



Acórdão 00698/2020-1 - Plenário

Processos: 07159/2019-2, 03679/2018-8, 03295/2018-6, 03149/2011-6

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: SEDU - Secretaria de Estado da Educação

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: Cidadão, PAULO STEFENONI

Recorrente: CASSYUS DE SOUZA SESSE

Procuradores: MARCELO PIMENTA MATTOS (OAB: 16181-ES), MARX LAYO KOGURE GANASIN

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM FACE DO ACÓRDÃO TC 008/2018 PLENÁRIO – CONHECER – DAR PROVIMENTO – ARQUIVAR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pelo senhor Cassyus de Souza Sesse em face do **Acórdão TC 008/2018 - Plenário**, proferido nos autos do Processo TC 3149/2011, que julgou suas contas irregulares e o condenou ao ressarcimento de R\$276.436,09 (duzentos e setenta e seis reais, quatrocentos e trinta e seis reais e nove centavos), em solidariedade com Paulo Stefenoni.

Após autuação, proferi o **Despacho 20901/2019**, solicitando esclarecimentos à Secretaria Geral das Sessões (SGS) acerca do prazo para interposição do recurso. Em resposta, a SGS prestou as informações pertinentes por meio do **Despacho 21454/2019**.

Em seguida o feito foi encaminhado ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas que, por meio da **Instrução Técnica de Recurso 205/2019**, opinou pelo conhecimento do presente recurso, bem como pelo não acolhimento dos pedidos de aplicação do RE 852.475 ao processo e, no mérito, por dar provimento ao recurso afastando a responsabilidade do senhor Cassyus de Souza Sesse em face das irregularidades fixadas no **Acórdão TC 008/2018 - Plenário**.

No mesmo sentido opinou o Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Excelentíssimo Procurador Luciano Vieira (**Manifestação do Ministério Público de Contas 1945/2020**).

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Ratifico integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, para **tomar como razão de decidir a fundamentação exarada na Instrução Técnica de Recurso 205/2019**, para conhecer e dar provimento ao recurso, nos seguintes termos:

2.1 Da Admissibilidade

Instrução Técnica de Recurso 205/2019

II. DA ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, verifica-se que a parte é capaz e possui legitimidade processual.

Quanto à tempestividade, verifica-se, de acordo com o Despacho 21454/2019-3, da Secretaria-Geral das Sessões, que a publicação dos Acórdãos TC 26/2019Plenário e TC 24/2019, que tratam de Embargos de Declaração, ocorreu em 09/04/2019. Sendo assim, o término do prazo para interpor o Recurso de Reconsideração ocorreu em 09/05/2019. Como se verifica ainda do referido, o recurso foi protocolado em 04/05/2019. Portanto, o Recurso de Reconsideração é TEMPESTIVO, nos termos do art. 164, LC 621/2012.

Quanto ao cabimento, é necessário observar que, a teor do disposto no art. 164, da LC 621/2012, o Recurso de Reconsideração é o instrumento cabível, na medida em que se presta à impugnação de decisões de mérito proferidas em processos de prestação ou tomada de contas. Dessa forma, tendo em vista que o presente expediente recursal foi interposto em face de acórdão que julgou o mérito de processo com natureza de tomada de contas, tem-se que o recurso apresentado é cabível.

No que tange à regularidade formal, requisito extrínseco de admissibilidade que consiste na necessidade de o recorrente atender às formalidades especificadas na norma de regência para o processamento do recurso interposto, verifica-se o seu atendimento,

haja vista o cumprimento ao disposto no art. 395, I, III, M e V, do RITCEES. Isso porque o recurso foi apresentado por escrito, com a necessária qualificação e identificação do recorrente, contém os pedidos, a causa de pedir e o fundamento jurídico.

Lado outro, não se identifica a existência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Desse modo, considerando que se encontram presentes os pressupostos recursais de admissibilidade, opina-se pelo CONHECIMENTO do Recurso de Reconsideração interposto por Cassyus de Souza Sesse.

2.2 Do mérito recursal

Instrução Técnica de Recurso 205/2019

III. ANÁLISE DAS RAZÕES DE RECURSO

Os tópicos dessa análise seguem a ordem e os títulos dados pelo recorrente na peça de recurso.

111.1 . Da Prescrição

Razões de Recurso

O acórdão em recurso extraordinário 852.475 publicado em 22/03/2019 dispõe que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de atos dolosos tipificados pela lei de improbidade administrativa.

Ocorre que o Acórdão TCE nº . 00008/2019 fundamenta as irregularidades na existência de culpa in vigilando e culpa in eligendo, e em nenhum momento apresenta no contexto probatório qualquer provas de que o defendente tenha praticados atos dolosos contra a administração.

Sendo assim requer seja declarada a prescrição da presente ação de ressarcimento ao erário.

Análise

A repercussão do RE 852.475 já foi tema de atenção por parte desta Corte, como se confere do Acórdão TC 162/2019-Primeira Câmara, por exemplo. Nas ocasiões em que este TCE-ES apreciou a matéria, restou consignado que a decisão do STF não afeta os processos em trâmite neste Tribunal, uma vez que estes possuem objetos próprios e distintos do avaliado pela Suprema Corte — tanto assim que tramita o RE 636.886, específico sobre a prescrição nos processos dos Tribunais de Contas. Uma vez que aquela decisão no RE 852.475 não se aplica a esta Corte de Contas, valem, até posição contrária do STF, os dispositivos que estabelecem que não prescreve a pretensão de ressarcimento de danos decorrentes de fatos sujeitos a competência deste TCE-ES.

Resumindo essa posição, transcreva-se trecho do Acórdão TC 1617/2018-Plenário:

DA PRESCRIÇÃO

(..) Inicialmente importante registrar que a luz da Constituição Federal de 1988 S5⁰, do artigo 37, que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Nota-se que segundo a Lei Maior as ações de ressarcimento são imprescritíveis, não cabendo, portanto, alegação do responsável de aplicação do instituto da prescrição.

Registra-se ainda, que o ressarcimento ao erário tem função compensatória, visa reparar as lesões geradas no patrimônio público por práticas ilícitas, diferente da multa que é uma sanção imposta ao gestor condenado.

Acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 852.475, sobre tema análogo, entendo que guardadas as devidas proporções a referida decisão não é aplicável as Cortes de Contas, explico, o processo debatido pelo Supremo, trata-se de um processo civil, de improbidade administrativa que difere dos processos que tramitam nessa Corte de Contas que possuem em sua maioria correlação com o direito administrativo. Ademais, esta Corte de Contas que inicialmente determinou por meio da Decisão TC-09/2018, o sobrestamento dos processos com dano ao erário com possibilidade de incidência de prescrição, reviu seu entendimento revogando a Decisão TC 09/2018, e manter os julgamentos dos processos como determina o artigo 37, S⁵ da CRFB/88.

Dessa forma, entendo que não há que se falar em prescrição do ressarcimento ao erário nos presentes autos.

Superada esta questão prejudicial, passo análise do mérito recursal.

No mesmo sentido, reproduz-se excerto do Acórdão TC 361/2019 — Plenário, julgado em 02/04/2019:

Porém, apesar de todo esse cenário ter sido traçado nas últimas três décadas, não se pode ignorar que o STF, em recentes julgados acerca do tema, tem se desviado da literalidade do S⁵ do art. 37, da CF e passando a sinalizar uma nova tendência jurisprudencial.

Foi o que se viu no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069, no qual o STF reconheceu, em análise de caso concreto, a prescritibilidade de ação de reparação à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, reduzindo assim o alcance do art. 37, S⁵ da CF, nos seguintes termos:

Ementa: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, S⁵ DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 669069, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016) [g.n.]

Em seguida, a Suprema Corte estendeu semelhante entendimento a pretensões de ressarcimento decorrentes de ato de improbidade administrativa, deliberando, desta vez em sede de repercussão geral, pela imprescritibilidade dessas ações quando derivadas da prática de ato doloso de improbidade administrativa.

Esse entendimento foi proferido em 08/08/2018 no julgamento do RE 852.475 (Acórdão publicado em 25/03/2019), em que o STF fixou tese de repercussão geral pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso de improbidade administrativa, nesses termos:

Essas recentes decisões do STF como visto se referem a ilícitos civis e a atos de improbidade administrativa. seara distante do universo de matérias afetas às competências das Cortes de Contas. já que não se tem aqui atribuições de apreciar e julgar ações judiciais civis.

Entretanto, é inegável que existe uma inclinação atual do Supremo em estender o reconhecimento da prescrição às deliberações dos Tribunais dos Contas que imputem o dever de reparação de dano, o que, se ainda não foi feito, pode acontecer a qualquer momento.

É o que se pode esperar do julgamento do RE 636.886, em que já foi reconhecida a existência de controvérsia de repercussão geral, definida no tema 899, deste modo: "prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas", senão vejamos (julgamento previsto para 30/05/2019):

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. E)CCUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE

RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, S 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 636886 RC, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 02/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 14- 06-2016 PUBLIC 1506-2016)

Em seguida ao reconhecimento da repercussão geral, o Ministro Teori Zavaski, então relator do RE 636.886, determinou o sobrestamento de todas as demandas judiciais nas quais se discuta a prescrição de pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas, conforme segue:

Portanto, ainda que não haja definição sobre a questão em sede da jurisdição dos Tribunais de Contas e mesmo que o entendimento aplicável até o momento seja no sentido de reconhecer irredritamente a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícito administrativo, não se pode deixar de registrar a iminente possibilidade de mudança nos entendimentos rumados pelo Supremo, inclusive em sede de repercussão geral, o que deve ser revisitado especialmente por ocasião da execução das decisões desta Casa e das cobranças dos débitos eventualmente imputados.

Por fim, embora reconheça a consumação da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal aos casos indicados, prossigo na análise do feito, já que não está inviabilizada a apreciação de mérito das irregularidades que prevejam a reposição de dano ao erário ou de situações que porventura ensejem expedição de determinações, nos termos do art. 71, S5º da LC 621/2012 e afl. 374, do Regimento Interno. (g.n.)

Anuindo integralmente às razões dos Acórdãos TC 1617/2018-Plenário e TC 361/2019 — Plenário, acima, por sua conformidade com o ordenamento jurídico e as técnicas de aplicação de precedentes, tem-se que, até a conclusão do julgamento do RE 636.886, o art. 71, da LC 621/2012 e o art. 374, do RITCEES, reputam-se constitucionais, devendo ser aplicados integralmente. Na oportunidade, atualize-se uma informação constante do acórdão supratranscrito: em 18/06/2019, foi anunciado que o RE 636.886 foi incluído no calendário de julgamento para 10/10/2019 (DJe nº 133/2019, edição extra, divulgado em 17/06/2019).

Por todo o exposto, opina-se por **não acolher a alegação de prescrição da pretensão ao ressarcimento.**

111.2. Da Inobservância da Decisão do Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário 852.475 Quanto a Existência de Dolo na Conduta do Requerido

Razões de Recurso

O Acórdão 024/2019 dispõe que o órgão responsável pelas execuções da corte de contas que envolvam débitos passem a observar a decisão do Supremo Tribunal Federal nos termos do acórdão publicado nos autos do RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475, in verbis:

"...advertindo o órgão responsável pelas execuções das decisões desta Corte que envolvam débito quanto a necessidade de observar a referida decisão do Supremo Tribunal Federal."

Nesse diapasão, se observa que o referido acórdão dispõe que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso, conforme abaixo exposto:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, S 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, LII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 50, LIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, S 5º CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que

gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, S 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tomando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento."

Diante do disposto acima, e analisando os autos e acórdão 000008/2018 e 24/2019, se observa que a fundamentação para a penalização do defendente se estabelece na forma de culpa in vigilando e culpa em eligendo, uma vez que estes deviam sempre estar vigilantes a conduta de seus subordinadas.

Ora nobre julgadores, resta claramente que o defendente não era responsável pela contratação de quaisquer serviços para a Secretaria Estadual de Educação, bem como não consta dos autos qualquer assinatura sua em contratos de prestação de serviço de publicidade não podendo assim caracterizar qualquer tipo de dolo ou culpa grave por parte do defendente.

No que se refere a pagamentos a Empresa Secom, se observa que as referidas notas fiscais somente foram pagas por estarem atestadas por servidor público responsável, não existindo assim qualquer prova de dolo por parte do defendente no que se refere ao pagamento das notas fiscais.

Com todo o disposto requer seja julgado nulo os acórdãos 000008/2018 e 24/2019, tendo em vista que não houve a comprovação de atos dolosos ou culpa grave por parte do defendente.

Análise

Conforme exposto no tópico anterior, esta Corte já decidiu que o RE 852.475 não é aplicável aos seus processos, uma vez que o precedente trata de improbidade administrativa, tema que não é de competência desta Casa. Uma vez que o RE 852.475 trata apenas de improbidade administrativa, o que não é o objeto desse processo, não há que se limitar a competência desta Corte na apuração de dano ao erário à presença do dolo. A fim de evitar repetições, remete-se à análise do tópico anterior, em que se registram decisões deste TCE-ES sobre o julgamento do STF, incorporando-a a este exame.

Não obstante o mérito já ter sido analisado acima, cabe esclarecer que o trecho do Acórdão 24/2019, que julgou os Embargos de Declaração, reproduzido na peça recursal não significou que "o referido acórdão dispõe que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso" (trecho do recurso). O que o Acórdão 24/2019 afirmou foi justamente que, à época da oposição dos Embargos de Declaração, o TCE-ES já havia firmado que o RE 852.475 não era aplicável. Nesse sentido, confira-se a íntegra do item 1 do Acórdão 24/2019:

1- Omissão quanto ao requerimento de sobrestamento do feito em decorrência da decisão do STF no RE 852.475:

Analisando o Acórdão objurgado de fato, não houve manifestação quanto ao pedido de sobrestamento formulado pelo Embargante acerca do sobrestamento do feito em decorrência de decisão do STF.

De início, com.ém ressaltar que esta Corte de Contas analisando a decisão do STF, entendeu, a princípio, pelo sobrestamento dos processos que já estavam alcançados pela Prescrição, porém possuíam imputação de ressarcimento ao erário, gerando a Decisão Plenária no 09/2018 publicada em 16 de agosto de 2018.

Posteriormente esta Corte de Contas, levando em consideração que a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 852.475 não alcança, imediatamente, os processos de controle extemo submetidos a julgamento dos Tribunais de Contas, decidindo o Plenário, à unanimidade, em sua 39ª Sessão Ordinária, realizada no dia seis de novembro de dois mil e dezoito, revogar a Decisão Plenária TC-09/2018, advertindo o órgão responsável pelas execuções das decisões desta Corte que envolvam débito quanto à necessidade de observar a referida decisão do Supremo Tribunal Federal.

Compulsando os autos, obserxo que o Acórdão TC 08/2018 prolatado nos autos do TC 3149/2011 de fis. 498/512, foi disponibilizado no Diário Oficial Eletrônico do TCEES em 24/04/2018, anterior à Decisão Plenária 09/2018, não havendo, portanto, impedimento para apreciação dos autos.

Não obstante, embora havendo a omissão apontada nos presentes Embargos, a matéria apresentada já foi objeto de deliberação desta Corte gerando a Decisão Plenária 14/2018, onde se reconheceu que a decisão do Supremo Tribunal Federal não se aplica imediatamente aos Tribunais de Contas, o que ora acolho como fundamento para rechaçar a pretensão de sobrestamento dos autos.

Considerando que o TCE-ES não está adstrito aos termos do RE 852.475, a apuração de dano ao erário sob sua competência pode valer-se tanto do dolo quanto da culpa, como foi o caso. Assim, opina-se por **não acolher a pretensão recursal, no ponto.**

111.3 - Do Mérito

Razões de Recurso

Passo aqui a relatar o disposto o Voto TC nº 2069/02 em fls. 228 a 230 dos autos, ao qual tal matéria já foi analisada e julgada em relação ao suposto sobre preço na contratação de publicidade sem finalidade pública:

"Em relação ao suposto sobrepreço alegado pela área técnica na contratação de despesa publicitária sem finalidade pública e preços supostamente excessivos, creio que essa análise não pode se sustentar, uma vez que a análise técnica presente no Relatório de Auditoria Especial de no. 51/01 dos autos TC 3720/01, especificamente às fls. 73/74 no item 5. 1, trouxe a unidade técnica Quadro Comparativo de Gastos com Publicidade fazendo menção a auditoria realizada na Câmara Municipal de Vila Velha.

Para tanto, informa os preços praticados por aquela Câmara no exercício de 2000 (anterior ao ora analisado), bem como, os jornais e revistas que serviram de parâmetro para tal desiderato diferem daqueles contratados pela SEDU, à exceção do Jornal O Despertar.

O documento de fl.138 dos autos TC 3720101 traz informações de que a Câmara Municipal de Vila Velha utilizou-se de matéria ocupando página inteira no período de dezembro/99 e janeiro 100 do Jornal "O Despertar" pagando o valor de R\$ 1.800,00 (Um mil e oitocentos reais) enquanto que o documento de fl. 166/175 informa que a SEDU (processo no. 19625294) utilizando-se da página inteira em duas publicações referente ao mês de fevereiro de 101 pago o valor de R\$ 16.871,00.

Embora salta aos olhos a discrepância no valor, tenho que frágil o argumento quanto ao sobrepreço praticado, pois os valores cobrados estão dentro da esfera de disponibilidade do particular em praticá-lo podendo ser negociado entre as partes.

Outro aspecto que quadra relevo é que somente foi trazido aos autos um único documento que supostamente foi cobrado preço inferior ao praticado, levando em consideração até o ano da publicação, o que por si só, não tem o condão de configurar o excesso de preço.

O documento de fl. 134 do TC nº 3720, refere a Tabela de Preços praticada pela A Gazeta, Jornal de Grande Circulação Estadual, contudo nos documentos acostados aos autos, não houve nenhuma publicidade executada pelo citado jornal, o que ao meu sentir não poderá servir de parâmetro para configurar sobrepreço.

Em que pese os argumentos da área técnica, tenho que não foram colacionados aos atos outros documentos que pudessem comprovar a prática do excesso de preço praticado pela SEDU, tais como, comparativos de mesmo jornais e revistas na época dos fatos por diversos órgãos (não apenas um único órgão), tabela de preços dos jornais e revistas que prestaram serviços a SEDU, entre outros.

Nessa linha de raciocínio, afastado a presente irregularidade quanto ao responsável Marcello de Souza Basílio eis que, à exceção de um processo que restou prejudicada a análise quando ao sobrepreço, as demais despesas foram autorizadas pelos senhores Paulo Stefenoni e Cassius de Souza Sesse que deixo de promover a citação dos mesmos e da empresa contratada por precariedade de comprovação de sobrepreço."

Já em relação a suposto à empresa SECOM, relativo a produção de 12.000 cópias de vídeo, passo aqui a relatar o voto nº 2069/02 disposto em fls. 232 dos autos, ao qual tal matéria já foi analisada e julgada em relação ao suposto pagamento irregular:

“Ressalto ainda, que a presente irregularidade se baseou, tão somente, no relatório elaborado pela Gerente de Desenvolvimento da Educação encaminhado ao Secretário de SEDIJ visto às fls. 103/109 dos autos TC 3720/01, informando que não tinha sido entregues os produtos finais dos serviços contratados em relação aos processos de despesas de nº 18142761, 190048424 e 18604668, embora o pagamento já tenha sido efetivado, contudo não há registro nos autos de quais partes dos serviços não foram entregues, bem como, o valor correspondente à parcela dos serviços supostamente não entregue.

Nesse diante da fragilidade de documentos e ausência de segregação dos possíveis não entregues, não vejo como prosperar a presente irregularidade, tornando-se prejudicada uma possível citação do subsecretária na época dos fatos ”

Outro ponto importante a ser exposto, parte do princípio que todas as notas fiscais a serem pagas chegam devidamente atestadas ao Grupo Financeiro Setorial, não tendo o Chefe do Grupo de Financeiro de verificar se todos os serviços foram prestados e todas as mercadorias foram entregues, se assim o fosse o Grupo Financeiro Setorial deixaria suas atribuições de coordenador da execução orçamentaria e financeira e passaria a função de controle interno, o que naquela época nem existia.

Na mesma linha a que se concluir que se existe um atestado de que o serviço foi prestado, assinado por servidor ativo, não cabe ao Chefe do Grupo Financeiro discutir ou verificar a regularidade, uma vez que cada servidor deve assumir a responsabilidade pelos atos administrativos praticados durante sua gestão.

Análise

Como se infere da estrutura organizacional da peça de recurso, o recorrente pretende, sob este item, a reforma do Acórdão 08/2018 com base em dois argumentos. O primeiro, que não procede, consiste na alegação de que a matéria, tratada nas duas irregularidades por que responde, "já foi analisada e julgada em relação ao suposto sobrepreço na contratação de publicidade sem finalidade pública" (trecho do recurso). O segundo argumento se refere à ausência de sua culpabilidade enquanto chefe do grupo financeiro — o que procede. Assim, o recurso deve ser provido, para afastar as irregularidades do Acórdão 08/2018 em face do recorrente, como se passa a expor.

Inicialmente, rememorem-se os termos da condenação. Conforme os autos do proc. TC 3149/2011, ao recorrente foram imputadas duas irregularidades: 11.2.1 .a e 11.2.1 .b, da ITI 608/2011. A primeira se refere, como resume o MPEC no Parecer 1532/2013, a "gastos com publicidade, no período de janeiro a junho do ano de 2001, sem finalidade pública, em razão do valor contratado e dos veículos publicitários escolhidos (de alcance limitado)". A segunda irregularidade trata da não prestação de serviços contratados, mas pagos. Para nenhuma dessas irregularidades é descrita conduta irregular do recorrente. Porém, antes de examinar o mérito dessas irregularidades, enfrente-se a alegação de recurso acerca da coisa julgada.

Ao contrário do alegado no recurso, a matéria, objeto das irregularidades, não foi analisada e julgada por esta Corte. Para corroborar seu argumento, o recorrente cita o Voto TC 2069/02, contudo ele não foi integralmente acatado pelo Colegiado. Por ocasião do julgamento, o Conselheiro Relator sugeriu, por meio do Voto TC 2069/02, o afastamento das irregularidades do sobrepreço e da não prestação dos serviços, com base tanto na ausência de responsabilidade do sr. Marcello de Souza Basilio quanto nas falhas no parâmetro para aferição do sobrepreço e nos documentos relativos à prestação de serviços. No entanto, no Acórdão 387/2010 (fls. 252/254, proc. 3149/2011), o Colegiado decidiu citar os srs. Cassyus de Souza Sesse e Paulo Stefenoni para responder a estas irregularidades, acatando a sugestão do Voto Vista proferido pelo Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (fls. 246-251, proc. 3149/2011). Aliás, vale

ressaltar que o referido Acórdão expressamente consigna que o Relator, que proferiu o Voto TC 2069/02, acompanhou o Voto-Vista:

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribuna de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, que acompanhou em parte o wto do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

3. Citar, em autos apartados, os Srs. Paulo Stefenoni e Cassyus de Souza Ssse, para que, no prazo de 45 dias, apresentem as justificativas e documentos que julgarem necessários em relação às irregularidades apontadas no 'Oto do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

Segundo o Acórdão 387/2010, portanto, não foi acolhida a fundamentação apresentada no Voto 2069/02. Tratar-se-ia de uma fundamentação e uma decisão incompatíveis. O Voto afasta a irregularidade por falta de parâmetros para aferição do sobrepreço e falta de documentos para comprovação da não prestação de serviços, logo, ausência da irregularidade em si mesma; e o Acórdão chama novos responsáveis para responder a essas irregularidades. São posições inconciliáveis. Por isso, o que se tem é que o prolator do referido Voto reviu expressamente sua opinião inicial, deixando a discussão sobre os fatos para outros autos (os do proc. 3149/201 1).

Esclarecido esse ponto, analisam-se os fatos tratados nas irregularidades dispostas nos itens 11.2.1 .a e 11.2.b, da ITI 608/2011. O primeiro item trata do pagamento de valores acima do preço de mercado para divulgação de conteúdo em jornais e revistas. Como parâmetro para aferição do preço de mercado, foram comparados os preços pagos pela SEDU com os pagos pela Câmara Municipal de Vila Velha para divulgações em jornais e revistas "compatíveis em formato, tiragem e tamanho da matéria publicada (página inteira)" (trecho do RA-E 51/01, p. 74, do proc. 3720/2001). Dessa comparação, constatou-se que a SEDU pagava valores muito superiores que a CMVV, como o demonstra a seguinte passagem: "o mesmo jornal cobra da Câmara Municipal de Vila Velha R\$ 1.800,00 pela publicação de matéria em página inteira, enquanto que a mesma página custa para a SEDU a 'bagatela' de R\$ 8.435,50" (trecho do RA-E 51/01, P. 74, do proc. 3720/2001). Robustecendo sua análise, a equipe comparou o preço pago pela SEDU em veículos de baixa circulação e alcance com o valor necessário para realizar divulgação no veículo de maior alcance estadual, o jornal A Gazeta. Para divulgação n'A Gazeta, a equipe encontrou os valores de R\$ 8.682,00, para a veiculação mais cara, e de R\$ 3.283,50, para a veiculação mais barata. Já a SEDU pagou valores que variavam de R\$ 6.384,00 a R\$ 21.360,24 para divulgação em veículos muito menos expressivos (fis. 73 e 74, proc. 3720/2001).

Não há nos autos nada que justifique as discrepâncias de preço acima descritas. Nem o recurso nem as defesas (do ora recorrente tampouco do outro responsável) demonstram a compatibilidade dos preços com os de mercado, contrapondo especificamente as imputações. Uma vez que a imputação de sobrepreço se sustenta em sólidos indícios, não contestados, deve ser mantida a irregularidade.

Desse modo, têm-se por irregulares os valores pagos pela SEDU para as publicações em veículos de baixa repercussão, ensejando a devolução do montante de R\$ 132.439,09 (conforme cálculo corrigido pelo MPEC, no Parecer 1532/2013).

Embora a existência de preços acima dos de mercado esteja configurada nos autos, a responsabilidade do ora recorrente não o está no item 11.2.1 .a, da ITI 608/2011. Quanto a esse item, tem-se que as funções por ele exercidas enquanto chefe do Grupo Financeiro não o tornam responsável por essa irregularidade, na medida em que ela requer uma atuação no momento da formação do preço, na pesquisa de mercado. Segundo a ITC 1472/2012, o Grupo Financeiro atuava no momento da liquidação da despesa, não havendo nenhuma menção à sua atuação na pesquisa e formação de preços. Igualmente, os votos que deram origem a este processo (fls. 201/251, proc. 3149/2011) mencionam o sr. Cassyus de Souza Sesse como um dos agentes públicos que autorizou a despesa, mas não mencionam sua responsabilidade na formação do preço. Assim, não é possível inferir uma relação entre suas atribuições e a irregularidade em comento.

Ademais, verifica-se que a conduta e o nexo de causalidade do sr. Cassyus de Souza Sesse não exsurtem claramente em nenhum momento do processo. Além do problema acima exposto, as peças produzidas pelo TCE-ES não trazem a descrição de sua conduta ou culpabilidade. A ITI 608/2011 não fala em conduta; a [TC 1476/2012 trata de sua responsabilidade quando da efetiva liquidação¹, mas não quando da fixação dos preços a serem pagos; o Parecer 1532/2013 não menciona sua responsabilidade; a MT 1014/2016 elenca atividades de competência do setor financeiro, mas não as conecta à irregularidade ora em exame²; o Acórdão 08/2018 menciona apenas de autorizações de pagamento³. Em suma, nenhuma dessas peças informa o que ele deveria, naquele momento em que atuou, ter feito e não fez. Não há, portanto, elementos que demonstrem que era atribuição do recorrente verificar a compatibilidade dos preços com os praticados no mercado.

Portanto, embora a irregularidade disposta no item 11.2.a, da ITI 608/2011, tenha ocorrido, ela não pode ser imputada ao recorrente. Dessa forma, opina-se por **prover o recurso, no sentido de reformar o Acórdão 08/2018, a fim de afastar a responsabilidade do sr. Cassyus de Souza Sesse quanto à irregularidade disposta no item 11.2.a, da ITI 608/2011.**

De modo semelhante, não foi descrita, no item 11.2.1 .b, da ITI 608/2011, conduta irregular por parte do ora recorrente, embora ela, diferentemente da anterior, relacione-se diretamente com a efetiva liquidação da despesa. Essa irregularidade consiste no pagamento indevido à empresa SECOM pela produção de 12.000 cópias de vídeo cuja entrega não foi comprovada, ensejando a devolução de R\$ 144.000,00. Quanto à efetiva entrega desses materiais, não foi trazido nenhum comprovante nos autos que demonstrasse a entrega dos vídeos. Desse modo, não há qualquer prova da prestação dos serviços. Contudo, a responsabilidade pelo pagamento indevido não pode recair sobre o sr. Cassyus de Souza Sesse.

Assim como quanto à irregularidade anterior, a conduta do recorrente não está delineada nas peças do processo 3149/2011 que tratam do item ora sob exame. A ITI 608/2011 não descreve sua conduta nem o nexo de causalidade. Conforme o recorrente aduz em sede de defesa, e reitera no recurso, nas notas fiscais constava o ateste de outro senidor público (o supervisor financeiro, sr. Antônio Sérgio dos Santos Rabelo — o que já constava na ITI 608/2011), informando a entrega dos materiais. Essa alegação não é enfrentada precisamente na ITC 1476/2012, que aduz apenas que é imprescindível a comprovação da efetiva entrega dos materiais e ressalta a importância de integração entre os setores da Administração. A primeira menção à conduta e culpabilidade aparece no Parecer 1532/2013, quando sugere a manutenção da irregularidade com base na culpa in vigilando e in eligendo — o que é repetido na MT 1014/2016 e Acórdão 08/2018 -, nos seguintes termos:

Deste modo, a responsabilidade do superior hierárquico, no caso Subsecretário de Educação, e do ordenador de despesa, quanto à deficiência levantada na fase de liquidação e que resultou dano ao patrimônio público, decorre da culpa "in vigilando" ou "in eligendo", conforme inteligência de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:[...].

Conquanto seja possível imputar a responsabilidade com base nessas modalidades de culpa, elas não decorrem claramente do presente processo. Em nenhuma passagem, identifica-se a atuação ou responsabilidade do sr. Cassyus de Souza Sesse na supervisão do sr. Antônio Sérgio dos Santos Rabelo nem em sua escolha para atestar as entregas, de modo que não é possível deduzir uma relação de subordinação ou de qualquer outro tipo entre os dois. Assim, não se verifica a ocorrência de culpa in vigilando ou in eligendo.

Além disso, a peça de imputação sequer menciona o recorrente para que se possa concluir sua responsabilidade pelos fatos. Tampouco essa peça esclarece porque não foi chamado ao processo o sr. Antônio Sérgio dos Santos Rabelo, que foi explicitamente nomeado no último parágrafo da ITI 608/2011:

Os documentos de fis. 2248 e 2252 referentes às Faturas de ns. 1099, 1101, 1122 e 1123 revelam que as autorizações das despesas foram feitas pelo então Subsecretário Paulo Stefenoni, constando o Supervisor .

Financeiro da SEDU, Sr. Antônio Sérgio dos Santos Rabelo, atestando os serviços.

Conforme exposto, não há no processo nenhum elemento que permita a responsabilização do recorrente pela não entrega dos materiais. Assim, opina-se por **prover o recurso no ponto, reformando o Acórdão 08/2018, no sentido de afastar a responsabilidade do sr. Cassvus de Souza Sesse quanto à irregularidade 11.2.1 .b, da ITI 608/2011.**

111.4. Da Inaplicabilidade De Responsabilidade De Gestão Ao Chefe Do Grupo Financeiro — Falha Na Matriz De Responsabilidade

Razões de Recurso

Não a de se entender por qual motivo a nobre Controladoria do TCE passa a imputar ao CHEFE DO GRUPO FINANCEIRO SETORIAL - GFS, à época dos fatos, a responsabilidade pela contratação de despesa publicitária sem finalidade pública, em face dos valores contratados e do reduzido alcance dos veículos publicitários escolhidos, ensejando a devolução no total de R\$ 168.989,34, incluindo a comissão da agência SECOM, tendo assim cometida suposta infringência ao princípio da finalidade pública da despesa, decorrente do princípio da legalidade, bem como, ter realizado pagamento indevido à empresa SECOM relativo à produção de 12.000 cópias de vídeos cuja entrega não foi comprovada, ensejando a devolução de R\$ 144.000,00, uma vez que o mesmo não tinha atribuições de GESTÃO DENTRO DA SECRETARIA ESTADUAL DE EDUCAÇÃO E MUITO MENOS DE ORDENADORA DE DESPESA.

Nesse diapasão, em relação a CONTRATAÇÃO DA EMPRESA SECOM SUPERINTENDENCIA ESTADUAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL foi realizada em decorrência da CONCORRÊNCIA 001/2000, ao qual deu origem a um contrato sem número entre a SEDU E A SECOM para prestar os serviços de estudar, planejar, criar, produzir, distribuir para veiculação e controlar os serviços de divulgação e publicidade dos programas e campanhas promocionais e ou institucionais das linhas de ação administrativa da SEDU no valor de R\$ 800.000,00 (Oitocentos Mil reais) por 48 (quarenta e oito meses), ao qual foi realizado um termo de aditamento de contrato, após 03 três meses a assinatura do contrato, em 05 de dezembro de 2000 pelo então Secretária de Estado da Educação a época dos fatos, Sr. Marcelo de Souza Basílio no valor de R\$ 2.962.536,58 (Dois milhões novecentos e sessenta e dois mil quinhentos e trinta e seis reais e cinquenta e oito centavos).

Conforme acima relatado a de se concluir que a contratação da empresa SECOM foi realizada através de uma CONCORRÊNCIA PÚBLICA, QUE ORIGINOU UM CONTRATO E POSTERIORMENTE UM TERMO ADITIVO, ou seja, os preços foram ajustados dentro de seus respectivos instrumentos legais de contratação estabelecidos pela lei 8.666/93.

Há de se ressaltar que as atribuições de contratação de serviços para a Secretaria não estão dentro das atribuições Chefe do Grupo Financeiro Setorial — GFS e sim do Departamento de Compras, Licitação e Contratos da Secretária, resta apenas ao Chefe do Grupo Financeiro coordenar a execução orçamentaria e financeira do órgão com a supervisão da Secretaria de Estado da Fazenda.

Já em relação ao suposto pagamento realizado indevido à empresa SECOM relativo à produção de 12.000 cópias de Vídeos cuja entrega supostamente não foi comprovada, enseja a devolução de R\$ 144.000,00,

há de se ressaltar que os mesmos foram autorizados pelo então Subsecretária de Estado da Educação Paulo Stefenoni, sendo às faturas sido atestadas pelo Supervisor Financeiro da SEDU, em fls. 231 dos autos.

Com o disposto, observa-se que o Chefe do Grupo Financeiro Setorial — GFS, a época dos fatos, não tem qualquer responsabilidade pela contratação nos moldes de lei 8.666/93 e muito menos pela suposta ausência de liquidação da despesa nos moldes do artigo 62 e 63 da lei 4.320/63 como pode-se observar pelo julgado abaixo exposto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

"O TRF-I EM APELAÇÃO CIVEL AC 23714 GO 0023714-19.2008.4.01.3500 EM PROCESSO AC 23174 GO 0023714-19.2008.4.01.3500 DA RELATORA DO DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIRZ JULGADO EM 20/05/2013 PELA QUARTA TURMA DISPOE, PELO VOTO VOGAL DO DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES DISPÕE:

"Senhor Presidente, estou de inteiro acordo com Vossa Excelência. O tesoureiro da empresa, ou de um município, desempenha uma função técnica, como encarregado da sua contabilidade, mas não é o seu ordenador de despesas, nem traça a política do órgão. Não pode, portanto, ser responsabilizado penalmente, ou em termos de improbidade, pelo destino dos cheques que assinou, segundo as necessidades do órgão, porque ele não era o ordenador de despesa, nem responsável pelas opções de política administrativa da municipalidade."

Como se pode concluir em momento algum o CHEFE DO GRUPO FINANCEIRO SETORIAL - GFS, jamais contribui para a formação de preços referente a contratação de empresa SECOM e muito menos para o pagamento indevido à empresa SECOM referente a reprodução de 12.000 cópias de vídeo.

Análise

As alegações já foram apreciadas na análise do item 111.3, desta ITR, tornando desnecessária sua reavaliação.

111.5. Falhas Na Matriz De Responsabilidade

Razões de Recurso

Segundo esses ditames a simples ilegalidade administrativa sem o dolo e uma imoralidade qualificada não é suficiente para caracterizar a improbidade administrativa, estando essa situação jurídica já estar consolidada perante a jurisprudência majoritária do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, quando a inexistência de elemento subjetivo da conduta qualificadora.

Da mesma forma, definiu o STJ:

"Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente... A ilegalidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade."

Nessa direção, podemos observar que, para que o ordenador de despesa seja responsabilizado perante os termos da Lei de Improbidade Administrativa a sua responsabilidade deve ser subjetiva, caracterizada por uma atuação com culpa grave ou com dolo, não bastando a simples demonstração da prática de ato ilícito ou da verificação de uma ilegalidade.

Prevalecerá a formação da vontade do agente, que na improbidade administrativa deverá ser de má-fé e com desonestidade.

Sendo assim, segundo a melhor doutrina, a responsabilidade subjetiva demanda a presença simultânea de quatro fatores, quais sejam:

1. Ação ou Omissão;

1. No que se refere a ação do defendente, esse não tem qualquer relação com a contratação de serviços de publicidade, uma vez que não assinou qualquer contrato com a referida empresa, no que se refere ao pagamento a empresa Secom, este não tinha conhecimento de irregularidade na entrega dos materiais.

2. Dano;

1. Não pode se atribuído qualquer possível dano causado por terceiros ao defendente, uma vez que não houve atuação direta e indireta do defendente na contratação dos serviços e na conferência da entrega dos materiais.

Nexo Causal; 1. Não existe nexo de causalidade entre a conduta do defendente ao resultado comissivo ou omissivo e o resultado produzido, uma vez que não a participação do defendente em qualquer das etapas de contratação e conferência dos materiais.

Culpa ou dolo

1. Nesse contexto essa deve ser demonstrada no plano subjetivo, através de um aceno probatório robusto, por parte daquele que pleiteia a reparação, cabendo a esse o ônus da provar a prática de atos de improbidade administrativa, devendo essa ser caracterizada por culpa grave ou dolo.

Com todo o disposto, há de se observar que o conteúdo probatório constante dos autos não traz elementos que caracterizem a conduta do defendente, uma vez que não expõe em momento algum o nexo de causalidade entre a conduta do defendente e resultado que originou o suposto dano, a sua conduta dolosa ou, pelo menos, culposa grave, bem como não apresenta de forma objetiva a ação ou omissão que caracterizaram o suposto dano.

Análise

As alegações já foram apreciadas na análise do item 111.3, desta [TR, tornando desnecessária sua reavaliação.

111.5. Da Inexistência de Prova

Razões de Recurso

Em análise os autos, há de se observar a inexistência de provas materiais que liguem as supostas irregularidades as práticas habituais do defendente junto ao GFS, uma vez que o defendente em momento algum realizou contratações de serviço e muito menos realizou pagamentos em desconformidade com os protocolos administrativos da Secretaria de Estado da Educação.

Com o disposto acima, requer sejam julgados regulares os atos de gestão do defendente.

Análise

As alegações já foram apreciadas na análise do item 111.3, desta ITR, tornando desnecessária sua reavaliação.

IV - CONCLUSÃO

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente Instrução Técnica de Recurso, opina-se pelo **CONHECIMENTO** do Recurso de Reconsideração de Cassyus de Souza Sesse, por **não acolher os pedidos de aplicação do RE 852.475 ao processo**, e, no mérito, por **DAR PROVIMENTO**, afastando a responsabilidade do sr. **Cassyus de Souza Sesse em face das irregularidades do Acórdão 08/2018**.

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **subscrevendo em todos os termos o entendimento técnico e do Ministério Público de Contas**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO
Relator

1. ACÓRDÃO TC-698/2020:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 1.1. Conhecer o presente Recurso**, tendo em vista o preenchimento dos requisitos de admissibilidade;
- 1.2. Não acolher** os pedidos de aplicação do RE 852.475 ao presente processo;
- 1.3. Dar total provimento ao recurso**, reformando-se o Acórdão TC 08/2018 Plenário, para afastar a responsabilidade do senhor **Cassyus de Souza Sesse** quanto as irregularidades apontadas naquele Acórdão.
- 1.4. Arquivar os presentes autos**, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 06/08/2020 - 16ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões