

GRUPO I – CLASSE I – 2ª Câmara
TC 033.130.2014-0.

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Entidades/Órgãos: Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Médio São Francisco – Incra SR-29.

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

Representação legal: Breno Muniz Durães Maia (OAB/PE 31.487), Elber Alencar Nery Biondi (OAB/PE 21.906) e outros, representando Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro – Fundesa e José Biondi Nery da Silva.

Sumário: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS E AS DESPESAS REALIZADAS. NÃO COMPROVAÇÃO DA CORRETA APLICAÇÃO DOS RECURSOS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. CONHECIMENTO. RAZÕES INSUFICIENTES PARA ELIDIR AS IRREGULARIDADES. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir, com alguns ajustes de forma, a análise de peça 89 empreendida pelo auditor encarregado do exame do processo no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), a qual contou com a anuência do escalão dirigente da unidade técnica (peças 90 e 91):

“INTRODUÇÃO

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pela Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro – Fundesa (peças 63 a 65) e por José Biondi Nery da Silva (peças 60 e 66), na condição de diretor executivo da Oscip, contra o Acórdão 10.046/2018-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer, transcrito na íntegra abaixo (peça 45):

VISTOS, relatados e discutidos estes autos referentes à Tomada de Contas Especial instaurada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Superintendência Regional do Médio São Francisco – Incra SR-29 em face de irregularidades na execução do Termo de Parceria 5.800/2005, firmado com a Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro – Fundesa, com vistas à realização de obras de infraestrutura em assentamentos.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator:

9.1. julgar irregulares as contas do Sr. José Biondi Nery da Silva e da Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas b e c, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992;

9.2. condenar o Sr. José Biondi Nery da Silva e a Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro, solidariamente, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos

cofres do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

<i>VALOR ORIGINAL (R\$)</i>	<i>DATA</i>
528.167,43	22/12/2005
1.289.783,73	27/07/2006
210.216,27	27/07/2006
561.162,30	27/07/2006
421.322,63	28/09/2006
326.466,91	28/09/2006
448.581,39	15/12/2006
256.180,68	15/12/2006
835.258,89	18/12/2006
371.761,33	21/06/2007
371.761,34	25/06/2007
74.768,67	10/12/2007
91.253,68	10/12/2007

9.3. *aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, individualmente, ao Sr. José Biondi Nery da Silva e à Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do RI/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente Acórdão até a do efetivo recolhimento, caso pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;*

9.4. *autorizar, caso solicitado, o pagamento das dívidas em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, sobre os quais incidirão os correspondentes acréscimos legais (débito: atualização monetária e juros de mora; multa: atualização monetária), esclarecendo ao responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;*

9.5. *autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;*

9.6. *encaminhar cópia deste Acórdão:*

9.6.1. *ao Ministério da Justiça, para adoção das medidas pertinentes no tocante à qualificação da Fundesa como Oscip, nos termos do Decreto 3.100/1999;*

9.6.2. *à Procuradoria da República em Pernambuco, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU.*

HISTÓRICO

2. *Esta tomada de contas especial foi instaurada pela Superintendência Regional do Médio São Francisco - Incra SR-29 em face de irregularidades na execução do Termo de Parceria 5.800/2005, Siafi 533.922 (peça 1, p. 173-187 e plano de trabalho à peça 1, p. 23-29), firmado com a Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro - Fundesa, com vistas à realização de obras de infraestrutura (adutoras, rede de distribuição de água, poço tubular, dessalinizadores, rede elétrica, tratamento de água e estrada vicinal).*

3. *O ajuste vigorou no período de 19/12/2005 a 15/11/2008 (peça 1, p. 219-221, peça 5, p. 27 e 515). Para a sua execução foram repassados recursos federais de R\$ 5.786.685,25, em treze transferências realizadas no período de 22/12/2005 a 10/12/2007 (peça 5, p. 519).*

4. *O Incra SR-29 considerou que a prestação de contas da Fundesa, apesar de incompleta, comprovava a execução de 98% do objeto ajustado (peça 5, p. 213, 286-290 e 492-507).*

5. Diante da ausência de informações precisas sobre quais documentos haviam sido enviados pela Fundesa ao Incra, a título de prestação de contas, e da falta de informações sobre como a prestação de contas incompleta possibilitou o cálculo do prejuízo ao erário, este Tribunal, por meio do Acórdão 6.288/2017-2ª Câmara (rel. Min. Marcos Bemquerer), determinou ao Incra SR-29 que apresentasse informações complementares, avaliasse toda a documentação apresentada pela Fundesa relativa aos exercícios de 2006, 2007 e 2008 e encaminhasse a este Tribunal parecer conclusivo sobre a regularidade desse acervo, porquanto não havia comprovação de que os recursos para a consecução da obra advieram integralmente do termo de parceria (peças 13-17).

6. Em resposta, o Incra SR-29 destacou que a Fundesa havia deixado de apresentar documentos essenciais à prestação de contas do termo de parceria e sugeriu a reprovação total das contas (peça 20, p. 7-8). Nesse sentido, a Secex-PE concluiu que, apesar de ter sido constatada a execução física de 98% do objeto, não havia comprovação de que os recursos repassados foram integralmente destinados ao termo de parceria (peça 22-24).

7. A Fundesa e seu diretor-executivo foram citados (peças 27-30), mas apenas o segundo manifestou-se nos autos (peça 37).

8. A Secex/PE propôs o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis com condenação em débito (peças 39-41).

9. O MP/TCU, o Relator original e o Tribunal concordaram em essência com a proposta da Secex/PE conforme manifestações e disposição do Acórdão 10.046/2018-TCU-2ª Câmara (peças 43, 45, 46 e 47).

10. Passa-se à análise dos recursos de reconsideração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

11. O Ministro-Relator João Augusto Ribeiro Nardes admitiu os recursos de reconsideração, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3 e 9.5 do Acórdão 10.046/2018-TCU-2ª Câmara (peças 67, 68 e 70).

EXAME DE MÉRITO

12. Delimitação:

12.1 Constitui objeto desta análise definir se: (a) a ação de ressarcimento ao erário é prescritível; (b) a pretensão punitiva do Tribunal restou prescrita nos autos; (c) o nexo causal entre os repasses e a execução das obras foi demonstrado nos autos; e (d) houve a individualização da conduta de José Biondi Nery da Silva e se era responsável pela prestação de contas dos recursos financeiros repassados à Fundesa.

Da análise da alegada prescrição da ação de ressarcimento ao erário (peças 60, 63 e 66)

Argumentos

13. José Biondi Nery da Silva alega a prescrição quinquenal da ação de ressarcimento ao erário do débito apurado nos autos. Sustenta que no dia 8/8/2018 o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, nos autos do RE 852.475 (repercussão geral), que o prazo prescricional do ressarcimento ao erário é de cinco anos nos casos de improbidade administrativa (peça 66, p. 1-2).

14. A Fundesa e José Biondi Nery da Silva sustentam a 'decadência' do direito da Administração Pública contestar a prestação de contas e obter o ressarcimento do dano ao erário pelo atraso da análise do Incra sobre a prestação de contas (em desacordo com o prazo estabelecido no art. 31 da IN STN 1/1997) e pelo longo tempo decorrido entre a prestação de contas (apresentada no prazo acordado: 17/11/2008) e a instauração da TCE - 23/9/2013 (peça 60, p. 7-9 e peça 63, p. 2-6).

15. José Biondi Nery da Silva afirma que: (a) não pode ser responsabilizado por irregularidade na prestação de contas verificada muito tempo após a sua entrega e depois da sua saída dos quadros da Fundesa (peça 60, p. 9); (b) a quantificação do débito e sua responsabilização ocorreram somente após duas determinações do Tribunal para que o Incra se

manifestasse sobre os documentos apresentados pela Fundesa (peça 60, p. 9); (c) a falta de acesso a qualquer documento no longo período transcorrido entre sua exclusão dos quadros da Fundesa (2009) e a citação (2017) prejudicou o direito ao contraditório e à ampla defesa (peça 60, p. 7) e (d) o entendimento do TCU é de que a Administração Pública possui prazo indefinido para instaurar a tomada de contas especial, o que viola o princípio da segurança jurídica (peça 60, p. 9-10).

Análise

16. As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Tal matéria foi pacificada neste Tribunal na Súmula nº 282, de 15/8/2012 e em diversas decisões como os Acórdãos 2709/2008-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 2166/2012-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 2169/2013-Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer, 1085/2015-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, e 76/2017-Plenário, rel. Min. Ana Arraes.

17. Tal entendimento também encontra respaldo na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 4/9/2008. Ao apreciar o Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, a Suprema Corte deu à parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal a interpretação de que as ações de ressarcimento são imprescritíveis. O eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, destacou:

'No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º da Constituição de 1988, segundo o qual:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva:

(...) 'A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento'. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non succurrit ius).

4. A temática aqui analisada trata exclusivamente de interpretação de dispositivo constitucional. Considerando que o STF, intérprete maior e guarda da Constituição, já se manifestou no sentido de que a parte final do § 5º do art. 37 da Carta Política determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, não me parece razoável adotar posição diversa na esfera administrativa.

5. Destarte, retifico o meu entendimento e acompanho os posicionamentos do Ministro Marcos Bemquerer Costa e do Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, ora corroborados pelo Supremo Tribunal Federal.'

18. A alegada prescrição da ação de ressarcimento ao erário fundamentada na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) proferida no âmbito do RE 852.475 não merece prosperar, porque aquela Corte Constitucional adotou a tese da prescribibilidade quinquenal e da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de atos dolosos tipificados na Lei 8.429/1992, o que não atinge os processos de controle externo deste Tribunal de Contas, porque estes não se originam de ações de improbidade administrativa (objeto daquela deliberação do STF) e também em razão da independência das instâncias judiciais e

desta Corte de Contas. Nesse sentido são os Acórdãos TCU 10.830/2018-1ª Câmara (rel. Min. Vital do Rego), 1.858/2018-Plenário (rel. Min. José Múcio Monteiro) 2.860/2018-2ª Câmara (rel. Min. Aroldo Cedraz), 2983/2016-1ª Câmara (rel. Min. Bruno Dantas), 6903/2018-2ª Câmara (rel. Min. Ana Arraes), 131/2017-Plenário (rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), 940/2019-2ª Câmara (rel. Min. Aroldo Cedraz) e 344/2015-Plenário (rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

19. A alegada 'decadência' do direito da Administração Pública contestar a prestação de contas e obter o ressarcimento do dano causado por atraso do Incra na análise das contas (em ofensa ao prazo do art. 31 da IN STN 1/1997) e pelo longo tempo decorrido entre a prestação de contas (17/11/2008) e a instauração da TCE (23/9/2013) não merece acolhimento.

20. Primeiro, porque o art. 31 da IN STN 1/1997 não fixou prazo prescricional ou decadencial. Segundo, porque o direito de a União obter ressarcimento contra atos lesivos ao erário é imprescritível, como demonstrado acima.

21. Terceiro, porque eventuais falhas na fase interna da tomada de contas especial, por si só, não contaminam o processo no âmbito do TCU, momento em que o responsável pode exercer seu amplo direito de defesa. Nesse sentido são os Acórdãos 589/2009-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 4737/2008-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Augusto Sherman, 310/2010-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 653/2017-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Augusto Nardes, 6051/2010-TCU-2ª Câmara, rel. Min. José Jorge, 1787/2014-TCU-Plenário, rel. Min. José Jorge e 874/2016-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Benjamin Zymler.

22. A intempestividade na formalização de processo de tomada de contas especial não gera nulidade processual ou preclusão em benefício dos recorrentes, mas pode ser considerada grave infração à norma legal para fins de responsabilização da autoridade administrativa competente. Tal entendimento ampara-se nos Acórdãos 690/2017-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas, 6531/2016-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas, 9789/2017-1ª Câmara, rel. Min. Benjamin Zymler, 1768/2007-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Augusto Nardes, 3380/2008-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Guilherme Palmeira e 2011/2007-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Augusto Nardes.

23. A quantificação do débito e a responsabilização de José Biondi Nery da Silva foram verificadas após a citação e no exame de suas alegações de defesa no âmbito deste Tribunal no exercício de sua competência para julgar o mérito das contas dos administradores e demais responsáveis por recursos federais, nos moldes do art. 71, inciso II, da Constituição Federal.

24. O mero transcurso de tempo entre a prestação de contas (17/11/2008, peça 5, p. 151) e a citação de José Biondi Nery da Silva (14/11/2017, peças 27 e 29) não permite de maneira automática inferir prejuízo a sua defesa, o qual deve ser efetivamente demonstrado pelo responsável com a indicação do obstáculo ou dificuldade concreta que implicou o prejuízo alegado, conforme entendimento consignado nos Acórdãos 1509/2015-TCU-1ª Câmara, rel. Min. José Múcio Monteiro, 298/2019-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz, 1304/2018-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas, 6.990/2014-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 444/2016-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Augusto Nardes, 1.509/2015-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 10.452/2016-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Marcos Bemquerer, 8.044/2016-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Marcos Bemquerer, e 1.460/2016-TCU-Plenário, rel. Min. Ana Arraes.

25. A alegação de que o responsável, por ter sido excluído da diretoria da Fundesa em 20/2/2009 (peça 60, p. 9) e dos quadros da referida Oscip em 19/3/2010 (peça 60, p. 9), não teve acesso a qualquer documento carece de lastro documental. Ademais, eventuais dificuldades do responsável na obtenção dos documentos necessários à prestação de contas dos recursos geridos, se não resolvidas administrativamente, devem ser por ele levadas ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de ação própria, uma vez que a responsabilidade pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos é pessoal do Sr. José Biondi Nery da Silva.

26. *A irregularidade em questão – não comprovação da boa e regular gestão dos recursos recebidos (vide citação à peça 27 e voto condutor do Acórdão 10.046/2018-TCU-2ª Câmara à peça 46, p. 3) – originou-se da não apresentação de documentos que deveriam ter sido elaborados ao longo da execução do convênio ou, no mais tardar, até o prazo final para prestação de contas. Desse modo, a existência e a disponibilidade desses documentos, que deveriam ter sido fornecidos em prazo certo, não foi influenciada pelo tempo decorrido após a apresentação das contas.*

27. *Por fim, registra-se que não procede a afirmação de que o entendimento do Tribunal é no sentido de que a Administração Pública tem prazo indefinido para instaurar a tomada de contas especial. Os prazos e demais procedimentos para a instauração, a organização e o encaminhamento ao TCU dos processos de tomada de contas especial constam da Instrução Normativa TCU 71/2012.*

28. *Desse modo, não há como acolher a preliminar apresentada.*

Da análise da alegada prescrição da pretensão punitiva do Tribunal (peças 60 e 66)

Argumentos

29. *José Biondi Nery da Silva alega a prescrição da pretensão punitiva do TCU porquanto a assinatura do termo de parceria, seu único ato como diretor executivo da Fundesa, ocorreu em 2005 e sua citação em 14/11/2017, o que demonstra o transcurso do prazo decenal da prescrição estabelecido no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário. Afirma que o relatório encaminhado pelo Relator original reconheceu a referida prescrição (peça 60, p. 10-11 e peça 66, p. 1-2).*

Análise

30. *A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal subordina-se ao prazo decenal do art. 205 da Lei 10.406/2002, contado a partir da data da ocorrência da irregularidade sancionada, conforme o disposto no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.*

31. *O relatório encaminhado pelo Relator original fez referência aos itens 54 e 55 do exame técnico da Secex-PE (peça 47, p. 6-7). A unidade técnica entendeu que houve a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal ao considerar a assinatura de José Biondi Nery da Silva no termo de parceria como a data da ocorrência da irregularidade. Assim, apontou em seu exame (peça 39, p. 10 e peças 40-41) que havia se passado mais de dez anos entre a data da ocorrência da irregularidade (19/12/2005, peça 1, p. 187) e a data de autorização da citação (27/10/2017, peça 24).*

32. *Ocorre que a irregularidade apurada nesta TCE, passível de sanção nos termos da citação (peça 27), refere-se à não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos por meio do Termo de Parceria 5.800/2005, haja vista a não apresentação da documentação comprobatória referente à prestação de contas (exercícios 2006, 2007 e 2008) dos recursos financeiros transferidos.*

33. *A cláusula quinta do termo de parceria (peça 1, p. 181-183) previa que a prestação de contas deveria ocorrer até sessenta dias após o fim da vigência do ajuste (no caso de o prazo de vigência ser inferior ao ano fiscal) ou até 28 de fevereiro do exercício subsequente (na hipótese de a vigência ser maior que um ano fiscal).*

34. *A avença vigeu até 15/11/2008 (peça 5, p. 27 e 515), de modo que, a teor da cláusula quinta do ajuste, a prestação de contas deveria ter sido apresentada até 15/1/2009. Assim, o dia que configurou o termo inicial para a contagem do prazo prescricional foi 16/1/2009 que representa o exato momento em que os responsáveis tornaram-se inadimplentes com a documentação necessária à comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos que lhes foram transferidos pela União.*

35. *Como o ato ordinatório das citações deu-se em 27/10/2017 (peça 24), quando transcorridos menos de dez anos desde a data (16/1/2009) em que a irregularidade se originou*

no plano fático, entende-se que não restou caracterizada a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal.

36. Assim, não há como acolher a preliminar apresentada.

Da análise do nexa causal entre os repasses financeiros e a execução das obras (peça 60, p. 11-14 e peça 63, p. 3-6)

Argumentos

37. José Biondi Nery da Silva alega que: (a) a cobrança da integralidade dos recursos repassados à Fundesa caracteriza o enriquecimento ilícito e imotivado da Administração Pública pois 98% das obras avençadas foram concluídas, entregues e recebidas pelo Incra (peça 60, p. 12-13); (b) é possível o aproveitamento dos 98% das obras executadas, o que implica a redução do débito à fração não realizada (2%), conforme instrução do TC 025.024/2016-7 que trata de caso idêntico ao destes autos (peça 60, p. 12-13); (c) a não entrega dos 2% das obras e serviços deveu-se a furtos e atos de vandalismo ocorridos nos PA de Serra do Capim e Vitória, conforme informado em ofícios da Fundesa (peça 60, p. 13-14).

38. A Fundesa alega que: (a) cumpriu as obrigações do termo de parceria, atendeu a finalidade pública e social e executou 98% do objeto avençado, conforme recebimento e aprovação das obras pelo Incra (peça 63, p. 3-5); (b) as irregularidades formais identificadas na prestação de contas requerem apenas ressalvas no julgamento pela regularidade das contas, nos termos dos arts. 16, inciso II, 17 e 18 da Lei 8.443/1992 e conforme jurisprudência do TCU (peça 63, p. 4-5); (c) não há comprovação de desvio de finalidade na aplicação dos recursos ou de locupletamento indevido por parte da Fundesa (peça 63, p. 5-6); (d) o TCU tem responsabilizado a entidade particular conveniente quando se comprova que ela se beneficiou da aplicação irregular de recursos federais, o que não ocorreu nestes autos (peça 63, p. 6).

Análise

39. Sabe-se que a comprovação da boa e regular aplicação de recursos públicos transferidos mediante convênio e outros instrumentos congêneres evidencia-se mediante a execução física e a execução financeira da avença, acompanhada do nexa de causalidade entre uma e outra. Nesse sentido são os Acórdãos 3223/2017-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Marcos Bemquerer, 6098/2017-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Benjamin Zymler, e 997/2015-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

40. Não houve por parte do Tribunal qualquer contestação quanto à execução física do objeto.

41. O Despacho 003/2009-SR-29/DI/Engenharia da Superintendência Regional do Médio São Francisco SR-29 (peça 5, p. 286-290), as visitas técnicas realizadas pelo Incra (peça 1, p. 201-207, 353-361, 363-371, 387-389, peça 2, p. 191-197, 199-209, 211-227, 233, 341-347, 353-361, peça 3, p. 19-25, 27-39, 41-57, peça 4, p. 21-25, 33-37, 113-117, 257-265, 301-313, 392-403, peça 5, p. 33-41, 43-73, 143-149), os termos de aceitação provisória (peça 4, p. 185-207, 249-253, 295-297, peça 5, p. 87-95, 105, 139 e 216) e os termos de aceitação definitiva das obras e serviços (peça 4, p. 221-237, 383-387, peça 5, p. 264-278 e 284) apontaram a execução física de 98% do total previsto no ajuste.

42. A causa do débito foi a ausência do nexa causal entre os repasses federais e a execução física do objeto, conforme o ofício de citação (peça 27, p. 1) e o voto condutor do acórdão recorrido (itens 29 a 31 da peça 46, p. 5-6).

43. Os argumentos recursais fundamentados na execução física do objeto do termo de parceria são incapazes de comprovar o mencionado nexa causal, motivo pelo qual não se fará sua análise. O nexa financeiro pode ser demonstrado por documentos fiscais como notas de empenho, ordens bancárias, cheques, recibos, notas fiscais e extratos bancários, que confirmem a utilização dos recursos da União no ajuste.

44. Constam dos autos os seguintes documentos: relatório de execução físico-financeira, relatório de execução da receita e despesa, relatório contábil analítico do exercício de 2007

(peça 5, p. 155-201 e peça 12, p. 6-30), notas de empenho (peça 1, p. 75, 157, 161, 229, 233, 237, 271, 275, 297, peça 2, p. 151, 155, 159, 161, 165, 167, 169, 273, peça 3, p. 219, 221, 253), Contrato 08/2006 (peça 2, p. 5-19), nota fiscal 202 (peça 2, p. 301), nota fiscal 698037 (peça 5, p. 83-85) e comprovantes de pagamento (peça 2, p. 369, 389, 393, 401).

45. Ocorre que tais documentos são insuficientes para demonstrar o liame entre os recursos federais repassados à Fundesa e as obras e serviços executados.

46. Ainda que haja aproveitamento da parte executada para fins de atendimento aos objetivos do termo de parceria, a falta de comprovação do nexo financeiro impede a redução do valor do débito, visto que não há como garantir que a consecução física se deu por meio dos recursos transferidos à Fundesa por meio do Termo de Parceria 5.800/2005.

47. O processo TC 025.024/2016-7 do qual José Biondi Nery da Silva alega tratar de caso idêntico ao destes autos ainda não foi apreciado pelo Tribunal (consulta no e-tcu em 30/5/2019).

48. O repasse de recursos do Termo de Parceria 5.800/2005 à Fundesa levou à responsabilização solidária da Oscip com seu gestor pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos (Súmula TCU 286). Não houve responsabilização da Fundesa por desvio de finalidade na aplicação dos recursos ou locupletamento indevido.

49. Assim, remanesce a não comprovação do nexo entre os recursos repassados à Fundesa e as obras e serviços executados.

Da alegada ausência de individualização da conduta de José Biondi Nery da Silva e de sua responsabilidade pela prestação de contas dos recursos do termo de parceria (peça 60)

Argumentos

50. José Biondi Nery da Silva alega que:

(a) a Súmula TCU nº 286 estabeleceu a responsabilização solidária dos administradores, no entanto, José Biondi Nery da Silva, diretor-executivo da Fundesa, foi o único incluído no processo. A referida súmula atribuiu a responsabilidade dos administradores e não do diretor-executivo, presidente ou de quem assinou o termo de parceria (peça 60, p. 4);

(b) não houve a individualização de sua conduta e a responsabilização individualizada dos administradores da Fundesa: conselho curador, diretores e responsável técnico pelo termo de parceria (peça 60, p. 4-6);

(c) o diretor-executivo tinha poderes de representação da instituição, mas não respondia por todos os atos praticados pela Fundesa, que possuía em seus quadros diversos profissionais e departamentos com funções definidas (peça 60, p. 5);

(d) inexistia prova da responsabilidade do diretor-executivo pela prestação de contas, a qual cabia única e exclusivamente à Fundesa (peça 60, p. 4-6);

(e) as atas de reunião do conselho curador da Fundesa comprovam que o recorrente deixou de ser o diretor-executivo da Oscip em 20/2/2009 e que fora excluído de seus quadros em 19/3/2010 (peça 60, p. 7 e 9).

51. O recorrente contesta o valor da multa de R\$ 500.000,00 (peça 60, p. 11).

Análise

52. O ofício de citação do Sr. José Biondi Nery da Silva descreveu a irregularidade, a conduta individualizada, o nexo causal e os dispositivos violados (peça 27, p. 1-2).

53. Na condição de diretor executivo da Fundesa, representante da Oscip e signatário do termo de parceria (peça 1, p. 173-187), José Biondi Nery da Silva assumiu a responsabilidade pessoal pela observância de suas disposições, incluindo a entrega do objeto avençado e a prestação de contas dos recursos recebidos do parceiro público.

54. Alegar a ausência da expressão 'diretor executivo', 'presidente' ou 'signatário do termo de parceria' na Súmula TCU nº 286 carece de razoabilidade e é incapaz de afastar a responsabilidade do recorrente. Registra-se que o termo 'administradores' contido na súmula refere-se a todas as pessoas detentoras de poder de decisão, gestão ou direção na entidade privada, a qual se enquadra o diretor executivo da Fundesa.

55. A responsabilização de José Biondi Nery Silva, exclusiva entre os administradores da Oscip, não contraria a Súmula TCU n° 286 porquanto não há necessidade de chamamento no processo de controle externo de todos os corresponsáveis por débito perante o erário, uma vez que o instituto da solidariedade passiva é benefício conferido pelo legislador ordinário ao Estado-credor, que pode exigir de um ou de alguns dos devedores o pagamento da integralidade da dívida (arts. 275, 282 e 283 do Código Civil). Logo, o litisconsórcio necessário não configura direito subjetivo do responsável citado, não havendo que se falar em prejuízo processual e aos interesses do recorrente por ele permanecer isoladamente no polo passivo do processo (Acórdãos 842/2017-TCU-Plenário e 2591/2016-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler e Acórdãos 3752/2018-TCU-2ª Câmara e 1337/2017-TCU-Plenário, rel. Min. Ana Arraes).

56. A alegação de que o recorrente havia deixado a direção da Fundesa em 20/2/2009 e que fora excluído de seus quadros em 19/3/2010 não afasta sua responsabilidade. Isto porque, além de ter sido signatário do termo de parceria, José Biondi Nery da Silva recebeu em sua gestão todo o recurso financeiro do ajuste (peça 5, p. 519), bem como procedeu pessoalmente a prestação de contas (17/11/2008, peça 5, p. 151), cujos relatórios de execução físico-financeira e de execução da receita e despesa foram todos por ele assinados (peça 5, p. 155-165).

57. No que se refere ao valor da multa aplicada ao recorrente, a dosimetria observou o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva das sanções, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido. Nesse sentido são os Acórdãos TCU 9402/2015-2ª Câmara, rel. Min. André de Carvalho, 944/2016-Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, 1427/2015-Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, e 1484/2016-Plenário, rel. Min. Bruno Dantas.

58. Assim, não há como acolher as razões apresentadas.

OBSERVAÇÃO

59. José Biondi Nery da Silva informou o endereço de seu procurador para correspondência: Avenida Governador Agamenon Magalhães, n° 3341, salas 605/606, Empresarial Tacaruna, Torreão, Recife/PE. CEP 52030-210 (peça 60, p. 1).

CONCLUSÃO

60. As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, da Súmula TCU n° 282 e de farta jurisprudência do Tribunal.

61. A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 852.475/STF, que adotou a tese da prescritibilidade quinquenal e da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de atos dolosos tipificados na Lei 8.429/1992, não atinge os processos de controle externo deste Tribunal de Contas, uma vez que estes não se originam de ações de improbidade administrativa (objeto daquela deliberação do STF) e também em razão da independência das instâncias judiciais e desta Corte de Contas.

62. Eventuais falhas na fase interna da tomada de contas especial, por si sós, não contaminam o processo no âmbito do TCU.

63. José Biondi Nery da Silva não apresentou os documentos que deveriam ter sido elaborados até o prazo final da prestação de contas dos recursos recebidos por meio do Termo de Parceria 5.800/2005, Siafi 533.922 e não demonstrou, com elementos probatórios, dificuldade concreta à sua defesa originada do tempo decorrido entre a prestação de contas e sua citação. Assim, a existência e a disponibilidade desses documentos não foi influenciada pelo tempo decorrido após a apresentação das contas.

64. A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal subordinada ao prazo decenal do art. 205 da Lei 10.406/2002 (Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler) não restou caracterizada por transcurso inferior a dez anos entre a data da irregularidade - dia

subsequente ao prazo final para a prestação de contas - (16/1/2009) e o ato ordinatório das citações (27/10/2017).

65. A execução física de parte do objeto não é suficiente para demonstrar que os recursos do Termo de Parceria 5.800/2005, Siafi 533.922, foram geridos corretamente, porquanto o nexo causal entre os repasses feitos à Fundesa e a consecução física das obras não restou comprovado nestes autos.

66. O ofício de citação do Sr. José Biondi Nery da Silva descreveu a irregularidade, a conduta individualizada, o nexo causal e os dispositivos violados (peça 27, p. 1-2).

67. Na condição de diretor executivo da Fundesa, representante da Oscip e signatário do termo de parceria (peça 1, p. 173-187), José Biondi Nery da Silva assumiu a responsabilidade pessoal pela observância de suas disposições, incluindo a entrega do objeto avençado e a prestação de contas dos recursos recebidos do parceiro público. Consta dos autos que o recorrente recebeu em sua gestão todo o recurso financeiro do ajuste, bem como procedeu pessoalmente a prestação de contas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

68. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a análise dos recursos de reconsideração interpostos pela Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro - Fundesa e por José Biondi Nery da Silva contra o Acórdão 10.046/2018-TCU-2ª Câmara, propondo-se, com fundamento no artigo 33, da Lei 8.443/1992:

(a) conhecê-los e, no mérito, negar-lhes provimento;

(b) dar ciência às partes, à Procuradoria da República em Pernambuco, aos órgãos/entidades interessados, bem como aos demais cientificados do acórdão recorrido”.

2. O Ministério Público junto a este Tribunal (MPjTCU) manifestou-se de acordo com a unidade técnica, ante as seguintes considerações (peça 92):

“Sem reparos à análise empreendida pela Secretaria de Recursos (Serur) quanto ao mérito dos apelos interpostos pela Fundação para o Desenvolvimento do Semi-Árido Brasileiro (peças 63-65) e por seu então representante, Sr. José Biondi Nery da Silva (peças 60 e 66), contra o Acórdão 10.046/2018-2ª Câmara (Rel. Min. Marcos Bemquerer; peça 45), o Ministério Público de Contas da União adere à proposta de encaminhamento formulada à peça 89, a qual contou com a aquiescência do escalão diretivo da unidade técnica (peças 90 e 91).

2. Sem embargos, e em reforço às conclusões da unidade técnica, entendemos pertinente aduzir as ponderações seguintes acerca da prescritebilidade da pretensão ressarcitória no âmbito dos processos de controle externo, considerando que:

I) o segundo recorrente expressamente evocou decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário 636.886 (peça 66); e

II) houve recente decisão com repercussão geral naquele apelo extremo, posterior à interposição do recurso e sua análise pela Serur.

3. Ao julgar, em 17/4/2020, o mérito do referido tema com repercussão geral, tendo como leading case o Recurso Extraordinário (RE) 636.886, no qual se discutia o alcance da regra estabelecida no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, relativamente a pretensões executórias fundadas em decisões condenatórias de Tribunal de Contas, foi fixada a seguinte tese, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator do RE, cujo entendimento foi seguido pelos demais ministros da Corte Suprema: **‘É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’**.

4. A partir da leitura do voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, este membro do Ministério Público compreende que a decisão do STF não trata diretamente do andamento de TCEs no âmbito da Corte de Contas. Há que se diferenciar o âmbito de atuação do TCU – que representa, no raciocínio ora apresentado, os demais Tribunais de Contas de todas as esferas de governo – dos demais órgãos estatais que, após a formação do título executivo extrajudicial,

exercerão a pretensão executória em juízo, como a Advocacia-Geral da União (AGU) (responsável pela cobrança de multas e débitos a serem recolhidos aos cofres da União, bem como de autarquias e fundações públicas federais) e os órgãos jurídicos próprios de entidades da Administração indireta que deles dispõem (a exemplo das sociedades de economia mista, empresas públicas e conselhos de classe).

5. De todo modo, é possível constatar, à vista do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que a interpretação conferida pela Corte Suprema à matéria constitucional, quanto à inteligência do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, é a da **prescritibilidade, como regra, da pretensão de ressarcimento ao erário**. Segundo constou do item 2 da ementa do acórdão, somente seriam imprescritíveis ‘as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992’ (grifo nosso), conforme tese anteriormente definida na apreciação do Tema 897.

6. Essa exceção à regra da prescritibilidade não seria aplicável à pretensão condenatória exercida no âmbito do processo de contas, diante da ausência de competência dos Tribunais de Contas, constitucional ou legal, para a capitulação dos atos sob sua apreciação como atos dolosos de improbidade administrativa.

7. Isso não impede, contudo, que os Tribunais de Contas, diante de indícios de ato doloso de improbidade administrativa, encaminhem os autos ao Ministério Público comum, para que aquele órgão avalie a viabilidade jurídica de perseguir em juízo o ressarcimento do dano ao erário.

8. Tal possibilidade foi indicada no voto do Ministro Alexandre de Moraes, conforme trecho a seguir:

(...) exurgindo elementos consistentes da atuação consciente e dolosa, no sentido de má gestão e de dilapidação do patrimônio público, abre-se a possibilidade de ajuizamento da **ação civil pública por ato de improbidade administrativa**, na qual (a) os acusados terão plenas oportunidades de defesa e (b) a condenação ao ressarcimento, comprovado o agir doloso, será imprescritível, na forma da jurisprudência desta CORTE. (grifos nossos)

9. O prazo prescricional quinquenal adotado pelo Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do RE 636.886, por sua vez, guarda relação mais específica com a execução judicial de dívida ativa e decorre da aplicação da legislação federal infraconstitucional ao caso concreto sob análise, extrapolando, assim, a matéria constitucional ali apreciada sob a sistemática da repercussão geral, não se revestindo do mesmo alcance ultra partes.

10. Ademais, o processo de contas, de caráter não judicial, não se confunde com a execução judicial que pode ser deflagrada a partir do título executivo extrajudicial caracterizado pela decisão proferida pelo Tribunal de Contas, não podendo lhe ser transpostas, sem qualquer ponderação, as regras de prescrição que se aplicam à segunda.

11. Nesse sentido, ainda que nos pareça necessária a adequação da jurisprudência do TCU à tese fixada pelo STF no Tema 899, no sentido de incorporar o entendimento da prescritibilidade do débito, em revisão do entendimento consagrado na Súmula TCU 282, não nos parece adequada a pronta transposição do prazo prescricional adotado pelo Ministro Alexandre de Moraes naquele caso concreto para a pretensão condenatória exercida por meio do processo de contas.

12. Assim, em coerência com o entendimento consolidado da Corte de Contas quanto à incidência do prazo geral de prescrição do art. 205 do Código Civil, à falta de norma específica, às sanções de sua competência, entendemos que o mesmo pode ser estendido, pelas mesmas razões, para a pretensão condenatória de fins ressarcitórios exercida no âmbito do processo de contas.

13. No caso em exame, consoante concluído pela unidade instrutora à peça 89, bem assim por este membro do Parquet à peça 43, não se operou a prescrição”.

3. Estando o feito em meu gabinete, sobrevieram novos elementos de defesa apresentados pelo Sr. José Biondi Nery da Silva (peça 93), defendendo a aplicação ao caso em exame do entendimento contido na recente decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 636.886/AL e, com isso, requerendo o reconhecimento da ocorrência da prescrição da ação de ressarcimento do dano apurado nestes autos.

É o Relatório.