



Decisão 01539/2020-3 - 2ª Câmara

Processos: 01969/2010-3, 04269/2011-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Denúncia

UG: PMA - Prefeitura Municipal de Aracruz

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Denunciante: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Responsável: ADEMAR COUTINHO DEVENS, HEITOR LUIZ RAMPINELLI LOPES, MARIA LUIZA DEPIANTE OLIVEIRA, WELLINGTON LORENZUTTI, MARILZA TEIXEIRA, ALCENIR LISBOA DE CAMPOS

Procuradores: KAROLLINY DIPALMA MATURANA DE JESUS (OAB: 6255E-ES, OAB: 29406-ES), THYAGO LEAL FERREIRA, RUBENS CAMPANA TRISTAO (OAB: 13071-ES), RODRIGO CAMPANA TRISTAO (OAB: 9445-ES), RAQUEL CRISTINA B. A B. JACOBSEN, LETICIA ZUCATELLI DA SILVA (OAB: 18232-ES), LETÍCIA BARRETO MERLO, JORGE FERNANDO SERPA FERREIRA JUNIOR (OAB: 19847-ES), DIOGO PAIVA FARIA (OAB: 12151-ES), BRUNO RICHA MENEGATTI (OAB: 19794-ES), ALOIZIO FARIA DE SOUZA FILHO (OAB: 10041-ES), RODRIGO CARLOS HORTA (OAB: 9356-ES), VICTOR SCHNEIDER FAE (OAB: 21143-ES), VITOR BASSI SERPA (OAB: 21951-ES, OAB: 212847-RJ), GILMAR DE SOUZA BORGES (OAB: 11399-ES), CRISTINA DAHER FERREIRA (OAB: 12651-ES, OAB: 383149-SP), LUCIANO OLIMPIO RHEM DA SILVA (OAB: 13676-BA, OAB: 10978-ES), EDISON VIANA DOS SANTOS

**CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO -
AUDITORIA - TEMA 899 - REPERCUSSÃO
GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL -
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA -
SOBRESTAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I- RELATÓRIO

Tratam os presentes autos Auditoria Especial realizada na Prefeitura Municipal de Aracruz, com o objetivo de averiguar supostas irregularidades cometidas nas Tomada de Preços nº 028/2006 (contrato 458/2006) e Tomada de Preços nº

010/2007 (contrato 89/2007), entre as quais, restrição à competitividade e direcionamento da licitação, sobre preço e superfaturamento na contratação de obras e serviços de engenharia nos exercícios de 2006 a 2008.

O Relatório de Auditoria 04/2015 e a Instrução Técnica Inicial 2325/2015 identificaram as seguintes irregularidades:

Tomada de Preços nº 028/2006 – Processo PMA nº 14.298/2006 - Objeto: Serviços de reforma e adequação do polo UAB e centro de formação continuada dos professores da educação básica – Contrato 458/2006		
Item do RF- AUD-4/2015,	Irregularidade Apontada	Responsáveis Solidários
5.1.1.1	Projeto Básico deficiente	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras
5.1.1.2	Restrição ao Caráter Competitivo da Licitação	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal Maria Luiza Depiante Oliveira – Assessor Jurídico
5.1.1.3	Inobservância à Clausula do Edital	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal Wellington Lorenzuti – Presidente da CPL
5.1.2.1	Ausência de designação de fiscal para acompanhamento do contrato	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal
5.1.2.2	Alteração contratual sem as devidas justificativas	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal, Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras Marilza Teixeira Furieri – Secretária Municipal de Educação

5.1.2.3	Alteração contratual em percentuais superiores ao permitido por Lei	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal, Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras
5.1.2.4	Pagamento/recebimento indevido, com base na Res. TC 180/2012, por serviços medidos a maior, perfazendo 2,8% do valor pago neste contrato. (16.365,92 VRTE)	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal, Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras. Alcenir Lisboa de Campos – Sócio da RS Comércio e Edificações Ltda

Tomada de Preços nº 010/2007 – Processo PMA nº 649/2007 - Objeto: Construção de rede de drenagem pluvial e pavimentação de ruas no bairro Mambrini – Jacupemba – Aracruz/ES – Contrato 089/2007		
Item do RF- AUD-4/2015,	Irregularidade Apontada	Responsáveis Solidários
5.2.1.1	Projeto Básico deficiente	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras
5.2.1.2	Restrição ao Caráter Competitivo da Licitação	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal Maria Luiza Depiante Oliveira – Assessor Jurídico
5.2.2.1	Ausência de designação de fiscal para acompanhamento do contrato	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal
5.2.2.2	Alteração contratual sem as devidas justificativas	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal, Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras
5.2.2.3	Alteração contratual em percentuais superiores ao permitido por Lei	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal, Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras
5.2.2.4	Pagamento/recebimento indevido, com base na Res. TC 180/2012, por serviços medidos a maior, perfazendo 7,8% do valor total pago no contrato. (47.752,70 VRTE)	Ademar Coutinho Devens- Prefeito Municipal, Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras. Alcenir Lisboa de Campos – Sócio da RS Comércio e Edificações Ltda

Os responsáveis foram devidamente citados através da Decisão Monocrática Preliminar 2247/2015, e, posteriormente, por meio do Despacho 1.5841/2017, o Secretário Adjunto das Sessões informou as páginas dos respectivas defesas dos citados no processo, destacando que o Sr. Alcenir Lisboa de Campos não havia apresentado defesa.

Em ato seguinte, o feito foi enviado ao NCP - Núcleo de Controle Externo Construção Civil Pesada, tendo sido elaborada a Instrução Técnica Conclusiva 3489/2020, manifestando-se está nos seguintes termos:

5 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, sugere-se a seguinte proposta de encaminhamento:

5.1 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, sugere-se a **manutenção** da seguinte irregularidade:

5.1.1 – Pagamento/recebimento indevido, com base na Res. TC 180/2012, por serviços medidos a maior, perfazendo 7,8% do valor total pago neste contrato (irregularidade 5.2.2.4 do Relatório de Auditoria – Contrato 89/2007) (item 4.2 desta ITC)

Responsável: Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras

5.2 Reconhecer a **ilegitimidade passiva** do Sr. Alcenir Lisboa de Campos em face dos atos apontados na peça acusatória, nos termos do item 2 desta ITC e, em resposta ao questionamento formulado pelo Conselheiro Relator

na Decisão Monocrática 438/2017, entende-se que não é possível a confecção da ITI em face do referido acusado;

5.3 Reconhecer a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, em face dos atos praticado com relação aos itens descritos no item 3 desta ITC, com base no art. 373 do RITCEES c/c art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012;

5.3 Excluir a responsabilidade do Sr. Ademar Coutinho Devens, em face da irregularidade descrita no **item 4.2.3.1** desta ITC;

5.4 Condenar o Sr. Heitor Luiz Rampinelli Lopes em razão do cometimento de infração que causou dano injustificado ao erário disposta no **item 4.2** desta ITC, ao ressarcimento do valor de 47.752,70 VRTE ao erário municipal, com amparo no art. 87, II e V da LC 621/2012

Ao após, encaminhados os autos ao **Ministério Público Especial de Contas**, seu representante, Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, emitiu parecer às fls. 3324/2020.

Por fim, vieram os autos ao Relator para elaboração de voto.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Tratam os autos, conforme acima exposto, de análise de irregularidades abordadas no Relatório de Auditoria 04/2015 e na Instrução Técnica Inicial 2325/2015, com o objetivo de averiguar supostas irregularidades cometidas nas Tomada de Preços nº 028/2006 (contrato 458/2006) e Tomada de Preços nº 010/2007 (contrato 89/2007), entre as quais, restrição à competitividade e direcionamento da licitação, sobre preço e superfaturamento na contratação de obras e serviços de engenharia nos exercícios de 2006 a 2008.

II.1) PRELIMINAR DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO Sr. ALCENIR LISBOA DE CAMPOS

Conforme bem considerado pelo corpo técnico deste Tribunal, em razão de perfilhar do mesmo entendimento prescrito na Instrução Técnica Conclusiva 3489/2020, adoto as razões ali expostas quanto ao presente tópico, fazendo com que seja parte deste Voto, motivo pelo qual entendo por bem transcrever parte do trecho relativo ao assunto sob análise:

Conforme Decisão Monocrática Preliminar 438/2017, passamos a analisar *“possibilidade de citação do Sr. Alcenir Lisboa de Campos com a respectiva confecção de Instrução Técnica Inicial, com atribuição de conduta e nexos de causalidade, em relação ao dano”*, conforme determinação do Conselheiro

Relator.

Os atos descritos na peça acusatória possuem relação com atos praticados pela pessoa jurídica RS Comércio e Edificações, não havendo qualquer menção de desvio de finalidade no emprego da personalidade ou confusão patrimonial.

Sobre o tema, o art. 50 do Código Civil assim estabelece:

(...)

Na medida em que a pessoa jurídica esteja servindo de biombo para proteger atos fraudulentos dos seus sócios, deve-se romper a sua autonomia patrimonial para buscar o patrimônio particular destes, visando a salvaguardar os direitos dos cidadãos. Com esse viés, sintetiza-se a utilidade da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, cujo desiderato é afastar resultados indesejáveis que seriam produzidos pela manutenção do véu protetivo da autonomia patrimonial, em casos concretos.

Nesse particular, contudo, não há que se falar em atos praticados pelo agente citado, e dessa forma, respondendo ao questionamento formulado pelo Conselheiro Relator, entende-se que restou caracterizada a ilegitimidade passiva do Sr. Alcenir Lisboa de Campos para responder pelas irregularidades apontadas na peça acusatória, não sendo o caso de atribuir conduta ou nexos de causalidade.

Assim sendo, reconheço a ilegitimidade passiva do Sr. Alcenir Lisboa de Campos.

Superada esta preliminar, prossigo com a análise do feito.

De início, advirto que, em que pese os técnicos desta Corte terem reconhecido a prescrição da pretensão punitiva das irregularidades formais, o corpo técnico pugnou por manter o indicativo de irregularidade que enseja ressarcimento, qual seja:

5.1.1 – Pagamento/recebimento indevido, com base na Res. TC 180/2012, por serviços medidos a maior, perfazendo 7,8% do valor total pago neste contrato (irregularidade 5.2.2.4 do Relatório de Auditoria – Contrato 89/2007) (item 4.2 da ITC)

Responsável: Heitor Luiz Rampinelli Lopes – Secretário Municipal de Obras

Ressarcimento: 47.752,70 VRTE.

Rememoro que, conforme bem apontado na Instrução Técnica Conclusiva 3489/2020, restou configurado que, entre a data da suposta irregularidade e a citação válida do responsável, ultrapassou-se o prazo de 5 (cinco) anos.

Isso porque as irregularidades supracitadas originam-se da Tomada de Preços 28/2006 e Tomada de Preços nº 10/2007, já as citações, que têm o potencial de interromper¹ a prescrição, ocorreram em 2015, ou seja, excedendo o prazo prescricional de 5 anos.

¹ Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

Sobre a temática concernente à responsabilização e ressarcimento pugnados pelos técnicos desta Corte, passo ao seu exame antes de adentrar a qualquer outra questão de mérito.

No caso vertente, tratam os autos de **fatos ocorridos nos exercícios de 2006/2007** (momento em que se inicia a contagem do prazo prescricional).

Em vista disso, entendo ser pertinente advertir que Supremo Tribunal Federal no Tema 899 – RE 636.886 – “*Prescritibilidade da Pretensão de Ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas*”, reconheceu a repercussão geral do assunto tratado nestes autos, tramitando nessa Corte de Contas vários processos, de diferentes jurisdicionados, em situação semelhante, qual seja, **ocorrência de dano ao erário e prescrição da pretensão punitiva**.

Em recente julgamento deste tema 899, pela Corte Suprema, datado do **dia 24/06/2020**, aquele Tribunal concluiu, por unanimidade, pela **prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas**.

O entendimento se deu em sessão virtual, no julgamento do **Recurso Extraordinário (RE) 636886**, com repercussão geral reconhecida (**Tema 899**)², conforme já mencionado.

Do julgamento, restou consignado que **somente seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário com base na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992)**, hipótese esta que não se amolda no caso dos autos.

Muito embora a temática não tenha sido abordada pelos técnicos da Corte, o Parquet de Contas entendeu pelo sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do Recurso Extraordinário 636886, conforme se observa do parecer 3324/2020.

Importa registrar que existem, no âmbito desta Corte de Contas, diversos processos envolvendo a matéria em questão, que se encontram sobrestados em virtude do julgamento do **Tema 899, o qual ainda não transitou em julgado**, uma vez que a

§ 4º Interrompem a prescrição: (...) I - a citação válida do responsável;

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>

PGR solicitou vista em 25/06/2020, apresentando petição em 29/06/2020, ainda não disponível para conhecimento geral.

Atualmente, o processo encontra-se concluso ao Relator, desde o dia 31/08/2020, conforme se observa do andamento online disponibilizado no site: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>

Neste aspecto, em tendo sido pacificada a problemática acerca da prescribibilidade ou não das irregularidades passíveis de ressarcimento no âmbito dos Tribunais de Contas, mas não tendo ocorrido ainda o trânsito em julgado do Acórdão, **outra questão surge, dessa vez relativamente a necessidade desta Corte, mesmo diante da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em ações de ressarcimento, se manifestar ou não sobre o assunto, fato ainda não pacificado pelos Conselheiros desta Corte.**

Assim, a fim de evitar decisões conflitantes e em vista de não se ter ainda transitado em julgado o **Recurso Extraordinário (RE) 636886**, levando-se também em conta o entendimento que possa vir a ser adotado por este Tribunal acerca da necessidade ou não de manifestação sobre as irregularidades prescritas, porém passíveis de ressarcimento, entendo ser cabível o **sobrestamento deste processo até o trânsito em julgado no STF e até que se defina qual entendimento será adotado por esta Corte de Contas.**

Ante todo o exposto, divergindo da unidade técnica e concordando com as razões expostas pelo Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SERGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1539/2020-3:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. SOBRESTAR estes autos até o trânsito em julgado do **Recurso Extraordinário (RE) 636886**, e, concomitantemente, até que sobrevenha posicionamento deste Tribunal de Contas acerca da necessidade ou não de a Corte de se manifestar sobre as irregularidades passíveis de ressarcimento mesmo com a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 11/11/2020 - 42ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator), Domingos Augusto Taufner e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Luciano Vieira.

CONSELHEIRO SERGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente