



Acórdão 01326/2020-1 - Plenário

Processos: 09320/2017-3, 02118/2001-1, 02088/2001-4

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: PMVV - Prefeitura Municipal de Vila Velha

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: JORGE ALBERTO ANDERS

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO –
PREFEITURA MUNICIPAL DE VILA VELHA –
CONHECER – NEGAR PROVIMENTO –
APLICAÇÃO DA MATRIZ DE
RESPONSABILIDADE – DURAÇÃO RAZOÁVEL
DO PROCESSO – RECONHECIMENTO DO PAS
DE NULLITÉ SANS GRIEF - ARQUIVAR.**

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

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas, por meio do Procurador Luciano Vieira, em face do Acórdão TC 751/2017, proferido pelo Plenário desta Corte de Contas e prolatado nos autos do Processo TC 2118/2001, que afastou o dano ao erário decorrente das irregularidades dispostas na letra “a”, itens 61 , 132 e 143 da Instrução Técnica Conclusiva 12/20024, bem como reduziu o valor do prejuízo causado pela irregularidade descrita na letra “b”, do item 2 da ITC 12/20025, referente a pagamentos indevidos, nos seguintes termos:

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2118/2001, ACORDAM os Srs. conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia vinte de junho de dois mil e dezessete, à unanimidade, nos termos do voto relator, conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva: 1. Desapensar os presentes autos do Processo TC-2088/2001 relativo à Prestação de Contas Anual do Município, referente ao exercício de 2000, em razão de já estar finalizado, tratando-se de processo relativo às contas de chefe de Poder, portanto, a competência para julgamento é daquela Câmara Municipal, devendo ser remetido o Parecer Prévio TC 84/2002 à Câmara Municipal de Vila Velha, em face dos artigos 129 e 131 da Resolução TC 261/2013, e, ao final, sejam aqueles autos arquivados; 2. Reconhecer prescrição da pretensão punitiva deste Egrégio Tribunal de Contas, na forma do artigo 71, da Lei Complementar Estadual 621/2012, relativamente aos indicativos de irregularidade constantes dos itens 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 15 da letra "A", e 1 da letra "B", da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 12/2002, extinguindo-se processo com resolução de mérito, na forma do art. 487, IV, do Código de Processo Civil – CPC; 3. Afastar indicativos de irregularidades tratados nos itens 2.1, 2.2 e 2.3 da fundamentação do voto do relator, bem como os respectivos ressarcimentos, em divergência com o entendimento técnico e ministerial, em face das razões antes expendidas; 4. Converter o feito em Tomada de Contas Especial, em razão da presença de dano ao erário, nos termos do artigo 207, inciso VI, da Resolução TC-261/2013, imputando-se ressarcimento ao Sr. Jorge Alberto Anders, no valor de R\$ 492.235,70, equivalente a 462.584,07 VRTE's, em face das razões antes expendidas, conforme os termos do Relatório de Engenharia de Diligência Externa, de fls. 1677-1680, destes autos, em razão da rejeição das razões de justificativas; 5. Acolher opinamento Ministerial quanto à concessão de autorização para que seja solicitada à Procuradoria Geral do Município de Vila Velha, após o trânsito em julgado desta decisão, no sentido de que adote as medidas necessárias ao arresto dos bens do responsável, o Sr. Jorge Alberto Anders, como medida de salvaguarda do erário Municipal, na forma do artigo 98, da Lei Complementar Estadual 32/1993, à época vigente. 6. Encaminhar os autos ao Ministério Público Especial de Contas, para acompanhamento da decisão, em face da imputação de ressarcimento aplicado; Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição se encontram previstos no art. 402 do mesmo diploma normativo.

Após autuação e processamento inicial, determinei a citação do responsável, através da Decisão Monocrática 00357/2018 para que, querendo, apresentasse contrarrazões ao presente recurso.

Devidamente notificado, o Sr. Jorge Alberto Anders não apresentou qualquer documentação, conforme se depreende de informação contida no Despacho 18668/2018-4.

Em vista da ausência de manifestação do Sr. Jorge Alberto Anders, muito embora não haja despacho de declaração de revelia, a mesma esta configurada no caso dos presentes autos.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, ocasião em que esta unidade técnica encaminhou os autos à Secex Engenharia para análise e manifestação.

Prosseguindo-se, o NCP - Núcleo de Controle Externo Construção Civil Pesada manifestou-se através da Manifestação Técnica 1683/2020.

Por fim, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Especial de Contas que, por meio do Parecer Ministerial nº.3220/2020, da lavra do Dr. Luciano Vieira, manifestou-se nos seguintes termos:

Posto isto, oficia o Ministério Público de Contas:
1 – pela declaração de nulidade da Manifestação Técnica 01683/2020-7, determinando-se o seu desentranhamento do processo;
2 – A devolução do feito ao Núcleo de Controle Externo de Construção Civil Pesada – NCP para pronunciamento técnico especializado na área de engenharia sobre a matéria atacada no item III.9 da peça recursal, consoante Instrução Técnica de Recurso 00279/2018-6;
3 – na sequência, a remessa do feito ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC para encerramento da instrução processual mediante a manifestação sobre o mérito do recurso.

Vieram os autos ao gabinete do Relator para elaboração de voto.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – PRESSUPOSTOS RECURSAIS

A análise dos pressupostos recursais empreendida por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC evidencia a regularidade da interposição do recurso ora em julgamento.

Denota-se estarem presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos exigidos pela Lei Complementar nº. 621/2012 e/ou da Resolução TCEES nº. 261/2013, bem como das legislações suplementares aplicáveis à espécie e a processualística dos Tribunais de Contas.

Desta forma, entendo que o presente recurso merece ser **conhecido**.

II. 2 – MÉRITO

No mérito, extrai-se da peça de recurso apresentada pelo Ministério Público de Contas a impugnação acerca das seguintes irregularidades afastadas no Acórdão

TC 751/2017, prolatado nos autos do Processo TC 2118/2001: a referente a letra “a”, itens 61 , 132 e 143 da Instrução Técnica Conclusiva 12/20024, bem como a decisão de redução do valor do prejuízo causado pela irregularidade descrita na letra “b”, do item 2 da ITC 12/20025.

Apesar da manifestação contida no Parecer 3220/2020, proferido pelo *Parquet* de Contas, advirto que perfilho do mesmo entendimento externado pela **Manifestação Técnica 01683/2020-7**.

Explico.

Em que pese o MPC entender pela declaração de nulidade da Manifestação Técnica 01683/2020-7, determinando o seu desentranhamento do processo, entendo que deve ser observado, neste momento e em vista das ponderações altamente pertinentes feitas pelos técnicos desta Corte através da Manifestação Técnica 01683/2020-7, a aplicação do princípio da razoável duração do processo/celeridade processual, da proporcionalidade e razoabilidade.

É sabido que a prestação jurisdicional, no Brasil, sempre foi marcada pela morosidade. Tal fato demonstra a necessidade do julgador de buscar soluções que garantam não só a celeridade das suas decisões, como também respeitem as garantias constitucionais que as rodeiam.

Neste aspecto, alguns apontamentos devem ser evidenciados no caso dos autos. Em primeiro lugar, necessário se faz apontar que as irregularidades recorridas se referem a um Processo referente ao exercício do ano de 2001, ou seja, de quase 20 (vinte) anos atrás.

Outrossim, o Parquet de Contas busca a aplicação da sanção e observância da responsabilidade apenas do ex-prefeito municipal, o Sr. Jorge Alberto Anders, o que, fatalmente, nos conduziria a necessidade de promover a reabertura da instrução processual, que é o que modelo atual de responsabilização aplicado por esta Corte nos exigiria - matriz de responsabilização.

Por fim, advirto que as irregularidades se referem a suposto superfaturamento em itens de uma licitação, todos na modalidade convite, o que, conforme bem apontado pelos técnicos deste Tribunal: *“a jurisprudência mais atual afasta, em regra, a*

*responsabilidade objetiva do gestor **máximo** da administração de atos como o de verificação de superfaturamento em **itens** de uma licitação, todos na modalidade convite, no presente caso. ”*

Entendendo não haver qualquer prejuízo para as partes o fato de o NCP - Núcleo de Controle Externo Construção Civil Pesada, já ter se manifestado juridicamente sobre as irregularidades recorridas nestes autos, bem como por perfilhar do mesmo entendimento externado através da Manifestação Técnica 01683/2020-7, e reconhecendo que esta unidade técnica possui capacidade e legitimidade suficientes para se manifestar sobre a matéria em análise, prezando pela razoável duração do processo e pela aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), adoto o posicionamento construído e externado na Manifestação Técnica 01683/2020, fazendo com que este seja parte deste Voto, motivo pelo qual creio ser pertinente promover sua transcrição:

(...)

A responsabilidade do agente público só nascerá se tiver presente o elemento subjetivo do injusto: a culpa, que envolve o dolo, quanto o agente quis o resultado, e a culpa estrito senso, quanto o resultado foi produzido por imprudência, negligência ou imperícia.

Também o TCU adota este critério em seus julgamentos, com a ponderação sobre as causas supralegais de exclusão de culpabilidade, a exemplo da que nos deparamos nestes autos (Acórdão TCU nº 312/2002 – Plenário).

Nessa linha, só seria culpável, portanto, punível, um sujeito que se comportasse de forma ilícita, podendo se comportar de forma diversa. (STJ, REsp 509.766, DJU, 29 set. 2003, p. 335 - DAMÁSIO, 2005, p. 1016), esta é a exegese da inexigibilidade de conduta diversa que seria, assim, um princípio geral da culpabilidade.

Todas as irregularidades deste processo recaem unicamente sobre o ex-prefeito municipal, o que não se mostra razoável, conforme o modelo atual de responsabilização.

Registre-se, com ênfase, que a ausência da individualização das condutas e nexos de causalidade na ITI não decorreu de equívoco da Área Técnica, mas sim da própria sistemática aplicada à época, por este Tribunal, na realização de trabalhos de auditoria e elaboração de Relatórios, que se orientavam baseados em modelos e manuais, então vigentes nesta Corte, que preconizavam a aplicação da responsabilização (culpa) objetiva aos achados de auditoria, de modo que apenas os ordenadores de despesa dos órgãos ou entes auditados figuravam como eventuais responsáveis pelas anomalias detectadas.

Portanto é necessário que haja uma contextualização histórica na abordagem de processos de fiscalização autuados anteriormente ao exercício de 2012, quando então, em evolução natural dos seus procedimentos de auditagem, passou o TCEES a adotar matrizes de responsabilização objetivando a discriminação de condutas e do nexos de causalidade existente entre o indício de irregularidade apontado e a atuação do agente apontado como responsável.

Nesse passo, deve-se ponderar que os relatórios confeccionados segundo a orientação atrelada à responsabilização objetiva não podem ser tidos como equivocados eis que refletem a orientação normativa superior desta E. Corte vigente à época de sua elaboração.

Contudo, reiniciar esse processo para identificação dos demais agentes públicos e privados **não** se mostra uma medida razoável após mais de **19 anos** do processo inicial (Processo TC 2118/2001).

Neste sentido, trago à luz trecho do voto condutor do Acórdão 946/2016, proferido pelo E. Conselheiro Relator, Dr. Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, no Processo TC 4091/2005:

Lado outro, com intuito de fornecer elementos de convicção para se reiniciar ou não uma instrução processual, ressalto que os itens que ensejaram ressarcimento [...], devem ser ponderados pelo grau de reprovabilidade da conduta do agente, bem como sob a ótica da materialidade, risco e relevância, e por fim, analisando-se a oportunidade e a efetividade da medida de se reabrir a instrução processual, após doze anos de execução das obras em apreço.

Entendo que o longo prazo de tramitação desse processo – 12 anos, já não autoriza mais a sua continuidade em face da garantia aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, na esteira do posicionamento do TCE, do STF e dos votos já proferidos por mim neste Colegiado.

Com o objetivo, inclusive, de reforçar a necessidade desta Corte de Contas conformar-se à jurisprudência do STF, destaco a lição da Corte Suprema sobre a matéria – duração razoável do processo, da lavra do Sr. Ministro Celso de Mello, ao examinar a ocorrência de excesso de prazo em um caso de prisão preventiva:

“O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa:

o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.” (HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17- 3-05, Plenário, DJ de 29-4-05).

Nesse sentido, invoco, como fundamento para não determinar a reabertura de instrução processual e para considerar iliquidáveis essas contas (digo contas, pois embora seja um processo de fiscalização, há indicação de dano ao erário), o disposto no art. 5º LXXVIII da CRFB, segundo o qual:

Art. 5º[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Tenho por referência, ainda, os termos da IN 71/2012 do TCU, que dispensa a instauração da tomada de contas especial quando transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente (art. 6º, inciso II, da IN 71/2012).

E para finalizar, trago à colação os argumentos expendidos pelo Em. Ministro do TCU Ubiratan Aguiar ao relatar o processo TC-009.200/2006-1 (Acórdão nº 2.647-2007-TCU-Plenário), que levaram o TCU a expedir a Instrução Normativa nº 56/2007, que dispõe sobre instauração e organização de processo de tomadas de contas especial, aperfeiçoada posteriormente pela IN 71/2012, cujo trecho importante para o debate passo a reproduzir:

“40. Sob o aspecto da racionalidade administrativa e da enfocada economia processual, deve-se buscar eliminar procedimentos que não possuem utilidade para o desfecho do processo e que provocam perda de eficiência. Isso se verifica porque, no ordenamento vigente, independentemente de se exaurir o contraditório e a ampla defesa na fase interna da TCE, será

necessário repetir todo o procedimento no âmbito do TCU, haja vista que constitui procedimento legal indispensável à apenação dos responsáveis, ao qual esta Corte está adstrita.

41. Ademais, os resultados produzidos não vinculam a atuação do TCU, ou seja, via de regra, o exame da defesa no âmbito dos órgãos jurisdicionados ou do Controle Interno, em nada contribuiriam para o julgamento de mérito da TCE, mas, a contrário-senso, e sem dúvida alguma, prejudicaria ainda mais a condução do processo, inviabilizando o julgamento pelo decurso do prazo.

42. Essa situação pode ser percebida mais claramente no Relatório que apresentei sobre as contas do Governo relativas ao exercício de 2006, quando fiz consignar expressamente o caos que assola a gestão de recursos oriundos de transferências voluntárias, que revela um atraso médio de 3,9 anos para a apresentação das prestações de contas, e a idade média de 5,4 anos de processos aguardando análise.

43. Acredito que esse cenário elucidada em parte a grande incidência de processos de TCE submetidos à apreciação deste Plenário ultrapassados mais de dez anos da expiração do prazo para prestação de contas. Essa ocorrência tem levado o Tribunal a considerar ilíquidáveis as contas dos responsáveis, ordenando seu trancamento, em razão do óbice intransponível ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

44. Tal diagnóstico, por si só, constitui atesto irrefragável da incapacidade atual de a Administração Pública assegurar a boa e regular aplicação dos recursos provenientes de transferências voluntárias. Assim, pode-se perceber que a exigência do contraditório e da ampla defesa na fase interna da TCE, além de não vincular o Tribunal e não contribuir para o julgamento do mérito do processo, poderia inviabilizar por completo a apreciação dos processos que hoje ainda teriam alguma chance de alcançarem a finalidade para a qual foram constituídos.

45. Considero essa situação muito grave, pois, após movimentar a máquina administrativa durante anos, os processos inviabilizados pelo decurso do tempo, acabam por agravar os resultados negativos, referentes aos danos não ressarcidos, pela adição de custos processuais que não asseguram o julgamento do processo ou mesmo a obtenção de algum resultado positivo.

46. Com essa preocupação, já sinalizei no item 7 do Voto condutor do Acórdão 2.805/2007 – 2ª Câmara, no sentido de que o Tribunal deve adotar por analogia o prazo prescricional de 10 anos previsto no art. 205 do Código Civil Brasileiro, para promover o arquivamento sumário de TCE no âmbito desta Corte e na origem, quando não houver interrupção de prazo por meio de notificação resultante de alguma ação de controle, conforme a seguir reproduzo:

„7. Com efeito, deparo com a necessidade de evoluir meu pensamento, a fim de dar o mesmo tratamento a situações similares, sem embargo de reconhecer que irregularidades impugnadas após dez anos da expiração da obrigação de prestar contas deveriam ser tidas como prescritas, aplicando-se subsidiariamente o art. 205 do Código Civil Brasileiro, desde que não tenha havido interrupção por meio de notificação expressa do gestor...“.

47. Por considerar este assunto de suma importância, resolvi incluir esta previsão no projeto substitutivo que apresentei, por entender que representa medida de eficiência e de estrita observância ao princípio da segurança jurídica, estatuído na Constituição Federal, com o fito de preservar, estabilizar e harmonizar as relações sociais e jurídicas constituídas no „seio estatal“.

(grifei).

*O fato deste Tribunal levar tanto tempo na instrução - 12 anos, e só agora levantar hipótese que enseje o chamamento aos autos das empresas contratadas e agentes públicos supostamente envolvidos nas obras em questão, como foi proposto pelo Parquet de Contas, me parece medida **que coíbe a defesa plena**, desrespeitando princípios basilares do direito e de justiça.*

De fato, entendo que os possíveis envolvidos podem não atuar mais como técnico/engenheiro junto à PMCI, não tendo acesso a documentação de defesa, ou mesmo os dirigentes das empresas contratadas podem ser prejudicados, ante a dificuldade de se manter até os dias atuais o estado de conservação das obras quando de sua realização e entrega, assim como da documentação probatória das mesmas.

Nota-se, por fim, que não se está tratando aqui de abdicar do poder conferido ao Tribunal de Contas para julgar os atos e fatos que lhes são competentes exclusivamente, mas sim de avocar a realidade dos fatos que envolvem o julgamento do presente processo de fiscalização, sinalizando a melhor decisão diante do caso concreto.

Assim, considerando o princípio da duração razoável do processo, insculpido no inciso LXXVII da Carta Magna e o princípio do contraditório e da ampla defesa, cláusula pétrea disposta no art. 5º, LV da CRFB/88, sugere-se manter o afastamento da responsabilidade do ex-prefeito e não refazer a matriz de responsabilidade.

Há de se informar que essa sugestão não inova sobre a matéria, mas acompanha outros julgados desta Corte de Contas nos quais o voto condutor foi proferido no sentido de **afastar a responsabilidade dos gestores**, em situações em que os demais agentes não foram citados para responder por suas ações/omissões, recaindo apenas para os ordenadores tal responsabilidade, como no caso concreto: Processos TC nº 1989/2010 (Acórdão 232/2013), 5928/09 (Acórdão 304/13), 167/12 (Acórdão 231/13), 7384/12 (Acórdão 161/13), 4878/2003 (Acórdão 1796/2015), 3873/2005 (Acórdão 910/2016), 3674/2004 (Acórdão 896/2016-Plenário).

Por todo exposto, entende-se que deve ser negado o provimento do recurso.

Ante o exposto, em conformidade com o posicionamento externado pela área técnica e divergindo do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1326/2020 – 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 presente Recurso de Reconsideração interposto em face do em face do Acórdão TC 751/2017, proferido pelo Plenário desta Corte de Contas e prolatado nos autos do Processo TC 2118/2001;

1.2. Negar provimento ao recurso, pelas razões já expostas, mantendo-se incólume os termos do ACÓRDÃO TC n. ° 751/2017;

1.3. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

1.4. Dar ciência ao interessado

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que acompanhou o parecer ministerial. Sem divergência, absteve-se de votar, por suspeição, o conselheiro Domingos Augusto Taufner.

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 Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

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