

GRUPO I – CLASSE II – Primeira Câmara

TC 008.155/2015-1

Natureza: Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade: Entidades e Órgãos do Governo do Estado de São Paulo.

Responsáveis: Carlos Eduardo Pitta (0115.659.308-51); Genius Instituto de Tecnologia (03.521.618/0001-95); Moris Arditti (034.407.378-53).

Representação legal: Amauri Feres Saad (OAB/SP 261.859), Yahn Rainer Gnecco Marinho da Costa (OAB/SP 358.629) e outros, representando Moris Arditti (peça 22).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS (FINEP) E O GENIUS INSTITUTO DE TECNOLOGIA. RECURSOS DO FUNTTTEL. PROJETO DE ARQUITETURA DE SOFTWARES DE COMUNICAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS TRANSFERIDOS. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS DA PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXECUÇÃO, TOTAL OU PARCIAL, DO OBJETO CONVENIADO E DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS RECURSOS TRANSFERIDOS E OS GASTOS REALIZADOS. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO CONVENIENTE EM SOLIDARIEDADE COM SEUS ADMINISTRADORES. REVELIA DE ALGUNS RESPONSÁVEIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA.

- 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 (Súmula TCU 286).

- O prejuízo causado ao Funttel, fundo de natureza contábil, deve ser ressarcido à conta do fundo, e não aos cofres da Finep, um dos agentes financeiros do fundo.

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, em desfavor de Carlos Eduardo Pitta e Moris Arditti e da Associação Genius Instituto de Tecnologia, em virtude da omissão no dever de prestar contas dos recursos transferidos por força do Convênio 2.034/2007 (Siafi 627779), celebrado entre a aludida Associação e a empresa pública, tendo por escopo a execução do projeto denominado “Arquitetura de *Software* de Comunicação (SCA) com Enlace de Rede TDMA para Rádio Definido por *Software*”.

2. Por retratar com propriedade as principais ocorrências havidas nos presentes autos, adoto como relatório a instrução do auditor da Secex/SP constante à peça 40:

“HISTÓRICO

2. Conforme disposto na cláusula IV do termo (peça 1, p. 145), os recursos previstos para implementação do projeto foram orçados da seguinte forma:

- a) valor total de até R\$ 1.601.310,90 à conta do concedente;
- b) valor de R\$ 283.747,16 a título de contrapartida não financeira; e
- c) valor mínimo de R\$ 284.300,00, sob a forma de recursos financeiros, e R\$ 152.000,00, sob a forma de recursos não financeiros, a cargo da Indústria de Material Bélico do Brasil (Imbel), como interveniente cofinanciador.

3. Os recursos do concedente foram parcialmente repassados, por meio da Ordem Bancária 2008OB900739 (peça 2), de 9/7/2008, no valor de R\$ 1.091.310,90.

4. O ajuste vigoraria por 24 meses, a partir da assinatura do convênio, ocorrida em 24/6/2008, e previa a apresentação da prestação de contas em até 60 dias do término da vigência (Cláusula V, peça 1, p. 147).

5. Por meio da Resolução de Diretoria (RD) 36/2009 (peça 1, p. 211), de 5/10/2009, determinou-se a constituição de Grupo de Trabalho (GT) para analisar a ‘situação institucional do Genius Instituto de Tecnologia com relação aos convênios celebrados com a Finep, elaborando diagnóstico a ser apresentado para a Diretoria Executiva’.

6. O grupo de trabalho (GT) foi então formalizado por meio da Portaria Pres 121/2009 (peça 1, p. 213), de 27/10/2009 e, como resultado, apresentou o Relatório Final (peça 1, p. 217-221), de 8/3/2010, do qual se destacam as seguintes informações:

- i) na ocasião dos trabalhos, encontravam-se vigentes 22 convênios firmados entre o Instituto Genius e a Finep;
- ii) todos os convênios apresentavam impropriedades, sumariadas e descritas na tabela anexa ao relatório (peça 1, p. 223-227), passando pela omissão no dever de prestar contas até a ausência de documentos essenciais ao exame das mesmas; e
- iii) todos os esforços envidados para elidir as pendências financeiras e técnicas restaram infrutíferos.

7. Diante deste quadro, o GT opinou, conclusivamente, pela imediata suspensão da execução dos projetos e de qualquer liberação de recursos, bem como pela instauração de tomada de contas especial, com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar os eventuais danos causados ao Erário, visando ao imediato ressarcimento das verbas já liberadas e não utilizadas nos objetos pactuados.

8. Acatando integralmente as recomendações do GT, a Diretoria Executiva da Finep expediu a RD 12/10 (peça 1, p. 229), de 29/3/2010. O teor desta decisão colegiada foi comunicado ao conveniente por meio da carta protocolo 12670 (peça 1, p. 233), de 20/10/2009, que manifestou ciência no próprio expediente.

9. Findo o prazo pactuado, o conveniente não apresentou as contas devidas. Todavia, requereu à Finep, por meio de expediente s/nº (peça 1, p. 259), de 19/1/2010, dilação de prazo para apresentação das contas devidas de todos os convênios em que figurava como interessado. Indeferido o pleito, comunicou-se o Instituto acerca da decisão (peça 1, p. 261-267) em 2/2/2010.

10. Dando seguimento ao processo, a Administração adotou providências, visando sanear a irregularidade (omissão no dever de prestar contas), que constam relacionadas no item 10 da instrução inicial (peça 12).

11. Como a entidade não atendeu às notificações que lhe foram endereçadas, elaborou-se o Relatório do Tomador de Contas (peça 1, p. 361-375), datado de 17/11/2014, que, em seu item IV (peça 1, p. 367), quantificou o dano e apurou as responsabilidades, nos seguintes termos:

‘6. Da análise do Estatuto Social (fls. 34 a 58), das procurações de 26/03/2008 (fls. 067 a 069), do ‘Formulário de Informação de Conta Bancária’ (fl. 70), do Termo do Convênio (fls. 71 a 95) e E-mail, de 17/06/2013, protocolado na FINEP sob o nº 009.087/13 (fls. 143 e 144), verifica-se que o Senhor Carlos Eduardo Pitta (Ordenador de Despesas e Diretor) e o Senhor Moris Arditti (Presidente) - durante a vigência do convênio - eram as pessoas responsáveis pela gestão dos recursos federais recebidos. No entanto, não houve envio da prestação de contas final e nem do relatório técnico final, sendo, portanto, considerados responsáveis solidários, nos termos do item 12 deste relatório, pelo dano ao Erário de R\$ 1.091.310,90 (um milhão, noventa e um mil, trezentos e dez reais e noventa centavos - valor original), apurado nesta tomada de contas especial. Não foram encontradas, na documentação analisada, evidências de alteração dos responsáveis no período em questão.’

12. A Secretaria Federal de Controle Interno emitiu o Relatório (peça 1, p. 395-397), o Certificado de Auditoria (peça 1, p. 399) e o Parecer do Dirigente do Órgão de Controle Interno nº 199/2015 (peça 1, p. 400), em que certifica a irregularidade das contas em exame.

13. O Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia e Inovação atestou ter tomado conhecimento das conclusões contidas no processo de tomada de contas especial (peça 1, p. 406).

14. No âmbito deste Tribunal, a instrução inicial (peça 5), visando esclarecer a situação jurídica do Instituto Genius, uma vez que havia menções ao encerramento de suas atividades, propôs que se diligenciasse o Registro Civil das Pessoas Jurídicas (RCPJ) competente. Tal informação fez-se necessária, pois, em situações em que ocorre a extinção da entidade, esse Tribunal tem determinado sua exclusão dos autos, com o prosseguimento do processo para julgamento das contas dos gestores responsáveis pela entidade (Acórdão 1.427/2013-2ª Câmara, Acórdão 2.065/2014-Plenário e Acórdão 386/2015-1ª Câmara). Ao contrário, mesmo inoperante, mas não se encontrando legalmente extinta, deve ser citada, porquanto existir a possibilidade de possuir bens não distribuídos que poderão ser revertidos à reparação do dano.

15. Em resposta, a serventia extrajudicial, por meio de certidão (peça 9), atestou, em 22/6/2015, que ‘até a presente data não consta incidência de nenhuma averbação que trate em específico de dissolver o aludido instituto, estando seu registro plenamente ativo (...)’. Destarte, permanecendo ativa na ordem jurídica, concluiu-se que a entidade deve responder pelo débito apurado nestes autos (peça 12).

16. Assim, ante as considerações expendidas nos itens 15 a 18 da instrução constante da peça 12, propôs-se a citação dos Srs. Carlos Eduardo Pitta e Moris Arditti e do Genius Instituto de Tecnologia.

17. Anuindo ao proposto, a Sra. Diretora, com fundamento na delegação de competência conferida pelo art. 1º, II, da Portaria-MIN-BD nº 1, de 22/8/2014, do Exmo. Sr. Ministro Relator Bruno Dantas, c/c o art. 1º, I, da Portaria Secex/SP 22, de 12/9/2014, determinou a citação conforme sugerido (peça 13).

18. Os Srs. Moris Arditti e Carlos Eduardo Pitta e o Genius Instituto de Tecnologia foram citados solidariamente, por meio dos Ofícios Secex/SP 2.538 (peça 19), 2.536 (peça 17) e 2.537 (peça 18), datados de 4/9/2015, respectivamente, em virtude da omissão no dever de prestar contas dos recursos transferidos ao Instituto por meio do Convênio 2.034/2007, inscrito no Siafi sob nº 627779, tendo por objeto a execução do projeto denominado ‘Arquitetura de Software de Comunicação (SCA) com Enlace de Rede TDMA para Rádio Definido por Software’, com infração a disposições constantes na Cláusula Nona do Termo de Convênio; no art. 70, parágrafo único da Constituição Federal; e no art. 93 do Decreto-Lei 200/1967.

19. Promovida a citação do Genius Instituto de Tecnologia para o endereço constante da base de dados da Receita Federal (peça 14), por meio do Ofício 2.537/2015-TCU/Secex-SP (peça 18), o aviso de recebimento retornou com a informação ‘não existe o número’ (peça 25). Enviado o Ofício 3.676/2015-TCU/Secex-SP, de 16/12/2015 (peça 34), para o endereço obtido na internet (peças 32 e 33), o aviso de recebimento retornou com a informação ‘desconhecido’ (peça 35). Considerando que não foram localizados outros endereços além daqueles constantes da base de

dados da Receita Federal e da *internet* supracitados, para os quais foram encaminhadas as correspondências devolvidas, caracterizando-se a não localização da entidade responsável, determinou-se a realização da citação por edital, a teor do art. 179, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal (peça 36). Então, em 9/9/2015, realizou-se a citação ficta da entidade (peças 37 e 38). Transcorrido o prazo regimental fixado e mantendo-se inerte o responsável, impõe-se que seja considerado revel, dando-se prosseguimento ao processo, de acordo com o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

20. O expediente endereçado ao Sr. Carlos Eduardo Pitta (peça 17), encaminhado para o endereço constante da base de dados da Receita Federal (peça 15), não foi atendido, embora tenha sido regularmente entregue, como atesta o Aviso de Recebimento (peça 21). Assim, transcorrido o prazo regimental fixado e mantendo-se inerte o responsável, impõe-se que seja considerado revel, dando-se prosseguimento ao processo, de acordo com o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

21. Regularmente citado, como atesta o Aviso de Recebimento (peça 20), o Sr. Moris Arditti, por meio de seus representantes legais (peça 22), solicitou dilação do prazo inicialmente concedido (peça 23), que foi deferido (peça 26). Na sequência, apresentou tempestivamente suas alegações de defesa (peça 30), cujos argumentos serão sumariados e analisados nos itens seguintes.

EXAME TÉCNICO

22. Inicialmente, a defesa relata brevemente os fatos que cercaram a celebração do convênio em comento. Afirma que, malgrado a entidade tenha desempenhado corretamente todas as atividades avançadas, viu-se impossibilitado de concluir os estudos financiados pela Finep, em razão do abrupto encerramento de suas atividades em 2009. Este encerramento, sustenta, deveu-se a dificuldades financeiras enfrentadas por sua principal incentivadora e financiadora privada, a empresa Gradiente Eletrônica S.A, e à impossibilidade de obtenção de novos patrocínios junto ao setor privado.

23. Assim, em virtude da precária situação financeira por que passava teria perdido: a) seu sistema de informática, b) seus servidores, há muito desligados e acondicionados em condições adversas, c) suas linhas telefônicas, d) seu acesso à internet, e d) todo o histórico e memória técnico-laborais dos estudos realizados, em razão do desligamento dos seus colaboradores. Neste cenário, a prestação de contas dos convênios firmados pelo instituto tornou-se impossível materialmente, o que, segundo entende, tornam as contas ilíquidáveis, motivando, em consequência, o arquivamento do processo.

Análise

24. Deste breve histórico oferecido pela defesa, cumpre lembrar que, embora se tenha afirmado que o Genius Instituto encerrou suas atividades, não se apresentou nenhum documento que comprovasse esta situação. Visando esclarecer esta situação, diligenciou-se o Registro Civil das Pessoas Jurídicas competente, como narrado nos itens 14 e 15, supra. Em resposta, a serventia extrajudicial, por meio de certidão (peça 99), atestou, em 22/6/2015, inexistir qualquer pedido de cancelamento de inscrição do registro da entidade junto àquela serventia. Assim, forçoso concluir que o Instituto Genius ainda tem existência na órbita jurídica.

25. Tecidas estas considerações iniciais, que introduziram os argumentos centrais da defesa, passou-se a desenvolvê-los ao longo da peça 30. Nos parágrafos seguintes, os mesmos serão resumidos e analisados.

Argumento: decadência

26. Em preliminar, a defesa alega que, por força do art. 54 da Lei 9.784/1999, abaixo transcrito, deve-se aplicar ao caso o instituto da decadência, de sorte que este TCU estaria proibido, pelo ordenamento jurídico, de fazer qualquer juízo de valor acerca de atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis ao particular, no prazo de cinco anos:

‘Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.’

27. Sustenta que, para o cálculo do prazo decadencial, vislumbram-se duas hipóteses. A primeira, que reputa aplicável ao caso presente, por considerar o “caráter patrimonial contínuo do convênio ora analisado”, deve considerar, como termo inicial, a data da liberação da 1ª parcela, ou seja, 9/7/2008, encerrando-se, portanto, em 9/7/2013. Alternativamente, poder-se-ia considerar o termo inicial a partir de 20/10/2009, data do término da vigência do convênio. Assim, o prazo decadencial restaria extinto em 20/10/2014. Como a presente TCE foi instaurada neste TCU em 16/4/2015, conclui que estaria caracterizada a extemporaneidade da Administração Pública em se pronunciar acerca do presente convênio, qualquer que seja a forma de contagem adotada.

28. Por fim, argumenta que não se pode alegar a inaplicabilidade da Lei Federal 9.784/1999 a este E. TCU, em razão da existência de lei específica que rege seu processo administrativo (Lei 8.443/1992). Isso porque, nos termos do art. 69 da Lei 9.784/1999, ‘os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei’. Ora, como a Lei Orgânica do TCU não disciplina a matéria (prescrição e decadência), forçoso concluir que aquele dispositivo (art. 54 da Lei 9.784/1999) deveria incidir subsidiariamente aos processos que tramitam neste TCU.

Análise

29. O dispositivo legal invocado (art. 54 da Lei 9.784/1999) estabelece prazo decadencial de cinco anos para a administração anular os atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, não guardando qualquer relação com o julgamento de processos no âmbito do TCU. As decisões adotadas pelo TCU, no exercício da função de controle externo, não configuram autotutela administrativa, tendo natureza constitucional, prevista no artigo 71 da CF/1988. Trata-se de imposição constitucional não alcançada pelo disposto na Lei 9.784/1999, que regula procedimentos diversos. Assim, este TCU não se sujeita ao prazo decadencial estabelecido pelo aludido artigo. Tal entendimento encontra abrigo em diversas decisões desta Casa (Decisão 1.020/2000-TCU-Plenário, Acórdãos 3.966/2015-TCU-Primeira Câmara, 754/2004-TCU-Primeira Câmara, 83/2004-TCU-Segunda Câmara, 2.747/2014-TCU-Plenário, entre outros).

30. Neste sentido, destaco trecho do voto proferido pelo ministro Valmir Campelo (Acórdão 451/2011-TCU-Plenário):

‘18. Com efeito, prevalece aqui a compreensão de que o controle externo possui rito peculiar, estabelecido na Lei nº 8.443/1992, dada a sua natureza especial, contando com a excepcionalidade prevista no art. 69 da aludida Lei nº 9.784/1999, segundo o qual os processos administrativos específicos continuarão a se reger pela lei própria.

19. Não é outro o entendimento do STF, que já se pronunciou pela não-incidência da decadência administrativa nas ações do controle externo, em face da inaplicabilidade do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 aos processos por meio dos quais o TCU exerce sua competência constitucional (MS 24.859, MS 25.440, MS 25.256, MS 25.192, MS 24.997 e MS 25.090).

20. Como se sabe, esse dispositivo legal (art. 54 da Lei nº 9.784/1999) estabelece prazo decadencial de cinco anos para a administração anular os atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, o que, evidentemente, não guarda nenhuma relação com o julgamento de processos no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme a pacífica jurisprudência do STF, acima indicada.’

31. Ademais, este TCU entende que as ações de ressarcimento movidas contra os agentes causadores de prejuízos ao erário são imprescritíveis, por determinação constitucional. Nesse sentido, veja-se excerto do Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário:

‘SUMÁRIO: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CONSONÂNCIA COM POSICIONAMENTO RECENTE DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DE CÓPIA DO ACÓRDÃO À COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO TCU. (...)

9.1. deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007 (TC-005.378/2000-2, Rel. Min. Benjamin Zymler).’

32. Pelo exposto, impõe-se rejeitar a preliminar arguida.

Argumento: ausência de dolo e presença de excludente de responsabilidade

33. A defesa alega que a demora em apresentar as contas devidas decorreu da impossibilidade fática de fazê-lo, como noticiado nos itens 22-23. Tal impedimento fora comunicado ao órgão concedente pelos dirigentes do instituto, Srs. Moris Arditti e Carlos Eduardo Pitta, em reuniões realizadas e por meio de petições e correspondências.

34. Declara que esta impossibilidade decorreu da ausência de meios materiais e humanos, em razão de crise financeira que teria atingido o instituto. Assim, afirma ser impossível colher os dados e documentos referentes ao presente convênio, o que torna a prestação de contas impraticável. Destaca que a situação narrada derivou de elemento exógeno à vontade do citado, o que, em sua opinião, ensejaria o afastamento da responsabilidade que lhe foi atribuída, por vislumbrar, na espécie, caso fortuito ou força maior.

35. A par disto, sustenta que o direito brasileiro prevê duas possibilidades ensejadoras de responsabilização: a) prática de ato ilícito; ou 2) enquadramento do fato à hipótese prevista em norma legal, que, neste caso, reclamaria outro requisito: a voluntariedade, como previsto no Código Civil Brasileiro. Ausentes estes elementos, afirma ser imperioso o afastamento da responsabilidade.

36. Considera encontrar-se ‘fática e materialmente impossibilitado de prestar as contas’ do convênio em comento, sendo que esta incapacidade decorreu de fato alheio a sua vontade. Tal situação, como reportado no item 22, teve origem na falência do principal colaborador do Instituto Genius, a empresa Gradiente Eletrônica S/A. Este fato teria desestruturado as finanças do Instituto, provocando, inclusive, o encerramento de suas atividades. Com a perda do principal investidor, o Instituto teria ingressado em uma espiral financeira, culminando no fim de suas operações, por absoluta falta de verbas para sua manutenção, com demissão de todos os seus funcionários e desligamento dos seus equipamentos de informática. Assim, as informações necessárias à prestação de contas de todos os convênios firmados pelo Instituto extraviaram-se. Estes fatos externos, cuja força era irresistível, caracterizam, a seu visor, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, excludente de responsabilidade.

37. Destarte, requer o arquivamento da presente TCE, eis que as contas poderiam ser consideradas ilíquidas, em razão da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, que impede a defesa de demonstrar, materialmente, a regularidade da execução do convênio em debate.

Análise

38. Cumpre esclarecer que, ao contrário do que sustenta a defesa, para a imputação em débito, não é necessária a comprovação da má-fé ou desonestidade do agente. Nas hipóteses em que for constatado dano ao erário resultante de omissão no dever de prestar contas, de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou desvio de dinheiro público, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade do agente que praticou o ato irregular (artigo 16, § 2º, alínea "a", da Lei 8.443/1992). Não é necessária, assim, a conduta dolosa, bastando apenas a modalidade culposa.

39. O TCU investiga a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos ou particulares que se relacionam com o poder público, que vem a ser aquela resultante de dano decorrente de ato em que está presente pelo menos um dos elementos da culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*). A culpa *estricto sensu* (mera culpa) advém da violação de um dever jurídico por negligência, imperícia ou imprudência. A esta são atribuídas várias espécies, a exemplo da ‘culpa contra

legalidade'. No presente caso, pode-se afirmar que se configurou a culpa contra legalidade porque o dano ao erário, como será visto adiante, resultou da violação de obrigação imposta em normas que orientam a prestação de contas de recursos repassados mediante convênios.

40. Neste sentido, transcrevo trecho do voto do min. Bruno Dantas (Acórdão 6.211/2015-TCU-1ª Câmara):

‘15. Como é cediço, a responsabilidade dos jurisdicionados perante esta Corte é de natureza subjetiva, caracterizando-se mediante a presença de simples culpa, **stricto sensu**. Assim, reforço que não se faz necessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado perante o TCU.’

41. Quanto à excludente de responsabilidade alegada, entende-se que a falência de um colaborador, um parceiro comercial, não constitui força maior ou caso fortuito, visto não ser fato imprevisível. Todos aqueles que exercem atividades econômicas estão sujeitos à falência ou insolvência. Como se sabe, diversos fatores podem conduzir à bancarrota, tais como, uma péssima gestão do dinheiro da empresa, a falta de uma visão ampla da situação do mercado, problemas pessoais entre sócios etc. A falência representa risco do empreendimento, sendo inerente a toda atividade empresarial. Ora, tratando-se de um fato previsível e cabendo ao empresário zelar pela intangibilidade do capital que movimenta a empresa, não se pode equipará-la à força maior.

42. No âmbito da Justiça do Trabalho, encontramos diversas decisões que apontam nesta trilha:

‘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

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 (...).’

43. Desse modo, propõe-se a rejeição do alegado. Em consequência, o indeferimento do pedido de que as presentes contas sejam consideradas ilíquidáveis.

Argumento: incorreção no valor do dano causado ao erário

44. Afirma existirem, nos autos, elementos que demonstram a execução, ao menos parcial, do objeto conveniado. Destarte, não poderia a administração cobrar o ressarcimento integral dos recursos repassados, o que se configuraria enriquecimento ilícito, vedado a teor do disposto no art. 37, caput da CF.

45. Sustenta que a demora na prestação de contas jamais poderá implicar o ressarcimento da totalidade das verbas transferidas. Argumenta que, mesmo que o convênio fosse declarado nulo, ainda assim a Administração Pública deveria arcar com os dispêndios das parcelas já executadas, nos termos previstos no art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, **in verbis**:

‘Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos Jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único: A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.’

46. Afirma que o Instituto Genius encaminhou, em 5/6/2015, a prestação de contas devida (peça 30, p. 42-57) à Finep, apta a evidenciar a correta aplicação dos recursos. Destarte, requer que os valores efetivamente comprovados sejam abatidos do suposto débito.

47. Ao final, requer nova avaliação da prestação de contas por parte das unidades técnicas do TCU, de forma a (i) analisar os termos da documentação adicional apresentada ao Finep, e (ii) recalcular o montante supostamente tido como dano ao erário, de forma a, expressamente, consignar os valores comprovadamente aplicados pelo Genius.

Análise

48. A prestação de contas ora apresentada constitui-se dos seguintes elementos:

- a) Recibo (peça 30, p. 43);
- a) Relatório de Execução Financeira (peça 30, p. 45);
- b) Demonstrativo de Receitas e Despesas (peça 30, p. 46);
- c) Conciliação Bancária (peça 30, p. 47);
- d) Relação de Pagamentos (peça 30, p. 48); e
- e) Extratos bancários).

49. Nos termos da cláusula 9.1 do convênio (peça 1, p. 155-157), a prestação de contas deveria ser constituída dos seguintes elementos:

- a) Relatório da Execução Física e Financeira efetivamente realizada no período;
- b) Demonstrativo da Execução da Receita e Despesa, evidenciando os recursos recebidos a título de transferência, de contrapartida, se houver tal previsão, e dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos no mercado financeiro, quando for o caso, bem como os saldos respectivos;
- c) Relação de Pagamentos Efetuados, identificando o fato gerador da despesa, seu valor e o número da respectiva nota fiscal ou documento similar;
- d) Relação de Bens Adquiridos, Produzidos ou Construídos, com recursos do convênio, identificando o fato gerador da despesa; seu valor e o número da respectiva nota fiscal ou documento similar;

e) Extrato da Conta Bancária do período abrangido pela prestação de contas e, quando for o caso, extrato das contas de aplicações financeiras, acompanhados da respectiva conciliação bancária.

50. Do ponto de vista formal, constata-se a não apresentação da 'relação de bens adquiridos' e da 'conciliação bancária'. Além disso, não foi apresentado o Relatório Técnico Final, demonstrando o cumprimento do objeto, como previsto na cláusula nona, item 9.3, do convênio (peça 1, p. 157):

‘9.3. A Prestação de Contas Final do total de recursos recebidos e ainda não comprovados, caso tenha ocorrido prestação de contas parcial, será constituída pela complementação dos documentos apresentados no Relatório Técnico Parcial, acompanhados do Relatório Técnico Final, demonstrando o cumprimento do Objeto, bem como do comprovante de recolhimento do saldo de recursos, se houver, à conta indicada pela CONCEDENTE’

51. Sob o aspecto material, o exame dos documentos que constituem a prestação de contas revela várias inconsistências, que impossibilitam aprová-la, como será visto a seguir.

52. O Relatório de Execução Financeira (peça 30, p. 45), o Demonstrativo de Receitas e Despesas (peça 30, p. 46) e a Relação de Pagamentos (peça 30, p. 48) demonstram a aplicação do valor de R\$ 76.252,90 na rubrica ‘Outros Serviços de Terceiros – Pessoa Jurídica’. Segundo a Relação de Pagamentos (peça 30, p. 48) e recibo comprobatório (peça 30, p. 43), este valor teve como destinatário o próprio Instituto Genius, a título de ‘despesas operacionais de caráter indivisível’. Contudo, este gasto não guarda correspondência com os extratos bancários apresentados (peça 30, p. 49-57), impedindo correlacioná-lo às despesas do convênio.

53. Os extratos bancários apresentados (peça 30, p. 50-57) compreendem o período de julho/2008 a setembro/2009, não abrangendo, assim, todo o prazo de vigência do convênio (24/6/2008 a 24/6/2010), como seria de rigor. O exame dos mesmos revela a existência de diversas movimentações, via Transferência Eletrônica Disponível (TED), não relacionadas nos demais demonstrativos e sem identificação dos beneficiários, contrariando o disposto no art. 20 da Instrução Normativa 1/1997, vigente à época, abaixo transcrito. Ademais, constatam-se diversos pagamentos com tarifas bancárias no valor total de R\$ 162,90, defesos a teor do disposto no inciso VII do art. 8º da IN – STN 1/1997:

‘Art. 8º É vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

(...)

VII - realização de despesas com taxas bancárias, com multas, juros ou correção monetária, inclusive, referentes a pagamentos ou recolhimentos fora dos prazos;

(...)

Art. 20. Os recursos serão mantidos em conta bancária específica somente permitidos saques para pagamento de despesas constantes do Programa de Trabalho ou para aplicação no mercado financeiro, nas hipóteses previstas em lei ou nesta Instrução Normativa, devendo sua movimentação realizar-se, exclusivamente, mediante cheque nominativo, ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil, em que fiquem identificados sua destinação e, no caso de pagamento, o credor.’

54. O extrato de aplicações financeiras (peça 30, p. 49) refere-se apenas ao mês de fevereiro de 2009 e, à semelhança dos extratos bancários, não reflete todo o período do convênio. Assim, não é possível identificar os rendimentos auferidos, de modo que o documento não agrega qualquer informação ao processo.

55. Não há qualquer documento que comprove a aplicação da contrapartida ajustada, nem os extratos bancários (peça 30, p. 49-57) registram o ingresso desta parcela.

56. Por derradeiro, observa-se não constar dos autos, à exceção do recibo emitido pelo Instituto Genius (peça 30, p. 43), outros documentos comprobatórios das despesas, tais como, faturas, notas fiscais, recibos, guias de importação etc.

57. Assim, ante as deficiências reportadas, conclui-se que a prestação de contas apresentada (peça 30, p. 42-57) não é hábil a demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos descentralizados. Não é demais reforçar o entendimento firmado no âmbito deste TCU no sentido de ser necessário demonstrar o nexo causal da execução/aquisição do objeto com os recursos públicos transferidos.

58. Não se olvide que, em matéria de aplicação de recursos públicos, compete ao gestor o ônus de provar a correta aplicação, com demonstração de nexo causal entre os valores transferidos e os documentos de despesas referentes à execução, de forma que seja possível confirmar que determinado serviço foi executado com os recursos oriundos do convênio. Neste sentido, manifestou-se o min. Bruno Dantas (Acórdão 6.211/2015-TCU-Primeira Câmara): ‘É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido da necessidade de apresentação de documentação que ateste a aplicação regular dos recursos, isto é, a verdadeira relação de causalidade entre o montante repassado e os eventos contratados (...)’.

59. Além da ausência de documentos comprobatórios das despesas, pesa contra o responsável o fato de não ter apresentado ao órgão concedente o Relatório Técnico Final, impedindo a Finep de manifestar-se quanto ao atingimento do objeto do convênio. Assim, não é possível afirmar se houve cumprimento, sequer parcial, do objeto ajustado, o que, caso tivesse ocorrido, de fato, beneficiaria os responsáveis, pois, nesta situação, a responsabilização do gestor limitar-se-ia à fração não concretizada do objeto, desde que se comprovasse que a fração executada reverteu em benefício da coletividade. Nesse sentido é a jurisprudência do TCU (Acórdãos 425/2010-TCU-1ª Câmara, 1.229/2010-TCU-2ª Câmara, 903/2008-TCU-2ª Câmara, 968/2008-TCU-Plenário, 1.017/2008-TCU-2ª Câmara e 2.856/2008-TCU-2ª Câmara).

60. Assim, não se conseguindo estabelecer o nexo de causalidade entre os recursos repassados e os gastos efetuados, opino que as alegações apresentadas sejam rejeitadas, devendo considerar-se como dano, o montante integral transferido.

Argumento: inoccorrência de responsabilidade solidária

61. Afirma que não se encontram presentes nos autos quaisquer das hipóteses legais que justifiquem a responsabilização solidária decretada nestes autos. Frisa que: a) não há previsão legal determinando a solidariedade entre as partes; b) não há, no termo de convênio qualquer menção a responsabilização solidária dos administradores, e, por fim, c) não é possível responsabilizar-se solidariamente os administradores, à luz do disposto no art. 36 do Estatuto Social do Instituto Genius (peça 1, p. 99), **verbis**:

Art. 36 - Os administradores da entidade não respondem, quer isolada, quer solidária, quer subsidiariamente por danos ao patrimônio desta, nem pelas obrigações da entidade, salvo nos casos de culpa ou dolo, excesso de mandato, violação da lei ou do presente estatuto.

62. Aduz que o responsável agiu em total conformidade com os poderes de administração que lhe foram outorgados, não cabendo, portanto, ao TCU, responsabilizá-lo, pois não teria praticado atos que exorbitassem seus poderes. Ademais, argumenta que a apresentação, ainda que parcial e extemporânea, da prestação de contas à Finep deve ser considerada como fator elisivo ou mitigador do dano apontado.

Análise

63. No tocante à responsabilidade solidária do conveniente, Instituto Genius, em relação ao débito, cumpre esclarecer que a matéria encontra-se sedimentada neste Tribunal tendo sido objeto da Súmula 286, de 10/9/2014: “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”. É pacífica a jurisprudência do TCU, nas ocasiões em que pessoa jurídica de direito privado celebra avença com o poder público federal, com vistas a alcançar finalidade pública. A entidade celebrante, no caso o Genius Instituto, assumiu a condição de gestor público, sujeitando-se ao cumprimento da obrigação pessoal de prestar contas ao poder público, nos termos do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Da mesma forma, a responsabilidade da pessoa física, na condição de dirigente de entidade privada, encontra amparo nos citados artigos 70 e 71 da CF, visto

que, de fato, a pessoa natural é quem determina a destinação a ser dada aos recursos públicos transferidos; por isso, a obrigação de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos recai sobre ela também, por meio de prestação de contas.

64. Neste sentido, transcrevo trecho do voto do min. Bruno Dantas (Acórdão nº 6.943/2015-TCU-Primeira Câmara):

‘5.4 A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito privado responde objetivamente em relação ao dano causado ao erário. O entendimento é de que o ente privado, ao celebrar avença com o poder público federal, objetivando alcançar uma finalidade pública, assume o papel de gestor público naquele ato e, em consequência, está sujeito ao cumprimento da obrigação pessoal de prestar contas ao poder público, nos termos do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Por conseguinte, passa a recair, também, sobre esse ente a presunção iuris tantum de ter dado causa a dano ao erário eventualmente ocorrido na execução da avença, por imposição constitucional, com base no disposto no mesmo art. 70, parágrafo único, combinado com a parte final do inciso II do art. 71 da Carta Magna (Acórdãos 2945/2004, 3153/2004, 1069/2007, 337/2007, 2754/2007, 3788/2007, 477/2001, 770/2005 e 3401/2007, todos da 1ª Câmara).

5.5 De outro, em relação às pessoas físicas, embora a responsabilidade seja sempre subjetiva, é entendimento pacífico desta Corte de que os representantes de entes privados quando firmam e executam convênio com o poder público assume obrigação pessoal de aplicar corretamente os recursos públicos. Daí porque não haver necessidade da desconstituição da personalidade jurídica do ente para alcançar os seus agentes.

5.6 Porquanto, as condutas a serem analisadas é sempre a dos representantes dos entes. Pois, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, as pessoas jurídicas são sujeitos de direito, revestidas de capacidade e responsáveis por seus atos. No entanto, para que possam exteriorizar a sua vontade devem ser representadas. O entendimento é no sentido de que o ente jurídico não tem vontade própria, sua vontade manifesta-se por intermédio das condutas dos seus representantes. Considera-se, também, que as condutas ilegais sempre excedem ao múnus conferido pelo ente jurídico, pois é certo que a lei não autoriza a criação de entes jurídicos para a prática de atos ilícitos, daí a razão das condutas avaliadas serem sempre a dos seus administradores e representantes.’

65. Quanto à solicitação de que a prestação de contas apresentada seja considerada como fator elisivo ou mitigador do dano apontado, cumpre esclarecer que se trata de obrigação legal do responsável. O dever de prestar contas, de matriz constitucional, é inerente à gestão de recursos públicos. Não fazê-lo caracteriza expressa violação da Lei 4.320/1964, do Decreto-lei 200/1967 e do Decreto 93.872/1996. A sua ausência ou a apresentação sem os elementos essenciais à demonstração da movimentação financeira, significa não somente o descumprimento da Constituição e da legislação em vigor, mas a violação da transparência, na prática dos atos de gestão, a falta de comprovação da lisura no trato com a coisa pública.

66. Assim, opina-se pelo não acolhimento das alegações apresentadas.

CONCLUSÃO

67. A partir dos elementos constantes dos autos, foi possível verificar que os recursos repassados por força do ajuste foram utilizados durante a gestão dos Srs. Carlos Eduardo Pitta e Moris Arditti, que também eram responsáveis pelo encaminhamento da prestação de contas ao concedente. Contudo, os responsáveis não cumpriram as obrigações pactuadas com a Finep, deixando de apresentar documentos comprobatórios da conclusão do objeto acordado.

68. Diante da revelia do Sr. Carlos Eduardo Pitta e do Instituto Genius, como reportado nos itens 19 e 20, e inexistindo nos autos elementos que permitam concluir pela ocorrência de boa-fé ou de outros excludentes de culpabilidade na conduta do Sr. Carlos Pitta, propõe-se que suas contas sejam julgadas irregulares e que os responsáveis sejam condenados em débito, aplicando-se, ainda, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

69. Em face da rejeição das alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Moris Arditti (itens 22-66) e inexistindo nos autos elementos que permitam concluir pela ocorrência de boa-fé ou de outros excludentes de culpabilidade na conduta do responsável, propõe-se que suas contas sejam julgadas irregulares e que o responsável seja condenado em débito, aplicando-se, ainda, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

70. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) considerar o Sr. Carlos Eduardo Pitta (CPF 115.659.308-51) e o Genius Instituto de Tecnologia (CNPJ 03.521.618/0001-95) revéis para todos os efeitos, dando-se seguimento ao processo, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

b) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19, caput, e 23, inciso III, da mesma Lei, julgar irregulares as contas do Genius Instituto de Tecnologia (CNPJ 03.521.618/0001-95) e dos Srs. Carlos Eduardo Pitta (CPF 115.659.308-51), ex-gerente administrativo e financeiro, e Moris Arditti (CPF 034.407.378-53), ex-presidente, condenando-os, em solidariedade, ao pagamento da quantia a seguir especificada, 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 do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

Débito:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
1.091.310,90	9/7/2008

Valor atualizado até 29/2/2016 (com juros) - R\$ 2.495.638,09 (peça 39)

c) aplicar aos Srs. Carlos Eduardo Pitta (CPF 115.659.308-51), ex-gerente administrativo e financeiro, e Moris Arditti (CPF 034.407.378-53), ex-presidente, e ao Genius Instituto de Tecnologia (CNPJ 03.521.618/0001-95), individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento das respectivas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente entre a data do presente acórdão e a do efetivo recolhimento, se pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

d) autorizar, desde logo, com base no art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

e) autorizar, caso solicitado, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno do TCU, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, fixando-se o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e os demais a cada trinta dias, devendo incidir sobre cada parcela, atualizada monetariamente, os encargos legais devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

f) alertar aos responsáveis que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do § 2º do art. 217 do Regimento Interno deste Tribunal;

g) remeter cópia do Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentarem, à Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), aos responsáveis e à Procuradoria da República no Estado de São Paulo, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992.”



3. A proposta contou com a anuência do corpo diretivo daquela unidade (peças 41 e 42) e do Ministério Público de Contas, representado pelo ilustre Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado (peça 43).