GRUPO tagGrupo – CLASSE I – tagColegiado.
TC 019.693/2017-6.
Natureza: I - Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial).
Entidade: Genius Instituto de Tecnologia.
Responsáveis: Carlos Eduardo Pitta (115.659.308-51); Genius Instituto de Tecnologia (03.521.618/0001-95); Moris Arditti (034.407.378-53).
Representação legal: Amanda Ferreira Cabral (OAB/SP 444.530), Joao Gabriel Gomes Pereira (OAB/SP 296.798), Ivan Henrique Moraes Lima (OAB/SP 236.578) e outros.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE JULGOU IRREGULARES AS CONTAS DOS RECORRENTES, COM IMPUTAÇÃO DE DÉBITO E APLICAÇÃO DE MULTA. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DE RECURSOS EM RAZÃO DE OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. AUSÊNCIA DE APROVEITAMENTO DA PARCELA EXECUTADA. ARGUMENTOS RECURSAIS INSUFICIENTES PARA MODIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de mérito elaborada no âmbito da Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial – SecexTCE (peça 129), que contou com parecer favorável da chefia imediata (peça 130) e da unidade técnica (peça 131), a seguir transcrita, com ajustes de redação:

> "Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelo Genius Instituto de Tecnologia (peças 101-102) e por Moris Arditti (peças 103-104), contra o Acórdão 13.962/2020-TCU-1ª Câmara (peça 71), sob a relatoria do Ministro Weder de Oliveira, com o seguinte teor:
>
> 9.1. considerar revel o Sr. Carlos Eduardo Pitta, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;
>
> 9.2. rejeitar as alegações de defesa do Sr. Moris Arditti e da Genius Instituto de Tecnologia;
>
> 9.3. julgar irregulares as contas dos Srs. Carlos Eduardo Pitta e Moris Arditti com fundamento nos arts. 16, III, "a" e "c", 19, caput, e 23, III, da Lei 8.443/1992, condená-los, solidariamente, com a Genius Instituto de Tecnologia, ao pagamento das quantias abaixo demonstradas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir da data de ocorrência até o efetivo recolhimento, fixando o prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem, perante este Tribunal, nos termos do art. 23, III, "a", da citada lei e do art. 214, III, "a", do RI/TCU, o recolhimento das dívidas aos respectivos cofres credores:
>
> 9.3.1. Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT)

Valor original (R$)	Data da ocorrência

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

1.260.030,00	17/1/2006
271.990,00	09/07/2007
281.990,00	20/06/2008

9.3.2. Indústria de Material Bélico do Brasil (Imbel)

Valor original (R$)	Data da ocorrência
629.645,00	26/01/2006
137.035,50	05/03/2007
70.000,00	20/04/2007
67.035,50	27/04/2007
137.035,50	25/05/2007
200.000,00	01/06/2007
274.071,00	21/08/2007
74.071,00	02/10/2007
137.035,50	05/10/2007
274.071,00	06/11/2007

9.4. aplicar ao Sr. Moris Arditti a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R$ 63.740,00 (sessenta e três mil e setecentos e quarenta reais) e ao Sr. Carlos Eduardo Pitta Carlos e à Genius Instituto de Tecnologia, individualmente, a multa de R$ 95.610,00 (noventa e cinco mil e seiscentos e dez reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento das quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na forma da legislação em vigor;

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

9.6. enviar cópia desta deliberação à Procuradoria da República no Estado do Amazonas, em cumprimento ao disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992.

HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de tomada de contas especial instaurada pela Financiadora de Estudos e Projetos (Finep) tendo como responsáveis o Genius Instituto de Tecnologia (GIT) e Carlos Eduardo Pitta e Moris Arditti, respectivamente, ordenador de despesas e gerente administrativo-financeiro, e presidente da diretoria estatutária da entidade convenente. O processo decorreu da omissão no dever de apresentação da prestação financeira final relativa aos recursos federais repassados ao referido instituto por meio do convênio 01.05.1008.00 e execução parcial e sem aproveitamento de seu objeto: projeto de pesquisa "Rádio Definido por Software para Comunicações Táticas".

2.1. O ajuste (peça 2, p. 72-86), que vigorou no período de 18/12/2005 a 18/12/2009, previu R$ 2.000.000,00 a serem repassados pela concedente (Finep, com recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT) e R$ 2.000.000,00 a serem repassados pela interveniente (Indústria de Material Bélico do Brasil - Imbel), sob a forma de aporte financeiro.

2.2. Os recursos efetivamente repassados pela Finep totalizaram R$ 1.814.010,00, conforme ordens bancárias emitidas em 13/1/2006, 6/7/2007 e 19/6/2008 (peça 2, p. 563-565). Os valores da contrapartida foram integralmente repassados pela Imbel conforme tabela da peça 2, p. 238, cujos dados são condizentes com os extratos bancários (peça 2, p. 239-246).

2.3. Nesta Corte, após saneamento do feito, com oitiva à Finep, os responsáveis foram ouvidos, em razão das seguintes irregularidades, resumidas no voto condutor da deliberação recorrida na forma abaixo (peça 72, p. 3), imputando-se o débito pelo valor total transferido:

(...) i) não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais, em razão da omissão no dever legal de prestar contas; ii) ausência de funcionalidade do convênio, sem aproveitamento útil da parcela executada e iii) não cumprimento do prazo orginalmente estipulado para prestação de contas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

2.4. Irresignados, Moris Arditti (peças 103-104) e o Genius Instituto de Tecnologia (peças 101-102) interpuseram recursos de reconsideração, em petições praticamente idênticas, requerendo o recebimento do pedido, de modo a que esta Corte venha a (peças 101, p. 34; e 103, p. 39):

> (...) preliminarmente: (i) declarar a ocorrência da prescrição quinquenal administrativa; e subsidiariamente (ii) afastar todas as supostas irregularidades apontadas à conduta do Recorrente, com a consequente (iii) extinção do presente processo; e sucessivamente, (iv) a correta quantificação do suposto dano ao Erário, tendo em vista a boa aplicação dos recursos e a execução do objeto do Convênio; e (v) o sobrestamento do presente processo até que seja realizado o julgamento definitivo dos Embargos de Declaração no RE nº 636.886/AL, de modo a prestigiar a segurança jurídica na aplicação do direito.

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 105-107), ratificados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator, na peça 110, que concluíram pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.3.1, 9.3.2, 9.4 e 9.5 do Acórdão 13.692/2020-TCU-Primeira Câmara, Relator Ministro Weder de Oliveira, aos recorrentes e ao outro responsável condenado em solidariedade com ele, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constituem objetos do recurso as seguintes questões:

a) Se ocorreu a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte ou afronta ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa das partes (peças 101, p. 1-23; e 103, p. 1-23);

b) Se os recorrentes podem ser responsabilizados pelo dano ao erário (peças 103, p. 23-33; e 101, p. 23-28);

c) Se há proporcionalidade na imputação de débito e multas às partes na deliberação recorrida (peças 103, p. 34-39; e 101, p. 28-33).

5. Prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte e afronta ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa das partes (peças 101, p. 4-23; e 103, p. 4-23)

5.1. Os recorrentes afirmam ter ocorrido a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte, além de vícios no procedimento da TCE, que fragilizaram o devido processo legal, contraditório e ampla defesa das partes, impondo-se a modificação do julgado recorrido, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) O Tribunal adota interpretação desvirtuada da tese firmada no Recurso Extraordinário 636.886/AL do Supremo Tribunal Federal (STF), que aguarda o julgamento de embargos de declaração. A Corte entende que o julgado não alcançaria a instauração de TCE ou decisão do TCU, mas apenas ações de execução fundadas em acórdãos condenatórios. O Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que teria uniformizado a jurisprudência sobre a pretensão punitiva desta Casa, tem posicionamento completamente oposto ao colocado pela Suprema Corte (peça 103, p. 4-5);

b) A Instrução Normativa/STN 01/1997, vigente à época, em seu art. 30, determinava que documentos comprobatórios deveriam ser conservados pelo prazo de cinco anos, não se autorizando penalização posterior a esse período. O acórdão recorrido, contudo, considerou que esse dispositivo não se aplicaria ao processo, haja vista que os responsáveis sequer apresentaram prestações de contas. Mas, o prazo prescricional quinquenal continua aplicável, pois não se pode guardar indefinidamente a documentação comprobatória (peça 103, p. 5);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

c) A prescrição quinquenal está presente em diversas normas de direito público, a exemplo dos artigos 1º do Decreto 20.910/1932 e da Lei 9.873/1999, além de inúmeros julgados do Poder Judiciário, em especial o Recurso Extraordinário 636.886/AL, com repercussão geral reconhecida. Nesse precedente, o STF considerou prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas, sem que o acórdão recorrido afastasse essa jurisprudência (peça 103, p. 5-6 e 10-11);

d) O Recurso Extraordinário 669.069/MG, também relatado pelo Ministro Teori Zavascki, deliberou no sentido de que a imprescritibilidade constante do §5º do art. 37 da Constituição Federal alcançaria apenas ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa e não decorrentes de ilícito civil. Como o acórdão recorrido não adentrou ao mérito dos precedentes invocados, teria incorrido em violação a normas processuais civis aplicadas subsidiariamente ao processo nesta Corte (peça 103, p. 6-7);

e) O posicionamento do Tribunal pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, confirmado no acórdão recorrido, não se sustenta, haja vista reiteradas decisões do STF em sentido contrário (peça 103, p. 8);

f) O §5º do art. 37 da Constituição Federal tem alcance limitado às ações judiciais de ressarcimento ao erário, sendo estas imprescritíveis, o que não inclui os procedimentos do TCU (peça 103, p. 9);

g) A razão para a distinção entre ações judiciais de ressarcimento ao erário e processo de tomada de contas reside, como já antecipado, sobre as consequências advindas ao contraditório e à ampla defesa dos jurisdicionados. Isso porque, no processo judicial, o ônus da prova será atribuído à parte que alega a existência do suposto prejuízo. O demandado, por sua vez, estará resguardado por garantias processuais mínimas, inclusive por todos os meios de prova em direito admitidos, as quais serão apreciadas por um juiz imparcial (peça 103, p. 9);

h) Essa lógica não se reproduz nos processos de tomada de contas. O ônus da prova é integralmente alocado ao demandado, sem qualquer garantia de fazer prova pelos mesmos meios e mecanismos admitidos nos processos judiciais. Por essa razão, sustenta-se a inaplicabilidade do dispositivo constitucional, fazendo valer o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto na Lei 9.873/1999, conforme tem decidido o Poder Judiciário (peça 103, p. 9-12);

i) Não há que se falar em imprescritibilidade da imputação de débito de ressarcimento ao erário pelo TCU, no exercício das atividades típicas de controle externo, uma vez que não se trata de ação judicial (peça 103, p. 10);

j) A Secretaria de Recursos do TCU havia sugerido o sobrestamento dos casos pendentes de análise da prescrição até que o Recurso Extraordinário 636.886/AL fosse definitivamente julgado, o que não ocorreu, diante da pendência de análise de embargos de declaração. Além disso, o órgão apontou a Lei 9.873/1999 como parâmetro, conforme já havia sido apontado no julgamento do Mandado de Segurança 32.201 do STF, da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso (peça 103, p. 12);

k) O Ministro Luís Roberto Barroso, no Mandado de Segurança 32.201, destaca a excepcionalidade da imprescritibilidade, restrita à prática de ato de improbidade e presença de dolo, o que não se aplica ao TCU, além de não conferir esta Corte todas as garantias do devido processo legal. Além disso, as exceções à prescritibilidade estão delimitadas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, devendo-se interpretar o texto constitucional com homogeneidade. Logo, ou se aplica o entendimento do STF ou se suspende o feito até o julgamento definitivo do RE 636.886/AL (peça 103, p. 13);

l) A prescrição da pretensão punitiva desta Corte também se operou, tendo o Tribunal se valido indevidamente do prazo decenal para afastar as alegações defesa, com base no art. 205 do Código Civil e nos termos do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler (peça 103, p. 14);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

m) O prazo correto para o cômputo da prescrição punitiva seria o de cinco anos previsto na Lei 9.873/1999, conforme disserta o Ministro Luís Roberto Barroso no Mandado de Segurança 32.201/AL, não cabendo aplicação de normas de direito privado à atuação dos Tribunais de Contas e diante da autonomia científica do Direito Administrativo (peça 103, p. 14-15);

n) O recorrente foi citado inicialmente somente em 30/8/2017 ou 19/12/2019, considerando a segunda citação, sendo que a data inicial da TCE se deu em 18/2/2010, ou seja, decorridos mais de sete anos, estando prescritas as pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte (peça 103, p. 13 e 15-16);

o) O Tribunal vem reiteradamente adotando a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, para suprir lacuna no art. 37, §5º, da Constituição Federal, em analogia *in malam partem*. A pretensão punitiva estatal tem caráter unitário, não podendo o TCU aplicar norma mais gravosa ao jurisdicionado, cuja previsão no ordenamento jurídico se limita a situação de extrema exceção, em afronta a princípios do Direito Sancionatório, preceitos reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência pátrias e em precedentes do próprio TCU (peça 103, p. 16-22);

p) A aplicação da tese da imprescritibilidade para suprir lacuna legislativa no prazo de atuação do TCU é desproporcional, considerando as diversas normas administrativas que existem sobre o a matéria, não cabendo a escolha livre da legislação aplicável (peça 103, p. 21);

q) Pelo procedimento previsto na Instrução Normativa TCU 71/2012, em seus arts. 3º e 4º, a autoridade administrativa responsável deveria, imediatamente, tomar medidas administrativas aptas a caracterização ou elisão do dano. Esgotadas tais medidas, de pronto, deveria ser instaurada TCE para que fosse apurada responsabilidade por ocorrência de dano à Administração Pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obtenção do respectivo ressarcimento (peça 103, p. 22).

r) A TCE foi somente instaurada em 27/01/2017, com a abertura do processo 002/2017 pela FINEP, morosidade reconhecida pelo Controle Interno, que caracteriza afronta à norma legal e sujeita a autoridade omissa às sanções legais e macula a deliberação recorrida (peça 103, p. 22-23).

Análise

5.2. Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar. A incidência da prescrição sobre as pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte assume particular relevância, dado o julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral), que teve julgados e rejeitados recentemente os embargos de declaração interpostos pela União. Os significativos impactos desse julgado foram objeto de análise pela Serur. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 128) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur sobre a matéria, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) Ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que "é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas";

b) As pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

c) Até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime da Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

5.3. Partindo-se dessas premissas, passa-se ao exame da prescrição no caso em exame.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário

5.4. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

5.5. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério se destaca a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

5.6. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se que o próprio tribunal, no acórdão recorrido, reconheceu que não havia se operado a prescrição, conforme o trecho do voto condutor da deliberação recorrida (peça 72, p. 7), com dados confirmados nesta instrução:

24. Relativamente ao exame da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, esta não restou configurada, conforme o acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que uniformizou a jurisprudência acerca dessa questão, fixando o prazo em dez anos, contados entre o fato irregular e o ato de citação/audiência/oitiva dos responsáveis. Neste caso, o prazo para a apresentação da prestação de contas financeira findou em 18/2/2010 e o ato de ordenação da primeira citação ocorreu em 22/8/2017 e a segunda em 3/10/2019.

5.7. Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se que não estariam prescritas não só a possibilidade de aplicação de multas, mas também a de condenação ao ressarcimento do débito ou julgamento pela irregularidade das contas, caso fossem adotados, para ambos os fins, os parâmetros definidos no Acórdão 1.441/2016-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

5.8. Ao se utilizar as premissas estabelecidas pela Lei 9.873/1999, verifica-se que a prescrição também não se operou, restando incólume o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, com imputação de débito e multas.

5.9. A Lei 9.873/1999 prevê a contagem do prazo prescricional a partir da "data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado". Nos casos de não comprovação da regular aplicação de recursos repassados mediante convênios ou instrumentos congêneres, mostra-se mais adequado considerar, como termo inicial da contagem do prazo de prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte, a data limite para entrega da prestação de contas final ou a data da efetiva entrega antecipada da documentação comprobatória. É a partir desse momento processual que tem o Estado a possibilidade de verificar o adequado atingimento dos fins colimados pelo ajuste, estando obrigado, em maior medida, a agir.

5.10. Nessa linha, o Convênio 01.05.1008.00 vigorou até 18/12/2009, com prazo final para prestação de contas em 16/2/2010, conforme cláusula VI do termo de convênio (peça 2, p. 74) e carta aditiva (peça 2, p. 109-111), não tendo os responsáveis apresentado documentação comprobatória final. Portanto, o marco inicial da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte é o dia seguinte ao limite para entrega dos documentos.

5.11. De outra sorte, interrompe-se o prazo prescricional por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato, nos termos do artigo 2º, inciso II, da Lei 9.873/1999. Ao observar os documentos presentes nos autos, especialmente aqueles contidos na peça 2, constata-se que os responsáveis buscaram se evadir das comunicações processuais e a fiscalização do ajuste restou sobremaneira dificultada.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

5.12. Os problemas com a execução de recursos pelo Genius Instituto de Tecnologia começaram já em 2009, levando a Finep a instaurar Grupo de Trabalho, cujo relatório final aprovado em 29/3/2010 recomendava a imediata suspensão dos projetos e da liberação de recursos, além da instauração de TCEs sobre diversos convênios envolvendo a instituição (peça 2, p. 295-301).

5.13. Inclusive, ainda em 2011, o Genius Instituto de Tecnologia já se apresentava na Receita Federal do Brasil como inapto e de localização desconhecida. Dessa forma, diante das opções da Finep para buscar informações e investigar as irregularidades envolvendo os recursos do Convênio 01.05.1008/00, a localização dos acusados e da documentação se constituía em elemento essencial para apuração dos fatos.

5.14. Com isso, em 17/6/2013, após inúmeras tentativas de localização e notificação dos responsáveis e obtenção de documentação comprobatória, a Finep, por meio de comunicação eletrônica elaborada por Rosilene Matos Domingues, do Departamento de Prestação de Contas do órgão, entrou em contato com Moris Arditti e Carlos Pitta, dentre outros gestores do Genius, com a seguinte mensagem (peça 2, p. 330):

> Estamos com alguns instrumentos seguindo o rito para Tomada de Contas Especial (TCE) e, desta forma, visando obter informações e/ou documentos adicionais que possam contribuir para elucidação e/ou melhor instrução processual, reforço a solicitação para indicação de endereço para correspondência.

5.15. Por certo, diante das circunstâncias em que se encontrava o processo de fiscalização das irregularidades relacionadas ao Genius, esse documento configura ato inequívoco, com a finalidade de apuração dos fatos, na forma contida no art. 2º, inciso II, da Lei 9.873/1999, interrompendo-se a prescrição.

5.16. Destaque-se que, em 13/5/2014, Carlos Eduardo Pitta, administrador do Genius Instituto, em resposta a outra comunicação eletrônica de representante da Comissão permanente de TCE da Finep, informou que a associação não possuía endereço e não estaria mais operando (peça 2, p. 334-335), dando-se continuidade à difícil apuração das irregularidades.

5.17. Igualmente, constitui hipótese de interrupção da prescrição, conforme o art. 2º, inciso II, da Lei 9.873/1999, a notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por intermédio de edital.

5.18. Sobre o relatório final do Grupo de Trabalho que investigou os convênios envolvendo o Genius, Moris Arditti, ora recorrente, foi notificado pessoalmente em 20/10/2009 (peça 2, p. 302), ou seja, antes mesmo do fim da vigência do ajuste em análise.

5.19. Depois disso e finalizado o prazo de prestação de contas do convênio, a Finep buscou notificar os responsáveis em inúmeros endereços, sem que se tenha certeza da comunicação no local registrado na Receita Federal do Brasil ou da efetiva notificação (peça 2, p. 318-329, 350-352, 371, 376-377, 381).

5.20. Em resposta a comunicação eletrônica, Carlos Eduardo Pitta comunicou a preposto da Finep, em maio de 2014, que o Genius não possuía mais endereço, devendo as correspondências serem enviadas para a empresa Gradiente, na Rua Pamplona, 518, 2º andar, São Paulo (peça 2, p. 334), ou seja, localização de pessoa jurídica distinta.

5.21. Moris Arditti foi devidamente notificado no endereço registrado no Sistema CPF da Receita Federal do Brasil, conforme dados replicados nas bases de dados desta Corte, em 10/3/2016 e 2/2/2017 (peça 2, p. 383-388 e 495-500).

5.22. O Genius Instituto, por sua vez, certificou, em cartório, na data de 26/11/2011, haver filial da associação no seguinte endereço: Rua Dr. Fernandes Coelho, n. 64, 3º andar, Pinheiros/SP (peça 2, p. 391-392). Há notificação encaminhada a esse local recebida em 13/7/2010 (peça 2, p. 322-324).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

5.23. Destaque-se, ainda, que, diante da clara tentativa de se evadir das comunicações, após esforço da Finep, um dos dirigentes do Genius Instituto informou que, após a paralisação das atividades da associação, o endereço dela para correspondências e contatos seria a Rua Paes Leme, n. 524, 14º andar, Pinheiros/SP (peça 2, p. 330-332 e 334-335). Com essa informação, diversas notificações foram encaminhadas ao local em 2015 (peça 2, p. 336-338, 343-344), 2016 (peça 2, p. 365-370) e 2017 (peça 2, p. 489-492 e 494).

5.24. A Comissão Permanente de TCE, depois de esgotadas as tentativas de notificação dos responsáveis e concluídos os trabalhos de apuração dos fatos, propôs a instauração da tomada de contas especial, em documento datado de 31/3/2016 (peça 2, p. 12-22), instaurada em 27/1/2017 (peça 2, p. 29), atos também inseridos no contexto de apuração dos fatos.

5.25. Nesta Corte, os responsáveis foram citados ainda em 2017 (peças 9-18), com exceção do Genius Instituto. Após diligências propostas pelo Ministério Público junto ao TCU, em 2018 (peça 25), houve novas citações em 2019 (peças 43-45 e 59-62), todas nos endereços que constavam do Sistema CPF/CNPJ, cujos dados são replicados por esta Corte. No caso da Associação, a Corte optou por endereçar a comunicação aos prepostos responsáveis. O Acórdão 13.692/2020-TCU-1ª Câmara (peça 71), sob a relatoria do Ministro Weder de Oliveira, por sua vez, foi proferido em sessão de 1/12/2020.

5.26. Dessa forma, constata-se que, com base na Lei 9.873/1999, aplicada por analogia ao processo neste Tribunal, também não ocorreu a prescrição comum ou intercorrente da pretensão desta Corte em julgar as contas dos recorrentes, com imputação de débito.

Conclusão sobre a prescrição

5.27. Assim, seja sob a perspectiva do Acórdão 1.441/2016 – Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler; ou com base na Lei 9.873/1999, dispositivo aplicado com preferência por esta Secretaria, as pretensões punitiva e ressarcitória do Tribunal em face dos recorrentes e demais responsáveis se mantêm incólumes.

6. Responsabilidade das partes (peças 103, p. 23-33; e 101, p. 23-28)

6.1. Os recorrentes afirmam não poderem ser responsabilizados pelas irregularidades descritas nos autos, haja vista os seguintes argumentos:

a) Com a perda de seu principal investidor e a suspensão dos repasses financeiros programados para os 22 convênios vigentes (peça 2, p. 302), o Instituto ingressou em uma espiral financeira, forçando-o a encerrar suas atividades por ausência de verbas para sua manutenção. Em consequência, com a demissão de todos os seus funcionários e o desligamento de seus servidores, as informações necessárias à demonstração da regularidade da prestação das contas e contraposição das despesas se extraviaram. Isso tornou impossível a conclusão na parcela faltante para a execução plena do ajuste. Em casos como o presente, de ausência de voluntariedade do sujeito, o direito positivo impõe a exclusão da eventual responsabilidade por atos ilícitos, conforme jurisprudência do Poder Judiciário e desta Corte (peça 103, p. 23-25);

b) Para ser responsabilizado a reparar o dano, o sujeito deve praticar ato ilícito ou se enquadrar na hipótese fática de norma legal expressa, no sentido de imputar-lhe responsabilidade por ato não diretamente praticado. Para tanto, o direito positivo impõe requisitos adicionais, devendo a ação ou omissão ser voluntária, haver negligência ou imprudência, como dispõe o Código Civil. Ausente quaisquer desses elementos, não se poderá responsabilizar o agente (peça 103, p. 25);

c) Não há qualquer indicativo de voluntariedade, pois os recorrentes se viram fática e materialmente impossibilitados de acessar as informações necessárias para complementar a prestação de contas do convênio, sendo certo que a referida impossibilidade decorreu de fato alheio à vontade deles, pelo encerramento abrupto e inesperado de suas atividades.

d) A alegação contida na deliberação recorrida de que a falência não constitui força maior ou caso fortuito não prospera, pois, como associação privada sem fins lucrativos, o Genius não está sujeito a esse instituto (peça 103, p. 25-26);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

e) No presente caso, em razão da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, que impede o Instituto de demonstrar a regularidade da execução do convênio, impõe-se o arquivamento da TCE (peça 103, p. 26);

f) Em nenhum momento foi demonstrada existência de qualquer elemento subjetivo que caracterize culpa ou dolo dos recorrentes quanto às despesas glosadas ou quanto à impossibilidade de apresentar documentos complementares para comprovar a regularidade das contas. Não há demonstração de que as irregularidades apontadas decorreram da conduta volitiva das partes (peça 103, p. 26);

g) Em que pese o enquadramento do elemento subjetivo da responsabilidade dos recorrentes em suposta "culpa contra legalidade", fato é que a unidade técnica consubstancia a condenação em mera suposição de dano ao erário sem comprová-lo ou indica-lo (peça 103, p. 27);

h) Deve ser considerado o Decreto Federal 9.830/2019, que regulamenta os arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que, em seu art. 13, §2º, dispõe que a regularidade da decisão administrativa exige que ela não se atenha exclusivamente em estimativa de prejuízo ao erário. O texto é expresso, também, ao impedir que decisões se pautem em valores jurídicos abstratos, pois alegam que seria mera presunção de dano ao erário, não havendo comprovação efetiva de sua ocorrência (peça 103, p. 27-28);

i) A Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (SecexTCE) alegou equivocadamente que Moris Arditti atraiu a responsabilidade pessoal pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos recebidos enquanto presidente do Instituto. O próprio Estatuto Social do Genius veda a responsabilização pessoal, isolada, solidária ou subsidiária de administradores por obrigações contraídas pela entidade. Os arts. 70 e 71 da Constituição Federal responsabilizam aquele que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros oriundos dos cofres federais, ou seja, a pessoa jurídica conveniada (peça 103, p. 28-30)

j) O TCU se utilizou da desconsideração da personalidade jurídica do Instituto, imputando responsabilidade solidária, ao arrepio da lei (peça 103, p. 30);

k) A despeito de a responsabilização direta de sócios e dirigentes de pessoas jurídicas ser viável juridicamente, estando prevista no Código Tributário Nacional e na Lei 6.404/1976, não seria possível no presente caso. A responsabilidade pela prestação de contas é da entidade conveniada, conforme o texto constitucional, cabendo ao dirigente apenas atuar dentro das respectivas atribuições e poderes, no caso, assinar a prestação de contas em nome do Genius Instituto (peça 103, p. 30);

l) Ausente previsão legal para responsabilização direta, ao imputar responsabilidade ao recorrente, está o TCU a se utilizar, em verdade, da desconsideração da personalidade jurídica do Genius, imputando responsabilidade solidária, ao arrepio da lei (peça 103, p. 30);

m) A desconsideração da personalidade jurídica, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, é a ignorância para casos concretos e sem retirar a validade do ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica. Esse fenômeno tem como requisitos expostos no art. 50 do Código Civil o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial (peça 103, p. 30);

n) Ausentes os requisitos do artigo 50 do Código Civil, vedada está a invocação do dispositivo, não sendo possível a responsabilização solidária ou subsidiária dos recorrentes (peça 103, p. 31);

o) Com o advento da Lei Federal n. 13.105/2015, que veicula o Novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente aos processos administrativos, para ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica deverá ser instaurado incidente específico, assegurado o contraditório prévio, não tendo ocorrido isso no presente caso (peça 103, p. 31);

p) Não se diga que o artigo 16, §2º, alínea "b", da Lei 8.443/1992, configuraria autorização para responsabilização solidária, a qual somente estaria autorizada em caso de dano ao erário

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, desfalque ou desvio de verbas. Não é o presente caso, em que se aduz absurda a responsabilidade solidária em razão da suposta não execução do objeto do convênio (peça 103, p. 31-32);

q) Não sendo parte interessada ou contratante e tendo atuado nos estritos limites das atribuições funcionais perante a entidade, o responsável Moris Arditti não agiu em nome próprio em nenhum momento ao longo da execução do convênio em análise. Logo, não se pode imputar a ele coautoria ou responsabilidade pessoal pela suposta omissão ou incompletude ao dever de prestar contas (peça 103, p. 32);

r) Mesmo que se considerasse eventual culpa *in vigilando* do recorrente como dirigente da entidade, seria necessário dilação probatória em processo judicial específico, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, impondo-se a reforma do julgado recorrido (peça 103, p. 32-33).

Análise

6.2. Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar. Como destacado na deliberação recorrida, em posicionamento que se aplica à extinção de associação civil, a falência ou o encerramento das atividades de pessoa jurídica colaboradora de entidade recebedora de recursos públicos, por não constituir força maior ou caso fortuito, não exclui a responsabilidade do convenente e dos respectivos dirigentes.

6.3. A unidade técnica, em análise transcrita no relatório da deliberação recorrida (peça 73, p. 19-20), enfrenta adequadamente a questão, ao afirmar que a falência de um parceiro comercial não constitui força maior ou caso fortuito, por não ser fato imprevisível. Trata-se de fenômeno possível a todos os que exercem atividades econômicas. A argumentação se amolda sem retoques ao encerramento de associação civil como o Genius Instituto.

6.4. Nesse sentido, cabe, uma vez mais, transcrever ementas de julgados da Justiça do Trabalho presentes no relatório do acórdão recorrido, que afastam a tese do recorrente de que a falência do colaborador ou o encerramento das atividades da associação civil constituiria força maior de modo a impedir a responsabilização do convenente e, por conseguinte, dos respectivos responsáveis pela prestação de contas de recursos públicos governamentais (peça 73, p. 19-20):

> TST - RECURSO DE REVISTA RR 813476 813476/2001.0 (TST)
>
> Data de publicação: 27/08/2004
>
> Ementa: FALÊNCIA. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. MULTA SOBRE O FGTS. 1. A declaração de falência de empresa não pode ser equiparada à força maior. Insere-se no risco do próprio negócio e está associada, muitas vezes, à má administração do negócio, causa perfeitamente evitável. 2. A CLT assegura aos trabalhadores os direitos decorrentes do contrato de trabalho em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa (art. 449). Conclui-se, pois, que a intenção do legislador é proteger os direitos dos empregados de empresas sob processo falimentar (...).
>
> TST - RECURSO DE REVISTA RR 8134768120015025555 813476-81.2001.5.02.5555 (TST)
>
> Data de publicação: 27/08/2004
>
> Ementa: FALÊNCIA. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. MULTA SOBRE O FGTS. 1. A declaração de falência de empresa não pode ser equiparada à força maior. Insere-se no risco do próprio negócio e está associada, muitas vezes, à má administração do negócio, causa perfeitamente evitável (...).
>
> TST - RECURSO DE REVISTA RR 8135755120015025555 813575-51.2001.5.02.5555 (TST)
>
> Data de publicação: 03/10/2003

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

Ementa: FALÊNCIA-MOTIVO DE FORÇA MAIOR - MULTA SOBRE O FGTS A decretação de falência de uma empresa não pode ser equiparada à força maior. Geralmente está associada à má administração dos negócios, causa perfeitamente evitável (...). O empregado não pode ser constrangido a compartilhar com o empregador os riscos da atividade empresarial, e a falência não se confunde com a força maior (...).

TST - RECURSO DE REVISTA RR 8143246820015025555 814324-68.2001.5.02.5555 (TST)

Data de publicação: 13/06/2003

Ementa: FALÊNCIA - MOTIVO DE FORÇA MAIOR - MULTA SOBRE O FGTS A decretação de falência de uma empresa não pode ser equiparada à força maior. Geralmente está associada à má administração dos negócios, causa perfeitamente evitável (...).

6.5. Não se pode olvidar, ainda, como destacado no tópico anterior, que, desde 2009, portanto em tempo muito próximo ao término do prazo para prestação de contas dos recursos e com o Instituto Genius ainda em atividade, como se nota nos registros da Receita Federal do Brasil (peça 2, p. 478), já havia notícia de irregularidades na gestão dos convênios firmados com o Genius Instituto, o que levou, inclusive, à criação de Grupo de Trabalho na Finep, para investigar os fatos, culminando na suspensão dos repasses até o saneamento dos pactos (peça 2, p. 290-301).

6.6. Em 20/10/2009, inclusive, ocorreu reunião entre a Finep e representantes legais do Instituto, dentre eles Moris Arditti, com apresentação de todas as pendências nos mais diversos ajustes (peça 2, p. 295).

6.7. Destaque-se que, na ocasião, havia 22 convênios firmados com o Genius Instituto, grande parte deles apresentando irregularidades, como falta de prestação de contas, dentre outras (peça 2, p. 298-300).

6.8. Em 20/10/2009, a Finep comunicou pessoalmente Moris Arditti sobre os resultados das análises do Grupo de Trabalho, da suspensão dos repasses e da obrigação de a parte apresentar a prestação de contas dos recursos desembolsados (peça 2, p. 302), portanto, antes do fim do prazo para comprovação dos gastos relativos ao ajuste em análise. Logo, caberia ao gestor tomar as medidas cabíveis, seja com a comprovação da aplicação dos valores então sob a gestão da entidade ou o debate administrativo ou judicial em relação à continuidade do ajuste.

6.9. Diante disso, não é verossimilhante a alegação do recorrente de que a suspensão dos repasses e o encerramento das Instituto seriam as causas do descumprimento do acordo. Ao contrário. O descumprimento dos mais diversos convênios com o Finep é que provocou a suspensão das transferências, em medida de segurança ao erário, sendo que, no caso em epígrafe, restava pendente de repasse apenas a última parcela, no valor de R$ 185.990,00 por parte da concedente.

6.10. Cumpre ressaltar que a jurisprudência pacífica nesta Corte de Contas atribui ao responsável o dever de prestar contas da integralidade das verbas federais repassadas. Cabe ao gestor o ônus da prova da boa e regular aplicação desses recursos, por meio de documentação consistente.

6.11. Tal entendimento encontra fundamento na própria Constituição Federal, artigo 70, parágrafo único, que dispõe que "prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária", e no artigo 93 do Decreto-lei 200/1967, segundo o qual, "quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades competentes".

6.12. Nesse sentido são os Acórdãos 6.553/2016-Primeira Câmara, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; 3.587/2017-Segunda Câmara, relator Ministro Aroldo Cedraz; e 2.610/2016-Plenário, relator Ministro Bruno Dantas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

6.13. De outro lado, equivoca-se Moris Arditti ao afirmar que a responsabilidade pela prestação de contas do ajuste em análise seria do Genius Instituto, não obstante deva a entidade responder solidariamente pelo dano ao erário.

6.14. Conforme remansosa jurisprudência desta Casa, é da responsabilidade pessoal do gestor a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos da União recebidos mediante convênio ou instrumentos congêneres, submetendo-se todo aquele que administra recursos públicos ao dever constitucional e legal de demonstrar o correto emprego dos valores recebidos, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 (Acórdão 196/2016 – Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler).

6.15. Além disso, no caso de convênios assinados com entidades privadas e após intensas discussões, tem entendido corretamente o TCU que não é necessário desconsiderar a personalidade jurídica dessa espécie de convenente para que seus administradores sejam pessoalmente responsabilizados pelos danos causados ao erário, sendo solidária a responsabilidade deles com a pessoa jurídica de direito privado (Acórdão 3.542/2016 – Primeira Câmara, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues).

6.16. Esse entendimento, inclusive, está pacificado no enunciado número 286 da Súmula do Tribunal de Contas da União, nos seguintes termos:

> 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.

6.17. O posicionamento se fundamenta no artigo 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, segundo o qual a responsabilidade pelo débito deve recair solidariamente sobre os agentes públicos que praticaram o ato irregular, bem como sobre os terceiros que, de qualquer modo, hajam concorrido para o cometimento do dano apurado. Trata-se de legislação específica, sobrepondo-se aos ditames do Código Civil e demais normas citadas na peça recursal, ao contrário do que afirma o responsável.

6.18. No presente caso, o recorrente Moris Arditti foi trazido ao polo passivo da demanda em razão da posição relevante dele na direção do Genius Instituto, figurando como Presidente da Diretoria Estatutária. Nesse sentido, cabe transcrever trecho da análise da unidade técnica que esclareceu a questão (peça 73, p. 17):

> 61. Na qualidade de presidente da diretoria estatutária do Genius Instituto de Tecnologia, o Sr. Moris Arditti foi o responsável pela sua gestão operacional, execução do projeto e envio da prestação de contas final, tendo atraído para si a responsabilidade pessoal de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos.
>
> 62. A responsabilidade principal sobre a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos é da pessoa física, semelhantemente aos convênios com prefeituras, nos quais a responsabilidade recai, via de regra, sobre o titular prefeito e não sobre a entidade jurídica prefeitura.

6.19. Como se verifica das atas das reuniões realizadas pelo Conselho Deliberativo da Entidade, Moris Arditti foi nomeado presidente da Diretoria Estatutária em 16/9/2003 (peça 2, p. 30-32), sendo reconduzido ao cargo em 28/4/2006 (peça 2, p. 399-402).

6.20. Por sua vez, o Estatuto Social da Entidade (peça 2, p. 48-49), em sua seção III, define as atribuições da Diretoria Estatutária, entre as quais, destaca-se:

> Artigo 32 - São atribuições da Diretoria Estatutária:
>
> I - administrar a entidade, obedecidas as diretrizes fixadas pelo Conselho Deliberativo;
>
> (...)
>
> VI - firmar contratos, convênios e acordos com entidades públicas e privadas que importem em compromisso da entidade;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

6.21. Assim, tendo em vista que Moris Arditti presidiu o Conselho Estatutário do Instituto no período de vigência do convênio e ante as atribuições administrativas que exercia, deveria ter zelado pela boa e regular aplicação dos recursos transferidos pela Finep, bem como pela regular prestação de contas destes valores.

6.22. Além disso, como se discutirá com profundidade no próximo tópico, o convenente e o responsável, ora recorrente, não foram capazes de apresentar elementos básicos aptos a atestar a regular aplicação dos recursos transferidos.

6.23. Dessa forma, não há necessidade de estarem presentes as hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para que Moris Arditti seja pessoalmente responsabilizado pelo dano ao erário decorrente das falhas na prestação de contas do ajuste em análise. Caso o ex-gestor comprove ser de outros dirigentes a responsabilidade exclusiva pelo prejuízo aos cofres federais poderá acioná-los em eventual ação de regresso em Juízo. Até o momento, as provas contidas nos autos não permitem conclusão nesse sentido.

7. Proporcionalidade do dano ao erário e das sanções constantes da deliberação recorrida (peças 103, p. 34-39; e 101, p. 28-33)

7.1. Os recorrentes afirmam serem desproporcionais a imputação de débito e as sanções contidas na deliberação recorrida, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) Não é razoável a exigência de devolução do montante contido na deliberação combatida, com base na alegada "culpa contra ilegalidade", sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública (peça 103, p. 34);

b) O projeto se encontrava com cerca de 80% de execução física total, ou seja, em fase final de execução, já tendo sido produzidos e entregues à interveniente dois protótipos operacionais para viabilizar as atividades sob sua responsabilidade (peças 2, p. 408; e 103, p. 34-35);

c) A declaração de nulidade do ajuste não eximiria a Administração de quitar as parcelas executadas, sob pena de enriquecimento ilícito, conforme o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, bem como precedentes do Poder Judiciário e desta Corte e lição da doutrina pátria (peça 103, p. 34-35);

d) Em caso de condenação, o que se discute apenas para fins de argumentação, a parte incontroversa dos valores aplicados e o percentual do objeto executado deverão ser computados no dano ao erário, sem que se sustente o posicionamento do Tribunal de reconhecimento apenas da parcela aproveitável (peça 103, p. 35-36);

e) A Fundação Aplicações de Tecnologias Críticas (Atech/SP), em 3/11/2009, manifestou interesse em dar continuidade ao desenvolvimento tecnológico que vinha sendo conduzido pelo Instituto, dentre eles o ajuste em análise (peça 103, p. 36);

f) A Atech estava em contato com o Instituto Genius e com as instituições coexecutoras e intervenientes dos convênios, incluindo a Imbel, além de ter solicitado agendamento de reunião com a Finep para esclarecimentos quanto aos procedimentos necessários para a formalização do ajuste, mas a entidade se manteve inerte. Esse ponto foi objeto de questionamento pelo Relator *a quo* (peças 26; e 103, p. 36);

g) Quanto da manifestação da Atech, o objeto estava em condições de ser aproveitado, haja vista a fase final de execução, fato comprovado na TCE (peças 2, p. 408; e 103, p. 36);

h) O não aproveitamento da parcela do objeto executada em 80% decorreu de omissão da entidade convenente, não podendo os recorrentes serem responsabilizados, o que impõe a modificação do julgado recorrido (peça 103, p. 37);

i) A atuação da Administração Pública deve guardar proporcionalidade entre meios e fins, conforme postulado constante do art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei 9.784/1999; da LINDB e acordo com a doutrina e a jurisprudência pátrias (peça 103, p. 37-39).

Análise

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

7.2. Não assiste razão aos recorrentes. Conforme pacífica jurisprudência desta Casa, a execução parcial do objeto pactuado aliada à imprestabilidade da parcela realizada permite a condenação do responsável pelo valor total dos recursos repassados pelo convênio (Acórdão 496/2016 – Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Substituto André de Carvalho).

7.3. Nessa linha, é importante ressaltar que, a despeito da serventia quanto à parcela executada, os responsáveis sequer se dispuseram a apresentar prestação de contas final do ajuste, mesmo com sucessivos pedidos do convenente, o que levaria à discussão quanto à eventual ratificação e aproveitamento dos trabalhos realizados. Sequer constam dos autos, por exemplo, extratos bancários do período final de execução do convênio, além da derradeira prestação de contas, conforme consta do Relatório do Tomador de Contas (peça 2, p. 532):

> (...) A Prestação de Contas FINAL, referente ao período de 01/08/2006 a 18/12/2009, não foi encaminhada, apesar das solicitações do DPC. Não há registros de devoluções para o referido convênio, conforme "Ficha do Projeto" (fls. 104 e 105). Não foram encaminhados os extratos bancários da conta corrente e da conta investimento, referente ao período de agosto de 2006 a dezembro de 2009 (prestação de contas final) e a Finep não tem como consulta-los.

7.4. Dessa forma, os recorrentes não se desincumbiram do respectivo mister de reunir a documentação comprobatória para estabelecer, ao final, ao menos, nexo de causalidade confiável entre os valores repassados e a parcela executada. Note-se, por exemplo, que, em 12/7/2006, restava na conta de investimento relacionada ao ajuste o montante de R$ 780.749,17 em recursos federais (peça 2, p. 185), sobre os quais não se tem notícia. Considerando o saldo em conta corrente, ainda estava sob a administração do Genius Instituto, no final de julho de 2006, a quantia de R$ 848.231,30 (peça 2, p. 164).

7.5. Logo, apenas a prestação de contas final seria capaz de estabelecer com maior acuidade ou mesmo ratificar eventual parcela realizada quanto ao nexo de causalidade dos recursos federais transferidos, sobretudo, diante das reconhecidas fragilidades na fiscalização de comprovações parciais, as quais têm a finalidade, em maior medida, de garantir a liberação das parcelas seguintes.

7.6. Todavia, além de não apresentar a integralidade da documentação comprobatória dos gastos realizados e do período de gestão dos recursos federais transferidos, restou comprovado, ainda na fase interna da TCE, a imprestabilidade da parcela executada, inclusive, com consultas à interveniente Imbel, beneficiária do projeto, conforme informações contidas nos autos (peça 2, p. 27, 404, 489 e 531-532).

7.7. Destaque-se, ainda, que o alegado pedido da Fundação Aplicações de Tecnologias Críticas (Atech) para dar continuidade ao ajuste foi realizado depois de já estarem suspensos os repasses ao Instituto Genius e restando pouco menos de 3 meses para a prestação de contas final do ajuste (peça 2, p. 532).

7.8. Além disso, de forma conservadora, o Relator *a quo* teve o cuidado de, antes da instrução dos presentes autos nesta Corte, determinar a requisição de informações à Finep, para confirmar a imprestabilidade da parcela executada pelo Instituto Genius e, também, responder se havia a possibilidade de a Atech dar continuidade ao projeto (peça 26), como sustentam os recorrentes.

7.9. Em resposta, a entidade foi clara em afastar qualquer serventia quanto à parcela executada e relatou a impossibilidade de continuidade do ajuste por outra entidade (peça 32), conforme se nota em trecho do documento encaminhado a esta Corte (peça 32, p. 4-5):

> Dessa forma, não havia possibilidade de continuidade de desenvolvimento do projeto pela Atech no âmbito do convênio 01.05.1008.04, cujo prazo de execução se encerraria em pouco mais, de um mês após o recebimento da solicitação, sem que houvesse possibilidade de prorrogação desse prazo, conforme comunicado pelo Diretor da Finep. É fundamental destacar, também, que o projeto em tela foi aprovado no âmbito de uma Seleção Pública, em

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

> processo concorrencial, não havendo, portanto, possibilidade de que terceiros assumissem as obrigações do Genius estabelecidas no instrumento deste convênio.
>
> (...)
>
> Em resposta, a IMBEL apresentou ofício protocolado na Finep em 21/07/2016, sob o n. 006379.16, no qual afirmou que não houve qualquer aproveitamento referente ao projeto, uma vez que o mesmo não teve prosseguimento e não foi concluído na época oportuna.
>
> Dessa forma, a Finep não possui evidências de que tenha ocorrido retomada ou aproveitamento do desenvolvimento técnico realizado no âmbito do convênio, com destaque para o fato de não haver qualquer declaração dos partícipes do projeto nesse sentido.

7.10. Diante disso, a imputação de débito pelo valor integral dos recursos repassados e aplicação de multas proporcionais ao dano ao erário, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992, apresenta-se condizente com o princípio constitucional da razoabilidade.

CONCLUSÃO

8. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) Ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que "é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas";

b) As pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

c) Até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime da Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999;

d) A falência ou o encerramento das atividades de pessoa jurídica colaboradora de entidade recebedora de recursos públicos, por não constituir força maior ou caso fortuito, não exclui a responsabilidade do convenente e dos respectivos dirigentes;

e) Cabe ao gestor o ônus da prova da boa e regular aplicação desses recursos, por meio de documentação consistente;

f) 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;

g) A execução parcial do objeto pactuado aliada à imprestabilidade da parcela realizada permite a condenação do responsável pelo valor total dos recursos repassados pelo convênio.

8.1. Assim, os argumentos apresentados pelos recorrentes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, impondo-se o desprovimento do pedido, de modo a manter inalterado o posicionamento do Tribunal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I; e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao Gabinete do Relator, propondo:

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

b) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte aos recorrentes e à

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.

Procuradoria da República no Estado do Amazonas.”.

2. O representante do Ministério Público junto ao TCU que atuou no feito manifestou concordância com a proposta técnica alvitrada (peça 132).

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70296313.