



Acórdão 00107/2020-1 - 1ª Câmara

Processos: 01019/2009-7, 03289/2010-5, 03288/2010-1, 03287/2010-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

Exercício: 2008

UG: PMM - Prefeitura Municipal de Mantenópolis

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Responsável: ERNESTO PAIZANTE PEREIRA

Procuradores: DEBORA PAIVA MAGNAGO (CPF: 084.410.557-00), PEDRO JOSINO CORDEIRO (OAB: 17169-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
AUDITORIA – EXERCÍCIO DE 2008 – PLANO DE
AUDITORIA ORDINÁRIA 35/2009 – RECONHECER
A PRESCRIÇÃO – EXTINGUIR O PROCESSO COM
RESOLUÇÃO DO MÉRITO – AUSÊNCIA DE
MATRIZ DE RESPONSABILIDADE – NÃO
REABERTURA DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL –
EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO
MÉRITO QUANTO AO DANO DECORRENTE DOS
ITENS 1 E 2 DA ITI 319/2009 – ARQUIVAR.**

VOTO DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR RODRIGO COELHO DO CARMO:

I - RELATÓRIO

Cuidam os autos do Relatório de Auditoria Ordinária promovida na Prefeitura Municipal de Mantenópolis, referente ao exercício de 2008, em observância ao Plano

e Programa de Auditoria Ordinária nº 35/2009, sob a responsabilidade do Sr. Ernesto Paizante Pereira, então Prefeito Municipal.

Após a análise preliminar do processo pela unidade técnica competente, tendo como ponto de partida o Relatório de Auditoria Ordinária RA-O 68/2009, resultante do trabalho de auditoria realizado no âmbito do Município, foi elaborada a Instrução Técnica Inicial ITI nº 219/2009, que sugeriu a citação do responsável, Sr. Ernesto Paizante Pereira, frente aos apontamentos identificados, além da notificação ao Sr. Eduardo Alves Carneiro para informar acerca da instauração de Tomada de Contas Especial, ao que aderiu o Relator quando da prolação da Decisão Preliminar TC 212/2009.

Em resposta à notificação, o Sr. Eduardo Alves Carneiro compareceu aos autos informando ter instaurado a Tomada de Contas Especial. Devidamente citado, o responsável também veio aos autos e apresentou suas justificativas e documentos.

Em seguida, os autos foram submetidos à análise do Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas - NEC, que por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 1370/2015 sugeriu a manutenção das irregularidades descritas nos itens 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 e 5.1.5 da ITC 1370/2015, com a consequente conversão do processo em Tomada de Contas Especial, haja vista a existência de dano, a rejeição das razões de justificativa do Sr. Ernesto Paizante Pereira quanto aos itens 3.1 e 3.2 da ITC, declarar a prescrição da punibilidade em relação aos itens 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6 da ITC e condenando o responsável ao ressarcimento quantificado em R\$ 203.637,78, equivalentes a 112.426,3126 VRTE's, além da sugestão de expedição de recomendação ao atual gestor.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas, nos termos regimentais, que se manifestou através do Parecer PPJC nº 1885/2015, da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuindo integralmente com a proposição técnica.

Novamente ao órgão ministerial, seu representante, dessa vez por meio do Parecer 6148/2019, reiterou seu posicionamento acerca da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas, pugnando pelo seu reconhecimento, ressalvando a imprescritibilidade do dano, requerendo a condenação ao responsável.

Após, vieram os autos a este Gabinete. É o que importa relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1) Sobre a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Compulsando os autos, observa-se que as inconsistências detectadas e mantidas pela unidade técnica nos presentes autos referem-se a fatos ocorridos em 2008. Portanto, justo se faz tecer algumas considerações quanto ao fenômeno prescricional.

O instituto da prescrição consiste na extinção da pretensão punitiva em razão da inércia do titular durante razoável espaço de tempo. Muitas vezes, o tempo atua como fato de grande influência nas relações jurídicas, acarretando a manutenção de situações já consolidadas. Tal instituto busca, na realidade, preservar a paz social, a ordem jurídica, a estabilidade social e, principalmente, a segurança jurídica.

Em relação à utilização do instituto da prescrição na função de controle, a doutrina e jurisprudência vêm entendendo pela possibilidade de incidência em razão do direito à segurança jurídica prevista no art. 5º da Constituição Federal, vez que se encontra fortemente relacionada com o Estado Democrático de Direito. Merece relevo o registro de que esse direito está mais conectado aos direitos fundamentais, especialmente aos princípios do devido processo legal, do direito adquirido e da razoável duração do processo.

Nesse caminhar, este Tribunal de Contas, atento às mudanças e no exercício da atribuição de aplicador dos direitos fundamentais, zelando para que as relações jurídicas não fiquem à mercê de uma perene instabilidade, expressamente previu a prescrição no art. 71 da sua Lei Orgânica (Lei Complementar nº 621/2012), para a qual fixou o prazo de 05 anos, *in verbis*:

Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

§ 1º A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

§ 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

II - da ocorrência do fato, nos demais casos.

§ 3º Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

§ 4º Interrompem a prescrição:

I - a citação válida do responsável;

II - a interposição de recurso.

§ 5º A prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas.

No caso dos autos, os indícios de irregularidade decorreram de processo de fiscalização e não de prestação de contas, motivo que impõe a utilização do marco inicial do curso do prazo prescricional como o da ocorrência dos fatos (art. 71, §2º, II da LC 621/2012), ou seja, em 2008.

Extrai-se que a citação do responsável se consumou em **03/07/2009** (às fls. 1033), de forma que é claro identificar o decurso de mais de 11 anos desde o último marco interruptivo (art. 71, §4º, I da LC 621/2012), de modo a se superar, no caso dos autos, o período legal de 5 anos conferido ao Estado para o exercício de seu direito punitivo.

Assim, consoante informações contidas nos autos, verifica-se que os indícios de irregularidades apontados nos **itens 5.1.1 e 5.1.2 da ITC 1370/2015** consideram a possibilidade de imputação de ressarcimento em decorrência das irregularidades mantidas, não alcançadas pelo fenômeno prescricional.

Estabelece o art. 374 do RITCEES que o processo deverá ser julgado ou apreciado pelo colegiado quando subsistir o dever de ressarcimento. Nesse contexto, tendo em vista que não ocorreram quaisquer causas interruptivas ou suspensivas da prescrição após 03/07/2009, há que se reconhecer que **se encontram envoltos pela prescrição os apontamentos de irregularidade descritos nos itens 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6 da ITC 1370/2015** --- respectivamente, “contratação sem prévio concurso público”, “contratação de agente comunitário de saúde sem prévio processo seletivo público”, “não recolhimento das contribuições a crédito do Iasma” e “realização de despesas sem prévio empenho, inobservância ao princípio da competência”.

II.2) Do ressarcimento decorrente da irregularidade descrita no item 5.1.1 da ITC 1370/2015: “omissão do gestor na cobrança da prestação de contas”.

Base legal: art. 66 c/c 116 da Lei nº 8.666/93 e art. 4º da Lei Municipal nº 1.144/2008.

Responsável: Ernesto Paizante Pereira (Prefeito Municipal).

Ressarcimento: R\$ 201.000,00, equivalente a 110.970,02 VRTE's.

Inobstante a inequívoca ocorrência da prescrição, subsiste nos autos a mencionada irregularidade relativa à omissão do responsável na cobrança da prestação de contas, de cujas sequelas se apontou o dano quantificado em R\$ 201.000,00, equivalente a 110.970,02 VRTE's, passível de apreciação por este Tribunal de Contas, na forma do art. 374 do RITCEES¹.

Reporta a análise técnica que a auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Mantenópolis, apontou que foram repassados à Sociedade Pestalozzi de Mantenópolis – Escola Especial Orquídea, a Sociedade Beneficente São Vicente de Paula – Creche Casulo e a Sociedade Beneficente São Vicente de Paula – Hospital Maternidade Nossa Senhora das Dores recursos municipais, por meio de convênio, sem, contudo, exigir a prestação de contas dos valores repassados, resultando no ressarcimento de R\$ 201.000,00, equivalente a 110.970,02, atribuído ao Sr. Ernesto Paizante Pereira.

¹ Art. 374. Quando a prescrição alcançara a pretensão sancionatória, mas subsistir o dever de ressarcimento ao erário ou a necessidade de expedir determinação ao responsável para o exato cumprimento da lei, o processo deverá ser julgado ou apreciado pelo colegiado.

Justificou o responsável que trouxe aos autos documentos referentes à prestação de contas da Sociedade Beneficente São Vicente de Paula – Hospital Maternidade Nossa Senhora das Dores e da Sociedade Pestalozzi de Mantenópolis, admitindo, ademais, a falha na realização formal do procedimento quanto à Sociedade Beneficente São Vicente de Paula Creche Casulo, ressaltando que a ausência da medida não configuraria dano ao erário, mas apenas uma irregularidade formal, mormente porque poderia provar, na oportunidade em questão, a boa aplicação dos recursos públicos.

A análise técnica salientou que no presente caso teria ocorrido omissão no dever de prestar contas, tendo sido detectada, quando da análise da documentação trazida, inconsistências que demonstram a má aplicação dos recursos repassados, resultando, assim, em dano ao erário.

Isso, porque a Sociedade Pestalozzi de Mantenópolis não teria comprovado a correta utilização dos recursos recebidos por meio dos convênios de subvenção social, constatada pela ausência de processo nesse sentido, além da inidoneidade dos documentos, que seriam divergentes daqueles apresentados na Tomada de Contas Especial (processo TC 3288/2010), dos quais, inclusive, resultou a discrepância no apontamento do valor do dano, que naqueles autos somaram R\$ 9.000,00 e aqui perfazem R\$ 9.175,43.

Quanto à Sociedade Beneficente São Vicente de Paula – Hospital Maternidade Nossa Senhora das Dores, verificou-se também a presença de divergências parciais entre os documentos apresentados pelo responsável e aqueles contidos na mencionada Tomada de Contas Especial (processo TC 3288/2010), visto que alguns se referem a despesas não alcançadas pelo convênio, outras a exercícios distintos do ora analisado, duplicidade de despesas, além de outros apontamentos, o que por si seria suficiente para desconsiderar a totalidade dos documentos. Além disso, arguiu que os recibos e notas fiscais apresentados não demonstram a utilização dos recursos do convênio no seu pagamento, mas tão somente que houve a despesa, restando o dever de ressarcir o valor de R\$ 126.000,00, equivalentes a 69.563,29708 VRTE's.

Por fim, acerca da Sociedade Beneficente São Vicente de Paula – Creche Casulo o corpo técnico desta Casa aduziu que os documentos trazidos aos autos quando da apresentação da defesa, a despeito da confessa inexistência de processo de prestação de contas da utilização do recurso repassado, são relativos a pagamentos de natureza salarial a empregados da beneficiária, bem como a pagamentos a prestadores de serviços, de natureza idêntica aos que também compõem o Processo TC 3289/2010. Contudo, tais comprovantes não estariam aptos a demonstrar a boa aplicação dos recursos conveniados, padecendo, do mesmo modo que nos casos anteriores, de divergências intoleráveis no que se refere à prestação de contas de recursos públicos.

Ademais, apontar que o convênio em questão não estabeleceu a finalidade a que se vinculavam as receitas, as metas a serem atingidas, o cronograma de desembolso, o plano de trabalho proposto pela entidade interessada e aprovado pela Administração, culminando no dever de ressarcir o valor de R\$ 66.000,00, equivalentes a 36.437,9175 VRTE's.

Diante disso, a unidade técnica concluiu que o pagamento a maior foi injustificável, refletindo a ausência de planejamento da gestão, opinando pela manutenção da irregularidade, com ressarcimento no valor de R\$ 8.010,00, equivalente a 5.035,53 VRTE's.

Numa análise detida dos autos, verifica-se que, neste caso concreto, há a necessidade de se reconhecer a carência de elementos probatórios nos autos suficientes à demonstração inequívoca dos requisitos que dão ensejo à responsabilização do agente responsável mencionado.

Isso, porque tem sido objeto de repetidas discussões em Plenário a questão da necessidade de uma adequada instrução processual, com o apontamento individualizado das condutas imputadas aos responsáveis, de modo a conferir a devida observância ao contraditório e à ampla defesa aos jurisdicionados.

Nesse sentido, me parece relevante trazer à tona o coerente entendimento lançado no Voto-Vista emitido pelo Conselheiro Flávio Freire Farias Chamoun, acompanhado à unanimidade pelos componentes do Plenário, que resultou no Acórdão TC 537/2016, proferido nos autos do Processo TC 4833/2005, acerca da responsabilidade subjetiva aplicável aos agentes públicos, mesmo antes da Resolução 287/2015:

“Chamo atenção para o fato de que a tese que defendo encontra eco no ordenamento constitucional e processual há muito vigentes. E foi para que não restassem dúvidas a esse respeito que, em 2007, alterou-se a redação do inciso III, do art. 41, da Lei Complementar Estadual 32/93 – Lei Orgânica deste Tribunal então vigente –, de modo a deixar indene de dúvidas que, ao proceder à fiscalização, o Tribunal de Contas deveria citar todos os potenciais responsáveis pela prática do ato ilegal e, para tanto, promoveu-se a simbólica variação do termo “responsável”, até então no singular, para “responsáveis”, em redação dada pela LC 410/2007.

Ocorre que **a importância desta singela alteração passou despercebida na presente instrução processual**, contrariando o comando legal, cuja intenção restou claramente demonstrada na justificativa que acompanhou o respectivo projeto de lei, *in verbis*:

O presente Projeto de Lei visa promover a justiça para com os Poderes Executivos Estadual e Municipais. É comum a veiculação na mídia de matérias abordando denúncias de irregularidades nas contas públicas, onde apenas o chefe do executivo é responsabilizado pela autoria das mesmas. Para evitarmos esse tipo de exposição depreciativa da autoridade municipal e estadual, que acaba assumindo todo o ônus por atos irregulares cometidos, na maioria das vezes, por seus subordinados, propomos a instituição da co-responsabilidade, com o apontamento e notificação dos verdadeiros protagonistas dos atos ilícitos, analisados pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

(...), se a responsabilidade das práticas das irregularidades apontadas na análise das contas públicas pelo Tribunal de Contas for do executivo municipal, este deverá assumir suas implicações legais. Entretanto, se o ato irregular for cometido à revelia de seu conhecimento e de sua autorização, o verdadeiro autor deve ser apontado (...).

Muito embora, a LC nº 410/2007 tenha modificado, no tocante à responsabilização, a redação original da LC nº 32/1993, penso que o ordenamento jurídico brasileiro jamais autorizou a responsabilização objetiva do agente público, não restando dúvidas, a meu ver, de que a teoria da responsabilidade subjetiva deveria ter sido observada mesmo antes da entrada em vigor da LC nº 32/1993.

Na CF/88, a responsabilidade civil do agente público encontra-se regulamentada no mesmo dispositivo constitucional que trata da responsabilidade do Estado por atividades que lhes são imputadas:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Embora o dispositivo tenha por objetivo regular diretamente a responsabilidade do Estado, ele também traz dois princípios fundamentais da responsabilidade civil dos agentes estatais. O primeiro é que, por força do referido texto constitucional, não obstante o Estado esteja submetido à responsabilidade objetiva, somente a responsabilidade subjetiva pode ser imputada aos agentes estatais.

Esta linha segue interpretação dada ao tema pelo STF: *“Não se pode olvidar que a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva apenas do Estado (CF, artigo 37, § 6º), impondo ao servidor, havendo culpa ou dolo na prática do ato lesivo, a obrigação de reparar o dano causado ao erário, sempre, porém, com observância dos princípios do contraditório e ampla defesa (CF, artigo 5º, LV)”* (STF, MS 24182/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, *Informativo do STF nº 336, Brasília, 9 a 13-2-2004*).

Afastada encontra-se, portanto, a possibilidade de a legislação infraconstitucional estabelecer a responsabilidade civil objetiva dos agentes estatais.”

Assim, em que pese a figuração do Sr. Ernesto Paizante Pereira, ex-Prefeito Municipal de Mantenópolis, nestes autos como responsável por atuar como ordenador de despesa no exercício em análise, por si só, não se revela bastante para sua pretensa condenação. Neste ponto e neste caso concreto, há que se refutar a corriqueira tese de que teria o gestor agido com culpa ao permitir pagamentos irregulares.

A assertiva retro encontra maior fundamento quando se constata que o modelo de responsabilização adotado pela equipe de auditoria deste Tribunal na ocasião se alicerçava, essencialmente, na culpa objetiva. Dessa forma, em que pese o louvável esforço de auditoria empreendido pelo corpo técnico desta Corte, não foram chamados para compor a demanda todos os demais possíveis responsáveis que contribuíram ativamente para a irregularidade, a exemplo das Consorciadas, a quem se destinaram os repasses dos recursos públicos em discussão, além do fiscal responsável e o Secretário da pasta, de modo que não se poderia atribuir unicamente do gestor máximo do Município a responsabilidade que ora se pretende.

Ademais, não se vislumbra nos autos o apropriado apontamento da matriz de responsabilização, com a devida individualização da conduta do gestor assinalado como responsável, bem como do nexos de causalidade entre sua conduta e a irregularidade registrada.

Nesse contexto, há que se salientar que os limites da responsabilidade do gestor são os atos por ele praticados no âmbito de sua competência, sendo excessivo lhe atribuir também a responsabilidade pelos atos de seus subalternos, quando não tiver contribuído para estes.

Aqui, cumpre reafirmar que a ausência de comprovação do nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso é imprescindível para a imputação de condenação ao gestor, em linha com o reiterado posicionamento desta Casa, e é o que se vê nestes autos.

Desse pressuposto, me parece temerário que esta Corte de Contas, do alto de seus atributos de julgador, desconsidere, --- repita-se --- no caso concreto, uma instrução processual deficitária, sem que tenham sido chamados para integrar o processo toda a cadeia de responsáveis envolvidos, tampouco individualizadas suas respectivas responsabilidades, e impor ao gestor uma condenação alicerçada nesses elementos.

Note-se que não se pretende aqui desmerecer o trabalho realizado pela equipe técnica, que reconhecidamente atua com esmero na busca pela verdade real, mas tão somente ponderar que, de fato, neste caso em específico, a condução dos trabalhos instrutórios não se deu adequadamente (até porque atendia ao modelo de responsabilização adotado na época da fiscalização), suas falhas trouxeram prejuízo à formação do íntegro convencimento do julgador, na medida em que não foram produzidos nos autos todos os elementos probatórios que embasariam a correta responsabilização dos envolvidos.

Ainda, ponderando que os fatos em tela se deram em 2008 --- há cerca de 11 anos --
- eventual reabertura da instrução processual para a obtenção de elementos de
convicção se mostra inviável e na contramão do razoável. Isso, porque para tanto
seria necessário o amoldamento de relatórios e peças processuais com vistas a
adequá-los à atual modalidade de responsabilização subjetiva, em que seria
necessária a citação de todos os responsáveis para compor o polo passivo da
demanda, bem como o refazimento de todas as fases processuais, o que poderia se
tornar irrealizável ou ineficaz por força do decurso do tempo e intercorrências
diversas --- que vão desde a morte de agentes, a falta de acesso a documentos, à
prescrição, cerceamento de defesa pelos inúmeros óbices advindos desse extenso
lapso temporal ---, em contraponto com as garantias constitucionais inerentes ao
direito de defesa, da razoável duração do processo, da economia processual, da
celeridade, da segurança jurídica, etc.

Dessa forma, considerando os precedentes nos Processos TC nº 1989/2010
(Acórdão 232/2013), 5928/2009 (Acórdão 304/2013), 167/2012 (Acórdão 231/2013),
7384/2012 (Acórdão 161/2013), 4878/2003 (Acórdão 1796/2015) e 3674/04 (Acórdão
896/2016), diante da ausência denexo entre a conduta dos agentes responsáveis e
os danos apontados, bem como da instrução processual deficitária, que não cumpriu
o seu papel de trazer aos autos todos os elementos necessários ao justo
convencimento do julgador, entendo pela imperiosa extinção do feito sem resolução
do mérito neste ponto.

**II.3) Do ressarcimento decorrente da irregularidade descrita no item 5.1.2 da ITC
1370/2015: “ausência de instrumento legal para utilização de telefones móveis
celulares e utilização sem finalidade pública”.**

Base legal: art. 32, caput, da Constituição Estadual.

Responsável: Ernesto Paizante Pereira (Prefeito Municipal).

Ressarcimento: R\$ 2.637,78, equivalente a 1.456,29 VRTE's.

A irregularidade supracitada delata a inexistência de instrumento legal no Município
que regulamente a utilização das linhas de telefones móveis celular e que defina

critérios para tal utilização --- tais como limite de valor a ser custeado pelo Município, condição para sua concessão, forma de uso ---, o que teria oportunizado o uso indevido de diversos serviços avessos à finalidade pública, como jogos, torpedo DDD integrado, torpedo cupido e internacional, causando o prejuízo de R\$ 2.637,78, equivalente a 1.456,29 VRTE's, cuja responsabilidade foi direcionada ao Sr. Ernesto Paizante Pereira.

Em justificativas, o responsável informou que, por meio da Lei Municipal 1.200/09, publicação em 02/04/2009, se deu a regulamentação do uso de telefone celular pelo Gabinete do Prefeito e Secretarias Municipais. Além disso, reconheceu a irregularidade da despesa e suscitou que estas deveriam ser ressarcidas, cabendo ação regressiva do gestor em face dos causadores do gasto indevido.

A despeito dos argumentos de defesa, a unidade técnica salientou que a regulamentação da despesa ocorreu apenas no mandato posterior ao do responsável, de forma que subsistiria a irregularidade. Ainda, argumentou que apesar do reconhecimento acerca da ausência de interesse público no gasto, não houve comprovação nos autos do ressarcimento ao erário. Desse modo, a análise técnica apontou para a necessidade de ressarcimento da quantia de R\$ 2.637,78, equivalente a 1.456,29 VRTE's.

Aqui, também, se está diante da ausência de individualização da responsabilidade do responsável, além do não chamamento ao feito dos demais envolvidos na cadeia de responsabilização.

Assim, considerando que eventual reabertura de instrução probatória tanto para a apuração dos fatos, quanto do estabelecimento da adequada matriz de responsabilização, além do o esticado lapso temporal a contar dos fatos (2008), aqui também me manifesto pela aplicação do entendimento adotado nos já invocados precedentes desta Corte, pela extinção do feito sem resolução do mérito.

Portanto, em alinhamento com o juízo explicitado no bloco anterior, dirijo dos posicionamentos técnico e ministerial, com vistas a **extinguir o processo sem resolução do mérito** também quanto a este item, diante da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, em alinhamento com o art. 485, IV do CPC.

III - CONCLUSÃO

Diante do exposto, **acompanhando em parte os entendimentos técnico e ministerial**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da **Primeira Câmara**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 1. Reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva** desta Corte de Contas em face do Sr. Ernesto Paizante Pereira, no tocante aos itens 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6 da ITC 1370/2015, **extinguindo-se o processo com resolução do mérito**, nos termos do art. 487, II do CPC;
- 2. Extinguir o feito sem resolução do mérito** em face do Sr. Ernesto Paizante Pereira, no tocante ao ressarcimento decorrente dos itens 5.1.1 e 5.1.2 da ITC 1370/2015, em linha com os precedentes deste Tribunal de Contas, na forma do art. 485, IV do CPC;
- 3. Dar ciência** aos responsáveis e interessados da presente decisão;
- 4. Remeter** os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012;
- 5. Arquivar** os autos após o trânsito em julgado.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

VOTO VISTA**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO****1 RELATÓRIO**

Com o propósito de examinar de forma mais detida a matéria em discussão, particularmente no ponto em que o Relator, Conselheiro **Rodrigo Coelho do Carmo**, propõe **EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO**, pedi vista dos presentes autos, o que me permitiu elaborar o voto que neste instante submeto a este colegiado, precedido do breve relatório.

Cuidam os autos de auditoria ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Mantenópolis referente ao exercício de 2008, em observância ao Plano e Programa de Auditoria Ordinária nº 35/2009, sob a responsabilidade do Senhor Ernesto Paizante Pereira, Prefeito Municipal naquele exercício.

Os relatórios de auditoria **RA-O 68/2009** (fls. 07/32 – evento 02 do processo) apontou indícios de irregularidades reproduzidos na **Instrução Técnica Inicial ITI 319/2009** (fls. 07/19 – evento 23 do processo), em cujos termos foi prolatada a **Decisão Preliminar TC 212/2009** (fl. 30 - evento 23 do processo), promovendo-se a citação do Sr. Ernesto Piaizante Pereira – ex-Prefeito Municipal – para apresentar esclarecimentos, bem como a notificação do Sr. Eduardo Alves Carneiro para apresentar medidas que comprovassem a instauração de tomadas de contas ou parecer cancelando a regularidade da prestação de contas.

Devidamente notificado, o Sr. Eduardo Alves Carneiro apresentou medidas que comprovavam a instauração de tomada de contas (fls. 37/39 e docs. Fls. 40/43 - evento 23 do processo).

Devidamente citado, o Sr. Ernesto Pizante Pereira se manifestou tempestivamente às fls. 46/61 do evento 23 do processo e juntou os documentos de fls. 62 do evento 23 as fls. 21 do evento 43 do processo.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Estudos e Análises Conclusivas – NEC, que emitiu a **Instrução Técnica Conclusiva ITC 1370/2015** (fls. 34 do evento 43 a fls. 09 do evento 44), opinando pela manutenção das irregularidades de que decorre dano ao erário - **itens 3.1 e 3.2 da ITC 1370/2015**, no valor total de R\$203.637,78 (duzentos e três mil seiscentos e trinta e sete reais e setenta e oito centavos), correspondentes a **112.426,3126 VRTE** – e pela conversão dos autos em **tomada de contas especial**.

Opina também pelo reconhecimento da **prescrição relativa à aplicação da pena de multa** a todos os indícios de irregularidades mantidos na ITC – itens 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6.

Assim, a ITC 1370/2015 opina ainda pela rejeição das **justificativas** e pela irregularidade das contas do senhor **Ernesto Paizante Pereira** – Ex-Prefeito Municipal **condenando-o ao ressarcimento do valor equivalente a R\$203.637,78 (duzentos e três mil seiscentos e trinta e sete reais e setenta e oito centavos), correspondentes a 112.426,3126 VRTE**, nos seguintes termos:

5 CONCLUSÃO / RESPONSABILIDADES

5.1 Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos que versam sobre o **Relatório de Auditoria Ordinária RAO 68/2009** e a **Instrução Técnica Inicial 319/2009** na **Prefeitura Municipal de Mantenópolis**, relativo ao exercício de 2008, entende-se que devem ser mantidas as irregularidades analisadas nos seguintes itens desta Instrução Técnica Conclusiva:

5.1.1 Omissão Do Gestor Na Cobrança Da Prestação De Contas (Item 3.1 desta ITC)

Base legal: Art. 66 c/c 116 da Lei nº 8.666/93 e Art. 4º da Lei Municipal nº 1.144/2008

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

Ressarcimento: R\$201.000,00, equivalentes a 110.970,02 VRTE.

5.1.2 Ausência De Instrumento Legal Para Utilização De Telefones Móveis Celulares E Utilização Sem Finalidade Pública (Item 3.2 desta ITC)

Base legal: Art. 32, caput, da Constituição Estadual

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

Ressarcimento: R\$ 2.637,78, equivalente a 1.456,29 VRTE.

5.1.3 Contratação Sem Prévio Concurso Público (Item 3.3 desta IT C)

Base legal: art. 37, inciso II, da Constituição Federal

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

5.1.4 Contratação De Agente Comunitário De Saúde Sem Prévio Processo Seletivo Público (Item 3.4 desta ITC)

Base legal: artigos 9º e 16 da Lei Federal nº 11.350/2006

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

5.1.5 Realização De Despesas Sem Prévio Empenho, Inobservância Ao Princípio Da Competência (Item 3.6 desta IT C)

Base legal: Artigos 35 e 60 da Lei Federal nº 4.320/64 e Resolução nº 750/93 do Conselho Federal de Contabilidade

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

5.2. Posto isso e diante do preceituado no art. 319, §1º, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, **opinando por:**

5.2.1. Converter, preliminarmente, os presentes autos em **tomada de contas especial** em face da existência de dano ao erário, presentificado nos itens **3.1 e 3.2**, desta IT C, no valor de **R\$203.637,78** (duzentos e três mil seiscentos e trinta e sete reais e setenta e oito centavos) equivalentes a 112.426,3126 VRTE, na forma do artigo 57, inciso IV²⁵, da Lei Complementar 621/2012, ressaltando que o responsável já foi devidamente citado quanto à possibilidade de ressarcimento, nos moldes do artigo 162 da Resolução TCE182/2002 e Termo de Citação 212/2009, fl. 1029.

5.2.2. Rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas de Ernesto Paizante Pereira — Prefeito, no exercício de 2008, em razão do cometimento das irregularidades dispostas nos itens 5.1.3, 5.1.4, e 5.1.6, desta ITC, e das infrações que causaram dano injustificado ao erário dispostas nos itens 5.1.1 e 5.1.2 desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-o ao ressarcimento de R\$ 203.637,78 (duzentos e três mil seiscentos e trinta e sete reais e setenta e oito centavos) equivalentes a 112.426,3126 VRTE, com amparo no artigo 59, III, "b" e "c", c/c art. 62, da LC 32/93²;

5.2.3. Declarar, sem embargo do ressarcimento a que está obrigado, a **extinção da punibilidade**, inibidora da aplicação de sanção, em razão da **prescrição**, em relação aos itens 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6, desta ITC.

5.2.4. Recomendar ao atual gestor para que **observe as regras estabelecidas no art. 116, da Lei 8.666/93**, ao firmar convênios, atentando-se, especialmente, à vinculação dos recursos à finalidade do instrumento, à previsão de plano de trabalho, metas e etapas de execução e à necessidade de exigir, tempestivamente, a prestação de contas, rejeitando-as e retendo os valores, se inconsistentes.

No mesmo sentido opinou o Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Excelentíssimo Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira (**Parecer do Ministério Público de Contas PPJC 1885/2015** – fls. 14/16 do evento 44).

O Conselheiro Relator formula seu voto (**Voto do Relator 310/2020** – evento 47) em sentido parcialmente divergente da área técnica e Ministério Público de Contas, para reconhecer a prescrição no tocante aos itens 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6 da ITC 1370/2015, e para, em razão da ausência de individualização das condutas, extinguir o processo sem julgamento do mérito no tocante ao ressarcimento decorrentes dos itens 5.1.1 e 5.1.2 da ITC 1370/2015.

Na sessão plenária de 29/01/2020 solicitei vistas deste processo.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Há **questão preliminar** tratada na Instrução Técnica Conclusiva que analiso inicialmente.

2.1 Prescrição da pretensão punitiva do TCEES

Os fatos apontados na Instrução Técnica Inicial ITI 319/2009, consubstanciados em sede de um processo de fiscalização, ocorreram no exercício de 2008, data que deve ser estabelecida como marco inicial da contagem do prazo prescricional, conforme disposição contida no art. 71, §2º, II, da LC 621/2012.

A citação do suposto responsável foi determinada pela **Decisão Preliminar TC 212/2009** (fl. 30 - evento 23 do processo), emitida em 25/06/2009 e concluída em 08/07/2009, com a juntada do aviso de recebimento devidamente cumprido (fls. 33 do evento 23 do processo).

De acordo com o que se afirma na ITC 1370/2015, o curso do prazo prescricional iniciado em 2008 interrompeu-se, em razão da realização da citação, no decorrer do mês de julho de 2009, a teor do que dispõe o prefalado §4º do art. 71 da LC 621/2012, ou, na forma do art. 362, I do RITCEES, interrompeu-se em 08/07/2009, com a juntada aos autos do aviso de recebimento devidamente cumprido.

Também não se verifica, conforme afirma a ITC, a ocorrência de causas suspensivas à contagem do prazo prescricional.

Daí se concluir que a **pretensão punitiva desta E. Corte de Contas, referente à aplicação de sanções ao gestor, extinguiu-se em julho de 2014**, a teor do que dispõe o inciso II do §2º do art. 71 da LC 621/2012.

Ressalta-se, entretanto, que embora o advento do fenômeno prescricional tenha o condão de extinguir a possibilidade de aplicação de sanção, em nada afeta a possibilidade das contas do gestor serem julgadas irregulares caso subsista anomalia que implique em imposição de ressarcimento, hipótese na qual o processo de fiscalização deverá ser convertido em tomada de contas especial (art. 57, IV, da LC 621/2012 e 207, VI, do RITCEES) e ser julgada na forma do art. 84 e seguintes da LC 621/2012.

A ITC 1370/2015, corroborada pelo parecer do Ministério Público de Contas, reconhece a prescrição da pretensão punitiva, ressaltando que persiste a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas tendo em vista a ocorrência de prejuízo ao erário:

Pelo exposto, sugere-se a declaração da prescrição da pretensão punitiva desta Corte no que tange aos itens 3, 4, 5 e 6, da ITI 319/2009, uma vez que se referem a fatos ocorridos há mais de cinco anos e que não causaram dano ao erário, na forma do art. 71, da LC 621/2012, e do art. 373, do RITCEES, ressaltando que não estão alcançadas pelo fenômeno as demais pretensões do TCE-ES, dentre as quais a reparatória e a corretiva, conforme §5º do art. 71 da LC 621/2012 e art. 374 do RITCEES.

O Conselheiro Relator acompanha a área técnica e o MP no sentido de acolher a preliminar de prescrição e votar pela extinção do processo com julgamento de mérito, em relação às irregularidades em que não ocorreram danos ao erário.

Face ao exposto, acompanho o voto do relator nesse ponto em específico.

2.2 Análise das Irregularidades

Cabe transcrever aqui a conclusão da ITC 1370/2015:

5 CONCLUSÃO / RESPONSABILIDADES

5.1 Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos que versam sobre o **Relatório de Auditoria Ordinária RAO 68/2009** e a **Instrução Técnica Inicial 319/2009** na **Prefeitura Municipal de Mantenópolis**, relativo ao exercício de 2008, entende-se que devem ser mantidas as irregularidades analisadas nos seguintes itens desta Instrução Técnica Conclusiva:

5.1.1 Omissão Do Gestor Na Cobrança Da Prestação De Contas (Item 3.1 desta ITC)

Base legal: Art. 66 c/c 116 da Lei nº 8.666/93 e Art. 4º da Lei Municipal nº 1.144/2008

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

Ressarcimento: R\$201.000,00, equivalentes a 110.970,02 VRTE.

5.1.2 Ausência De Instrumento Legal Para Utilização De Telefones Móveis Celulares E Utilização Sem Finalidade Pública (Item 3.2 desta ITC)

Base legal: Art. 32, caput, da Constituição Estadual

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

Ressarcimento: R\$ 2.637,78, equivalente a 1.456,29 VRTE.

5.1.3 Contratação Sem Prévio Concurso Público (Item 3.3 desta IT C)

Base legal: art. 37, inciso II, da Constituição Federal

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

5.1.4 Contratação De Agente Comunitário De Saúde Sem Prévio Processo Seletivo Público (Item 3.4 desta ITC)

Base legal: artigos 9º e 16 da Lei Federal nº 11.350/2006

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

5.1.5 Realização De Despesas Sem Prévio Empenho, Inobservância Ao Princípio Da Competência (Item 3.6 desta IT C)

Base legal: Artigos 35 e 60 da Lei Federal nº 4.320/64 e Resolução nº 750/93 do Conselho Federal de Contabilidade

Agente responsável: Ernesto Paizante Pereira — Prefeito

5.2. Posto isso e diante do preceituado no art. 319, §1º, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, **opinando por:**

5.2.1. Converter, preliminarmente, os presentes autos em **tomada de contas especial** em face da existência de dano ao erário, presentificado nos itens **3.1 e 3.2**, desta ITC, no valor de **R\$203.637,78** (duzentos e três mil seiscentos e trinta e sete reais e setenta e oito centavos) equivalentes a 112.426,3126 VRTE, na forma do artigo 57, inciso IV²⁵, da Lei Complementar 621/2012, ressaltando que o responsável já foi devidamente citado quanto à possibilidade de ressarcimento, nos moldes do artigo 162 da Resolução TCE182/2002 e Termo de Citação 212/2009, fl. 1029.

5.2.2. Rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas de Ernesto Paizante Pereira — Prefeito, no exercício de 2008, em razão do cometimento das irregularidades dispostas nos itens **5.1.3, 5.1.4, e 5.1.6**, desta ITC, e das infrações que causaram dano injustificado ao erário dispostas nos itens **5.1.1 e 5.1.2** desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-o ao **ressarcimento de R\$ 203.637,78** (duzentos e três mil seiscentos e trinta e sete reais e setenta e oito centavos) equivalentes a **112.426,3126 VRTE**, com amparo no artigo 59, III, "b" e "c", c/c art. 62, da LC 32/93²;

5.2.3. Declarar, sem embargo do ressarcimento a que está obrigado, a **extinção da punibilidade**, inibidora da aplicação de sanção, em razão da **prescrição**, em relação aos itens 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6, desta ITC.

5.2.4. Recomendar ao atual gestor para que **observe as regras estabelecidas no art. 116, da Lei 8.666/93**, ao firmar convênios, atentando-se, especialmente, à vinculação dos recursos à finalidade do instrumento, à previsão de plano de trabalho, metas e etapas de execução e à necessidade de exigir, tempestivamente, a prestação de contas, rejeitando-as e retendo os valores, se inconsistentes.

Neste ponto, em que a análise de mérito coube ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC), sendo matéria específica dessa área de conhecimento, acompanho a área técnica e o Ministério Público de Contas, no sentido de serem mantidas as irregularidades apontadas, com o conseqüente julgamento pela irregularidade das contas do responsável e imposição de ressarcimento, nos termos da ITC 1370/2015.

2.3 Da suposta ausência de individualização da responsabilidade do responsável e do não chamamento ao feito dos demais envolvidos na cadeia de responsabilização.

A Instrução Técnica Conclusiva emitida pela área técnica, bem como a manifestação do Ministério Público de Contas, convergiram no entendimento de declarar extinta a punibilidade, em razão da prescrição, os itens 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 e 5.1.5, e ainda rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas de Ernesto Paizante Pereira, no exercício de 2008, em razão do cometimento das irregularidades dispostas nos itens 5.1.3, 5.1.4, e 5.1.6, da ITC, e das infrações que causaram dano injustificado ao erário dispostas nos itens 5.1.1 e 5.1.2 da Instrução Técnica Conclusiva, condenando-o ao ressarcimento de R\$ 203.637,78 (duzentos e três mil seiscientos e trinta e sete reais e setenta e oito centavos) equivalentes a 112.426,3126 VRTE, com amparo no artigo 59, III, "b" e "c", c/c art. 62, da LC 32/93.

O Conselheiro Relator se posicionou no sentido de adotar uma proposta alternativa de extinção do processo sem julgamento de mérito, no tocante ao ressarcimento decorrente dos itens 5.1.1 e 5.1.2 da ICT 1370/2015, com base na argumentação de que transcrevo:

Numa análise detida dos autos, verifica-se que, neste caso concreto, há a necessidade de se reconhecer a carência de elementos probatórios nos autos suficientes à demonstração inequívoca dos requisitos que dão ensejo à responsabilização do agente responsável mencionado.

Isso, porque tem sido objeto de repetidas discussões em Plenário a questão da necessidade de uma adequada instrução processual, com o apontamento individualizado das condutas imputadas aos responsáveis, de modo a conferir a devida observância ao contraditório e à ampla defesa aos jurisdicionados.

Nesse sentido, me parece relevante trazer à tona o coerente entendimento lançado no Voto-Vista emitido pelo Conselheiro Flávio Freire Farias Chamoun, acompanhado à unanimidade pelos componentes do Plenário, que resultou no Acórdão TC 537/2016, proferido nos autos do Processo TC 4833/2005, acerca da responsabilidade subjetiva aplicável aos agentes públicos, mesmo antes da Resolução 287/2015:

“Chamo atenção para o fato de que a tese que defendo encontra eco no ordenamento constitucional e processual há muito vigentes. E foi para que não restassem dúvidas a esse respeito que, **em 2007, alterou-se a redação do inciso III, do art. 41, da Lei Complementar Estadual 32/93** – Lei Orgânica deste Tribunal então vigente –, de modo a deixar indene de dúvidas **que, ao proceder à fiscalização, o Tribunal de Contas deveria citar todos os potenciais responsáveis pela prática do ato ilegal e, para tanto, promoveu-se a simbólica variação do termo “responsável”, até então no singular, para “responsáveis”, em redação dada pela LC**

410/2007.

Ocorre que **a importância desta singela alteração passou despercebida na presente instrução processual**, contrariando o comando legal, cuja intenção restou claramente demonstrada na justificativa que acompanhou o respectivo projeto de lei, *in verbis*:

O presente Projeto de Lei visa promover a justiça para com os Poderes Executivos Estadual e Municipais. É comum a veiculação na mídia de matérias abordando denúncias de irregularidades nas contas públicas, onde apenas o chefe do executivo é responsabilizado pela autoria das mesmas. Para evitarmos esse tipo de exposição depreciativa da autoridade municipal e estadual, que acaba assumindo todo o ônus por atos irregulares cometidos, na maioria das vezes, por seus subordinados, propomos a instituição da co-responsabilidade, com o apontamento e notificação dos verdadeiros protagonistas dos atos ilícitos, analisados pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

(...), se a responsabilidade das práticas das irregularidades apontadas na análise das contas públicas pelo Tribunal de Contas for do executivo municipal, este deverá assumir suas implicações legais. Entretanto, se o ato irregular for cometido à revelia de seu conhecimento e de sua autorização, o verdadeiro autor deve ser apontado (...).

Muito embora, a LC nº 410/2007 tenha modificado, no tocante à responsabilização, a redação original da LC nº 32/1993, penso que o ordenamento jurídico brasileiro jamais autorizou a responsabilização objetiva do agente público, não restando dúvidas, a meu ver, de que a teoria da responsabilidade subjetiva deveria ter sido observada mesmo antes da entrada em vigor da LC nº 32/1993.

Na CF/88, a responsabilidade civil do agente público encontra-se regulamentada no mesmo dispositivo constitucional que trata da responsabilidade do Estado por atividades que lhes são imputadas:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Embora o dispositivo tenha por objetivo regular diretamente a responsabilidade do Estado, ele também traz dois princípios fundamentais da responsabilidade civil dos agentes estatais. O primeiro é que, por força do referido texto constitucional, não obstante o Estado esteja submetido à

responsabilidade objetiva, somente a responsabilidade subjetiva pode ser imputada aos agentes estatais.

Esta linha segue interpretação dada ao tema pelo STF: *“Não se pode olvidar que a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva apenas do Estado (CF, artigo 37, § 6º), impondo ao servidor, havendo culpa ou dolo na prática do ato lesivo, a obrigação de reparar o dano causado ao erário, sempre, porém, com observância dos princípios do contraditório e ampla defesa (CF, artigo 5º, LV)”* (STF, MS 24182/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo do STF nº 336, Brasília, 9 a 13-2-2004).

Afastada encontra-se, portanto, a possibilidade de a legislação infraconstitucional estabelecer a responsabilidade civil objetiva dos agentes estatais.”

Assim, em que pese a figuração do Sr. Ernesto Paizante Pereira, ex-Prefeito Municipal de Mantenópolis, nestes autos como responsável por atuar como ordenador de despesa no exercício em análise, por si só, não se revela bastante para sua pretensa condenação. Neste ponto e neste caso concreto, há que se refutar a corriqueira tese de que teria o gestor agido com culpa ao permitir pagamentos irregulares.

A assertiva retro encontra maior fundamento quando se constata que o modelo de responsabilização adotado pela equipe de auditoria deste Tribunal na ocasião se alicerçava, essencialmente, na culpa objetiva. Dessa forma, em que pese o louvável esforço de auditoria empreendido pelo corpo técnico desta Corte, não foram chamados para compor a demanda todos os demais possíveis responsáveis que contribuíram ativamente para a irregularidade, a exemplo das Consorciadas, a quem se destinaram os repasses dos recursos públicos em discussão, além do fiscal responsável e o Secretário da pasta, de modo que não se poderia atribuir unicamente do gestor máximo do Município a responsabilidade que ora se pretende.

Ademais, não se vislumbra nos autos o apropriado apontamento da matriz de responsabilização, com a devida individualização da conduta do gestor assinalado como responsável, bem como do nexos de causalidade entre sua conduta e a irregularidade registrada.

Nesse contexto, há que se salientar que os limites da responsabilidade do gestor são os atos por ele praticados no âmbito de sua competência, sendo excessivo lhe atribuir também a responsabilidade pelos atos de seus subalternos, quando não tiver contribuído para estes.

Aqui, cumpre reafirmar que a ausência de comprovação do nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso é imprescindível para a imputação de condenação ao gestor, em linha com o reiterado posicionamento desta Casa, e é o que se vê nestes autos.

Desse pressuposto, me parece temerário que esta Corte de Contas, do alto de seus atributos de julgador, desconsidere, --- repita-se --- no caso concreto, uma instrução

processual deficitária, sem que tenham sido chamados para integrar o processo toda a cadeia de responsáveis envolvidos, tampouco individualizadas suas respectivas responsabilidades, e impor ao gestor uma condenação alicerçada nesses elementos.

Note-se que não se pretende aqui desmerecer o trabalho realizado pela equipe técnica, que reconhecidamente atua com esmero na busca pela verdade real, mas tão somente ponderar que, de fato, neste caso em específico, a condução dos trabalhos instrutórios não se deu adequadamente (até porque atendia ao modelo de responsabilização adotado na época da fiscalização), suas falhas trouxeram prejuízo à formação do íntegro convencimento do julgador, na medida em que não foram produzidos nos autos todos os elementos probatórios que embasariam a correta responsabilização dos envolvidos.

(...)

Acresce ainda o relator:

Ainda, ponderando que os fatos em tela se deram em 2008 — há cerca de 11 anos — eventual reabertura da instrução processual para a obtenção de elementos de convicção se mostra inviável e na contramão do razoável. Isso, porque para tanto seria necessário o amoldamento de relatórios e peças processuais com vistas a adequá-los à atual modalidade de responsabilização subjetiva, em que seria necessária a citação de todos os responsáveis para compor o polo passivo da demanda, bem como o refazimento de todas as fases processuais, o que poderia se tornar irrealizável ou ineficaz por força do decurso do tempo e intercorrências diversas — que vão desde a morte de agentes, a falta de acesso a documentos, à prescrição, cerceamento de defesa pelos inúmeros óbices advindos desse extenso lapso temporal —, em contraponto com as garantias constitucionais inerentes ao direito de defesa, da razoável duração do processo, da economia processual, da celeridade, da segurança jurídica, etc.

Conclui assim o relator no sentido de que, *considerando os precedentes nos Processos TC n° 1989/2010 (Acórdão 232/2013), 5928/2009 (Acórdão 304/2013), 167/2012 (Acórdão 231/2013), 7384/2012 (Acórdão 161/2013), 4878/2003 (Acórdão 1796/2015) e 3674/04 (Acórdão 896/2016), **diante da ausência de nexo entre a conduta dos agentes responsáveis e os danos apontados, bem como da instrução processual deficitária**, que não cumpriu o seu papel de trazer aos autos todos os elementos necessários ao justo convencimento do julgador, entendo pela imperiosa extinção do feito sem resolução do mérito neste ponto.*

E por fim, vota pelo acolhimento da preliminar de prescrição e pela extinção do processo sem julgamento de mérito em razão da ausência de individualização de

condutas e nexos causais, em face da impossibilidade material do exercício do contraditório e da ampla defesa.

RAZÕES DESTE VOTO DE VISTA:

Fermo meu convencimento em sentido diverso ao do Conselheiro Relator, acompanhando a área técnica e o Ministério Público de Contas, pelas razões que passo a expor:

A discussão envolvendo o mérito das irregularidades deste processo foi mais do que exaurida; na verdade, o direito à ampla defesa foi aqui empregado de modo correto e isonômico, tendo os agentes responsáveis apresentado sua defesa e farta documentação, que foi analisada pela área técnica deste Tribunal.

Ainda assim, o resultado de todas as análises leva à mesma conclusão: houve **descumprimento de legislação**, todos relacionados a cometimento de irregularidades, assim como **infrações que causaram dano injustificado ao erário, apontados nos itens 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 e 5.1.5**, que somados totalizam **R\$203.637,78** (duzentos e três mil seiscentos e trinta e sete reais e setenta e oito centavos) equivalentes a **112.426,3126 VRTE**.

Penso que é desnecessária nova análise, neste voto, do mérito das irregularidades de que decorreram os danos injustificados ao erário, eis que foram analisadas pela área técnica do setor componente da estrutura organizacional deste Tribunal de Contas.

A materialidade das irregularidades está perfeitamente constatada, delineada, caracterizada, sem qualquer dúvida ou divergência e daí decorre **o inequívoco dano ao erário, causado por responsabilidade do gestor público, seja por conduta comissiva ou omissiva**.

A Responsabilidade do Prefeito Municipal – origem e fundamento

O Conselheiro Relator pretende que se repita aqui a teoria da desresponsabilização do gestor público municipal, acolhida em alguns processos deste Tribunal, mas não menos equivocada, no sentido de que, se à época de citação e formação da relação processual (de direito público, frise-se) do Prefeito Municipal, não foram citados outros agentes que também participaram dos atos inquinados de irregularidade, simplesmente se afasta a responsabilidade do prefeito e põe fim ao processo.

Não se discute nem mesmo a possibilidade de se promover a citação posterior dos demais agentes responsáveis, porque, segundo vem decidindo este TCEES, tal providência iria de encontro à racionalização administrativa e a economia processual, considerando o decurso de tempo.

Entendo, ao contrário, **perfeitamente possível a citação tardia de outros agentes públicos** que tenham participado no sentido de dar causa a prejuízos ao patrimônio público, considerando que **a Constituição Federal declarou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por dano ao erário (art. 37, §5º)** e, novamente afirmo, a atuação positiva do Tribunal de Contas é direito subjetivo da sociedade e dever do órgão, indisponível, portanto.

Cabe destacar, entretanto, que **a formação de um pólo passivo com responsáveis solidários não é requisito legal para a atuação da Corte de Contas.**

O instituto da solidariedade obrigacional tem origem no Direito Civil, que rege relações privadas e sua aplicação no Direito Público deve ser interpretada conforme a lei. *A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*, conforme o Art. 265 do Código Civil.

No âmbito do direito público, somente a lei pode estabelecer a solidariedade, seja ativa ou passiva, porque não há nesse terreno, espaço para a manifestação de vontade.

Além disso, a **solidariedade é direito do credor (no caso o Município), não do devedor** como parece ser o entendimento deste Tribunal de Contas, em seus últimos julgados acerca do tema.

O artigo 275 do Código Civil Brasileiro, tratando de solidariedade passiva, assim dispõe:

Art. 275. **O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente**, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Assim, a lei dá ao credor a possibilidade de demandar a dívida por inteiro de qualquer dos devedores, à sua escolha, de onde se infere que o dispositivo tem por objeto dar um alto grau de segurança para o credor.

Sendo o credor uma pessoa jurídica de direito público, essa faculdade assegurada pelo Código Civil **deve ser compreendida e aplicada no sentido do alcance da máxima eficiência na recuperação do crédito devido ao ente, no caso o Município de Mantenópolis.**

Daí não subsistir razão no voto do Conselheiro Relator, por sua vez embasado em precedentes equivocados (contrários ao interesse público) desta Corte, que visa o suposto direito do Senhor Ernesto Paizante Pereira em detrimento das garantias dadas pela lei ao ente público e joga por terra todo o exaustivo trabalho realizado neste processo.

É, em suma, a inversão do papel do órgão de controle. É a supremacia do interesse privado em prejuízo do interesse público.

O papel deste Tribunal de Contas é julgar este processo e obter para o Município de Mantenópolis o ressarcimento do prejuízo causado ao erário municipal por atos de gestão do então prefeito municipal.

Fosse ou não possível estabelecer solidariedade passiva entre o ora recorrente e outros agentes municipais, entendo como matéria superada porque na qualidade de credor – e neste caso o órgão de controle atua em defesa interesse do credor que é a sociedade – a utilização do instituto da solidariedade é mera faculdade, que pode não ser empregada.

Neste mesmo sentido, vale citar precedentes do Tribunal de Contas da União, que tocam diretamente o tema em discussão.

Do recentíssimo **Acórdão 2825/2017** da 1ª Câmara daquela Corte, do voto do Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, se extrai o que segue:

Acórdão 2825/2017

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 020.595/2015-8

Natureza: Embargos de Declaração (em Tomada de Contas Especial)

Por fim, também **não vejo como possa perfilhar a tese de nulidade da deliberação ora fustigada em razão de não-convocação dos outros possíveis responsáveis solidários da entidade conveniente** – tesoureiro e colegiado que integra a Coordenação Geral do Cecria. Tal questão não havia sido aventada pelo responsável ao apresentar defesa, razão pela qual não desafia os embargos declaratórios matéria que sequer tenha sido prequestionada na instância *a quo*.

Demais disso, **eventual atribuição de responsabilidade de outros agentes não tem o condão de afastar a legitimidade passiva do Sr. Vicente de Paula Faleiros, já demonstrada nestes autos. A possibilidade de eventual reconhecimento posterior de outros coobrigados não é causa de nulidade da decisão original**, quando muito, abre, apenas, a probabilidade de inserção de novos devedores solidários a fim de reforçar a recuperação de crédito da União. **Trata-se, assim, de faculdade do credor.**

Quando muito, haveria de ser aquilatada a corresponsabilidade dos demais agentes do Cecria que possam ter contribuído para o dano ao Erário com vistas a constituir novo título executivo extrajudicial em reforço ao acórdão condenatório já proferido, o que não é admissível nos estritos lindes dos embargos declaratórios.

O instituto da solidariedade passiva constitui benefício legal erigido em favor do credor, no caso, a União, razão pela qual eventual ausência do chamamento de outros responsáveis solidários pelo TCU não constitui nulidade processual, não obstando, portanto, a imputação de débito ao agente devidamente citado, o qual, querendo, poderá reaver em juízo eventual ressarcimento pessoal por meio de ação regressiva. **Nesse sentido, trilham os Acórdãos 864/2009 e 2591/2016, do Plenário, os Acórdãos 2.917/2006 e 4.192/2011, da 1ª Câmara, e os Acórdãos 10.560/2011, 11.151/2011, 11.437/2011, 206/2012, 1.737/2014, da 2ª Câmara.**
(grifamos)

Vê-se então que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União vem se formando no sentido defendido neste voto, ou seja, a falta de citação de outros eventuais responsáveis não elide a responsabilidade do gestor citado; a solidariedade passiva é um benefício conferido pela lei ao credor, no caso o ente público, que tem a faculdade de utilizá-la ou não; sendo uma faculdade, a decisão deve ser tomada de forma a alcançar a melhor solução para a satisfação do interesse público.

Por fim, deve-se ter em mente que a responsabilidade do prefeito municipal por atos irregulares praticados em sua gestão advém do mandato político que lhe é outorgado pelo povo, de quem emana o Poder.

Trata-se de matéria eminentemente de direito público e somente orientada pelos princípios que regem o direito público pode ser compreendida corretamente.

Na verdade, dirijo do Conselheiro Relator justamente por entender, com as devidas vênias, que o modelo de responsabilização que sustenta em sua tese não é compatível com regime de direito público.

Na verdade, a decisão adotada reconhece a ocorrência de irregularidade, mas ainda assim afasta a responsabilidade do Prefeito Municipal e não a atribui a nenhum outro agente.

O Conselheiro relator sustenta em seu voto que não há nexo de causalidade entre um ato do prefeito e as irregularidades aqui tratadas, aplicando-lhe excludente de culpabilidade por ausência de nexo de causalidade.

Entendo, no entanto, que a teoria utilizada sofre de grave erro de premissa, quando se afasta da natureza jurídica que vincula os ocupantes de cargo ao ente político estatal – que é estatutária, ou seja, regida pelo Direito Público e sujeita ao regime jurídico-administrativo.

Nesse caso, a responsabilidade se encontra contida na competência do cargo, seja ele de provimento efetivo, comissionado ou político.

O mandato político constitui, em síntese, outorga de poder (compreendido no sentido de dever-poder) a um determinado agente, para o exercício de função pública e satisfação do interesse público.

Os poderes são, na verdade, instrumentos para o exercício do dever, que podem ser exercidos direta ou indiretamente pelo Chefe do Executivo, mas sempre decorrem do mandato, ou seja, da outorga originária do poder estatal, que o povo – titular do poder - transfere a um cidadão eleito.

Segundo ALBUQUERQUE e BARBOSA NETTO² *a responsabilidade nos processos dos Tribunais de Contas se origina de conduta comissiva (ação, agir) ou omissiva (omissão) do agente, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos do Estado ou ainda aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos.*

Além disso, o fato de outros servidores terem atuado no processo administrativo de que resultou o dano ao erário não exime o ordenador de despesas de responsabilidade, se esta restou comprovada nos autos.

Infer-se, a partir daí, ser inafastável a responsabilidade do prefeito, vez que inerente ao exercício da função pública, atraindo os efeitos da condenação que é ato vinculado do Tribunal de Contas.

A matriz de responsabilização se formou de acordo com a lei então vigente e que regulava o processo do Tribunal de Contas; tem-se, então, atos irregulares de que resultou dano ao erário, tem-se um agente público que após ter exercido sobejamente seu direito de defesa não alcançou afastar as irregularidades que lhe foram atribuídas.

² ALBUQUERQUE, Marcio André Santos e BARBOSA NETTO, Guilherme. **Responsabilidade perante os Tribunais de Contas.** (Reprodução parcial e adaptada da apostila elaborada por Márcio André Santos de Albuquerque e Guilherme Barbosa Netto, instrutores do TCU)

Resulta então o dever do Tribunal de Contas de aplicar a lei e realizar o julgamento desse gestor, de modo a manter e resguardar o interesse público – e não o privado – o que constitui sua missão, dada pela Constituição Federal e que justifica sua própria existência como instituição, na estrutura administrativa do Estado.

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, **acompanho o entendimento da área técnica**, contido na Instrução Técnica Conclusiva 1370/2015 do Núcleo de Estudos e Análises Conclusivas **e o parecer do Ministério Público de Contas** e **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove o seguinte Acórdão que submeto à sua consideração.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da **Primeira Câmara**, ante as razões expostas neste voto, quanto à Auditoria Ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Mantenópolis, relativa ao exercício de 2008, que devem ser mantidas as irregularidades analisadas, conforme **ITC 1370/2015**:

1. Seja convertido o presente processo em tomada de contas especial em face da existência de dano ao erário, presente nos **itens 3.1 e 3.2** da ITC 1370/2015, no valor total **R\$203.637,78 (duzentos e três mil seiscentos e trinta e sete reais e setenta e oito centavos) equivalentes a 112.426,3126 VRTE**, na forma do artigo 57, inciso IV, da Lei Complementar 621/2012.

2. Seja declarada, sem embargo do ressarcimento a que está obrigado, a **extinção da punibilidade**, inibidora da aplicação de sanção, em razão da **prescrição**, em relação aos **itens 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6**, da ITC 1370/2015.

3. Sejam rejeitadas as razões de justificativas e julgadas irregulares as contas do senhor **Ernesto Paizante Pereira**, Ex-Prefeito Municipal, no exercício de 2008, em razão do cometimento das irregularidades dispostas nos **itens 5.1.3, 5.1.4, e 5.1.6**, desta ITC, e das infrações que causaram dano injustificado ao erário dispostas nos **itens 5.1.1 e 5.1.2** desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-o ao ressarcimento de **R\$ 203.637,78 (duzentos e três mil seiscentos e trinta e sete**

reais e setenta e oito centavos) equivalentes a 112.426,3126 VRTE, com amparo no artigo 59, III, "b" e "c", c/c art. 62, da LC 32/93.

4. Recomendar ao atual gestor para que **observe as regras estabelecidas no art. 116, da Lei 8.666/93**, ao firmar convênios, atentando-se, especialmente, à vinculação dos recursos à finalidade do instrumento, à previsão de plano de trabalho, metas e etapas de execução e à necessidade de exigir, tempestivamente, a prestação de contas, rejeitando-as e retendo os valores, se inconsistentes.

5. JULGAR extinto o processo, nos termos do inciso V do art. 330 do Regimento Interno (Resolução TC 261/2013), ficando autorizado o **arquivamento** dos presentes autos, depois de esgotados os prazos processuais.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC-00107/2020-1

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da **Primeira Câmara**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. Reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas em face do Sr. Ernesto Paizante Pereira, no tocante aos itens 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6 da ITC 1370/2015, **extinguindo-se o processo com resolução do mérito**, nos termos do art. 487, II do CPC;

1.2. Extinguir o feito sem resolução do mérito em face do Sr. Ernesto Paizante Pereira, no tocante ao ressarcimento decorrente dos itens 5.1.1 e 5.1.2 da ITC 1370/2015, em linha com os precedentes deste Tribunal de Contas, na forma do art. 485, IV do CPC;

1.3. Dar ciência aos responsáveis e interessados da presente decisão;

1.4. Remeter os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012;

2. Por maioria nos termos do voto do relator, vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que acompanhou os pareceres técnico e ministerial.

3. Data da Sessão: 12/02/2020 – 3ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator) e Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das sessões