

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 022.971/2008-3

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Unidade: Banco do Nordeste do Brasil S.A.

Recorrentes: Paulo Sérgio Rebouças Ferraro (CPF 211.556.905-91) e Roberto Smith (CPF 270.320.438-87).

Representação legal: Nayana Cruz Ribeiro (OAB/CE 23.209-A) representando Roberto Smith; Francisco Érico Carvalho Silveira (OAB/CE 16.881), Mário Marrathma Lopes de Oliveira (OAB/CE 29.699) e outros representando Paulo Sérgio Rebouças Ferraro; Haroldo Maia Júnior (CPF 388.348.983-20) e outros representando o Banco do Nordeste do Brasil.

SUMÁRIO: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONTAS ANUAIS DE 2007. IRREGULARIDADES APURADAS EM AUDITORIA QUE AVALIOU O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS DO BNB. CONTAS IRREGULARES. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO DE UM RECURSO E PROVIMENTO DE OUTRO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução da Secretaria de Recursos - Serur, cujas conclusões contaram com a anuência de seus dirigentes (peças 112-113) e do Ministério Público junto a este Tribunal (peça 114):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Roberto Smith (peça 88) e Paulo Sérgio Rebouças Ferraro (peças 69-87), contra o Acórdão 3708/2019–2ª Câmara (peça 34), relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, com o seguinte teor:

9.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea ‘b’, e 19, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 209, inciso II, do Regimento Interno do TCU, julgar irregulares as contas ordinárias alusivas ao exercício de 2007 do Sr. Roberto Smith (CPF 270.320.438-87), ex-Presidente do Banco do Nordeste do Brasil S/A, bem como Srs. Paulo Sergio Rebouças Ferraro (CPF 211.556.905-91), Luiz Henrique Mascarenhas Correa Silva (CPF 829.994.657-34) e Luiz Carlos Everton de Farias (CPF 849.845.548-00), todos ex-diretores da aludida Instituição Financeira, dispensando-se a aplicação da multa prevista no artigo 58, inciso I, da mesma Lei, por ter sido tal penalidade cominada por ocasião da edição do Acórdão 1078/2015-Plenário, relator Ministro Bruno Dantas, confirmado pelos Acórdãos 1703/2017-Plenário e 2608/2017-Plenário, redator/relator, respectivamente, Ministro-Substituto Augusto Sherman);

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno do TCU, julgar regulares com ressalva as contas ordinárias alusivas ao exercício de 2007 dos Srs. Pedro Rafael Lapa (CPF 075.167.544-04), Luiz Ethewaldo de Albuquerque Guimarães (CPF 000.141.923-49), Francisco de Assis Germano Arruda (CPF 073.970.463-04) e Victor Samuel Cavalcante da Ponte (CPF 375.091.107-00), todos ex-Diretores Banco do Nordeste do Brasil S/A, outorgando-lhes quitação;

9.3. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno, julgar regulares as contas dos Srs. Alvaro Larrabure Costa Correa (CPF 157.550.628-97); Antônio Henrique Pinheiro Silveira (CPF 010.394.107-07); Augusto Bezerra Cavalcanti Neto (CPF 139.379.364-91); Cezar Santos Alvarez (CPF 222.268.260-68); Francisco Tadeu Barbosa de Alencar (CPF 352.844.204-20); Glauben Teixeira de Carvalho (CPF 156.174.244-91); João Emilio Gazzana (CPF 069.947.920-72);

João José Ramos da Silva (CPF 124.161.770-87); Nilde Pereira Sabbat (266.772.021-00); Ricardo Massao Matsushima (CPF 469.206.848-53); Roberta Carvalho de Alencar (CPF 202.261.603-00); Sergio Rosa Ferrao (CPF 012.434.518-23); Vera Maria Rodrigues Ponte (CPF 212.540.603-91); e Waldir Quintiliano da Silva (CPF 044.251.201-59), outorgando-lhes quitação plena;

9.4. encaminhar cópia do presente Acórdão ao Banco do Nordeste do Brasil S/A para que dê ciência da decisão aos responsáveis que tiveram contas julgadas regulares com ressalva e regulares; e

9.5. dar ciência deste acórdão, assim como do relatório e do voto que o fundamentam, aos Responsáveis e ao Banco do Nordeste do Brasil, arquivando-se os autos em ato subsequente.

HISTÓRICO

2. Trata-se de prestação de contas anual ordinária do Banco do Nordeste do Brasil S.A. (BNB), relativa ao exercício de 2007, que se encontrava sobrestada aguardando a apreciação definitiva do TC 002.793/2009-0, referente à auditoria realizada em 2009, com o intuito de avaliar o processo de recuperação de crédito do Banco. Os resultados daquela auditoria impactariam o mérito das presentes contas, vez que a base de dados do BNB examinada contemplou diversos exercícios.

2.1. Retomou-se a análise das presentes contas tendo em vista que o TC 002.793/2009-0, que tratou de auditoria que apurou irregularidades alusivas à identificação de cerca de 55.000 operações baixadas em prejuízo sem que o BNB tenha realizado as cobranças judiciais respectivas para reaver os valores e a ocorrência de operações de crédito com atrasos relevantes sem que tenha havido cobranças judiciais, e que estava sobrestando as presentes contas, foi julgado no âmbito do Acórdão 1078/2015-Plenário (Relator: Ministro Bruno Dantas), por meio do qual o TCU, rejeitou as razões de justificativa apresentadas por diversos responsáveis, aplicando-lhes a multa prevista no art. 58, II da Lei 8.443/1992, entre eles os seguintes gestores com contas julgadas neste processo: o Sr. Roberto Smith, Presidente do BNB, bem como dos Diretores Luiz Carlos Everton de Farias, Luiz Henrique Mascarenhas Corrêa Silva, Paulo Sérgio Rebouças Ferraro e Pedro Rafael Lapa (peça 25).

2.2. Nos presentes autos, assim como no TC 002.793/2009-0, não houve apuração de débito, tratando-se apenas da análise da regularidade das contas, uma vez que não cabia aplicação de sanções financeiras aos responsáveis no âmbito das presentes contas, considerando que a multa do art. 58, II da Lei 8.443/1992 já fora aplicada aos responsáveis no aludido processo de auditoria pelos mesmos fatos irregulares que macularam as presentes contas.

2.3. Promovidas e analisadas a audiência dos responsáveis, esta Corte de Contas deliberou, por meio do Acórdão 3708/2019 – 2ª Câmara, transcrito anteriormente, julgar irregulares as contas dos responsáveis, ora recorrentes, tendo em vista as operações baixadas em prejuízo sem que o BNB tenha realizado as cobranças judiciais respectivas para reaver os valores; a sistemática indevida de constituição das provisões no âmbito do FNE, além das operações de crédito com atrasos relevantes sem que tenha havido cobranças judiciais. (TC 002.793/2009-0).

2.4. Não satisfeitos com o julgado, os ora recorrentes interpuseram recursos de reconsideração, ora em análise (peças 69-88).

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 101 e 102), ratificados pela Ministra-Relatora (peça 105), que concluiu pelo conhecimento dos recursos de reconsideração contra o Acórdão 3.708/2019-2ª Câmara, com efeito suspensivo do item 9.1 em relação aos recorrentes, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto dos recursos (peça 69-88) verificar as seguintes questões:

- a) se cabe a responsabilização dos gestores;
- b) se procede a arguição de *bis in idem* em razão da existência de processo nesta Corte de Contas com mesmo fato gerador;
- c) se foi discriminada a individualização das condutas dos responsáveis;
- d) se cabe comprovação de dolo para julgar a irregularidade das contas;
- e) se é possível atestar a regularidade das contas referentes ao exercício de 2007;
- e) se a propositura de ação em outras esferas é apta a modificar ou suspender os efeitos da decisão emanada por esta Corte de Contas.

4.2. Cabe registrar, desde logo, que os recursos formulados (peças 69 e 88) apresentam teor em quase todo semelhante, à exceção das considerações específicas feitas pelos recorrentes quanto ao cargo ocupado e o regramento aplicável. Sendo assim, identifica-se o teor das contestações ao se fazer referência à peça recursal, sendo a peça 69 relativa ao Sr. Paulo Sérgio Rebouças Ferraro, e peça 88 referente ao Sr. Roberto Smith.

5. Da responsabilização dos ora recorrentes

5.1. Os recorrentes questionam a responsabilidade a eles atribuída tendo em vista os seguintes argumentos:

a) na presente tomada de contas não foram analisadas suas atribuições decorrente do cargo do responsável (peça 88, p. 6-7);

b) se foram constatadas fragilidades nos instrumentos de recuperação de crédito já regulados e em plena operação no banco, a responsabilidade dos agentes bancários só poderia ocorrer após a promulgação de um novo ordenamento interno, com a implantação no cotidiano do banco, por meio de divulgação da nova norma, treinamento etc. (peça 88, p. 7);

c) a presença do nexo de causalidade, com imputação objetiva da infração cometida, é essencial para possibilitar a responsabilização do agente, o que não aconteceu no caso em apreço (peça 88, p. 10);

d) os créditos não executados judicialmente eram, em sua quase totalidade, representados por operações celebradas com produtores rurais e que aguardavam procedimentos de renegociação autorizados por diversas leis as quais, anualmente, eram aprovadas pelo Congresso Nacional. Diante dessa possibilidade, não se justificava uma cobrança judicial imediata, muito embora estivessem sendo cobradas administrativamente (peças 88, p. 11, 69, p. 11);

e) com a finalidade de aprofundar a discussão acerca da responsabilidade pelo cargo exercido pelo recorrente, compete descrever a estrutura organizacional do Banco do Nordeste, de forma a demonstrar a localização do setor ao qual o recorrente fazia parte, à época dos fatos, salientando suas atribuições funcionais, visto que existia um fluxo para recuperação de créditos inadimplidos e não cobrados, cuja atribuição não lhe competia sob nenhuma circunstância (peças 88, p. 15; 69, p. 16).

f) cada diretoria fica a cargo de um diretor e é subdividida em áreas, que, por sua vez, ficam a cargo de superintendentes. Esses, todavia, não podem ser confundidos com as superintendências estaduais, que são superiores hierárquicos das agências bancárias e estão diretamente vinculados à subordinação da presidência (peças 88, p. 15-16; 69, p. 16);

g) o Sr. Roberto Smith ocupava a presidência do banco à época. Vale destacar, outrossim, o teor da Resolução da Diretoria 5188/2005, que preconiza caber às Unidades de Recuperação de Créditos, no âmbito das agências bancárias, subordinadas às superintendências estaduais, a competência de atuar diretamente na recuperação de operações em atraso ou em prejuízo (peça 88, p. 16);

h) existe também o Manual Auxiliar de Operações de Crédito 22-6, que afasta qualquer dúvida existente acerca da competência das agências bancárias, as quais tem o dever de iniciar o processo de cobrança dos créditos inadimplidos. Como constatado nos autos, são os únicos responsáveis pela decisão de quando serão expedidas as autorizações de cobrança judicial (peça 88, p. 17);

i) o ajuizamento das operações de crédito em atraso e/ ou em prejuízo era atribuição das agências, supervisionadas pelas superintendências estaduais, uma vez que essas operações eram somente transferidas para o ambiente de recuperação de crédito quando a autorização de cobrança judicial respectiva estivesse confirmada pela área jurídica, ou seja, quando a operação de crédito estivesse em cobrança judicial, como expressamente determinava o item 85-c da Proposta de Ação de Improbidade Administrativa - PAA 2007/515-120, de 12/12/2007, devidamente aprovada pela diretoria do banco, na Reunião 3262^a (peças 88, p. 19; 69, p. 23);

j) o Sr. Paulo Sergio Rebouças assumiu a diretoria de negócios somente no dia 25/9/2007, nos instantes finais da apuração que resultou na TCE 002.793/2009-0 (que foi concluída em 30/9/2007). Quer dizer, as irregularidades ditas apuradas vinham ocorrendo bem antes da sua assunção ao cargo de diretor de negócios (peça 69, p. 6);

k) muito embora a nomenclatura diretoria de negócios nos leve a pensar que a mesma possuía atribuição de recuperar os créditos inadimplidos, ela tinha, na verdade, atribuição de estabelecer as normas gerais das operações, como destacado nos autos do Processo 000348-98.2014.4.05.8100, que tramitou junto à 32^a Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará (peça 69, p. 6);

l) as irregularidades identificadas no âmbito do BNB, nos autos da Tomada de Contas Especial 002.793/2009-0, não se coaduna com as atribuições funcionais do Sr. Paulo Sérgio Rebouças Ferraro à época (peça 69, p. 11);

m) ainda que se cogite algum tipo de responsabilidade culpa *in vigilando*, a competência de fiscalizar as atividades dos gerentes das agências bancárias é das superintendências estaduais, ligadas diretamente à presidência do banco, ou seja, sem participação da diretoria executiva (peça 69, p. 11);

n) não restou caracterizado, nestes autos, qual teria sido o dano causado pelo recorrente. Imperativo constitucional que o Tribunal de Contas, antes de aplicar a multa, busque determinar especificamente o dano causado ao erário em estreita observância às exatas condutas do recorrente, o que não foi feito (peça 69, p. 13);

o) o suposto dano ao erário, dito caracterizado na tomada de contas que serviu de parâmetro para o presente processo, não ocorreu posto que as operações de crédito estavam em fase de renegociação de dívidas. Além disso, mesmo que as operações estivessem prescritas (o que não se admite), não há que se cogitar qualquer responsabilidade do recorrente, pois a sua diretoria não possui competência para tal expediente. Apenas para ilustrar o assunto, foi publicada lei que isentou os produtores rurais do pagamento dos débitos referidos, ou seja, as dívidas objeto da fiscalização foram, em sua maioria, anistiadas (peça 69, p. 13);

p) com base no organograma do banco e na leitura dos normativos (Resoluções da Diretoria 5.262/2007, 5.272/2008, 5188/2005 e Manual Auxiliar de Operações de Crédito 22-6), fica evidente que o Sr. Paulo Sérgio Rebouças Ferraro não detinha competência para realizar cobrança judicial de créditos inadimplidos e não ajuizados, mas tão-somente de idealizar instrumentos e mecanismos a serem utilizados pelas unidades de recuperação de créditos, no âmbito da Agências Bancárias a partir daquele momento, ou seja, mecanismos para o futuro (peça 69, p. 17-18);

q) o ambiente de recuperação de crédito foi criado pela RD 5272/2008 com a atribuição de gerenciar as atividades e o desempenho das unidades de recuperação de crédito. Tal função foi criada pelo normativo mencionado somente em 18/3/2008 (ou seja, após o exercício 2007, objeto da presente Tomada de Contas), não havendo tempo hábil para implementá-la em sua integralidade, tendo em vista que o Tribunal de Contas iniciou sua fiscalização logo nos primeiros meses do ano de 2009, de modo que fica claro que o recorrente está sendo responsabilizados por expedientes ocorridos antes mesmo da criação do seu ambiente, o que é um absurdo agravado pelo fato de que seu setor não tinha (e não tem) a competência de promover ou demandar a promoção de ações judiciais voltadas à recuperação de créditos inadimplidos (peça 69, p. 19);

r) o presente processo de contas do Banco do Nordeste do Brasil diz respeito ao exercício 2007, ao passo que o setor do recorrente, ambiente de recuperação de crédito, somente foi criado em março de 2008, por meio da Resolução da Diretoria 5272/2008 (peça 69, p. 19);

s) o ambiente de recuperação de crédito comunicava periodicamente aos superintendentes estaduais (superior hierárquico das unidades de recuperação de créditos/agências bancárias), por meio de mensagens eletrônicas, a existência de operações em atraso, solicitando que tais operações fossem encaminhadas para execução judicial (peça 69, p. 19);

Análise

5.2. A preliminar de ilegitimidade passiva argumentada pelos recorrentes não pode prosperar. No mais, não foram apresentados elementos suficientes para elidir as ocorrências apontadas nos autos e que fundamentaram a condenação imposta pelo Tribunal.

5.3. Quanto à responsabilização pelas irregularidades constatadas, vale lembrar que à época houve audiência dos diversos gestores do Banco, tendo em vista suas respectivas incumbências e atribuições normativas e legais. Para cada um dos responsáveis, constaram nos respectivos ofícios as específicas constatações que suportaram as conclusões sobre conduta omissiva de cada qual. Importa consignar que os responsáveis foram ouvidos em audiência por força de determinação contida no Acórdão 944/2010-TCU-Plenário, proferido no TC 002.793/2009-0 como resultado da auditoria realizada nas áreas de recuperação de crédito e de gestão sobre os recursos do FNE.

5.4. Nessa linha os gestores foram responsabilizados com base no normativo interno do BNB, assim identificados: Roberto Smith, ex-Presidente do Banco do Nordeste do Brasil S.A. (art. 29, incisos II e VII, do Estatuto Social do BNB (peça 91, p. 46 do TC 002.793/2009-0) art. 153 da Lei 6.404/1976) e Paulo

Sérgio Rebouças Ferraro, diretor do BNB (arts. 22, 28 e 31 do Estatuto Social do Banco do Nordeste do Brasil S.A.), (peça 91, p. 42-46 do TC 002.793/2009-0).

5.5. Nesse sentido, por oportuno, transcreve-se trechos do Acórdão 1018/2015-Plenário, os quais discriminam as irregularidades atribuídas aos ora responsáveis (peça 324 do TC 002.793/2009-0):

9.1. com fulcro no art. 43, inciso II, c/c o art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, rejeitar as razões de justificativa e aplicar multa de R\$ 49.535,41 (quarenta e nove mil, quinhentos e trinta e cinco reais e quarenta e um centavos) aos responsáveis relacionados no item 9.1.1.1, em decorrência da falta de adoção das medidas de sua alçada, conforme as normas respectivamente indicadas, relativamente à falta de cobrança judicial das operações de crédito administradas pelo BNB enquadradas nas listagens indicadas no item 9.1.1:

9.1.1. operações com cobranças judiciais não efetivadas, contrariando o estabelecido no Manual Auxiliar de Operações de Crédito, Título 22, Capítulo 3 (saldos na posição de 31/12/2008; saldo de prejuízos históricos, não atualizados):

9.1.1.1. Responsáveis:

a) Roberto Smith, ex-Presidente do Banco do Nordeste do Brasil S.A. (art. 29, incisos II e VII, do Estatuto Social do BNB; art. 153 da Lei 6.404/1976);

b) Luiz Carlos Everton de Farias, Luiz Henrique Mascarenhas Corrêa Silva, Oswaldo Serrano de Oliveira, Paulo Sérgio Rebouças Ferraro e Pedro Rafael Lapa, diretores do BNB (arts. 22, 28 e 31 do Estatuto Social do Banco do Nordeste do Brasil S.A.);

5.6. Cabe esclarecer que a responsabilização do Sr. Paulo Sérgio Rebouças Ferraro decorreu da falta de atuação, na condição de diretor de negócios, no desempenho das competências fixadas no Estatuto Social (p. 31 da peça 91 à p. 6 da peça 92 do TC 002.793/2009-0), com ênfase para a disposição do art. 31, *verbis*: Art. 31. Compete aos Diretores, em colaboração com o Presidente, conduzir os negócios do Banco nos limites das atribuições que lhes forem fixadas pela lei, por este Estatuto e pelo Conselho de Administração, cabendo ao Diretor administrar, supervisionar e coordenar as atividades da diretoria e unidade sob sua responsabilidade.

5.7. Especificamente sobre o Sr. Paulo Sérgio Rebouças Ferraro, sua responsabilidade decorreu do fato de estar sob sua subordinação a Área de Crédito e Gestão de Produtos (ambiente de recuperação de crédito), unidade diretamente vinculada às irregularidades apuradas nos autos.

5.8. No tocante ao sr. Roberto Smith, presidente da entidade, a sua responsabilidade decorreu do fato de todas as unidades e setores da instituição estarem, ainda que indiretamente, subordinados a sua pessoa, cabendo a ele zelar pela observância em todos os escalões das normas e regulamentos aplicáveis, sobretudo porque não se tratava de uma situação pontual e de difícil percepção pelo dirigente máximo do BNB, além do que atuava em colaboração com os diretores responsabilizados.

5.9. Em que pese as alegações sobre o suposto dano e multa aplicada, vale lembrar que está em análise o processo de contas anuais ordinária do BNB, que não houve apuração de débito ou imputação de multa, mas sim, análise da regularidade das contas.

5.10. Não há razoabilidade nas alegações dos recorrentes ao tentar transferir suas responsabilidades às agências ou superintendências. Nesse ponto, vale destacar que os referidos responsáveis não foram responsabilizados por atos específicos relacionados à cobrança das operações de crédito em atraso, mas em virtude de que, enquanto dirigentes da entidade, não exerceram a contento a supervisão e a coordenação inerente às posições que ocupavam na estrutura organizacional do BNB.

5.11. Não socorre aos responsáveis o fato de dívidas referentes aos produtores rurais serem renegociadas por meio de lei, uma vez que caberia aos gestores realizarem procedimentos com vista ao enquadramento dos clientes na condição de inadimplidos, promovendo-se, então, a cobrança devida. Na verdade, nem mesmo justificaram a decisão pela suspensão da cobrança prevista na legislação.

5.12. Sobre o questionamento do nexo de causalidade, por elucidativo, transcreve-se trecho do voto (peça 658, p. 2-3, do TC-002.793/2009-0), relativo ao Acórdão 2.608/2017-Plenário, que julgou embargos de declaração em face do Acórdão 1.703/2017-Plenário:

14. No que tange à atuação dos agentes quanto às irregularidades apontadas, não vejo configurada omissão ou obscuridade no acórdão embargado. O questionamento acerca do nexo de causalidade entre as irregularidades e condutas foi adequadamente enfrentado na instrução da Serur, transcrita no relatório da deliberação embargada, conforme trecho reproduzido a seguir, o qual também perpassa pela dosimetria da pena aplicada, esta tomada na primeira deliberação, a condenatória, mantida em sede de reexame pela deliberação tomada pelo Tribunal no acórdão embargado:

‘Análise:

5.6. Contrariamente ao que alegam os recorrentes, as atribuições de cada qual dos responsáveis e a vinculação deles aos fatos restaram descritas nos autos, mais precisamente na conclusão do relatório de auditoria (peça 231, p. 19-23), no parecer do Dirigente da unidade técnica (peça 232, pp. 9-14), na parte dispositiva do Acórdão 931/2010 - Plenário (peça 235, pp. 25-29), conforme transcrito no subitem item 2.2 da presente instrução.

5.7. Assim, tendo por base as respectivas atribuições das unidades e setores do BNB, a unidade técnica procedeu a vinculação das irregularidades apuradas com cada qual dos setores/unidades da entidade, considerando as competências normativamente previstas e as providências que deixaram de ser adotadas com vistas à cobrança das operações de crédito.

5.8. Cite-se, como exemplo, as medidas que deixaram de ser implementadas pela Gerência do Ambiente de Recuperação de Crédito, vinculada à Superintendência da Área de Crédito e Gestão de Produtos/Diretoria de Negócios, a qual detinha competência direta sobre as ações voltadas à recuperação de crédito e redução da inadimplência, nos termos da estrutura organizacional da época (RD 5262/2007, peça 155, p. 21-76), evidenciando, assim, a conexão com as irregularidades apontadas nos autos.

5.9. Deste modo, não prospera a alegação recursal de que não houve a individualização das condutas por parte da deliberação recorrida, uma vez que houve a devida vinculação das irregularidades à cada qual dos setores/unidades comandados pelos responsáveis, não se podendo, assim, falar em prejuízo à defesa.

6. Do *bis in idem*

6.1. O Sr. Roberto Smith contesta a penalidade aplicada, tendo em vista os seguintes fundamentos (peça 88, p. 6):

a) houve a indução ao erro, pois o julgamento do presente feito teve como parâmetro a Tomada de Contas 002.793/2009-0, que não observou a realidade funcional da instituição bancária (peças 88, p. 6; 69, p. 4);

b) no caso concreto há a imputação de penalidade decorrente de um mesmo fato. A penalidade cominada no curso do TC 002.793/2009-0 é novamente direcionada para os fatos narrados/apurados na prestação de contas do BNB referente ao exercício de 2007 (peça 88, p. 21);

c) no acórdão vergastado, como já se disse, as contas do recorrente foram julgadas irregulares, no entanto, dispensou-se a aplicação de multa, pois tal penalidade já havia sido cominada por ocasião da edição do Acórdão 1078/2015-Plenário, relator Ministro Bruno Dantas, confirmado pelos Acórdãos 1703/2017-Plenário e 2608/2017-Plenário, redator/relator, respectivamente, Ministro-Substituto Augusto Sherman (peça 88, p. 21).

d) o recorrente está sendo penalizado duplamente, fato que configura, em nosso ordenamento jurídico, *bis in idem*. Ou seja, uma dupla penalização (peça 88, p. 8).

Análise:

6.2. Também não assiste razão aos recorrentes.

6.3. Não merece prosperar a alegação de indução a erro desta Corte por tomar como fundamento as informações contidas no TC 002.793/2009-0, tendo em vista que os resultados da auditoria impactaram o mérito das presentes contas, vez que a base de dados do BNB examinada contemplou diversos exercícios, inclusive o de 2007.

6.4. Diferentemente do alegado, a decisão emanada por esta Corte não se fundamentou unicamente no TC 002.793/2009-0. As irregularidades tratadas nestes autos foram apuradas, também, com base no Relatório de Gestão do BNB (peça 1, p. 17-51, peças 2/13 e peça 14, p. 1-38), no Relatório de Auditoria de Gestão - RAG (peça 14, p. 40-53, peças 15/16 e peça 18, p. 1-7), e na análise das alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis.

6.5. No mais, sobre os diferentes processos, algumas considerações merecem ser expostas. O TC 002.793/2009-0 decorre de relatório de auditoria no BNB. Como resultado, foi prolatado o Acórdão 1078/2015-Plenário, o qual aplicou multa aos responsáveis em decorrência da falta de adoção das medidas relativamente à falta de cobrança judicial das operações de crédito administradas pelo BNB. Trata-se, ademais, de um processo de auditoria operacional em que não há julgamento de contas.

6.6. A situação colocada nestes autos possui natureza diversa. Trata-se de processo de prestação de contas anual ordinária referente ao exercício de 2007, logo, refere-se à gestão dos responsáveis. As contas dos Srs.

Roberto Smith e Paulo Sérgio Rebouças foram consideradas irregulares devido às operações baixadas em prejuízo sem que o BNB tenha realizado as cobranças judiciais respectivas para reaver os valores; além da sistemática indevida de constituição das provisões no âmbito do FNE e das operações de crédito com atrasos relevantes sem que tenha havido cobranças judiciais (peça 36, p. 7).

6.7. Registre-se, ainda, a ressalva por, na condição de presidente do BNB, não ter atendido as metas para os macroobjetivos do Banco e falhas e/ou ausência de indicadores de resultado operacional. No caso do Sr. Paulo Sérgio Rebouças Ferraro, diretor de negócios, houve ainda a ressalva pela não adoção de medidas para corrigir as falhas apontadas nos Relatórios Gerenciais AUDIT 2007/0992.002 que aponta falhas atinentes às avaliações de risco-cliente e 2007/1051.207 que aponta alta inadimplência das operações do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF (peças 36, p. 5-7; 17, p. 11-17).

6.8. Logo, não há que se falar em *bis in idem*, uma vez que o julgamento pela irregularidade das contas dos Srs. Roberto Smith e Paulo Sérgio Rebouças Ferraro refere-se à gestão dos anual responsáveis no trato com o recurso público no ano de 2007.

6.9. Importante transcrever, por oportuno, trecho do relatório fundamentador do acórdão ora vergastado (peça 36, p. 5):

13. De fato, as mesmas irregularidades foram apontadas pela CGU nos seus Relatórios de Auditoria de Gestão alusivos tanto ao BNB, quanto ao FNE. Assim, em se tratando de fatos relacionados diretamente à gestão do FNE, entendeu a Unidade Técnica a fim, inclusive, de evitar *bis in idem* no julgamento das contas dos mesmos gestores, tratar as irregularidades apontadas apenas no âmbito das contas do FNE, exercício 2007 (TC 023.883/2008-3).

14. Não obstante, a título de informação, as contas do FNE 2007 (TC 023.883/2008-3) se encontram atualmente sobrestadas até decisão definitiva no âmbito do TC 022.112/2007-0, que trata de representação autuada nesta Unidade Técnica tratando exatamente do caso Frutan. Este último processo já foi decidido no mérito pelo Acórdão 1875/2017-Plenário, que aplicou multa a vários responsáveis, mas que ainda se encontra pendente de recurso com efeito suspensivo.

16. Na última instrução desta Unidade Técnica (peça 17, p. 5-30), salientou-se ainda que outras constatações apontadas pela CGU em seu Relatório de Auditoria de Gestão seriam aptas a ressaltar as contas de alguns responsáveis do banco:

6.10. Ainda sobre o tema, por elucidativo, transcreve-se enriquecedora análise empreendida no voto fundamentador do Acórdão ora vergastado (peça 35, p. 2):

10. Todavia, caberia, a princípio, a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, em face do julgamento das presentes contas pela irregularidade sem imputação de débito. Entretanto, entendendo cabível que a aplicação de sanções mais gravosas proferidas em virtude de irregularidades detectadas em outros processos de controle externo relacionados à mesma gestão de 2007 do Banco do Nordeste do Brasil podem ser consideradas na dosimetria das penalidades a serem impostas em virtude de impropriedades verificadas neste processo de contas ordinárias. O Tribunal tem aplicado esse princípio em vários julgados, a exemplo dos Acórdãos da 2ª Câmara: 5264/2009, Relator Ministro José Jorge; 926/2012, Relator Ministro Aroldo Cedraz; e 156/2015, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, além dos Acórdãos 2028/2008 e 1084/2019 – Plenário, ambos de relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

11. Assim, proporei o julgamento pela irregularidade das contas dos referidos responsáveis sem imputação de nova multa, por entender que essa sanção caracterizaria *bis in idem*, posto que a penalidade já foi aplicada no âmbito do TC 002.793/2009-0.

7. Da ausência da individualização da pena

7.1. Os recorrentes contestam a decisão emanada no acórdão ora vergastado, tendo em vista os seguintes fundamentos:

a) em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o constituinte optou por exigir do Estado o requisito da individualização da pena no momento de sua aplicação. Contudo, para que seja possível a individualização da pena, a teor da jurisprudência dos Tribunais Superiores, o Estado há de expor as circunstâncias objetivas do fato tido como ilícito ou irregular, como a natureza da infração, as condições em que ocorreu, as normas violadas etc., bem como os aspectos subjetivos, tais como o elemento subjetivo (dolo ou culpa, já abordados), o nível de participação do agente etc. (peças 88, p. 13; 69, p. 14);

b) não pode o agente responder genericamente pelas irregularidades e/ou ilicitudes que lhes são imputadas. O imperativo constitucional lhe garante que o Estado somente poderá impor uma pena dentro dos limites de sua culpabilidade, considerando os demais aspectos objetivos, o que não aconteceu no seio

da Tomada de Contas 002.793/2009-0, nem mesmo na presente tomada de contas (peças 88, p. 14; 69, p. 14-15);

c) destaque-se o trecho da decisão que serviu de inspiração para o Acórdão recorrido, na qual foi confessado que, por ser muito difícil a mensuração da relação entre condutas e as irregularidades, foram aplicadas sanções em bloco, ou seja, independentemente das funções e condutas dos agentes bancários em referência, todos eles responderam por igual pena, em flagrante violação do imperativo constitucional alhures destacado. Noutras palavras, mais uma vez o recorrente comprova que a presente apuração de contas foi contaminada (e não auxiliada) pelas conclusões equivocadas auferidas naquela Tomada de Contas Especial (peças 88, p. 14; 69, p. 15);

d) observando a tese do *regressus ad infinitum*, se o direito brasileiro não adota esse tipo de responsabilidade (por regressão infinita) na seara penal (onde se enxerga mais facilmente a incidência - ou não incidência - do referido instituto), certamente não pode utilizá-la na seara administrativa, uma vez que conduziria a administração pública a uma situação insustentável, em que se condenaria um indivíduo que não guardou qualquer relação com as irregularidades apontadas, tendo em vista que o recorrente teve suas contas reprovadas em razão de uma suposta ausência de medidas que não eram de sua alçada (peças 88, p. 10; 69, p. 9);

e) a presente Tomada de Contas está viciada pelas impropriedades registradas na apuração do TC 002.793/2009-0, notadamente no que diz respeito a ausência de individualização das condutas eventuais ou potencialmente irregulares que justificariam a multa aplicada (peça 99, p. 4);

f) considerando a política de segregação de funções da instituição financeira e as atribuições funcionais de cada agente e setor, fica constatada a discrepância em se admitir que todos os interessados tiveram o mesmo grau de participação nas irregularidades apontadas. No mais, o Sr. Paulo Sérgio ocupava cargo subordinado, em setor sem qualquer vinculação com as irregularidades ventiladas (peças 88, p. 7; 69, p. 4).

Análise

7.2. Não merecem guarida as alegações apresentadas. Oportuno destacar que tal tema já fora apreciado no pedido de reexame solicitado pelos ora recorrentes no âmbito do TC 002.793/2009-0 (item 5 do relatório fundamentador do Acórdão 1703/2017-Plenário). Nesse sentido, neste recurso de reconsideração não foram carreados aos autos nenhum novo argumento ou elemento probante das alegações.

7.3. Nessa linha, registre-se que, quanto à responsabilização pelas irregularidades constatadas, propôs-se à época a audiência dos diversos gestores do Banco, tendo em vista suas respectivas incumbências e atribuições normativas e legais.

7.4. As audiências dos ora recorrentes, discriminando as irregularidades a eles atribuídas, foram realizadas por meio dos expedientes a seguir especificados: Paulo Sérgio Rebouças Ferraro (peça 239, p. 17) e Roberto Smith (peça 239, p. 25), todos constantes do TC 002.793/2009-0.

7.5. Contrariamente ao que alegam os recorrentes, as atribuições de cada qual dos responsáveis e a vinculação deles aos fatos restaram descritas nos autos do TC 002.793/2009-0 (peça 231, p. 19-23, peça 232, pp. 9-14 e peça 235, pp. 25-29) e no Acórdão 944/2010-Plenário, item 9.4 e seus subitens, fundamentador das audiências dos responsáveis. Por oportuno, transcreve-se trecho que interessa à presente análise:

‘9.4. ouvir em audiência os responsáveis adiante relacionados, nos termos do artigo 43, inciso II, da Lei 8.443/92, e do artigo 250, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem razões de justificativa quanto aos fatos a seguir indicados:

9.4.1. Roberto Smith, Presidente do Banco do Nordeste do Brasil S. A., Luiz Carlos Everton de Farias, Diretor de Controle e Risco, Luiz Henrique Mascarenhas Corrêa Silva, Diretor Financeiro, Paulo Sérgio Rebouças Ferraro, Diretor de Negócios, Oswaldo Serrano de Oliveira, Diretor Administrativo e de Tecnologia da Informação, e Pedro Rafael Lapa, Diretor de Gestão do Desenvolvimento, por:

(...)

9.4.1.2. falta de cobrança judicial das 10.424 operações listadas na planilha eletrônica ‘Total irregular 2’ da pasta de trabalho ‘Operações em Atraso não Cobradas’, todas com atrasos superiores a 180 (cento e oitenta) dias e valores superiores a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), dentre as quais aparecem as 549 constantes da planilha ‘Irreg>100 mil’, listada nas fls. 235/245 do Anexo I, sob o título ‘Operações em Atraso não Cobradas com Saldos Maiores que R\$ 100 mil’, contrariando o

estabelecido no Manual Auxiliar de Operações de Crédito, Título 22, Capítulo 3, do próprio banco, apresentando, para as operações anunciadas como ‘regularizada’, ‘ajuizada’ ou com ‘PRD em tramitação’ as devidas comprovações, inclusive com fornecimento das bases de dados dos sistemas respectivos de registro, passíveis de verificação em confronto com as bases já fornecidas à Equipe de Auditoria (v. item 9.5.3, do relatório de auditoria de fls. 1/222) ;

9.4.1.3. falta de cobrança judicial, das 36.179 operações listadas na planilha eletrônica ‘Irr-11775’ da pasta de trabalho ‘Operações em Atraso não Cobradas’, todas com atrasos superiores a 180 (cento e oitenta) dias e valores superiores a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) , contrariando o estabelecido no Manual Auxiliar de Operações de Crédito, Título 22, Capítulo 3, do próprio banco, sob alegação de enquadramento na Lei 11.775/2008, sem que tenham sido efetivados os procedimentos necessários para o enquadramento na referida lei e sem que tais operações ou seus respectivos clientes apresentem históricos (anteriores à norma) que, observando as boas técnicas bancárias, justifiquem a utilização da faculdade de decidir pela suspensão das cobranças prevista no normativo legal (v. item 9.5, do relatório de auditoria de fls. 1/222) ;

(...)

9.4.1.6. ausência de cobrança judicial das operações inteiramente baixadas em prejuízo (25.795 operações, de 17.573 clientes, no valor total de R\$ 1.102.877.741,33 (um bilhão, cento e dois milhões, oitocentos e setenta e sete mil e setecentos e quarenta e um reais e trinta e três centavos) ; v. item 9.4.1, do relatório de auditoria de fls. 1/222, e ‘Relatório SECEX_820’, arquivo ‘SECEX Pasta_820 - Prejuízos Totais e Arrastos.xls’) ;

9.4.1.7. ausência de cobrança judicial das operações parcialmente baixadas em prejuízo (17.106 operações, de 14.589 clientes, no valor total de R\$ 704.875.051,92 (setecentos e quatro milhões, oitocentos e setenta e cinco mil e cinquenta e um reais e noventa e dois centavos) , dos quais R\$ 356.971.331,38 (trezentos e cinquenta e seis milhões, novecentos e setenta e um mil e trezentos e trinta e um reais e trinta e oito centavos) (50,6%) correspondem a prejuízos; v. item 9.4.1, do relatório de auditoria de fls. 1/222, e ‘Relatório SECEX_821’, arquivo ‘SECEX Pasta_821 - Prejuízos Parciais e Arrastos Of16.xls’) ;

(...)

7.6. No mais, esta Corte de Contas, ao responsabilizar os gestores, procedeu à vinculação das irregularidades apuradas com cada qual dos setores/unidades do BNB, considerando as competências normativamente previstas e as providências que deixaram de ser adotadas.

7.7. Também não merece guarida a alegação referente à dificuldade encontrada por esta Corte na mensuração da relação entre as condutas e as irregularidades apuradas. Tal situação, por si só, não invalida, ou mesmo desmerece a decisão prolatada, uma vez que foram identificados elementos caracterizadores da conduta de cada qual dos responsáveis. A referida dificuldade na mensuração teria reflexo, apenas, na dosimetria da multa, a qual não foi aplicada no processo em análise.

7.8. No que se refere à teoria *regressus infinitum*, tal alegação também não os socorre. Não se presta, e não foi aplicada, portanto, no presente feito, que está relacionado à responsabilização subjetiva do agente público no âmbito do controle externo de Estado, por eventual culpa *ispu facto*, no trato com os recursos públicos federais, por inobservância de dispositivo legal e normativo para aplicação desses valores, além da falta de zelo no trato da coisa pública.

7.9. Por fim, convém ressaltar que, no âmbito do presente processo de contas anuais, o julgamento cingiu-se à regularidade propriamente dita das contas e não a uma eventual apenação em sentido estrito, vez que a pena propriamente dita (multa) já havia sido aplicada no âmbito do TC-002.793/2009-0. Desta forma, descabe falar em individualização da pena, pois os únicos resultados que seriam possíveis do julgamento não são apenações, mas juízos do Tribunal sobre as contas (regulares, regulares com ressalva ou irregulares). Considerando que não houve a descaracterização das irregularidades atribuídas aos recorrentes, o único resultado esperado é o julgamento pela irregularidade das contas, tal como visto no acórdão recorrido.

8. Da ausência de culpa ou dolo

8.1. Os recorrentes arguem pela inexistência de culpa ou dolo, tendo em vista que:

a) em se tratando de reprovação de contas, é basilar e imprescindível a necessidade de se demonstrar a intenção do agente de provocar o resultado danoso (dolo) ou, alternativamente, a verificação da culpa em sentido estrito, que se caracteriza pela imperícia, negligência ou imprudência (peças 88, p. 12; 69, p. 12);

b) não subsiste o dolo, eis que o recorrente nunca teve qualquer intenção de promover o atraso do ajuizamento das cobranças judiciais. Inexiste também qualquer conduta culposa (culpa *stricto sensu*) de sua parte, eis que, conforme aduzido nas linhas anteriores, não há esclarecido em que consistiria qualquer negligência por parte do recorrente, visto que suas atribuições não têm qualquer ingerência com as irregularidades destacadas (peças 88, p. 12; 69, p. 12);

c) o art. 128 da Lei 8.112/1990 estabelece a gradação das penas aplicáveis aos servidores públicos federais, considerando a natureza e a gravidade das infrações, os danos causados e as circunstâncias agravantes ou atenuantes, e cita as penas de advertência e suspensão previstas na lei como alternativas possível em lugar da penalidade da multa que lhes fora aplicada (peça 88, p. 12).

Análise

8.2. Não assiste razão aos recorrentes. A gradação das sanções aplicadas por esta Corte não decorre de critérios objetivos pré-fixados no direito administrativo, penal ou na Lei 8.112/1990, norma que regula a conduta de servidores públicos.

8.3. Aos processos de controle externo, que apuram a regular aplicação/gestão de recursos federais, aplicam-se as disposições da Lei 8.443/1992 e do Regimento Interno do TCU.

8.4. No mais, no caso em apreço, não há qualquer relevância a discussão quanto à aplicação do referido normativo, art. 128 da Lei 8.112/1990, uma vez que não houve imputação de multa no acórdão ora vergastado.

8.5. A respeito de que não houve dolo por parte dos recorrentes, urge fazer algumas considerações sobre o assunto. A doutrina explica a conduta culposa *latu sensu*, dividindo-a em dolo e culpa *stricto sensu*. O dolo, em suma, significa a vontade manifesta pelo ser humano de realizar a conduta ou produzir o resultado. A culpa *stricto sensu* refere-se à inobservância ao dever de cuidado objetivo a todas as pessoas de razoável diligência. Sobre essa última, observa-se, ainda, que uma das suas modalidades é a culpa por negligência, ou seja, culpa por omissão, por deixar de praticar a ação que lhe era devida, à luz do cuidado e da diligência que de todos se espera.

8.6. Logo, nota-se que, se os responsáveis não agiram com dolo, agiram, ao menos, com culpa por negligência, e isso basta para que esta Corte de Contas, com base na responsabilidade subjetiva, cujo elemento essencial é a culpa, julgue suas contas irregulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'b', e 19, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 209, inciso II, do Regimento Interno do TCU.

9. Da regularidade das contas

9.1. Os recorrentes contestam a prolação pela irregularidade das contas, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) tendo analisado as contas do banco, bem como dos membros da diretoria, ao final, a CGU concluiu pela aprovação com ressalvas, das contas do presidente do BNB e do diretor de finanças e de mercado de capitais (peça 88, p. 6);

b) a instituição financeira, à época da fiscalização que precedeu à TC 002.793/2009-0, já possuía mecanismos de recuperação de crédito. Sendo assim, com o legítimo intento de contribuir com o aperfeiçoamento de tal mecanismo, esse Tribunal de Contas enviou ao banco uma série de providências complementares, as quais foram reconhecidamente adotadas imediatamente, como se depreende da leitura do próprio Acórdão que se busca a reconsideração (peça 88, p. 6);

c) no processo TC 002.793/2009-0, que foi integralmente espelhada para a presente prestação de contas, nítidas foram as violações a preceitos legais e constitucionais, mormente por não haver no âmbito daquele processo administrativo a configuração dos pressupostos essenciais para a responsabilização do agente, como, por exemplo, o nexo de causalidade (peças 88, p. 9; 69, p. 9).

Análise

9.2. Não procede a alegação de que a Controladoria Geral da União tenha aprovado as contas dos responsáveis. Conforme consta dos autos, no certificado de Auditoria, a CGU no Ceará manifestou-se pela irregularidade das contas do Sr. Roberto Smith (peça 18, p. 8-9). No mais, ainda que a CGU se manifestasse pela regularidade das contas, tal posicionamento não vincula esta Corte, uma vez que, de acordo com suas atribuições constitucionais, este Tribunal não está obrigado a seguir eventual entendimento de outros órgãos da Administração Pública, permitindo concluir de forma diferente, desde que fundamentada.

9.3. Não exime a responsabilidade dos gestores o fato de o banco ter adotado providências solicitadas pelo TCU. Vale lembrar que os gestores foram responsabilizados por condutas realizadas em período anterior à auditoria referente ao TC 002.793/2009-0 (março/2009 a janeiro/2010), uma vez que o presente processo se refere à prestação de contas anual do exercício de 2007.

9.4. Nesse sentido, destaque-se que irregularidades semelhantes na área de recuperação de créditos do BNB já haviam sido objeto de análises anteriores do Tribunal, a exemplo do tratado nos Acórdãos 3538/2007 – 2ª Câmara e 3249/2011 – Plenário.

9.5. Também não socorre aos responsáveis a alegação de que a instituição financeira, à época da fiscalização que precedeu ao TC 002.793/2009-0, já possuía mecanismos de recuperação de crédito. Vale lembrar que a auditoria que apurou irregularidades alusivas à identificação de cerca de 55.000 operações baixadas em prejuízo sem que o BNB tenha realizado as cobranças judiciais respectivas para reaver os valores e a ocorrência de operações de crédito com atrasos relevantes sem que tenha havido cobranças judiciais.

9.6. Ainda sobre o tema, por elucidativo, transcreve-se trecho do Parecer do MP/TCU, expedido em função do acórdão ora vergastado (peça 32, p. 3-4):

(...)

9. Por outro lado, em relação aos Srs. Roberto Smith, Paulo Sergio Rebouças Ferraro, Luiz Henrique Mascarenhas Correa Silva e Luiz Carlos Everton de Faria, a gravidade das irregularidades identificadas no TC 002.793/2009-0 – que, inclusive, motivou a aplicação de multa aos referidos responsáveis –, ao macular suas respectivas gestões no exercício de 2007, –conduz à irregularidade das contas, na forma sugerida pela unidade técnica.

(...)

12. Especificamente no que se refere ao exercício cujas contas se examinam, o relatório de auditoria apresenta informações dando conta de que 14.436 operações se encontravam em atraso, sem as devidas cobranças judiciais, alcançando o montante de R\$ 443.874.982,32 em aberto (peça 230, p. 34-35, do TC 002.793/2009-0).

13. Como se vê, as irregularidades apuradas justificaram a apenação dos responsáveis pelas ações e omissões identificadas e se mostram suficientes, no meu sentir, para ensejar a irregularidade das contas do exercício de 2007 em relação aos Srs. Roberto Smith, Paulo Sergio Rebouças Ferraro, Luiz Henrique Mascarenhas Correa Silva e Luiz Carlos Everton de Faria.

14. Entretanto, como registrou a unidade técnica, dispensa-se a aplicação de multa nestes autos, visto já ter sido adotada tal medida no processo de auditoria, conforme Acórdão 1.078/2015-TCU-Plenário, mantido em seus exatos termos quanto aos responsáveis acima nominados (Acórdão 1.703/2017-TCU-Plenário).

9.7. Finalmente, vale destacar que, se os responsáveis tivessem apresentado, em sede de recurso, elementos contundentes capazes de elidir as irregularidades apuradas na prestação de contas anual referente ao exercício de 2007, as presentes contas ordinárias poderiam ser reapreciadas com o fim de adequá-las ao novo posicionamento desta Corte.

10. Da interferência de decisão judicial sobre o teor do acórdão ora vergastado

10.1. O recorrente Paulo Sérgio Rebouças Ferraro argui pela alteração da decisão emanada por esta Corte de Contas tendo em vista os seguintes fundamentos:

a) o Ministério Público Federal ofereceu denúncia penal (Processo 000348-98.2014.4.05.8100, que tramita junto à 32ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará) contra os agentes da Diretoria do Banco do Nordeste, porém o Juiz não recebeu a denúncia em relação ao recorrente e demais diretores, em virtude da ausência dos elementos que pudessem caracterizar, individualizar ou mesmo vincular a conduta mencionada e as atribuições do agente (peça 69, p. 5);

b) também o julgamento ocorrido no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (peça 73) que, ao analisar Ação Anulatória de Ato Administrativo, promovida por um dos condenados naquela Tomada de Contas Especial (Sr. José Wilkie Pereira de Almeida), assim destacou: analisando o documento Id: nº 4058100.2897686, verifica-se no organograma do BNB, que a função de cobrança das operações de crédito inadimplidas é das agências Unidades de Recuperação de Crédito, que estão subordinados às Superintendências Estaduais (AL, BA, CE, MA, MG/ES, PB, PE, PI, RN e SE), que por sua vez, estão diretamente ligadas à Presidência' (peça 69, p. 6).

Análise

10.2. O Tribunal de Contas da União possui jurisdição e competência próprias estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992). Dessa forma, a existência de ação judicial sobre mesma matéria não obsta o exercício do controle externo, dado o princípio da independência das instâncias cível, penal e administrativa.

10.3. Veja-se que, no caso em apreço, conforme informado pelo ora recorrente, o Juiz não recebeu a denúncia em relação aos diretores, em virtude da ausência dos elementos que pudessem caracterizar, individualizar ou mesmo vincular a conduta com as atribuições dos agentes.

10.4. Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal tem apoiado a tese da independência entre as instâncias administrativa e penal (Mandados de Segurança 26.969-DF, relatado pelo Ministro Luiz Fux e 25.880-DF, relatado pelo Ministro Eros Grau), no que é acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça (MS 7080-DF, relatado pelo Ministro Fontes de Alencar, MS 7138-DF, relatado pelo Ministro Edson Vidigal e 7042-DF, relatado pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca), corroborando, por extensão, o entendimento esposado por esta Corte de Contas.

10.5. Nesse sentido são os Acórdãos 3036/2015-TCU – Plenário e 10.042/2015-TCU - 2ª Câmara, ambos relatados pelo Ministro Marcos Bemquerer; 7.752/2015-TCU e 7.475/2015, ambos da 1ª Câmara e relatados pelo Ministro José Múcio Monteiro; 7.123/2014-TCU - 1ª Câmara, Rel. Bruno Dantas, entre outros.

10.6. Pelo princípio da independência das instâncias podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa. O artigo 935 do Código Civil prescreve que a ‘responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal’. Esse dispositivo precisa ser conjugado com o artigo 66 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que ‘não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato’.

10.7. Interpretando os dois dispositivos conjuntamente, tem-se que a sentença penal impedirá a propositura ou continuidade de ação nos âmbitos civil e, por extensão, administrativo, apenas se houver sentença penal absolutória negando categoricamente a existência do fato ou afirmando que não foi o réu quem cometeu o delito. Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal, conforme fica claro nos Mandados de Segurança 21.948-RJ, relatado pelo Ministro Presidente Carmem Lúcia; 21.708-DF, relatado pelo Ministro Marco Aurélio e 23.625-DF, relatado pelo Ministro Mauricio Correa. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não-ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

10.8. Assim, a citada decisão judicial não é passível de alterar a conclusão pela irregularidade das contas, haja vista que aqui se trata de ônus do gestor em comprovar a regularidade da aplicação dos recursos públicos, ao passo que as apurações do Ministério Público Federal no inquérito policial e subsequente processo judicial estavam voltadas para a prática de conduta criminal, em instância independente da administrativa nos termos da legislação regente, apta a influir na esfera administrativa apenas se houvesse sentença penal de negativa de autoria do crime ou de inexistência do fato, situação não verificada no caso concreto.

10.9. Pelos mesmos motivos, o mencionado julgamento da apelação cível no âmbito no TRF 5ª Região também não afeta a decisão do Tribunal, ressaltando-se, ademais, que o julgamento referiu-se a gestor distinto dos ora recorrentes.

10.10. Por todo o exposto, as alegações de defesa apresentadas pelo responsável não conduzem à alteração da decisão emanada por esta Corte de Contas, motivo pelo qual devem ser rejeitadas.

CONCLUSÃO

11. Em face das análises anteriores, conclui-se que:

a) à época, houve audiência dos diversos gestores do Banco, tendo em vista suas respectivas incumbências e atribuições normativas e legais. Para cada um dos responsáveis, constaram nos respectivos ofícios as específicas constatações que suportaram as conclusões sobre conduta omissiva de cada qual. Importa consignar que os responsáveis foram ouvidos em audiência por força de determinação contida no Acórdão 944/2010-TCU-Plenário, proferido no TC 002.793/2009-0 como resultado da auditoria realizada nas áreas de recuperação de crédito e de gestão sobre os recursos do FNE;

b) não há que se falar em *bis in idem*, uma vez que o julgamento pela irregularidade das contas dos Srs. Roberto Smith e Paulo Sérgio Rebouças Ferraro refere-se à gestão dos responsáveis no trato com o recurso público no exercício de 2007;

c) as atribuições de cada qual dos responsáveis e a vinculação deles aos fatos restaram descritas nos autos do TC 002.793/2009-0 (peça 231, p. 19-23, peça 232, pp. 9-14 e peça 235, pp. 25-29) e no Acórdão 944/2010-Plenário, item 9.4 e seus subitens, fundamentador das audiências dos responsáveis;

d) se os responsáveis não agiram com dolo, agiram, ao menos, com culpa por negligência, e isso basta para que esta Corte de Contas, com base na responsabilidade subjetiva, cujo elemento essencial é a culpa, julgue suas contas irregulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'b', e 19, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 209, inciso II, do Regimento Interno do TCU;

e) não procede a alegação de que a Controladoria Geral da União tenha aprovado as contas dos responsáveis. Conforme consta dos autos, no certificado de Auditoria, a CGU no Ceará manifestou-se pela irregularidade das contas do Sr. Roberto Smith (peça 18, p. 8-9). No mais, ainda que a CGU se manifestasse pela regularidade das contas, tal posicionamento não vincula esta Corte, uma vez que, de acordo com suas atribuições constitucionais, este Tribunal não está obrigado a seguir eventual entendimento de outros órgãos da Administração Pública, permitindo concluir de forma diferente, porém, fundamentada;

f) a citada decisão judicial não é passível de alterar a conclusão pela irregularidade das contas, haja vista que aqui se trata de ônus do gestor em comprovar a regularidade da aplicação dos recursos públicos, ao passo que as apurações do Ministério Público Federal no inquérito policial e subsequente processo judicial estavam voltadas para a prática de conduta criminal, em instância independente da administrativa nos termos da legislação regente, apta a influir na esfera administrativa apenas se houvesse sentença penal de negativa de autoria do crime ou de inexistência do fato, situação não verificada no caso concreto.

11.1. Com base nessas conclusões, superando as preliminares invocadas pelos recorrentes, entende-se que o acórdão recorrido é regular e válido e, no mérito, à míngua de novos elementos aptos a modificar os fundamentos daquele julgado, há que ser negado provimento aos recursos.

11.2. O Sr. Roberto Smith requer, ao final, que todas as publicações, intimações e/ou notificações sejam feitas, exclusivamente, em nome de NAYANA CRUZ RIBEIRO, OAB-CE 21209-A, com endereço profissional sito na Avenida Ministro José Américo, nº 326, salas 817/818, Quartier Empresarial, Parque Iracema, CEP 60.824-245, Fortaleza/CE, sob pena de nulidade processual, nos termos do artigo 272, parágrafo 2º do Código de Processo Civil (peça 88, P. 23).

11.3. O Sr. Paulo Sergio Rebouças Ferraro requer, ao final, que todas as publicações, intimações e/ou notificações sejam feitas, exclusivamente, em nome dos Drs. Francisco Érico Carvalho Silveira, OAB/CE nº 16.881 e Mario Marrathma Lopes de Oliveira, OAB/CE nº 29.699, ambos com endereço profissional sito na Rua Frei Mansueto, nº 1.101, 4º andar, Aldeota, CEP 60.175-157, Fortaleza/CE, sob pena de nulidade processual, nos termos do artigo 272, parágrafo 2º do Código de Processo Civil (peça 69, p. 2).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I, 33 da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) comunicar aos recorrentes e aos demais interessados, a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.”

É o relatório.