



Acórdão 01323/2020-7 - Plenário

Processos: 14976/2019-3, 05751/2007-5

Classificação: Pedido de Reexame

UG: PMA - Prefeitura Municipal de Aracruz

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Interessado: ADEMAR COUTINHO DEVENS

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA)

Procurador: JOSE PERES DE ARAUJO (OAB: 429A-ES, OAB: 54138-MG)

PEDIDO DE REEXAME – ACÓRDÃO TC 433/2019 – PREFEITURA MUNICIPAL DE ARACRUZ – CONHECER — TOTAL NEGATIVA DE PROVIMENTO – CIÊNCIA – ARQUIVAR.

1. Não há como se imputar a responsabilidade por culpa *in vigilando* ao ordenador de despesa, uma vez que a matéria tratada exige conhecimento técnico especializado, não sendo de fácil percepção do gestor médio;
2. A reabertura da instrução processual, a fim de rever os atos praticados após longo decurso de tempo, é inviável em razão da dificuldade da obtenção da prova documental, da ampla defesa e do contraditório.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Tratam os autos do recurso Pedido de Reexame, interposto pelo **Ministério Público de Contas** em face do **Acórdão TC nº 0433/2019-8 Segunda Câmara**, exarado nos autos do Processo TC nº 5751/2007, cuja parte dispositiva teve a seguinte redação:

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** 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. DECRETAR A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, nos termos do artigo 71 da Lei Complementar nº 621/2012.

1.2. EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, reconhecendo a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

1.3. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado administrativo.

Conforme Termo de Notificação nº 00834/2019-3¹, o Sr. Ademar Coutinho Devens foi notificado para apresentar as contrarrazões.

Depreende-se do Despacho 07883/2020-3² que o recorrido não se manifestou nos autos.

Foram então os autos encaminhados ao Núcleo de Recursos e Consultas que elaborou a Instrução Técnica de Recurso **ITR nº 286/2019-4**, manifestando-se pelo não provimento do Pedido de Reexame ora interposto, *com a consequente manutenção do Acórdão TC-614/2019-1 – Segunda Câmara, exceto no que se refere à irregularidade constante do item 2.2 da ITC 131/2019, que deverá ser analisada nos autos apartados a serem instaurados nos termos do item 1.4 da sobredita decisão.*

O Ministério Público de Contas, por meio da 1ª Procuradoria Especial de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, elabora o Parecer 5607/2019-1 da lavra do Procurador Luiz Henrique Anastácio da Silva, onde **anui integralmente** aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na **Instrução Técnica de Recurso – ITR nº 286/2019-4**.

II. ADMISSIBILIDADE

Analisando as condições de admissibilidade do recurso, manifestou-se o Conselheiro Relator pelo seu **conhecimento**, nos termos da **Decisão Monocrática** 00834/2019-3.

¹ Evento 7, fls. 01 e evento Publicação No Diário Oficial de Contas.

² Evento 9, fls. 01.

III. FUNDAMENTOS

Em síntese apertada, o Ministério Público de Contas manifesta sua insatisfação com o Acórdão TC 0433/2019 – 8 - Segunda Câmara que decidiu pela extinção do processo TC 5751/2007 sem julgamento do mérito, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do feito.

Aduz que a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo foi fundamentada pelo afastamento da responsabilidade do único integrante do polo passivo da demanda, Sr. Ademar Coutinho Devens, prefeito do Município de Aracruz no exercício de 2006; e pelo longo tempo decorrido dos fatos, levando ao entendimento da inviabilidade da reinstrução do processo face ao princípio do contraditório e ampla defesa, da economicidade e da duração razoável do processo.

Opondo-se a este posicionamento, inicialmente, insurge-se o *parquet* contra a ausência de responsabilidade do Prefeito, afim de demonstrar a desnecessidade de nova instrução do processo, entendendo ser possível a responsabilização do Sr. Ademar Coutinho Devens, sendo a culpa tanto “*in eligendo*” e a culpa “*in vigilando*” suficientes para a responsabilização. Diz ainda que a delegação de competência visa a eficiência da Administração Pública, não podendo ser utilizada como incentivo à impunidade, oferecendo uma exoneração da responsabilidade de gestores escoltados por seus subalternos. E dessa forma, entende estarem presentes os pressupostos de desenvolvimento regular do processo.

Sustentando seu entendimento, cita o art. 149 do Regimento Interno desta Corte de Contas, a jurisprudência do Tribunal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Apelação Cível nº 146.341-4), do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Cível 58245420134058100), Tribunal de Contas da União (Acórdãos 1.247/2006-1ª Câmara; 1.843/2005-PLENÁRIO, 1.619/2004-PLENÁRIO e 369 /2006-1ª Câmara), Supremo Tribunal Federal (Agravo de Instrumento AI/631841/SP) e doutrina de Hely Lopes Meirelles.

Acrescenta que a tese do decurso de tempo como fator preponderante e limitante da atuação desta Corte de Contas, diante da possibilidade real de ressarcimento,

implica em inversão de valores, dispondo-se do interesse público face a um eventual alegado interesse privado.

Expõem que a manutenção da extinção do processo sem julgamento do mérito implicaria em 3 prejuízos imediatos: 1) o dano apontado; 2) o decorrente das horas de trabalho despendidos pelos profissionais desta Corte de Contas e; 3) o imaterial revelado no sentimento da sociedade da irrelevância institucional da Corte de Contas.

Ressalta a importância da recomposição ao erário e de se oferecer à sociedade uma resposta fundamentada e com resolução de mérito acerca da correção (ou não) da aplicação de recursos públicos.

Citando os processos TC 4150/2013 – 7; TC 3272/2016; TC 8781/2017-9 relata a utilização atécnica da tese de ausência/deficiência da matriz de responsabilização “em prejuízo às competências conferidas à Corte para o exercício do controle externo da administração pública.”, requer, com fundamento técnico-jurídico, a busca da concretização da “primazia do julgamento de mérito (art. 4º do Código de Processo Civil), impedindo que o feito adentre na vala comum da extinção sem resolução do mérito [...]”.

Na Instrução Técnica de Recurso, a área técnica, de forma inicial faz uma abordagem da responsabilização perante os Tribunais de Contas. Vejamos:

No âmbito das Cortes de Contas, a responsabilidade é subjetiva, o que implica na presença simultânea de quatro elementos: conduta (ação ou omissão) antijurídica; dano; nexa causal e culpa “lato sensu” (dolo ou culpa “stricto sensu”)³.

³ No caso em tela, por se tratar de irregularidade com dever de ressarcimento, a jurisprudência do TCUv é no sentido de que para a responsabilização basta a comprovação da culpa sem qualquer gradação. Citamos-se os seguintes enunciados:

Acórdão TCU 2391/2018 – Plenário

O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINB) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

Responsabilidade. Débito. Culpa. Dolo. Requisito. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Boletim de Jurisprudência 241/2018.

Acórdão TCU 5547/2019- Primeira Câmara

A regra prevista no art. 28 da Lindb (Decreto-lei 4.657/1942), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

A conduta antijurídica do agente público ou privado na gestão administrativa de recursos públicos é compreendida pela ação ou omissão violadora de um dever legal.

Para ser imputada a responsabilidade, esta conduta precisa ser culpável, ou seja, reprovável. Na responsabilidade subjetiva, a culpa “latu sensu” é o principal pressuposto para a responsabilização.

A culpa “latu sensu” é doutrinariamente utilizada quando se quer abranger tanto os conceitos de dolo e culpa “stricto sensu”.

Seguindo os conceitos de Sergio Cavaliere Filho⁴ o dolo é a vontade consciente dirigida à produção de um resultado ilícito e culpa “stricto sensu” é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, imposto a todas as pessoas de razoável diligência.

Esta diligência deve ser avaliada conforme a conduta adequada esperada ou exigível do homem cuidadoso e zeloso no cumprimento do seu dever.

Ensina Sergio Cavaliere Filho⁵ que, para a apuração do dever de cautela, utiliza-se como parâmetro o “homem médio”, devendo ser considerado sob o aspecto da capacidade, conhecimento e aptidão de uma mesma profissão ou grupo de pessoas a quem se imputa a responsabilidade:

Em suma, para a caracterização da conduta culposa é indispensável estabelecer qual o comportamento devido na situação concreta, segundo as regras de diligência. Essas devem ser fixadas, na precisa lição do mestre Ruy Rosado de Aguiar Junior, conforme a capacidade, o conhecimento e a aptidão exigíveis de uma pessoa prudente, da mesma profissão ou de idêntico grupo de pessoas (médico, motorista, agricultor, empregada doméstica etc.), com o que se encontra o padrão geral de conduta adequado para o caso. Assim, estabelecido o parâmetro normativo que deveria presidir a situação concreta, confronta-se essa norma com a conduta efetivamente assumida. **O critério, em circunstâncias muito especiais, pode ser temperado com a consideração de condições personalíssimas da pessoa de quem se trata, cujo desprezo pode significar a injusta exigência de conduta inatendível.** Se há desconformidade entre a conduta do agente e a norma de diligência assim extraída concretamente da situação, entende-se que ele agiu com negligência [...] (nosso grifo).

Desta forma, em se tratando de delegação de competência, quando da análise da responsabilidade do delegante por ato de seu delegado, no que se refere à “culpa in vigilando” a conduta do delegante deve ser examinada a luz do “gestor médio”, de forma que se evidencie que as falhas de seu subordinado eram perceptíveis por qualquer administrador de conhecimento mediano.

Nos casos em que a falha se refere a matéria extremamente técnica e de difícil detecção, a jurisprudência do TCU é no sentido de afastar a responsabilidade do dirigente do órgão.

Acórdão TCU - 2300/2013 – Plenário

Relator: Ministra Ana Arras

Boletim de Jurisprudência 6/2013

Responsabilidade. Delegação de competência. Abrangência. Culpa in vigilando. Culpa in eligendo.

A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A falta de fiscalização (culpa in vigilando), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa in eligendo) podem conduzir, se comprovados, à responsabilidade daquela autoridade.

Acórdão TCU 1529/2019 – Plenário

Responsabilidade. Débito. Culpa. Dolo. Erro grosseiro. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Boletim de Jurisprudência 273/2019.

⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 49 e 50.

⁵CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Atlas. 2015. P. 53.

Relator: Ministro Benjamin Zymler
Boletim de Jurisprudência 272/2019

Responsabilidade. Culpa. Supervisão. Culpa in vigilando. Culpa in eligendo. Gestor.

Não cabe a responsabilização de dirigente de órgão ou entidade por irregularidade que só poderia ser detectada mediante completa e minuciosa revisão dos atos praticados pelos subordinados, sobretudo na presença de pareceres técnico e jurídico recomendando a prática do negócio jurídico, salvo quando se tratar de falha grosseira ou situação recorrente, que impede o reconhecimento da irregularidade como caso isolado.

Acórdão TCU 1581/2017 – Primeira Câmara

Relator: Ministro José Múcio Monteiro.

Responsabilidade. Delegação de competência. Abrangência. Culpa in Vigilando. Supervisão

A culpa in vigilando é caracterizada pela falta de fiscalização sobre procedimentos exercidos por outrem. Contudo, não é possível o exercício da supervisão de forma irrestrita, sob pena de tornar sem sentido o instituto da delegação de competência e inviabilizar o exercício das tarefas próprias e privativas da autoridade delegante.

A culpa *in eligendo* é aquela que decorre da má escolha do representante ou preposto. Para a responsabilização, nesta modalidade de culpa, é necessário a comprovação de que a autoridade delegante confiou missão sabidamente incompatível com os requisitos do delegado.

Acórdão TCU 1581/2017 – Primeira Câmara.

Ministro: José Múcio Monteiro.

Boletim de Jurisprudência 164/2017

Responsabilidade. Delegação de competência. Abrangência. Culpa in eligendo. Comprovação.

Para que fique comprovada a existência de culpa in eligendo, a inépcia da autoridade delegada tem que ser comprovada, pois a culpa in eligendo existe quando a autoridade delegante confia missão sabidamente incompatível com os requisitos possuídos pelo delegado, sejam eles técnicos ou pessoais.

Acórdão TCU – 183/2016 - Plenário

Relator: Ministro Vital do Rêgo

Boletim de Jurisprudência 113/2016

Responsabilidade. Culpa. Supervisão. Culpa *in eligendo*. Requisito

Não se pode imputar culpa in eligendo se ausentes elementos que permitam concluir que, à época da indicação, as pessoas escolhidas não detinham capacidade para o exercício de seu mister, ou que o gestor tivesse conhecimento de fatos desabonadores de suas condutas.

Esta Corte de Contas, no Acórdão TC 537/2016 – Plenário (Processo TC 4833/ 2005), ao afastar a responsabilidade do dirigente máximo do município, entre os fundamentos adotados no voto-vista, ponderou a atuação do gestor com respaldado em parecer técnico e especializado:

Nessa esteira de entendimento, importa ressaltar que os indicativos de irregularidades ora apreciados se referem a Pagamentos de itens além da quantidade contratada e Pagamentos de itens com preço acima do mercado, o que a meu ver não cabe a responsabilização do Ordenador de Despesas, neste caso concreto o Prefeito, pelos motivos que seguem:

Em relação à execução dos itens que se mostram superiores aos efetivamente contratados, entendo por afastar a responsabilização proposta pela área técnica, pois no subitem 2.9 do Anexo II do Contrato 26/2003, encartados pela equipe de auditoria às fls. 57/61, há previsão de acompanhamento e fiscalização da referida obra por um preposto designado pela Secretaria Municipal de Serviços Urbanos.

Ademais, consta nestes autos os Termos de Recebimento dos serviços (fls. 105/134), bem como os Boletins de Medição – 01 ao 06 (fls. 135/176), assinados, respectivamente pela Secretária Municipal de Serviços Urbanos

–Sr^a Andréia Norbim e pelo Secretário Municipal de Serviços Urbanos Interino – Sr. Liezio Otto.

Neste contexto, não é crível imaginar que o dirigente máximo da municipalidade possa ser responsabilizado por acompanhar tais serviços técnicos e específicos de iluminação pública, muito pior, se prestar a aferição de estoque no almoxarifado de respectivos materiais, em visitas periódicas, como exigido no Edital em questão (item 2.9, fls. 59) [...]

Da mesma forma, verifica-se o Acórdão TC 1369/2018 – Plenário, proferido nos autos do processo TC 5817/2011, que encampando os fundamentos da Instrução Técnica 33/2018 como razão de decidir, afastou a responsabilidade do gestor, então ex-Secretário Municipal de Transporte e Obras, pelo pagamento por quantidade de serviços não efetivamente executado, transcrevemos parte da fundamentação:

Constatam-se nos autos (fls. 163, 179 e 195 do Processo TC 5817/2011) os pareceres de vistoria de obra emitidos por técnicos (engenheiros), Sr. José Ricardo M dos Santos (referente a 1^a, 2^a parcela) e Sra. Elza (quanto 3^a parcela), no sentido de atestar a exatidão do cumprimento da execução física do convênio referente a parcela fiscalizada, opinando, ao final, pela sua respectiva aprovação.

Não foi apontado nos autos um erro ou falha no parecer técnico facilmente perceptível por qualquer administrador de conhecimento mediano, onde o gestor poderia ter opinado de modo diferente. Da mesma forma, não se encontra nos autos qualquer elemento que permita a conclusão de que as pessoas responsáveis pela fiscalização não detinham capacidade para o exercício de seu mister, não sendo viável a condenação do ex-secretário por culpa *in eligendo*.

Estabelecido as diretrizes quanto a responsabilização, passamos a análise do caso concreto.

Diante do pronunciamento da área técnica e da constatação de que os documentos analisados foram assinados por engenheiros e, ainda, detectando que o responsável Sr. Ademar Coutinho Devens não possuía o conhecimento técnico da área de engenharia, não há como se imputar a responsabilidade por culpa *in vigilando* ao ordenador de despesa, uma vez que a matéria tratada exige conhecimento técnico especializado, não sendo de fácil percepção do gestor médio.

Assim sendo o Acórdão deve ser mantido quanto a este item, com afastamento da responsabilidade do Sr. Ademar Coutinho Devens.

Ao adentrar no mérito, esclarece o corpo técnico que a pretendida manutenção da responsabilidade do Sr. Ademar Coutinho Devens versa sobre os pagamentos indevidos ocorridos nos contratos 134/2004; 105/2006 e 168/2006, cujos objetos são obras e serviços de engenharia. Ressalta a área técnica:

O contrato 134/2004 refere-se ao serviço de drenagem pluvial e pavimentação da Vila do Riacho.

Depreende-se do Relatório de Auditoria Ordinária RA-O 118/2007⁶(subitem 6.1.4.1, 6.1.4.2, 6.1.5.1, e planilhas 2 e 3 do Apêndice 1) e da análise procedida na IEC 49/2015⁷ (subitem 3.6.3 e Apêndice A) que os pagamentos indevidos têm origem em preços contratados e pagos acima do definido na planilha estabelecida pela Resolução Plenária 180/02 e pelo erro no cálculo do reajustamento da 2ª medição.

O contrato 105/2006 versa sobre o serviço de reforma da quadra poliesportiva de Jacupemba.

Extraí-se do Relatório de Auditoria Ordinária RA-O 118/2007⁸ (subitem 6.6.4 e Apêndice 3) e da análise procedida na IEC 49/2015⁹ (subitem 3.7.3 e Tabelas n.º 01,02 e 03 do Apêndice C), que os pagamentos indevidos têm origem em valores pagos acima do definido na planilha estabelecida pela Resolução Plenária 180/02, bem como em quantidades pagas acima da quantidade executada.

O contrato 168/2006 trata de serviços de reforma da praça de Barra Do Riacho.

Conforme Relatório de Auditoria Ordinária RA-O 118/2007¹⁰ (subitem 6.8.4 e Apêndice 4) e da análise procedida na IEC 49/2015¹¹ (subitem 3.8.3 e Apêndice D) que os pagamentos indevidos têm origem em valores pagos acima do definido na planilha estabelecida pela Resolução Plenária 180/02, bem como em quantidades pagas acima da quantidade executada.

Pelo exposto, percebe-se que a origem dos pagamentos indevidos é matéria técnica especializada da engenharia, envolvendo inclusive o conhecimento específico de orçamentista na área.

Não há informação nos autos de que o Sr. Ademar Coutinho Devens detinha conhecimento técnico da área de engenharia.

Conforme jurisprudência sobre a responsabilização abordada no início da presente análise, entende-se não ser razoável a imputação de responsabilidade por culpa *in vigilando* ao ordenador de despesa, uma vez que a matéria tratada exige conhecimento técnico especializado, não sendo de fácil percepção do gestor médio.

Verifica-se a existência de medições e replanejamento¹² assinados pelo então Secretário Municipal de Obras, Sr. Adilson Siqueira Rosa, e pelo Gerente da Divisão de Obras Públicas, Sr. Heitor Luiz Rampinelli Lopes, cujos carimbos de identificação indicam serem engenheiros¹³. Não há informação nos autos de que os mesmos seriam incompetentes para a realização de tais atividades.

Portanto, não há nos autos elementos para sustentar a configuração da culpa *in elegendo* e culpa *in vigilando*.

Neste sentido, constata-se o entendimento consignado na Manifestação Técnica 889/2019-4, a saber:

No que tange à responsabilidade do Prefeito Municipal frente aos indícios de irregularidades remanescentes, relacionados a **pagamentos indevidos na execução de contratos de engenharia**, obrigatório reconhecer desarrazoada a imputação da irregularidade unicamente ao prefeito, **uma vez que a prospecção de parâmetros e referências técnicas, a determinação do custo estimado e a fiscalização de obra são atividades eminentemente técnicas**. Cabe lembrar que essas atividades sujeitavam o autor, à época, à Anotação de Responsabilidade Técnica junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia.

⁶ Evento 2, fls. 14, 15, 43 e 44 do Processo TC 5751/2007.

⁷ Evento 8, fls. 161, 162 e 169 do Processo TC 5751/2007

⁸ Evento 2, fls. 29 e evento 3, fls. 4 do Processo TC 5751/2007

⁹ Evento 8, fls. 163, 175 a 177 do Processo TC 5751/2007.

¹⁰ Evento 2, fls. 33 e Evento 3, fls. 6 do Processo TC 5751/2007.

¹¹ Evento 8, fls. 165, 179 a 181 do Processo TC 5751/2007.

¹² Evento 3, fls. 28 a 31, 34 a 37, 39 a 49; Evento 6, fls. 68 a 76, Evento 7, fls. 75 a 90, 94 a 106, 107 a 115) do processo TC 5751/2007.

¹³ Utilização da abreviatura Engº e Engenheiro Civil (ex. evento 3, fls. 47 do processo TC 5751/2007).

Assim, **deve-se reconhecer que o acompanhamento da obra competiria inerentemente a fiscal técnico**, não sendo adequado imputar de forma objetiva ao gestor máximo, ou seja, ao Prefeito, a ocorrência de deficiências na execução de serviços. **É cabível considerar que tal responsabilidade fosse sindicada para, se fosse o caso, identificada a indicação de pessoa incompetente para a função, ou até a inexistência da atividade de fiscalização, se imputar a responsabilidade subjetiva ao gestor máximo.**

Vê-se, então, que **a responsabilidade pela irregularidade, pela natureza destes, estaria associada a funções técnicas específicas de orçamentista e de fiscal, além de ser possível considerar a pessoa jurídica contratada beneficiária pelos valores indevidamente pagos.** Tais responsáveis não foram cogitados à época de realização da fiscalização, quando a imputação de responsabilidade se voltava especificamente para o gestor máximo da administração, baseado na culpa objetiva. (nosso grifo)

Portanto, entende-se pelo afastamento da responsabilidade do Sr. Ademar Coutinho Devens.

Assim, diante do afastamento da responsabilidade do único indicado como responsável na Instrução Técnica Inicial 190/2008, para que esta Corte de Contas possa atuar objetivando o ressarcimento no valor de 61.370,45 VRTE, face a uma possível manutenção das irregularidades ora tratadas¹⁴, faz-se necessária a Realização de diligência para reinstrução do processo a fim de se identificar os responsáveis (indicando a conduta, culpabilidade e nexos de causalidade) e oportunizar-lhes o exercício da ampla defesa e do contraditório, em respeito ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório.

Contudo o Acórdão TC 433/2019 entendeu pela inviabilidade do prosseguimento do feito, visto o longo decurso de tempo entre a ocorrência dos fatos e uma possível citação dos supostos responsáveis, ocasionando um provável prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório, segurança jurídica, a economicidade, celeridade e razoável duração do processo.

Entretanto, os mencionados princípios foram abordados de forma genérica, apenas citados sem uma análise das singularidades do caso em concreto, a fim de se demonstrar a ocorrência da violação dos mesmos.

Esta situação foi combatida pelo recorrente que, além de argumentar a ausência de análise efetiva do fator tempo sobre o caso concreto, enfatiza a priorização do interesse público, seja na emissão de resposta fundamentada e com julgamento do mérito à sociedade, seja no exercício da proteção do patrimônio público buscando a reparação do dano ocasionado ao erário (dever constitucional desta Corte de Contas).

Neste contexto apresenta os prejuízos decorrentes da extinção do presente processo sem o julgamento do mérito: 1) o dano decorrente dos supostos pagamentos indevidos; 2) o decorrente das horas de trabalho despendidos pelos profissionais desta Corte de Contas e; 3) o imaterial revelado no sentimento da sociedade da irrelevância institucional da Corte de Contas.

Assiste razão ao recorrente quanto a necessária realização de exame dos efeitos do tempo no caso concreto.

O TCU já se manifestou no sentido de que o prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa precisa ser verificado no caso em concreto:

Acórdão 6018/2015 – Segunda Câmara

Relator: Ministra Ana Arras

Enunciado:

O transcurso do lapso de dez anos para dispensa de instauração da tomada de contas especial, apesar de admitido em tese, precisa ser avaliado em confronto com os elementos disponíveis em cada caso, com o objetivo de

¹⁴ Observa-se que a irregularidade foi mantida na Manifestação Técnica 889/2019-4, contudo não houve apreciação do mérito por esta Corte de Contas.

verificar se houve, de fato, prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Acórdão 3535/2015 – Segunda Câmara

Relator: Ministro Augusto Nardes

Enunciado:

O transcurso de longo período de **tempo** entre os fatos e a instauração de tomada de contas especial pode, em tese, comprometer o exercício do direito de defesa, com reflexos negativos na validade do processo. Entretanto, essa hipótese deve ser avaliada em confronto com elementos adicionais do caso concreto, de modo a que fique assegurada a inviabilidade do prosseguimento do feito.

Acórdão 6974/2014 – Primeira Câmara

Relator: Ministro Augusto Sherman

Enunciado:

Somente o longo decurso de **tempo** entre a data da transferência dos recursos e a instauração da tomada de contas especial não é suficiente para o trancamento das contas, o qual só ocorrerá após a verificação de que o lapso temporal tenha prejudicado efetivamente o exercício, pelo responsável, do direito à ampla defesa e ao contraditório.

A razoável duração do processo e a celeridade são princípios que visam garantir a obtenção da tutela jurisdicional adequada, exigindo do julgador atuação pelo tempo necessário a garantir uma qualidade na prestação jurisdicional e evitar a dilatação indevida.

Por serem conceitos abertos, a caracterização de sua violação precisa ser analisado dentro das peculiaridades do caso em concreto.

A motivação dos atos administrativo é princípio expresso da Constituição Estadual, sendo requisito essencial a validade do ato:

Art. 32. As administrações públicas direta e indireta de quaisquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, e também aos seguintes:

Art. 45 O controle dos atos administrativos será exercido pelos Poderes Públicos e pela sociedade civil, na forma que dispuser a lei

[...]

§ 2º São requisitos essenciais à validade do ato administrativo, além dos princípios estabelecidos no art. 32, caput, a motivação suficiente e a razoabilidade.

Regulamentando o art. 45, § 2º da Constituição Estadual, a Lei Complementar Estadual 218/2001, em seu art. 2º, § 3º estabelece o dever de fundamentação das decisões administrativas a saber:

Art. 2º As decisões administrativas conterão:

[...]

§ 3º As razões da decisão não poderão ser sucintas e indicarão com clareza os dispositivos legais que fundamentam a decisão e a interpretação do agente público aos dispositivos por ele invocados.

A Constituição Federal, em seu art. 93, IX e X estabelece o dever dos Tribunais de motivar as decisões administrativas e de fundamentar as decisões jurisdicionais, o mesmo é reproduzido no art.103, VIII e X da Constituição Estadual:

Constituição Federal

Art. 93 [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

Constituição Estadual

Art. 103 [...]

VIII - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade; se o interesse público o exigir, a lei poderá limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes;

[...]

X - as decisões administrativas do Tribunal serão motivadas, sendo que as disciplinares serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

Sobre o tema ensina Nelson Nery Júnior¹⁵:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram "substancialmente" fundamentadas as decisões que afirmam que, "segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido". Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.

[...]

Caso não sejam obedecidas as normas da CF 93 IX e X, a falta de motivação das decisões jurisdicionais e administrativas do Poder Judiciário acarreta a pena de nulidade a essas decisões, cominação que vem expressamente designada no texto constitucional.

Interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.

Dispõem o art. 489, § 1º, I e II do Código de Processo Civil¹⁶:

Art. 489 [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

[...]

É função do órgão julgador explicar a interpretação e aplicação da lei no caso concreto, demonstrando que o caso sob julgamento se ajusta aos normativos indicados na fundamentação.

Desta forma, impõem-se ao Tribunal de Contas a obrigatoriedade de fundamentar seus acórdãos, sob pena de nulidade.

Pois bem.

¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal (Processo Civil, Penal e Administrativo)*. [livro eletrônico]. 2ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2016.

¹⁶ Conforme o art. 70 da Lei Complementar Estadual 621/2012 o Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente aos processos no âmbito deste Tribunal de Contas.

Entendeu a área técnica que assiste razão ao Ministério Público de Contas, ora recorrente, no que concerne à ausência de fundamentação do Acórdão guerreado quanto à inviabilidade de reabertura de instrução processual.

Note-se que diante do afastamento da responsabilidade do único indicado como responsável na Instrução Técnica Inicial 190/2008, para que esta Corte de Contas possa atuar objetivando o ressarcimento no valor de 61.370,45 VRTE, face a uma possível manutenção das irregularidades ora tratadas¹⁷, o Ministério Público de Contas pleiteia a Realização de diligência para nova instrução do processo a fim de se identificar os responsáveis (indicando a conduta, culpabilidade e nexo de causalidade) e oportunizar-lhes o exercício da ampla defesa e do contraditório, em respeito ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório.

Contudo o Acórdão TC 433/2019 entendeu pela inviabilidade do prosseguimento do feito, visto o longo decurso de tempo entre a ocorrência dos fatos e uma possível citação dos supostos responsáveis, ocasionando um provável prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório, segurança jurídica, a economicidade, celeridade e razoável duração do processo.

É certo que todos os agentes que atuam contrariamente à norma devem ser responsabilizados, na medida de sua culpabilidade.

Desta forma, é possível haver na presente situação outros responsáveis pelas irregularidades, conforme pugna o Ministério Público de Contas no recurso ora em análise.

Entretanto, entendo não ser viável a reabertura da instrução processual pelas razões que passo a expor.

Insta salientar que os fatos ocorreram nos exercícios de 2006. A precária instrução processual, embora condizente naquele momento aos comandos legais e regimentais, atualmente não atende às normas desta Corte de Contas. O Tribunal de Contas, à época, responsabilizava somente o gestor, não indicando a responsabilidade dos demais agentes pela conduta ilícita. Assim, entendo que a

¹⁷ Observa-se que a irregularidade foi mantida na Manifestação Técnica 889/2019-4, contudo não houve apreciação do mérito por esta Corte de Contas.

reabertura da instrução processual, a fim de rever os atos praticados após longo decurso de tempo, pode tornar-se inviável em razão da ausência de documentação.

Além disso, ainda que se possam reunir os documentos necessários para a instrução do feito, pode haver grave comprometimento à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Também restaria comprometido o princípio constitucional da duração razoável do processo.

O Tribunal de Contas da União manifestou-se nos seguintes termos:

Acórdão 843/2009 TCU - Plenário

(...)

Nesse passo, entendo que o atraso na realização dos procedimentos apuratórios no âmbito da Administração prejudicaram sobremaneira o atingimento dos requisitos jurídicos de ordem processual, especialmente ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa no que se refere ao gestor dos recursos, que restou, de certo modo, privado de trazer aos autos os esclarecimentos necessários ao saneamento do feito. 5. Acerca de situação semelhante, debatida no bojo do Processo TC008.549/2005-6, também da minha relatoria, o qual deu origem ao Acórdão 549/2006-TCU-Primeira Câmara, reproduzo a manifestação do douto Representante do Ministério Público junto a esta Casa: “O largo tempo decorrido entre a liberação dos recursos e a instauração da presente TCE configura obstáculo intransponível a que se possa chegar a alguma conclusão segura a respeito da responsabilidade do ex-prefeito. Embora incumba ao gestor público o dever de prestar contas, não é razoável exigir que mais de 16 anos após a liberação dos recursos do convênio o responsável compareça aos autos com todos os elementos probatórios de que poderia lançar mão se a TCE tivesse sido instaurada tempestivamente. Conquanto as ações de ressarcimento em favor do Erário sejam imprescritíveis, consoante entende a melhor doutrina (CF, art. 37, §5º), a conduta da administração não pode resultar na impossibilidade do exercício concreto (e não meramente abstrato) do direito de defesa, sem o qual restará violado o devido processo legal. A omissão dos órgãos da União em cobrar tempestivamente a prestação de contas, com a instauração de TCE após mais de uma década e meia da liberação dos recursos, configura, a meu ver, abuso do direito de exigir a prestação de contas”.

Acresça-se a isso o fato de que este Tribunal, por meio da Instrução Normativa TCU nº 56, de 5/12/2007, passou a prever, normativamente, a dispensa da instauração de tomada de contas especial após transcorridos 10 anos desde o fato gerador (art. 5º, parágrafo 4º), caso, aliás, observado nestes autos. O art. 10, da mesma norma, estabelece aplicar-se tal disposição aos processos já constituídos que se encontrem no Tribunal na data da sua publicação.

Nesse sentido, considerando as peculiaridades dos autos que inviabilizam que os responsáveis possam exercer, plenamente, o direito de ampla defesa previsto no

inciso LV do art. 5º da Constituição da República, e que não se lhe pode imputar qualquer responsabilidade por este fato, entendo que melhor se aplica ao caso a promoção do arquivamento dos autos, ante a ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos dos arts. 169, II, e 212, ambos do Regimento Interno desta Corte, em vez de se considerar iliquidáveis as contas.

É que, efetivamente, quanto mais decorre o prazo, mais difícil se torna a possibilidade de defesa do responsável, situação, aliás, já existente. Registro, aliás, que nessa linha de raciocínio estão, por exemplo, os Acórdãos 1520/2009 - Primeira Câmara, e 1835/2008 - Segunda Câmara.

Em casos como este, entendo que o desfecho mais adequado a ser dado ao processo é o arquivamento, ante os evidentes prejuízos ao exercício do direito de defesa dos responsáveis.

Assim, discordo da reabertura da instrução processual e citação dos responsáveis pelas razões acima expostas.

IV. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), discordando, em parte, do entendimento técnico e ministerial e **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro relator

1. ACÓRDÃO TC-1323/2020 – PLENÁRIO

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

1.1. CONHECER o Pedido de Reexame para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo, em todos os termos, o **Acórdão TC 0433/2019-8 Segunda Câmara**, proferido nos autos do **TC 5751/2007**.

1.2. Cientificar os interessados do teor da presente decisão;

1.3. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

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

3. Data da Sessão: 12/11/2020 - 42ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, 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 SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

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 ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário Geral das Sessões