de contas especial enseja, tão-somente, a responsabilidade solidária da autoridade administrativa competente e a imputação das sanções cabíveis. (Acórdão 654/2009-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Benjamin Zymler)

Não há nulidade no caso de tomada de contas especial instaurada após o prazo de 180 dias recomendado pelo Tribunal. (Acórdão 1.768/2007-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Augusto Nardes)

O prazo de 180 dias para instauração de tomada de contas especial não é peremptório, mas o representante do órgão concedente pode responder pela inércia na extrapolação desse prazo. (Acórdão 3.380/2008-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Guilherme Palmeira)

27. Assim, o fato de o órgão concedente não haver observado rigorosamente o prazo regulamentar para a instauração da TCE, nada impede sua posterior tomada de providências, de ofício, mesmo porque tal iniciativa poderia ser adotada por determinação deste Tribunal, a qualquer tempo, não se devendo, pois, falar em nulidade desta TCE por ter sido instaurada após o prazo de 180 dias recomendado ao Tribunal.

28. Portanto, pode-se concluir que o fato de o concedente não observar o prazo máximo para a instauração da TCE não tem o condão de limitar a competência deste Tribunal de Contas, de status constitucional, de julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, até mesmo porque as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, conforme Súmula TCU 282.

29. Diante do exposto, entende-se pelo não provimento das razões recursais apresentadas.

30. **Do argumento de prescrição da pretensão punitiva**

31. Também, ambos os recorrentes sustentam que houve incidência da prescrição da pretensão punitiva (peças 50, p. 2 e 51, p. 4-5), tendo em vista o ajuste e o prazo de prestação de contas foram em 2005 e 2006 (peça 3, p. 157) e as citações foram realizadas em 2017 (peças 19-20);

32. Dessa forma, argumentam a falta da pretensão da cobrança dos débitos.

33. **Análise**

34. De fato, houve a prescrição da pretensão punitiva. Pois se passaram mais de 10 anos entre a ocorrência dos fatos (2006) e a realização das citações (2017). Contudo, no acórdão recorrido os responsáveis foram imputados em débito, ou seja, não aplicou multa aos responsáveis.

35. Relativamente ao débito, o entendimento jurisprudencial pacífico é de que não têm caráter punitivo, possuindo, essencialmente, natureza jurídica de reparação civil pelo prejuízo causado ao erário, não sendo alcançada pelo instituto da prescrição. Portanto, são imprescritíveis as ações de ressarcimento, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988 e da Súmula TCU 282.

36. Diante do exposto, entende-se pelo não provimento das razões recursais apresentadas.

37. **Do argumento de ausência de locupletamento e boa-fé**

38. Neste quesito, a recorrente Fundesa aduz que não houve comprovação de locupletamento indevido ou desvio de finalidade, bem como há boa-fé (peça 51, p. 5).

39. Nessa perspectiva, argumenta que não deveria ser responsabilizada.

40. **Análise**

41. A respeito do assunto, cabe esclarecer que no âmbito dos processos de sua competência, a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor, bem como eventual aferimento de vantagens financeiras (locupletamento).

42. No presente caso, o dano ao Erário foi ocasionado pelas irregularidades constatadas na prestação de contas da Fundesa, isto é, pela ausência de comprovação de despesas, realização de saques incompatíveis com os gastos e pagamentos a maior, todas atestadas pelo concedente (peça 6, p. 301-307).

43. Desse modo, é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (*stricto sensu*) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário. Nesse sentido há farta jurisprudência desta Corte de Contas.

A obrigação de ressarcimento ao erário prescinde de comprovação de dolo. É suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (*stricto sensu*) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário. (Acórdão 185/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Vital do Rêgo)

No âmbito dos processos de controle externo, a responsabilidade dos gestores de recursos públicos é de natureza subjetiva. São exigidos simultaneamente três pressupostos para a responsabilização: (i) o ato ilícito na gestão dos recursos públicos; (ii) a conduta dolosa ou culposa; e (iii) o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Admite-se a ocorrência de excludentes de culpabilidade, tal como a inexigibilidade de conduta diversa ou a ausência de potencial conhecimento da ilicitude. (Acórdão 2.420/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler)

A condenação em débito independe da ocorrência de conduta dolosa ou de locupletamento, bastando para tanto a constatação de conduta culposa (*stricto sensu*) dos responsáveis pela irregularidade que ocasionou o dano ao erário. (Acórdão 2.367/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler)

A responsabilidade perante os tribunais de contas é de natureza subjetiva, se origina de conduta comissiva ou omissiva do agente, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos do Estado ou ainda aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos. (Acórdão 6.479/2014-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Marcos Bemquerer)

A condenação em débito independe da ocorrência de conduta dolosa ou de locupletamento, bastando para tanto a constatação de conduta culposa (stricto sensu) dos responsáveis pela irregularidade que ocasionou o dano ao erário. (Acórdão 5.297/2013-TCU-1ª Câmara, relator Ministro José Múcio Monteiro)

44. A respeito da boa-fé, o Tribunal entende que a mesma não pode ser presumida, devendo haver comprovação nos autos por documentação idônea. Tal raciocínio advém da análise de que, no tocante à fiscalização dos gastos públicos, há a inversão do ônus da prova, cabendo ao responsável, no caso ao recorrente, comprovar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade.

45. Compulsando os documentos dos autos e considerando a inexistência de apresentação de documentação nova em sede recursal, não foram detectados fatos ou provas que pudessem atestar a alegada boa-fé da fundação. De outra forma, as irregularidades detectadas pela concedente não foram elididas.

46. Diante do exposto, entende-se pelo não provimento das razões recursais apresentadas.

47. **Do argumento de responsabilidade e competência do ex-diretor da Fundesa**

48. Em síntese, o recorrente Sr. José Biondi Nery da Silva sustenta que não tinha responsabilidade pela prestação de contas da Fundesa, haja vista ser apenas um diretor executivo e haver diversos outros profissionais e setores passíveis de assumir tal encargo (peça 50, p. 7-9).

49. Nessa esteira, baseando-se na expressão “administradores” da Súmula TCU 286 argumenta que é apenas um diretor e requer a exclusão de sua responsabilidade.

50. **Análise**

51. O termo “administradores” contido na Súmula TCU 286 se refere ao responsável legal pela entidade/instituição, especialmente o responsável pela realização do ajuste, no caso, o signatário.

52. Analisando os documentos contidos nos autos, constatou-se que o recorrente foi o representante e signatário do Termo de Parceria 02.200/2004 (peça 3, p. 151 e 159), assumindo a responsabilidade de prestar contas e de aplicar regularmente os recursos repassados pelo Inkra.

53. Ademais, a despeito do argumento recursal de que o recorrente não era o único responsável pela entidade, conforme exame dos incisos II, VI e VII do art. 25 do Estatuto Social da Fundesa, dentre as atribuições do cargo ocupado à época pelo recorrente (Diretor Executivo) estão às relacionadas a prestação de contas (peça 3, p. 19):

Art. 25º - São atribuições do Diretor Executivo:

I - Representar a FUNDESA, em juízo ou fora dele, ativa e passivamente.

II - Firmar convênios, termos de parceria, contratos, consórcios, ajustes, contratos e acordos;

III - Cumprir e fazer cumprir as _normas estatutárias, regimentais e as deliberações do Conselho Curador;

IV - Contratar e demitir empregados, obedecendo ao Quadro de Pessoal aprovado, bem como, exercer os poderes disciplinares sobre os mesmos;

V - Cumprir e fazer cumprir as normas estatutárias, regimentais e as deliberações do Conselho Curador;

VI - Elaborar a prestação de contas, o balanço e relatório detalhado, referente ao exercício findo;

VII - Encaminhar a prestação de contas e o relatório, até 30 (trinta) dias após sua aprovação pelo Conselho Curador, ao Ministério Público;

VIII - Efetivar a execução do orçamento aprovado e a correspondente contabilização;

IX - Movimentar os recursos financeiros e valores da FUNDESA, em conjunto com o Diretor Financeiro ou, na sua ausência, com o Diretor Técnico. Esta atribuição somente poderá ser delegada por ordem expressa do Conselho Curador e com delegatário(s) previamente definido(s);

X - Convocar as reuniões da Diretoria Executiva, submetendo os assuntos de sua competência;

XI - Delegar atribuições e nomear comissões, respeitando o contido na alínea IX_ deste artigo;

XII - Desenvolver ações junto a entidades públicas e privadas para a obtenção de recursos, doações, empréstimos, acordos, convênios e termos de parceria que beneficiem a FUNDESA;

XIII - Praticar os demais atos pertinentes à Instituição e outros assuntos sujeitos à deliberação do Conselho Curador;

54. Dessa forma, a representação da Fundesa, a assinatura do instrumento de transferência dos recursos, bem como as próprias atribuições contidas no estatuto da entidade tornam o Sr. José Biondi Nery da Silva garantidor do bom e regular emprego dos valores e motiva o dever de bem nomear seus auxiliares e de supervisionar suas atividades de modo adequado. Nesse sentido há farta jurisprudência desta Corte de Contas.

O representante legal de entidade privada responde solidariamente com a pessoa jurídica de direito privado que der causa a dano ao erário na execução de avença celebrada com o poder público federal com vistas à realização de uma finalidade pública, pois exerce papel de gerenciador de recursos federais. (Acórdão 1.135/2019-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Vital do Rêgo)

O signatário do convênio assume a responsabilidade pela correta aplicação dos recursos transferidos e, mesmo delegando atribuições para realização de pagamentos, acompanhamento físico do ajuste ou prestação de contas, responde solidariamente pelos atos praticados pelos delegados escolhidos (culpa in eligendo e in vigilando). (Acórdão 2.360/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler)

Em convênio celebrado com entidade de direito privado, se o termo do ajuste estabelece a obrigação de seu signatário prestar contas ao concedente e ele não o faz, não cabe, em princípio, a responsabilização de outros agentes da entidade conveniente pela omissão. (Acórdão 7.272/2016-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Raimundo Carreiro)

A delegação de competência não isenta a responsabilidade do gestor de recursos públicos repassados mediante convênio. (Acórdão 2.658/2007-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Raimundo Carreiro)

55. Assim, o representante legal de entidade privada responde solidariamente com a pessoa jurídica de direito privado que der causa a dano ao Erário na execução de avença celebrada com o poder público federal com vistas à realização de uma finalidade pública, pois exerce papel de gerenciador de recursos federais.

56. Diante do exposto, entende-se pelo não provimento das razões recursais apresentadas.

57. Do argumento de falta de perícia e ausência de análise da prestação de contas enviada pela Fundesa ao Incra

58. Neste quesito, o recorrente sustenta que as contas em questão já foram apresentadas pela Fundesa, tendo sido inclusive atestadas pela empresa prestadora do serviço, a Soma Consultoria Contábil Ltda., que ratificou por meio de relatório o cumprimento de todas as etapas (peça 50, p. 12-15).

59. Assim, não houve consideração da documentação apresentada pela Fundesa. Nesse sentido, requer a realização de perícia independente, pois afirma que o parecer do Incra o qual alega desconformidade das contas, não poderia ser o único documento a ser considerado nos autos para fins de julgamento.

60. Por fim, o recorrente argumenta que o Recurso Extraordinário 636.886-AL suspendeu

todas as ações de execução oriundas de débito do Tribunal de Contas a fim de ser considerado na análise de seu recurso.

Análise

61. A respeito do assunto, é obrigação do gestor a apresentação dos elementos que entender necessários com vistas à demonstração do bom e regular emprego dos recursos que lhe houverem sido confiados. Eventual perícia deve ser por ele mesmo providenciada e aportada ao TCU. Nessa lógica há diversos julgados desta Corte de Contas, todos retirados da Jurisprudência Seleccionada:

Não compete ao TCU determinar, a pedido do responsável, a realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que constitui obrigação da parte apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa e/ou para demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos que lhe foram confiados. (Acórdão 5.920/2016-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Vital do Rêgo)

O processo de controle externo não admite a produção de prova pericial, não cabendo aplicação analógica das disposições referentes à prova do processo civil, pois a Lei 8.443/1992 e o Regimento Interno do TCU dispõem, exaustivamente, acerca dos meios de prova disponíveis aos responsáveis. (Acórdão 2.491/2016-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Walton Alencar)

As normas que regulam o processo de controle externo não concedem ao responsável a faculdade de solicitar produção de provas ao TCU, como a colheita de depoimentos ou realização de perícias e diligências. O Tribunal deve julgar com base nas provas documentais constantes dos autos, reunidas pelos órgãos de controle interno e pela unidade técnica, em confronto com aquelas produzidas e apresentadas pelo responsável em sua peça de defesa. (Acórdão 3.535/2015-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Augusto Nardes)

O processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU, não prevê ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas. É da iniciativa do responsável trazer aos autos as provas de sua defesa, prescindindo de autorização do Tribunal para tanto. (Acórdão 2.262/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler)

62. Portanto, não cabe ao TCU determinar, a pedido do responsável, a realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que constitui obrigação da parte apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa.

63. Paralelamente, cabe frisar que os relatórios dos órgãos repassadores de recursos públicos contam com presunção de veracidade e legitimidade, a qual só pode ser descaracterizada mediante a apresentação de prova robusta em contrário, o que não houve no presente caso. Nesse diapasão:

Os relatórios de fiscalização de concedente de transferências voluntárias, enquanto não houver decisão administrativa ou judicial em sentido contrário, produzem os efeitos para os quais foram constituídos, pois são atos administrativos, e como tais, observados os requisitos de constituição e validade (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), gozam de seus atributos (imperatividade, autoexecutoriedade e presunção de legalidade e legitimidade). (Acórdão 554/2018-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Aroldo Cedraz)

Os relatórios de fiscalização do concedente constituem atos administrativos, os quais, observados os requisitos de constituição e validade (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), gozam de seus atributos (imperatividade, autoexecutoriedade e presunção de legalidade ou legitimidade). Enquanto não desconstituídos, na via administrativa ou judicial, produzem os efeitos para os quais foram constituídos. (Acórdão 6.874/2016-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Raimundo Carreiro)

As presunções de veracidade e valor e os requisitos comprobatórios dos relatórios de auditoria valem tanto para as peças produzidas no âmbito das auditorias dos órgãos concedentes quanto para as elaboradas no âmbito do TCU. Entretanto, o julgamento do mérito da questão não fica vinculado a quaisquer das conclusões apresentadas nos relatórios. (Acórdão 3.994/2016-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Weder de Oliveira)

É conferido respaldo probatório aos relatórios de vistoria emitidos por órgão concedente, no exercício do seu dever de acompanhar e fiscalizar a aplicação de recursos transferidos mediante convênio. (Acórdão 2.188/2013-TCU-2ª Câmara, relator Ana Arraes)

64. No presente processo, a despeito da alegação de que houve ausência da análise da documentação da prestação de contas apresentada pela Fundesa, registre-se que a mencionada documentação foi sim considerada e analisada pelo Incra e pela unidade técnica do TCU (peça 14), conforme excertos abaixo:

6. De acordo com a documentação incluída nos autos, atinente à fase interna desta TCE, a prestação de contas da Fundesa foi recebida pelo Incra SR-29 em 25/1/2006 (peça 4, p. 180).

7. Em 12/2/2007, a Contabilidade do Incra SR-29 elaborou parecer no qual foram identificadas irregularidades na prestação de contas da Fundesa (peça 6, p. 301-307). Após análise das considerações do parceiro privado, foi produzido o documento Serviço de Contabilidade 009/2008, em 18/12/2008, no qual se concluiu pelo débito de responsabilidade daquela organização da sociedade civil de interesse público (Oscip) no valor de R\$ 470.807,25 (peça 6, p. 221).

8. Ainda em 22/8/2007, foi produzido Relatório Técnico Conclusivo, elaborado pela Comissão de Avaliação constituída a partir da Ordem de Serviço/INCRA/SR-29/GAB N° 081/07, de 7/8/2007, determinada pela Superintendência Regional do Médio São Francisco (peça 6, p. 177-181). Nesse relatório, registrou-se que “as observações quanto à estipulação das metas dos serviços de abastecimento de água indicaram o que foi estabelecido, sendo que para os resultados dimensionados de fornecimento foram atingidos”, e que “quanto à infraestrutura de estradas vicinais foram atendidas, contemplando as metas, resultados e indicadores previamente desejados”, além de que “as normas legais exigidas estão atendidas dentro dos procedimentos formais quanto aos aspectos documentais do Termo de Parceria em referência”. Da leitura do relatório, depreende-se que não foram identificadas pendências na entrega dos produtos pela Oscip, apesar das irregularidades encontradas na prestação de contas.

9. Depois disso, somente em 26/2/2014, foi formalizado o processo de Tomada de Contas Especial, relativo a possíveis irregularidades no convênio (peça 1, p. 2-4).

65. Compulsando os elementos contidos nos autos, é possível constatar que no parecer do Incra (peça 6. 301-307), há análise quanto aos documentos recebidos e quanto aos documentos faltantes para fins de comprovação da boa e regular aplicação dos recursos recebidos, bem como observações e conclusões quanto às irregularidades detectadas.

66. Assim, não havendo documentação comprobatória apta ou provas em contrário, os relatórios dos órgãos públicos atestando irregularidades devem ser mantidos.

67. Relativamente ao argumento do STF/RE 636.886-AL, sua pendência, mesmo reconhecida sua repercussão geral, não pode ser usada para provocar o sobrestamento desta TCE e, em última análise, de todas as TCEs em trâmite nesta Corte de Contas. Não tem aplicação direta ao TCU, mas somente no âmbito judicial, a suspensão que pode ser determinada pelo relator no STF do caso de repercussão geral com base no art. 1.035, § 5º, do CPC/2015. Além disso, não seria razoável paralisar parcela significativa da atuação deste Tribunal e impedi-lo de cumprir seu dever institucional. Nesse sentido:

A suspensão pelo STF das demandas nas quais esteja em questão a prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas (RE 636.886/STF) alcança tão somente a fase judicial de cobrança do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite. Até julgamento definitivo em contrário pelo STF, permanece o entendimento do TCU acerca da imprescritebilidade das pretensões de ressarcimento decorrentes de tomadas de contas especiais. (Acórdão 1.267/2019-TCU-Plenário, relator Ministro Aroldo Cedraz)

A suspensão pelo STF das demandas nas quais esteja em questão a prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas (RE 636.886/STF) alcança tão somente a fase judicial de cobrança do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite. Até julgamento definitivo em contrário pelo STF, permanecem imprescriteveis as pretensões de ressarcimento decorrentes de tomadas de contas especiais. (Acórdão 7.930/2018-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Ana Arraes)

68. Diante do exposto, entende-se pelo não provimento das razões recursais apresentadas.

69. **Do argumento possibilidade de responsabilização de entidade particular conveniente**

70. Sustentando que é entidade particular e que não há comprovação de enriquecimento ilícito, a Fundesa afirma que não poderia ser responsabilizada (peça 51, p. 5-6).

71. Nessa perspectiva, requer a exclusão de sua responsabilização e consequente condenação.

72. **Análise**

73. A pessoa jurídica de direito privado, ao firmar avença com o Poder Público federal com objetivo de alcançar uma finalidade pública, está sujeita ao cumprimento da obrigação de prestar contas e a incidência de responsabilidade solidária pelo dano se houver.

74. Em casos de desvio de finalidade em benefício de entidade de direito privado na aplicação de recursos da União repassados mediante convênio ou instrumentos congêneres, devem responder solidariamente pelo dano tanto a pessoa jurídica quanto seus dirigentes.

75. No presente caso, conforme consignado no relatório do acórdão recorrido, “o dano ao erário decorreu, em suma, de irregularidades verificadas na prestação de contas da Fundesa, tendo o Incra apontado, nesse sentido (peça 6, p. 301/307), que o débito sob o valor original de R\$ 218.898,25 derivaria da ocorrência de dispêndios não comprovados, de saques sem os correspondentes dispêndios, de pagamentos com o indevido valor a maior e de pagamentos de juros por atraso no recolhimento de tributos”.

76. Portanto, a responsabilização da entidade particular beneficiária dos recursos públicos independe de comprovação de enriquecimento ilícito.

77. No presente processo, a pessoa jurídica de direito privado é conveniente e beneficiária de transferências voluntárias de recursos públicos da União, assim, tanto a entidade privada como os seus dirigentes atuam como gestores públicos e devem comprovar a regular aplicação desses recursos. O raciocínio se embasa em alguns julgados retirados da Jurisprudência Seleccionada desta Corte de Contas.

Ao celebrar convênio com o poder público federal, a entidade privada conveniente assume o papel de gestora pública e, com isso, tem a obrigação de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos que lhe foram confiados. (Acórdão 7.612/2015-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Walton Alencar)

Na hipótese em que a pessoa jurídica de direito privado é conveniente e beneficiária de transferências voluntárias de recursos públicos da União, tanto a entidade privada como os seus dirigentes atuam como gestores públicos e devem comprovar a regular aplicação desses recursos. (Acórdão 3.273/2015-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Walton Alencar)

A pessoa jurídica de direito privado, ao firmar avença com o Poder Público federal, com objetivo de alcançar uma finalidade pública, está sujeita ao cumprimento da obrigação de prestar contas e a incidência de responsabilidade solidária pelo dano se houver. (Acórdão 810/2015-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Marcos Bemquerer)

78. Diante do exposto, entende-se pelo não provimento das razões recursais apresentadas.

CONCLUSÃO

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

a) a ausência de notificação do responsável na fase interna do processo de tomada de contas especial não implica vício, porquanto a fase interna constitui procedimento inquisitório de coleta de provas, assemelhado ao inquérito policial, e a fase externa, que se inicia com a autuação do processo no TCU, é que garante o direito à ampla defesa e ao contraditório.

b) eventual demora na instauração da tomada de contas especial constitui falha de procedimento atribuível à autoridade que tinha o dever de adotar essa medida, não influenciando na responsabilização dos citados no processo de Tomada de Contas Especial;

c) os responsáveis foram condenados em débito pelo **Acórdão 823/2019-TCU-2ª Câmara**. O débito não tem caráter punitivo, possuindo, essencialmente, natureza jurídica de reparação civil pelo prejuízo causado ao erário, não sendo alcançada pelo instituto da prescrição. Portanto, é imprescritível, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988 e da Súmula TCU 282.

d) a condenação em débito independe da ocorrência de conduta dolosa ou de locupletamento, bastando para tanto a constatação de conduta culposa (stricto sensu) dos responsáveis pela irregularidade que ocasionou o dano ao erário.

e) o representante legal de entidade privada responde solidariamente com a pessoa jurídica de direito privado que der causa a dano ao erário na execução de avença celebrada com o poder público federal com vistas à realização de uma finalidade pública, pois exerce papel de gerenciador de recursos federais. Além disso, o diretor executivo era a pessoa responsável pela prestação de contas, conforme depreende-se do art. 25 do estatuto social da Fundesa (peça 3, p. 19).

f) não compete ao TCU determinar, a pedido do responsável, a realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que constitui obrigação da parte apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa e/ou para demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos que lhe foram confiados, de acordo com a jurisprudência do TCU e com as normas correlatas.

g) os relatórios dos órgãos repassadores contam com presunção de veracidade e legitimidade, a qual só pode ser descaracterizada mediante a apresentação de prova robusta em contrário, o que não houve no presente caso;

h) ao celebrar convênio com o poder público federal, a entidade privada conveniente assume o papel de gestora pública e, com isso, tem a obrigação de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos que lhe foram confiados.

V – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

80. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

I – **conhecer do recurso de reconsideração** interposto pela empresa Fundação para o Desenvolvimento do Semiárido Brasileiro – Fundesa contra o **Acórdão 823/2019-TCU-2ª Câmara**, e, **no mérito, negar-lhe provimento**.

II – **conhecer do recurso de reconsideração** interposto pelo Sr. José Biondi Nery da Silva (peça 50), contra o **Acórdão 823/2019-TCU-2ª Câmara**, e, **no mérito, negar-lhe provimento**.

III – **dar ciência** da deliberação aos recorrentes, aos órgãos/entidades interessados e à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco (item 9.6).

Secretaria de Recursos (Serur) – 4ª Diretoria, em 07/08/2019.

(Assinado eletronicamente)

VITOR LEVI BARBOZA SILVA

AUFC – Mat. 9429-3 e OAB/DF 52.587