

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Superintendência Regional de Pernambuco do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra-SR-03) em desfavor da Fundação para o Desenvolvimento do Semiárido Brasileiro (Fundesa), além de José Biondi Nery da Silva, como então diretor-executivo da entidade, diante da total impugnação dos dispêndios inerentes ao Convênio CRT/BA nº 11/2005 destinado à “*construção, ampliação, limpeza de açudes, passagens molhadas, estradas vicinais com e sem bueiros, redes de distribuição de água, recuperação de barragens de terra e de alvenaria, adutora, sistema de distribuição de água, instalação de poços, construção e recuperação de poços profundos em 47 projetos de assentamentos, localizados em 21 municípios de estado de Pernambuco*” sob o montante de R\$ 3.635.172,00 por meio do aporte de R\$ 3.233.776,00 em recursos federais e de R\$ 401.396,00 em recursos da contrapartida.

2. Como visto, a vigência do ajuste teria transcorrido durante o período de 22/12/2004 a 26/6/2006 (Peça 2, p. 112 a 118), tendo a prestação de contas final do convênio sido apresentada em 28/8/2006 (Peça 2, p. 116).

3. O Relatório da Controladoria-Geral da União n.º 208042 (Peça 1, p. 21 a 27) apontou as diversas deficiências na execução do aludido ajuste, tendo anotado as seguintes falhas:

(a) finalidade da convenente incompatível com o objeto do convênio;

(b) inobservância das recomendações apontadas no parecer do Procurador Federal, além da formalização do convênio com a entidade sem a comprovada capacidade técnica para a execução do objeto pactuado;

(c) objeto pactuado sobre os municípios situados fora da área de atuação da convenente;

(d) objeto pactuado para a elaboração de projetos não relacionados com as obras previstas; e

(e) custo de itens de serviço em patamar superior aos registrados no Sinapi.

4. O Parecer Técnico do Incra SR-03 nº 3/2009 (Peça 4, p. 199 e 200) apontou algumas pendências sobre as obras executadas pela Fundesa, destacando que, a despeito de ter atestado o recebimento da maior parte dos produtos entregues pela Fundesa, por estarem de acordo com o plano de trabalho do convênio, sobressairia a necessidade de devolução da importância de R\$ 127.933,74 em itens de serviço não realizados sob as seguintes condições: (i) obra da implantação do sistema de abastecimento de água no Projeto de Assentamento de Duas Barras sob o valor de R\$ 25.782,45; (ii) ART de execução da obra para a adutora do Projeto de Assentamento de Libertação (sem o valor especificado); e (iii) passagem molhada no Projeto de Assentamento de Barra Nova sob o valor de R\$ 102.205,29.

5. Por outro lado, o Relatório Final do Tomador de Contas (Peça 6, p. 176 a 183) sugeriu a responsabilização de José Biondi Nery em face da não aprovação da prestação de contas dos recursos federais repassados, tendo apontado o débito sob o valor de R\$ 1.057.840,54 correspondente à totalidade dos recursos efetivamente repassados à convenente, após assinalar que o Convênio nº 11/2005 jamais poderia ter sido celebrado com a Fundesa, em função das seguintes evidências: (i) a entidade privada não dispunha de estrutura para a execução do objeto pactuado; (ii) o projeto básico, o plano de trabalho e o cronograma de desembolso não estariam em sintonia com a Instrução Normativa STN n.º 1, de 1997; (iii) não teria sido apresentado o laudo de impacto ambiental; e (iv) parte das obras incluídas no plano de trabalho estaria localizada na zona da mata em Pernambuco e, desse modo, não estaria em linha com a finalidade da Fundesa (restrita às regiões de clima semiárido).

6. No âmbito do TCU, a unidade técnica promoveu, inicialmente, a regular citação da Fundesa e do seu então diretor executivo (José Biondi Nery), além de Maria de Oliveira, como então superintendente regional do Incra-SR-03, em face do dano ao erário sob o valor total repassado; mas a Fundesa deixou transcorrer **in albis** o prazo para a produção da correspondente defesa, passando à condição de revel perante o TCU, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei n.º 8.112, de 1992, ao passo que

José Biondi Nery e Maria de Oliveira teriam apresentado as suas defesas às Peças 22 e 30, respectivamente.

7. De toda sorte, após a análise inicial dessas alegações de defesa, a unidade técnica pugnou pela irregularidade das contas da Fundesa, além de José Biondi Nery e Maria de Oliveira, para a condenação em débito e em multa, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.443, de 1992, sob as seguintes condições:

(a) o débito sob o valor de R\$ 585.774,54 ante a responsabilidade solidária da Fundesa e de José Biondi Nery da Silva decorreria da ausência de documentação comprobatória na prestação de contas;

(b) o débito sob o valor de R\$ 127.933,74 ante a responsabilidade solidária da Fundesa, além de José Biondi Nery e Maria de Oliveira, decorreria do pagamento por itens de serviço não executados; e

(c) o débito sob o valor de R\$ 116.806,18 ante a responsabilidade da Fundesa decorreria da não-comprovação sobre a aplicação da contrapartida.

8. O MPTCU, todavia, sugeriu alguns ajustes na matriz de responsabilização elaborada pela então Secex-PE, além de correções nas datas de referência dos débitos, sugerindo, ainda, que as empresas executoras dos itens de serviço (Alves e Ramo Construtora Ltda. e Edificarte Construtora e Incorporadora Ltda.) fossem incluídas como responsáveis solidárias pela parcela do débito apurado nesta TCE, diante do recebimento pelos itens de serviço não previstos no aludido ajuste: “recuperação de poço existente” e “complementação da instalação de um poço”.

9. Diante disso, foi proferido o despacho à Peça 56 nos seguintes termos:

“(…) Acompanho o parecer emitido pelo Ministério Público junto ao TCU (Peça nº 55) e, assim, determino a restituição do processo à unidade técnica para que realize as medidas saneadoras necessárias à apuração da responsabilidade solidária das empresas noticiadas nos autos, já que receberam pagamentos indevidos, além de a unidade técnica corrigir os eventuais equívocos nas datas de referência dos correspondentes débitos, promovendo as novas citações relativamente aos pagamentos irregulares que possam ter ocorrido antes ou depois de 18/11/2005, como data inerente ao quarto e último repasse financeiro, vez que adotada uniformemente como data de referência para a atualização monetária dos débitos.”

10. A unidade técnica providenciou, então, a citação complementar da Fundesa e do seu então diretor executivo (José Biondi Nery), além de Maria de Oliveira, como então superintendente regional do Incra-SR-03, e das empresas (Alves e Ramo Construtora Ltda. e Edificarte Construtora e Incorporadora Ltda.).

11. Tendo sido promovida essa citação complementar, as aludidas empresas (Alves e Ramo Construtora Ltda. e Edificarte Construtora e Incorporadora Ltda.) deixaram transcorrer **in albis** o prazo para a produção da correspondente defesa, passando à condição de revéis perante o TCU, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei n.º 8.112, de 1992, tendo os demais responsáveis apresentado, no entanto, as suas defesas às Peças 113 (Fundesa), 22 e 99 (José Biondi Nery) e 30 e 106 (Maria de Oliveira).

12. De todo modo, após a análise final do feito, a unidade técnica pugnou pela irregularidade das contas da Fundesa e de José Biondi Nery para condená-los em débito, sem prejuízo de pugnar pela irregularidade das contas de Maria de Oliveira, sem a imputação, contudo, do débito, além de pugnar pela exclusão das aludidas empresas na presente relação processual, tendo o MPTCU anuído a essa proposta.

13. O TCU pode incorporar o parecer da unidade técnica a estas razões de decidir.

14. Ocorreu que, a despeito de o Relatório Final do Tomador de Contas (Peça 6, p. 176 a 183) ter inicialmente indicado a total impugnação dos dispêndios incorridos no Convênio CRT/BA nº 11/2005, a unidade técnica assinalou que não subsistiriam os suscitados fundamentos para a fixação do valor do débito pelo total dos recursos repassados, destacando, para tanto, que a mera celebração do ajuste em desacordo com a recomendação da área técnica do Incra-SR-03 não figuraria como razão suficiente para invalidar os itens de serviço eventual executados pela Fundesa, além de esses itens de

serviço terem resultado em benefício para a população local, de sorte que o valor do débito deveria corresponder aos itens de serviço pagos e não executados e aos itens de serviço sem a devida comprovação documental no bojo da correspondente prestação de contas, estando tudo isso em sintonia com as citações realizadas.

15. A unidade técnica assinalou, ainda, que não subsistiria o suscitado débito inicialmente imputável às aludidas empresas, ante a suposta falta de execução dos itens de serviço (recuperação de poço existente e complementação da instalação de um poço), tendo, para tanto, anotado a seguinte constatação:

- (a) teria sido constatada a integral execução dos respectivos itens de serviço;
- (b) suposta irregularidade apontada no Parecer Financeiro (Peça 5, p. 51) sem o respaldo nos elementos consignados no processo;
- (c) previsão na planilha orçamentária para a realização dos suscitados itens de serviço (Peça 2, p. 26); e
- (d) Laudo de Acompanhamento de Execução de Infraestrutura (Peça 3, p. 32 e 33), além do Termo de Recebimento Definitivo das Obras (Peça 22, p. 78) e do projeto aprovado (Peça 3, p. 33 e 188), indicando a execução dos aludidos itens de serviço.

16. Restaria adequada, então, a proposta da unidade técnica para a exclusão dessas empresas na presente relação processual.

17. A unidade técnica propôs, contudo, a parcial rejeição das defesas oferecidas por José Biondi Nery da Silva, tendo, para tanto, anotado a seguinte manifestação:

- (a) a jurisprudência do TCU estaria firmada no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, podendo esse entendimento ser aplicado ao presente caso concreto;
- (b) o responsável não apresentou quaisquer elementos capazes de elidir as irregularidades atinentes ao pagamento por itens de serviço não executados, com a exceção para os itens de serviço em “recuperação de poço existente” e “complementação da instalação de um poço”;
- (c) a prestação de contas foi formalizada com evidentes irregularidades, até porque sobressairiam as falhas nos dispêndios sob as seguintes condições: (i) realização de serviços de fiscalização pela própria Fundesa sob o valor total de R\$ 357.680,51, sem a apresentação de quaisquer documentos comprobatórios; (ii) itens de serviço não efetivamente comprovados e não previstos no plano de trabalho (serviços de contabilidade do Incra sob o valor de R\$ 1.284,47 e pagamento de diárias sob o valor de R\$ 28.530,31);

18. Na mesma linha, a unidade técnica pugnou pela parcial rejeição das defesas oferecidas pela Fundesa, tendo assinalado, para tanto, a seguinte manifestação:

- (a) não subsistiria a alegada decadência decorrente da análise da prestação de contas fora do prazo em sintonia, aliás, com a jurisprudência do TCU no sentido de que o eventual atraso na fase interna da tomada de contas especial não repercutiria na fase externa da TCE (v.g.: Acórdãos 874/2016 e 690/2017, da 1ª Câmara);
- (b) a responsável não apresentou quaisquer elementos capazes de elidir as irregularidades atinentes ao pagamento por itens de serviço não executados e por itens não previstos no plano de trabalho;
- (c) não teria sido comprovada a integral aplicação da contrapartida pela entidade conveniente, resultando no adicional débito sob o valor de R\$ 116.806,18; e
- (d) não subsistiria a suposta impossibilidade de responsabilização da entidade conveniente, até porque a Súmula nº 286 do TCU indicaria que: “a pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos.”

19. A unidade técnica pugnou, ainda, pela parcial rejeição das defesas oferecidas por Maria de Oliveira, sem lhe imputar, contudo, o eventual débito, tendo anotado, para tanto, a seguinte manifestação:

(a) não deveria responder, ante a natureza da sua função, pelo débito de R\$ 127.933,74 nas duas obras: (i) implantação do sistema de abastecimento de água no Projeto de Assentamento de Duas Barras (não executada); e (ii) passagem molhada no Projeto de Assentamento de Barra Nova (execução não aceita);

(b) a não execução do sistema de abastecimento de água no Projeto de Assentamento de Duas Barras teria decorrido da inexistência do fornecimento de energia elétrica na região e isso não decorreria da ausência de capacidade da convenente, cabendo, todavia, a devolução dos correspondentes recursos pela Fundesa;

(c) a referida passagem molhada figuraria como falha isolada, tendo as outras 46 obras previstas sido entregues ao Incra, e, assim, não deveria resultar na responsabilização da gestora do Incra; e

(d) subsistiria a irregularidade, no entanto, pela assinatura do convênio com a Fundesa em desconformidade com o parecer jurídico no âmbito do Incra.

20. Bem se sabe que, em sintonia, entre outros, com os Acórdãos 1.194/2009 e 3.991/2015, da 1ª Câmara, os Acórdãos 27/2004, 6.235/2013 e 3.223/2017, da 2ª Câmara, e os Acórdãos 11/1997 e 997/2015, do Plenário, a jurisprudência do TCU estaria firmada no sentido da pessoal responsabilidade do gestor pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais recebidos mediante convênio ou instrumentos congêneres, submetendo todo aquele que utiliza ou gerencia os recursos públicos ao dever de demonstrar o correto emprego dos valores federais, nos termos dos arts. 70, parágrafo único, e 37, **caput**, da Constituição de 1988 e do art. 93 do Decreto-Lei n.º 200, de 1967; sem prejuízo de, nos termos da Súmula n.º 286 do TCU, a pessoa jurídica de direito privado também responder como destinatária dos recursos federais, em solidariedade com os seus administradores, pelo dano causado ao erário em face da ausência de efetiva comprovação da boa aplicação desses recursos públicos.

21. Por esse prisma, e diante, especialmente, da falta do necessário nexos causal entre os aludidos recursos federais repassados e os supostos dispêndios incorridos no aludido convênio, a ausência de elementos suficientes para demonstrar a boa e regular aplicação dos aludidos recursos federais, com a efetiva impugnação dos malsinados dispêndios supostamente incorridos no referido ajuste, resultou na efetividade da presunção legal de dano ao erário e, assim, restaria adequada a proposta da unidade técnica e do MPTCU no sentido da irregularidade das contas dos responsáveis para a subsequente condenação em débito.

22. Subsistiria, enfim, a eventual prescrição da pretensão punitiva do TCU sobre o presente caso concreto, nos termos do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, diante do transcurso de mais de dez anos entre a ordem para as originais citações no âmbito do TCU, em 10/11/2016, e a data fatal para a prestação de contas final do aludido convênio, em 28/8/2006 (Peça 2, p. 116).

23. Eis que, por meio do aludido Acórdão 1.441/2016 proferido na Sessão Extraordinária de 8/6/2016, o Plenário do TCU firmou o seu entendimento no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva deve seguir a regra geral do prazo decenal, contado a partir do fato, em linha com o art. 205 do Código Civil brasileiro, interrompendo a contagem do aludido prazo com a ordem de citação, nos termos do art. 240, **caput**, da Lei n.º 13.105 (Código Processual Civil), de 2015.

24. Sem prejuízo, todavia, do respeito a esse entendimento do TCU, deve ser reiterada a minha ressalva já registrada em vários outros julgados do Tribunal no sentido de que, na ausência de lei específica, o TCU não deveria aplicar qualquer prazo prescricional sobre a referida pretensão punitiva ou, então, na pior das hipóteses, o Tribunal deveria aplicar a regra prescricional fixada pela Lei n.º 9.873, de 1999, não só porque ela trata diretamente de prescrição no âmbito do direito administrativo sancionador, mas também porque, entre outras medidas, a aludida lei manda aplicar o prazo prescricional penal, quando a infração administrativa também configure crime, além de determinar expressamente que, diante de ilícito continuado ou permanente, a contagem do prazo deve iniciar a partir da cessação do aludido ilícito.

25. A despeito, pois, de registrar essa minha posição pessoal, o TCU deve deixar de pugnar pela pronta aplicação da multa legal em desfavor dos três responsáveis, nos termos do aludido Acórdão 1.441/2016-Plenário.

26. Não subsistiria, contudo, a eventual necessidade de promover o retorno do presente processo para buscar a citação de outros eventuais responsáveis, estando esse entendimento, aliás, em plena sintonia com a jurisprudência fixada pelo TCU a partir, por exemplo, dos Acórdãos 4.002/2020 e 5.297/2013, da 2ª Câmara, e dos Acórdãos 1.170/2017 e 1.223/2015, do Plenário, já que a ausência dessa nova citação não resultaria em prejuízo à defesa do atual responsável, não só porque o presente processo já estaria em plenas condições de efetivo julgamento pelo TCU, mas também porque a solidariedade passiva seria legalmente erigida em favor do ente estatal credor, e não das eventuais pessoas privadas devedoras, podendo, se for o caso, o atual condenado ajuizar a superveniente ação regressiva em desfavor de outros eventuais responsáveis supostamente coobrigados.

27. De todo modo, como a malsinada irregularidade configuraria a eventual conduta dolosa no sentido de efetivamente assumir o risco de facilitar, permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada incorpore ou utilize rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial da administração pública, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis, resultando no eventual ilícito doloso de improbidade administrativa causador do aludido prejuízo ao erário, nos termos, por exemplo, do art. 10, I e II, da Lei n.º 8.429, de 1992, a eventual prescrição da ação de ressarcimento ao erário não subsistiria, estando esse entendimento em plena consonância com a jurisprudência fixada pelo STF no bojo do RE 852.475-SP, com o trânsito em julgado a partir de 6/12/2019, diante da Tese de Repercussão Geral n.º 897 no sentido de que “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

28. Diante, portanto, dos elementos de convicção até aqui obtidos neste processo, o TCU deve julgar irregulares as contas de José Biondi Nery da Silva, em solidariedade com a Fundação para o Desenvolvimento do Semiárido Brasileiro (Fundesa), para condená-los ao pagamento do correspondente débito, além de julgar irregulares as contas de Maria de Oliveira, sem a imputação aí do eventual débito, deixando, contudo, de lhes aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, em face da prescrição da pretensão punitiva do TCU.

Ante o exposto, pugno pela prolação do Acórdão ora submetido a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 23 de março de 2021.

Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator