



Acórdão 01410/2020-2 - Plenário

Processos: 16700/2019-9, 04386/2019-1, 04733/2018-1, 03956/2013-4, 05489/2006-6, 00880/2006-7, 00864/2006-8, 03641/2004-1

Classificação: Embargos de Declaração

UG: PMV - Prefeitura Municipal de Vitória

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: LUIZ PAULO VELLOZO LUCAS, FERNANDO SCHNEIDER KUNSCH

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

Procuradores: LUCIANO CEOTTO (OAB: 9183-ES), LORENA ZUCATELLI DOS SANTOS (OAB: 15684-ES), GILBERTO ALVARES DOS SANTOS (OAB: 5870-ES), GILBERTO ALVARES & ADVOGADOS ASSOCIADOS (CNPJ: 05.209.019/0001-66), PRISCILA CANDIDO BONADIMAN (OAB: 9598-ES), LEONARDO BITTENCOURT RONCONI (OAB: 12717-ES), VITOR LOMBA SANT ANNA (OAB: 14718-ES), ELIOMAR BUFON LUBE (OAB: 16787-ES, OAB: 212841-RJ), LEONARDO CUNHA DO AMARAL (OAB: 17946-ES), VINICIUS FREGONAZZI TAVARES (OAB: 17790-ES), PABLO DE ANDRADE RODRIGUES (OAB: 10300-ES)

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONHECER –
REJEITAR A PRELIMINAR - NEGAR PROVIMENTO –
MANTER INCÓLUME OS TERMOS DO ACORDÃO
TC 01195/2019-2_ – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **Embargos de Declaração com efeitos modificativos**, interposto pelo **Ministério Público Especial de Contas**, subscrito pelo Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, em face do **Acórdão TC nº 01195/2019-2 – Plenário**, prolatado nos autos do Processo TC nº 4386/2019-2 (Embargos de Declaração), que deliberou pelo conhecimento e provimento, conferindo efeitos infringentes, modificando o Acórdão TC nº 00109/2019-6 – Plenário (Processo TC nº

04733/2018-1), afastando a irregularidade e o débito de ressarcimento imputado aos Srs. Luiz Paulo Vellozo Lucas e Fernando Schneider Kunsch.

O embargante, em síntese, requer que sejam acolhidos os presentes embargos de declaração para suprimento da contradição contida no Acórdão 01195/2019-2 a fim de se conferir efeitos modificativos ao Acórdão recorrido, no sentido de manter as irregularidades e o ressarcimento.

Registre-se que o presente recurso foi conhecido, conforme Decisão Monocrática nº 134/2020-8, sendo oportunizado aos Senhores **Luiz Paulo Vellozo Lucas** e **Fernando Schneider Kunsch**, à apresentação de suas contrarrazões.

Devidamente notificados, através dos Termos de Notificação nº 00214/2020-3 e 00215/2020-8 (eventos 08-09), disponibilizados do Diário Oficial de Contas em 21/02/2020, apenas o Sr. Luiz Paulo Vellozo Lucas, apresentou suas contrarrazões inserta na Resposta de Comunicação 00173/2020-8 (evento 10), requerendo, em síntese, a admissibilidade das presentes contrarrazões, bem como que seja negado provimento aos Embargos de Declaração apresentados pelo Ministério Público de Contas, em razão de inexistentes as hipóteses do referido recurso.

A Área Técnica, através do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 139/2020-1, opinou, em síntese, pelo não acolhimento da preliminar de nulidade do v. Acórdão atacado e, no mérito, pelo não provimento do recurso interposto.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer nº 03204/2020-5, da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, divergiu do posicionamento da Área Técnica, reiterando os argumentos fáticos e jurídicos delineados na Petição de Recurso, bem como os pedidos consignados na referida peça.

É o sucinto relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Tendo sido interposto os presentes **Embargos de Declaração** pelo **Ministério Público Especial de Contas**, em face do **Acórdão TC nº 01195/2019-2 – Plenário**, no bojo dos autos originários Processo TC nº 4386/2019-2 (Embargos de Declaração), necessário é sua análise.

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Pois bem, cabe informar que o Colegiado do Plenário, através do v. Acórdão atacado, assim deliberou, *litteris*:

[...]

ACÓRDÃO 01195/2019-1 – PLENÁRIO

1. ACÓRDÃO 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 dos presentes embargos de declaração, diante da presença de seus pressupostos.

1.2 REJEITAR A PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO DO FEITO até que fosse decidido o Recurso Extraordinário 636.886, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

1.3 **DAR PROVIMENTO ao presente recurso, conferindo-lhe EFEITOS INFRINGENTES, no sentido de modificar o Acórdão TC 109/2019-Plenário ora recorrido, afastando a irregularidade remanescente e a condenação dos Srs. Luiz Paulo Vellozo Lucas e Fernando Schneider Kunsch em ressarcimento ao erário, com base nas razões aqui expendidas.**

1.4. DAR CIÊNCIA aos interessados e ao Ministério Público de Contas, na forma regimental.

1.5. ARQUIVAR, após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, parcialmente vencido o Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, na preliminar, e o senhor conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, no mérito, quanto aos fundamentos, por entender que não houve responsabilidade objetiva nos autos.

3. Data da Sessão: 10/09/2019 – 31ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

(...)

Registre-se que os senhores **Luiz Paulo Vellozo Lucas e Fernando Schneider**

Kunsch, foram notificados para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresentassem suas contrarrazões, conforme os Termos de Notificação nº 00214/2020-3 e 00215/2020-8 (eventos 08-09), publicados no Diário Oficial de Contas em 21/02/2020. No entanto, apenas o Sr. Luiz Paulo Vellozo Lucas, apresentou em 26/02/2020, ou seja, tempestivamente, suas contrarrazões inserta na Resposta de Comunicação 00173/2020-8 (evento 10), requerendo, em síntese, o seguinte, *litteris*:

[...]

CONTRARRAZÕES AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

opostos pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS (MPC)**, fazendo-o na forma e nos termos adiante adunados, requerendo ao fim que, se conhecido, seja NEGADO PROVIMENTO ao referido recurso.

Em 20/02/2020 foi publicada a r. Decisão Monocrática 00134/2020-8 que determinou a notificação do ora petionante para, no prazo de 05 (cinco) dias, contrarrazoar os Embargos de Declaração interpostos pelo embargante.

Dessa forma, tendo em vista que o início do prazo para a presente manifestação se deu no primeiro dia útil subsequente à publicação, ou seja, em 21/02/2020 (sexta-feira), apresentadas na data em questão tem-se por TEMPESTIVAS.

Registre-se que os dias 24, 25 e 26 de fevereiro de 2020 não houve expediente no Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo em razão do feriado de Carnaval.

Dispõe o art. 1.022 do CPC que os embargos de declaração se prestam a “I - *esclarecer obscuridade ou eliminar contradição*; II - *suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento*,” o que também encontra previsão no art. 80, inc. II da LC nº. 32/93.

Neste contexto, conforme se verifica dos Embargos Declaratórios apresentados pelo Ministério Público de Contas, este pretende ver declarada a NULIDADE DO ACÓRDÃO 1195/2019, o que não encontra guarida nas hipóteses taxativas do art. 1.022 do CPC/15 c/c art. 80, inc. II da LC nº. 32/93, eis que este se presta apenas a esclarecer obscuridade, eliminar contradição ou suprir omissão.

Portanto, desde já, deve ser negado provimento aos Embargos de Declaração apresentados.

De mais a mais, argumenta o Ministério Público de Contas que o acórdão 1195/2019 é nulo, uma vez que rediscutiu o mérito em sede de Embargos de Declaração. Todavia, é exatamente isso que faz o referido Órgão Ministerial no caso em questão, a saber, utiliza dos Embargos Declaratórios para rediscutir o mérito da decisão.

Sustenta o embargante, ainda, a existência de contradição no acórdão quanto a aplicabilidade do art. 28 da LINDB. Isso porque o referido artigo, em tese, somente se aplicaria a casos de cominação de pena, não impedindo a condenação em ressarcimento.

É de se reforçar, no entanto, mais uma vez, que inexistiu essa contradição, restando o acórdão 1195/2019 coeso em todos os seus termos.

Como dito alhures, pretende o Ministério Público de Contas a rediscussão da matéria ventilada pelo embargado. Todavia, além dos Embargos de Declaração não serem a via adequada, o embargante agora se manifesta INTEMPESTIVAMENTE, uma vez que anteriormente teve oportunidade, porém, não combateu “adequadamente” as razões do ora embargado.

Em verdade, insurge-se o embargante em momento totalmente inoportuno!

Por fim, muito embora alegue que a Área Técnica supostamente tenha indicado o provimento parcial do recurso do ora embargado, sem conceder o infringente ao mesmo, fato é que os Conselheiros do Tribunal de Contas não estão vinculados aos exatos termos da SUGESTÃO da Instrução Técnica de Recurso nº. 137/2019.

Uma vez provocado, o Tribunal de Contas tem o dever de se manifestar quanto aos requerimentos das partes e julgar conforme o melhor entendimento sobre o assunto.

Diante de todo o exposto, verificável é que a situação em tela é hipótese de NÃO CABIMENTO de Embargos Declaratórios, motivo pelo qual deve ser NEGADO PROVIMENTO ao referido recurso, sob pena de violação ao art. 1.022 do CPC/15 c/c art. 80, inc. II da LC nº. 32/93.

Ante o exposto, REQUER sejam recebidas as presentes contrarrazões, de modo que seja NEGADO PROVIMENTO aos Embargos de Declaração apresentados pelo Ministério Público de Contas (ES), eis que inexistentes as hipóteses do referido recurso.

Por oportuno, requer que as intimações continuem sendo realizadas em nome do advogado Luciano Ceotto (OAB/ES 9.183), sob pena de nulidade.

A Área Técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 139/2020-1, em síntese, assim opinou, *litteris*:

[...]

Face o exposto, opinamos pelo não acolhimento da preliminar de nulidade do Acórdão TC-01195/2019-2 – Plenário e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO destes Embargos de Declaração, em razão da inexistência de contradição na supracitada decisão. – g.n.

O douto representante do *Parquet* de Contas, através do Parecer nº 03204/2020-5, divergiu do sobredito posicionamento da Área Técnica, manifestando-se nos seguintes termos, *litteris*:

[...]

O **Ministério Público de Contas**, por meio da 3.^a Procuradoria de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, **reitera-se** os argumentos fáticos e jurídicos delineados na **Petição de Recurso**, cujos pedidos encontram-se abaixo transcritos:

3 PEDIDOS

Ante o exposto, considerando a possibilidade de se conferir efeitos modificativos ao presente Embargos de Declaração, pugna o Ministério Público de Contas:

- a) Pelo conhecimento destes **Embargos de Declaração**;
- b) Preliminarmente, pela **NULIDADE** do **Acórdão 1195/2019 – PLENÁRIO**;
- c) Caso o Tribunal opte por não acatar a preliminar de nulidade, **PUGNA-SE** pela emissão de Acórdão integrativo para **sanar a contradição existente no Acórdão 1195/2019 –PLENÁRIO** considerando, mormente, a manutenção da irregularidades identificada tecnicamente por este Tribunal, bem como a manutenção da condenação de ressarcimento ao erário no valor correspondente a **59.349,46 VRTE**, imposta ao Sr. **Luiz Paulo Vellozo Lucas** e ao Sr.

Fernando Schneider Kunsch;

- d) Pela notificação da parte embargada para apresentar contrarrazões ao presente embargo, nos termos do art. 156 da LOTCEES;
- e) Pela remessa do feito ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer ao final da instrução processual, na forma assegurada pelo art. 155, § 1º, da LOTCEES;

Por derradeiro, com fulcro no art. 41, inciso III, da Lei 8.625/93, bem como no art. 53, parágrafo único, da LOTCEES, este *Parquet* de Contas reserva-se o direito de manifestar-se oralmente na sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

Por derradeiro, com fulcro no inciso III do art. 41 da Lei 8.625/93, bem como no parágrafo único do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, este órgão ministerial reserva-se o direito de manifestar-se oralmente por ocasião da sessão de julgamento/apreciação em defesa da ordem jurídica. – g.n.

Isto posto, passo à análise dos requisitos de admissibilidade.

2.2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Denota-se que o presente Recurso já fora conhecido, através da Decisão Monocrática nº 00134/2020-8, por estarem presentes os requisitos de

admissibilidade, razão pela qual entendo que deve ser mantido o conhecimento do recurso intentado, conforme antes decidido, devendo a referida decisão ser ratificada pelo Colegiado do Plenário.

Ultrapassada esta fase, passo à análise da preliminar suscitada pelo embargante.

2.3. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO 1195/2019 – IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO:

O embargante na exordial suscita a preliminar, nos seguintes termos, *litteris*:

[...]

Imperioso esclarecer que a petição de recurso oferecida pelo Sr. **Luiz Paulo Vellozo Lucas**, nos autos do **Processo 4386/2019** que deu origem ao acórdão ora embargado, requereu, em síntese, que fosse suprida a omissão, no **Acórdão 109/2019**, quanto à análise do art. 28, da LINDB ser aplicado retroativamente em benefício do gestor. Por conseguinte, os efeitos modificativos decorreriam da aplicação da referida norma a afastar sua responsabilidade, uma vez que não fora constatado dolo ou erro grosseiro em sua atuação.

A análise procedida pela Área Técnica nos autos do **Embargos de Declaração (Processo 4386/2019)** opostos pelo gestor consignou que fosse dado **PROVIMENTO PARCIAL** para que o **Acórdão 109/2019** fosse integrado com o exame da responsabilidade subjetiva em face do art. 28, da LINDB, sendo, entretanto, **NEGADO EFEITO INFRINGENTE**. Segue abaixo a fundamentação contida na **Instrução Técnica de Recurso 137/2019**:

Assevere-se, novamente, que o dever de ressarcir ao erário, em que pese o advento da Lei 13.655/2018 (que trouxe alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, introduzindo, dentre outras disposições, o preceito contido no art. 28), continua alicerçado na comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação ou exigência da presença de “erro grosseiro”, conforme sedimentado em julgado exarado pelo Plenário do Egrégio Tribunal de Contas da União (TCU), cujo excerto, divulgado no Boletim de Jurisprudência 241 daquela Corte, aventa o seguinte:

Acórdão 2391/2018 Plenário (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler)

Responsabilidade. Débito. Culpa. Dolo. Requisito. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

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 (LINDB) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.
(Boletim de Jurisprudência do TCU nº

No mesmo sentido tem decidido esta Corte de Contas, conforme se pode visualizar no recentíssimo Acórdão TC 00396/2019-Plenário (Processo TC 02153/2014), de relatoria do Exmo. Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, cujos excertos ora reproduzimos:

Acórdão 00396/2019-1 – PLENÁRIO

[...]

Antes de adentrar no mérito, entendo pertinente trazer à lume as inovações da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que em abril de 2018, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, sofreu fortes alterações introduzidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, dentre elas a inclusão do art. 28, a saber:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Como se vê, o dispositivo passou a condicionar a responsabilização do agente público à prática de ato doloso ou de ato contaminado por erro grosseiro, restringindo, com isso, as hipóteses de responsabilização de agentes públicos por atuação culposa.

Muito embora o projeto de lei tenha tentado explicitar o significado da expressão “erro grosseiro”, sugerindo sua definição no §1º do art. 28, tal dispositivo foi vetado, restando ao aplicador do Direito a tarefa de interpretar este conceito que carrega o conteúdo jurídico indeterminado.

Primeiramente, é imperioso reconhecer que erro grosseiro é o contrário de erro escusável, sendo, portanto, injustificável por ofender conhecimentos ou deveres elementares e, mesmo que a lei não tenha dito, advém de uma ação culposa que pode ser decorrente de uma atitude imprudente, negligente ou imperita, e não de um mero equívoco justificável.

[...]

É importante registrar que, para tal verificação, deve-se partir da noção de homem-médio ou do gestor-médio, devendo-se comparar a atuação do gestor do caso concreto com a do gestor-médio, inserindo-o nas mesmas circunstâncias em que aquele.

Ao assim proceder, deve-se indagar se teria o agente-médio agido da mesma forma que o agente da vida real para, então, verificar se sua escolha foi adequada ou se se desviou de opção mais apropriada, avaliando-se, dessa forma, em que grau se caracteriza o elemento subjetivo de sua conduta.

[...]

Ocorre que o art. 28, da LINDB não condicionou a responsabilização do agente público à existência de dolo ou culpa, como tradicionalmente se conhecia.

Dali em diante, o prisma sob o qual se deve avaliar as condutas passou a ser outro, mais restrito, pois a alteração legislativa dedicou-se a exigir a presença de dolo ou de erro grosseiro, e não mais de culpa, independente de sua gradação (levíssima, leve ou grave).

Nesse contexto, **o que transpareceu da inovação legislativa é que a ideia de erro grosseiro se aproximou do conceito de culpa grave**, não bastando, a partir de então, que se identifique qualquer atuação culposa do gestor, em grau leve ou levíssimo por exemplo, pois tais graus de culpa não são mais determinantes para ensejar a responsabilização do agente público perante o ordenamento jurídico pátrio.

[...]

Nota-se, então, que **o art. 28, da LINDB está em consonância com entendimento doutrinário e jurisprudencial**.

Contudo, é imperioso destacar que a identificação da culpa grave é condição relevante apenas para o exercício da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas, ou seja, para aplicação de sanções, já que a exigência do mais alto grau da culpa não pode ser obstáculo à reparação de dano causado por todo aquele que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público e isso se deve a questões tanto de especificidade quanto de distinção entre as searas da improbidade administrativa e do controle externo, já que este tem espectros mais amplos que aquele.

Assim, especificamente para efeito de reparação de dano ao erário apurado pelas Cortes de Contas, basta que se identifique que a atuação do agente público se deu em sua modalidade dolosa ou culposa, sendo irrelevante para imposição do ressarcimento a aferição do grau com que se praticou o ato culposos.

Este também é o entendimento estabelecido pelo Plenário do

Tribunal de Contas da União, a saber (Acórdão TCU 2391/2018 – Plenário – rel. Ministro Benjamin Zymler – Processo 007.416/2013-0 – julgado em 17/10/2018):

[...]

146. Isso ocorre porque as alterações promovidas na LINB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

147. 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 de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:

“6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito

de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (grifos acrescidos).

[...]

Portanto, a avaliação em torno do erro grosseiro terá importância somente para fins de imposição e dosimetria das penalidades cabíveis (multa, inabilitação, inidoneidade e proibição de contratar), não sendo autorizada a não condenação de eventuais responsáveis ao ressarcimento devido por terem atuado com baixo grau de reprovabilidade, sob pena de se contrariar a teoria geral da responsabilidade e as particularidades de cada instância.

Este raciocínio está ancorado na sistemática delineada pela Constituição Federal de 1988, na qual se estabeleceu a responsabilização subjetiva dos agentes públicos, consoante a regra insculpida na parte final do §6º, do seu art. 37, exigindo-se, para fins de reparação de dano, a presença de dolo ou culpa, indistintamente:

Art. 37. [...]

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

Desse modo, a melhor interpretação a ser dada ao art. 28 da LINDB é que a responsabilização regulada pelo dispositivo se volta tão somente à concretização da pretensão punitiva dos órgãos de controle, pois não se poderia admitir que a regra legal superveniente restringisse o sentido da expressão usada no § 6º do art. 37 da CF, sob o risco da inconstitucionalidade material.

[...]

Resulta claro, portanto, que **a análise da conduta do gestor sob o prisma do art. 28 da LINDB, a fim de aferir se atuou com dolo ou culpa grave, somente tem relevância no que concerne à aplicação de sanções pelo Tribunal e não no que diz respeito à condenação ao ressarcimento**, cabendo acrescer que, de acordo com a Lei Orgânica deste Sodalício (Lei Complementar Estadual 621/2012), precisamente seu Título VI, as sanções (ou punições) aplicáveis são as seguintes: multa (arts. 134 e 135); inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, por prazo não superior a cinco anos (art. 139); declaração de inidoneidade de licitante fraudador para participar de licitação ou contratar, por até cinco anos, com a administração pública estadual e municipal (art. 140); além das penalidades descritas nos incisos I e II do art. 141, restando evidente que a condenação ao ressarcimento não se insere no rol das sanções aplicáveis pelo TCEES, sendo decorrente, isto sim, do dever geral de reparação, por aquele que causa dano ao erário, baseado na presença de dolo ou culpa (sem gradação) na conduta comissiva ou omissiva do agente.

Dessa forma, tendo em vista que a penalidade de multa, aplicada ao senhor Luiz Paulo Vellozo Lucas, já foi excluída pelo Acórdão TC 257/2018-Plenário, em decorrência do reconhecimento de prescrição, não se verifica qualquer relevância na análise do grau de culpa de sua conduta a fim de se aferir a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, cabendo mais uma vez ressaltar que tal análise, a ser realizada em atendimento ao art. 28 da LINDB, somente faz sentido nas hipóteses em que exista, em tese, a

possibilidade de aplicação de penalidades, o que não mais se verifica no caso concreto discutido no presente feito.

[...]

Note-se que os excertos acima colacionados, extraídos do Acórdão

2391/2018-TCU-Plenário, reafirmam que **a norma constante no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)**, acrescentado pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, **tem pertinência, tão somente, no que diz respeito à aplicação de sanções pelas Cortes de Contas, não afetando a imposição de eventual ressarcimento ao agente reputado responsável**, uma vez que a reparação do dano, nos processos de competência dos TCE's, não constitui penalidade, mas sim a efetivação da obrigação civil de reparação baseada na presença de simples culpa *stricto sensu* na conduta do agente.

Independentemente dessa clivagem estabelecida, na interpretação do art. 28 da LINDB, pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, **verifica-se, no caso concreto debatido à exaustão no presente feito, que ao não ter observado a clara vedação contida na parte final do parágrafo 1º do art. 37 da CF/88** - que proíbe, textualmente, que a publicidade oficial contenha “[...] *nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades [...]*” - tendo participado, pessoalmente, como “apresentador” de propagandas veiculadas na televisão que divulgavam as obras e programas do Executivo Municipal de Vitória, **incidiu o senhor Luiz Paulo Vellozo Lucas, ora Embargante, em erro grosseiro (culpa grave).**

[...]

4 CONCLUSÃO

4.1 Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente Instrução Técnica de Recurso opina-se:

4.1.1 pelo **CONHECIMENTO** do recurso de Embargos de Declaração, interposto pelo senhor Luiz Paulo Vellozo Lucas, para que seja dado **PROVIMENTO PARCIAL** no sentido de que o acórdão embargado (Acórdão TC 109/2019-Plenário) seja integrado com o exame da responsabilidade subjetiva do Embargante em face do art. 28 da LINDB, **sendo, entretanto, NEGADO EFEITO INFRINGENTE**, mantendo-se a condenação de ressarcimento do valor correspondente a 59.349,46 VRTE, imposta ao Embargante em solidariedade com o senhor Fernando Schneider Kunsch, tendo em vista que: **i)** o dever de recompor o erário continua alicerçado na comprovação de dolo ou simples culpa *stricto sensu*, sem qualquer gradação ou exigência da presença de “erro grosseiro” na conduta do agente; **ii)** ainda que o exame da responsabilidade do Embargante seja realizado no contexto da verificação de “erro grosseiro” em sua conduta, este se revela plenamente presente ante a clareza do preceito contido no § 1º do art. 37, da CF/88, que veda, expressamente, a realização de publicidade oficial que enseje promoção pessoal de agentes públicos, impedindo qualquer tipo de identificação, seja por meio de nome, de slogan ou de imagem capaz de vincular a ação governamental ao agente público, regra comportamental esta manifestamente inobservada pelo Recorrente ante a sua participação como “apresentador” de propagandas oficiais, veiculadas pela Prefeitura Municipal de Vitória no ano de 2004, nas quais divulga pessoalmente, na qualidade de Prefeito do Município, as ações realizadas em sua gestão.

Observa-se, inclusive, que na **Instrução Técnica de Recurso 137/2019** houve o reconhecimento pela Área Técnica da existência de “erro grosseiro” na atuação do gestor, mesmo que não importasse tal aferição, reiterando os vários posicionamentos anteriores pela responsabilização e imputação de ressarcimento ao erário.

Muito embora o Voto Vencedor que dera origem ao **Acórdão 1195/2019**, ora embargado, corroborar o entendimento da Área Técnica quanto a **possibilidade de aplicação retroativa do art. 28, da LINDB** e, principalmente, quanto ao entendimento já sedimentado por este e. Tribunal de que a inclusão do referido artigo no ordenamento jurídico brasileiro **não provoca a modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito**, de modo que o art. 28 da LINDB **somente seria aplicável nos casos de cominação de penalidades**, o i. Conselheiro Relator procedeu à reanálise do mérito que imputou a obrigação de ressarcimento aos gestores. Confira:

Após essa consideração, a Área Técnica, de modo magistral, muito bem explicou que o artigo 28 da LINDB somente seria aplicável nos casos de cominação de penalidades. Nesses casos, aí sim se faria necessária a análise quanto a erro grosseiro ou dolo.

Dessa forma, não subsistindo a penalidade aplicada em desfavor do Sr. Luiz Paulo Vellozo Lucas, já que reconhecida a prescrição, conforme Acórdão TC 257/2018 – Plenário, não há que se falar em aplicação do art. 28 da LINDB, mesmo que de forma retroativa. Considerando que o Acórdão TC 109/2019 – Plenário se ateve a dizer que a lei seria posterior ao julgamento da causa, faz-se necessário essa explicação. Merece menção o Acórdão TC 00396/2019 – Plenário, que, conforme trazido na Instrução Técnica de Recurso 00137/2019-8, assentou a aplicabilidade do art. 28 da LINDB tão somente em se tratando de pretensão punitiva.

Nesse sentido, de fato, verifica-se a omissão do acórdão recorrido, que se ateve a fundamentar a não aplicação pelo simples fato de a LINDB ter surgido no cenário jurídico em data posterior ao julgamento do caso.

Entretanto, a despeito dessas considerações, a Área Técnica procedeu à análise da questão relativa à responsabilidade subjetiva do recorrente, “em contemplação ao preceito contido no art. 28 da LINDB”. O que se observa é que, mesmo não havendo necessidade de se cotejar o presente caso com os elementos do art. 28 da LINDB, já que não aplicável ao caso, como demonstrado, a Área Técnica procedeu a uma exemplar análise quanto à responsabilização do ora embargante. É nesse ponto que me sinto no dever de abordar questões que influenciam de modo substancial no desfecho do presente caso.

[...]

Na peça ainda consta a menção de que os filmes em apreço teriam sido veiculados na mídia televisa em junho de 2004, “data já próxima do final do período permitido pela lei eleitoral”. Quanto a essa afirmação, não se sabe se a colocação ali feita se constitui em um mérito ou um demérito para as autoridades imputadas como responsáveis.

Ainda se posicionou a Área Técnica na citada instrução:

“Diante do exposto e do que foi constatado nos filmes referentes ao Projeto Terra, concluímos pela inexistência, nos mesmos, de caráter informativo, educativo ou de orientação social, e que, a presença do Prefeito Municipal de Vitória, Sr. Luiz Paulo Vellozo Lucas, como

locutor caracteriza promoção pessoal do Chefe do Poder Executivo, em discrepância ao que preceitua a Constituição Federal”.

Primeiramente, quanto à suposta inexistência de caráter informativo, educativo ou de orientação social, devemos transcrever os trechos dos programas, conforme consta da fl. 431 daqueles autos:

“O Projeto Terra realizou mais de trezentas obras de contenção de encostas como esta, evitando deslizamentos e tragédias nos morros de Vitória”. – AÇÃO VITÓRIA 1

“Aqui na Ilha das Caieiras, a economia local se desenvolve a partir da tradição das famílias daqui, a pesca artesanal e a culinária típica capixaba”. – AÇÃO VITÓRIA 1

“A educação infantil está chegando a Jardim da Penha, nesta escola vão ser seiscentas novas vagas”. – AÇÃO VITÓRIA 1

“A gente não pode pensar em saúde só quando fica doente. As unidades de saúde de Vitória e o Programa Saúde da Família vão, brevemente, cobrir cem por cento da cidade”. – AÇÃO VITÓRIA 2

Dos trechos acima pode-se verificar caráter informativo, e de orientação social. Na primeira, há a prestação de contas acerca de obras realizadas; na segunda, há o destaque de uma importante região turística da cidade; na terceira, há informação quanto à oferta de novas vagas em escola em um determinado bairro da cidade; na quarta, há informação quanto a uma importante área social, a saber, a saúde pública. Não podemos concordar com a afirmação de que tal publicidade não teria o caráter informativo, educativo ou de orientação social. Dessa forma, não há que se falar em ressarcimento.

Quanto ao aspecto da promoção pessoal, a singeleza da imputação da irregularidade não permite a verificação de elementos mínimos capazes de proporcionar aos responsáveis um contraditório adequado.

Há que se ressaltar que no ano de 2004, o recorrente nem foi candidato a outro cargo eletivo, encerrando seu mandato no final daquele ano.

Em relação ao Sr. Luiz Paulo Vellozo Lucas, que é o ora recorrente, só há um relance de conduta, que é a de ter sido apresentador dos programas veiculados. Quanto ao Sr. Fernando Schneider Kunsch (ex-Secretário Municipal de Comunicação), nem ao menos conduta há, mas o simples comando de que fosse citado.

Por sua vez, a Instrução Técnica Conclusiva 58/2005, ao tratar da responsabilidade dos citados, como se pode verificar da fl. 631 daqueles autos, se restringe a dizer o seguinte:

“No caso em tela, resta clara a violação ao disposto no art. 37, § 1º, da Constituição Federal pelos responsáveis. A partir do momento em que o Prefeito Municipal de Vitória à época, Sr. Luiz Paulo Vellozo Lucas, figura como apresentador de programas em que são mostradas à população as obras e realizações operadas em sua gestão, com perfeita identificação de seu nome e imagem, fica evidente o caráter de promoção pessoal condenado pelo princípio da impessoalidade ou finalidade da Administração Pública, já que todos aqueles que assistirem aos referidos programas imediatamente vincularão à pessoa do Sr. Luiz Paulo as melhorias e benefícios obtidos”.

Esse foi o cotejo realizado entre as defesas apresentadas e a instrução técnica inicial, de onde se verifica, como fundamento para a responsabilização do ex-Prefeito apenas haver figurado nos programas, sem nada se mencionar quanto à responsabilidade do ex-Secretário Municipal de Comunicação.

A isso se seguiu a condenação dos supostos responsáveis pela devolução do valor relativo a 59.349,46 VRTE.

Dessa forma, o que se nota na instrução processual desencadeada, é conduta descrita de modo singelo (em relação a um dos responsáveis, nem a conduta é descrita), sem nem adentrar na suposta ocorrência de dolo ou culpa, ausência de especificação quanto a nexos causal ou culpabilidade.

Esta Corte de Contas possui diversos precedentes afirmam e reafirmam a necessidade de a instrução processual contar com elementos essenciais para a correta responsabilização dos agentes públicos, como identificação da conduta ilícita omissiva ou comissiva, nexos de causalidade entre a conduta e o dano ou irregularidade, presença de dolo ou culpa, já que se rechaça a responsabilidade objetiva, nessa seara, e culpabilidade do agente. Nesse sentido, podemos citar: Acórdão TC 497/2019 – Segunda Câmara (Processo TC 2477/2005; Acórdão TC 918/2017 – Plenário (Processo TC 1435/2006); Acórdão TC 832/2017 - Primeira Câmara (Processo 1160/2009).

É de conhecimento geral que esta Corte de Contas tem aperfeiçoado os seus processos de controle externo, procedendo a um aprimoramento quanto à matriz de responsabilização. Mas, não podemos concordar com uma eventual ideia de que, nos idos de 2004, data do processo original, era o que tínhamos no momento, e que por isso, devemos nos contentar com tais métodos de responsabilização. A discordância se dá pelo fato de que em 2004 já havia se passado aproximadamente 16 (dezesesseis) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, Constituição essa que consagra em seu texto o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Considerando que o recurso interposto devolveu a questão atinente à responsabilização das autoridades cuja irregularidade lhes foi imputada, e considerando a insuficiência de elementos capazes de proporcionar uma correta responsabilização, é forçoso imprimir aos presentes embargos de declaração “efeitos infringentes”, aproveitando tanto o recorrente quanto a outra autoridade pública a qual também foi imputada a suposta irregularidade.

Diante da não ocorrência de dano ao erário, já que a publicidade possui, sim, caráter informativo, de caráter social, e não restando bem definida a responsabilidade de cada agente, e considerando ainda que a pretensão punitiva desta Corte se encontra prescrita, nada resta a não ser afastar a irregularidade e o ressarcimento imputado, que não subsistem à presente prova, conforme fundamentação acima.

Data venia, o entendimento contido no **Acórdão 1195/2019 – PLENÁRIO** apresentasse equivocado, maculando-o de vício a ensejar sua nulidade conforme passo a demonstrar.

Depreende-se do art. 167, da LOTCEES, *in verbis*, que caberá embargos de declaração para suprir obscuridade, omissão e contradição em acórdão ou parecer prévio:

Art. 167. Cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em petição dirigida ao Relator com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, dentro do prazo improrrogável de cinco dias, vedada a juntada de qualquer documento.

§ 2º Os embargos de declaração interrompem os prazos para cumprimento do acórdão e parecer prévio embargados e para interposição dos demais recursos previstos nesta Lei Complementar.

De igual modo foi a previsão contida no art. 411 e seguintes do RITCEES, em harmonia à LOTCEES desta e. Corte e ao art. 1.022, CPC/2015, aplicado subsidiariamente aos processos em trâmite perante este TCEES:

Art. 411. Caberão embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal.

Art. 412. Quando os embargos forem considerados manifestamente protelatórios e o Plenário ou a Câmara assim os tiver declarado, será aplicada multa ao embargante, nos termos do art. 135, inciso XIII, da Lei Orgânica do Tribunal.

Como se observa, os **Embargos de Declaração** não se apresentam como instrumento processual cabível para rediscutir matéria de mérito, devendo essa pretensão ser deduzida por meio de **Recurso de Reconsideração**, quando se tratar de prestação de contas ou tomada de contas – ou **Pedido de Reexame**, quando versar sobre processo de fiscalização ou parecer consulta – expedientes já manejados na presente marcha processual.

Nesse sentido também tem sido o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ no tocante a matéria. Confira:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO E ERRO DE JULGAMENTO. VÍCIOS INEXISTENTES.

REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O acórdão embargado negou provimento ao Agravo Interno, considerando: a) a despeito do empenho da agravante, deve ser mantida a decisão monocrática que acolheu, no Recurso Especial da parte contrária, a tese de violação do art. 489 do CPC/2015; b) a simples menção, pelo órgão julgador, de que todas as questões foram apreciadas, bem como de que "as razões destes embargos estão, sobretudo, pautadas em outros julgados sobre a matéria, de solução diversa do presente, que não têm efeito vinculante algum para este caso, e, em nada, interferem no julgamento deste feito, segundo as convicções devida e exaustivamente motivadas e constantes no v. acórdão embargado" (fl. 5.291, e-STJ), não responde satisfatoriamente aos questionamentos delimitados pela parte nos seus Aclaratórios; c) a Fazenda Estadual refere ter oposto Embargos de Declaração de origem para, entre outros pontos, solicitar pronunciamento a respeito dos seguintes: "O r. Acórdão de fls. 5.103/5.112 foi omissivo, quanto ao afastamento dos precedentes

deste Egrégio Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, em questão idêntica ao caso dos autos, em oito Acórdãos no Tribunal de Justiça com as mesmas partes e questões tributárias idênticas (anexados), além dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça citados acima, que acolheram tese totalmente diversa do Acórdão embargado, em manifesta violação ao dever de coerência, estabilidade e integridade da jurisprudência, previsto pelo art. 926, caput do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, não houve no caso dos autos hipótese de distinção (*Distinguishing* ou *distinguish*)" (fls. 5.133-5.134, e-STJ); d) conforme se verifica, a matéria devolvida à análise das instâncias de origem é específica, não sendo razoável entender que supre as omissões apontadas a utilização das assertivas genéricas lançadas no acórdão hostilizado de que "a matéria foi devida e suficientemente enfrentada" e que os acórdãos suscitados pela Fazenda Estadual não vinculam o julgamento ocorrido nesses autos. Como é possível, segundo a Fazenda Estadual, as mesmas empresas em questões idênticas ao caso dos autos terem sido responsabilizadas, e neste caso não?; e) Aliás, é necessário maior explicação, na medida em que, conforme acima demonstrado, a agravada pleiteou que o Tribunal a quo se manifestasse sobre essa instabilidade jurisprudencial, pois as mesmas empresas em oito casos foram responsabilizadas, e apenas neste não.

2. A parte embargante afirma que o acórdão embargado foi omissivo e incorreu em erro de fato ao determinar o retorno dos autos à origem para novo julgamento dos Embargos de Declaração da Fazenda do Estado de São Paulo.

3. Os argumentos suscitados pela embargante não dizem respeito aos vícios de omissão, obscuridade ou contradição, mas a suposto erro de julgamento ou apreciação na causa. O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua alteração, que só muito excepcionalmente é admitida.

4. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado à reanálise da matéria de mérito, nem ao prequestionamento de dispositivos constitucionais com vistas à interposição de Recurso Extraordinário.

Precedentes: EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.526.138/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 28.11.2018; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl nos EREsp

1.491.187/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 23.3.2018; EDcl no REsp 1.648.305/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 17.12.2018; EDcl na Rcl 16.514/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 19.6.2018.

5. Embargos de Declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no REsp 1782605/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,

SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO. VÍCIO INEXISTENTE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O acórdão embargado consignou que "No julgamento do RE 574.706/PR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 2-10-2017, pela sistemática da repercussão geral, Tema 69, o STF consolidou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

2. A matéria possui natureza estritamente constitucional. O inconformismo da Fazenda Nacional em relação à definição de balizas para aplicar o entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR não pode ser apreciado no âmbito do Recurso Especial pois compete apenas ao Pretório Excelso.

3. A alegação de que o acórdão embargado foi omissivo porque o julgamento deveria ser sobrestado até a modulação dos efeitos pelo STF não prospera pois o STJ tem jurisprudência no sentido de que "a alegada prematuridade de julgamento que imediatamente aplica entendimento firmado pelo STF em julgamento de recurso com repercussão geral, de caráter vinculante e obrigatório, ao argumento de eventual possibilidade de modulação de efeitos, em sede de embargos de declaração". Precedente: AgInt no AREsp 1055949/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 21/08/2019.

4. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado à reanálise da matéria de mérito, nem ao prequestionamento de dispositivos constitucionais com vistas à interposição de Recurso Extraordinário.

5. Embargos de Declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1782366/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)

Importante consignar que o Tribunal de Contas da União – TCU também assim já se manifestou quanto à finalidade dos Embargos de Declaração ser unicamente a de esclarecer ou integrar a decisão embargada, não sendo possível a rediscussão de mérito:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ACÓRDÃO 2.238/2007-TCUPLENÁRIO. OBRA PARCIALMENTE CUSTEADA COM RECURSOS FEDERAIS. SUPERFATURAMENTO E DIVERSAS IRREGULARIDADES EM CONTRATO. CITAÇÃO DE GESTORES DA EMURB E DA EMPRESA CONTRATADA. ACOLHIMENTO DA DEFESA DOS EX-DIRETORES DE

GESTÃO E DOS EX-FISCAIS. REJEIÇÃO DA DEFESA DO EX-DIRETORPRESIDENTE E DA EMPRESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. EMBARGOS. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

1. Não se vislumbra eiva de omissão quando o aresto recorrido resolve a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou

aplicáveis e suficientes para a solução da lide (Acórdão 3.339/2013-TCU-1ª Câmara).

2. A contradição deve ser contida nos termos do decisum atacado, compreendido como o conjunto formado por Relatório, Voto e Acórdão, logo, é descabida alegação de contradição entre a deliberação vergastada e a jurisprudência, a doutrina ou o ordenamento jurídico em embargos de declaração, cuja única finalidade é esclarecer ou integrar a decisão embargada, sendo pertinente, por óbvio, sua alegação na via recursal própria (Acórdão 3.339/2013-TCU-1ª Câmara).

3. A autuação de tomada de contas especial inaugura a fase externa do processo, na qual se oportuniza aos responsáveis o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, motivo pelo qual, nos termos do art. 279 do RI/TCU, não cabe recurso contra decisão que determina a instauração de TCE, visto que ainda não há decisão de mérito que tenha condenado ou emitido qualquer juízo (dentre outros, Acórdãos 2.377/, 2.483/2009 e 2.140/2011, todos do Plenário).

(GRUPO II - CLASSE I - Primeira Câmara; TC 028.640/2007-0; Natureza:

Embargos de Declaração; Data do julgamento: 24/10/2007)

Sumário: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. ALEGAÇÃO DE QUESTÕES AFETAS AO MÉRITO DA DECISÃO COMBATIDA. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO.

Os embargos de declaração não se constituem em figura recursal adequada à discussão de questões de mérito.

(GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara; TC-008.391/2006-7; Natureza: Embargos de Declaração)

Porquanto os **Embargos de Declaração** não se constituírem em figura recursal adequada à discussão de questões atinentes ao mérito da demanda, a única hipótese em que é possível a concessão de efeitos modificativos decorre de o saneamento da omissão, contradição ou obscuridade importar em alteração material dos fundamentos da decisão embargada.

A propósito, este TCEES já se manifestou a respeito dessa possibilidade:

Pelo que se percebe, o embargante irredimido com a decisão que julgou irregulares as Contas da Câmara Municipal de Pancas, de sua responsabilidade, no exercício de 2009, imputando-lhe multa e ressarcimento, procura em verdade, não o reconhecimento de ocorrência de omissão na decisão, mas sim revolver o mérito da questão, o que deve ser perseguido através do instrumento processual próprio. Sabe-se que é possível o acolhimento de embargos de declaração com efeitos infringentes, somente quando da ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade que, se ocorridos, importem alteração material dos fundamentos da decisão embargada, o que não ocorre neste caso, no mais, os embargos de declaração são imprestáveis para este desiderato, devendo o mesmo ser arguido em recurso próprio, nos termos do Regimento Interno e da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-5767/2013, ACORDAM os Srs. Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e oito de maio de dois mil e quatorze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva: ACÓRDÃO TC348/2014 ljm/lr 1. Preliminarmente, conhecer dos presentes Embargos de Declaração para, no mérito, rejeitá-los, por inexistir qualquer vício de omissão, obscuridade ou contradição, mantendo-se os termos do Acórdão TC 212/2013; 2. Arquivar os presentes autos, após o trânsito em julgado.

(Acórdão 348/2014 – Primeira Câmara; Processo 5767/2013)

Conquanto possível a concessão dos efeitos modificativos, não é este o caso presente no **Acórdão 1195/2019**, vez que o saneamento da omissão em nada alterou materialmente a fundamentação da decisão embargada, pois simplesmente fora reconhecido que a **aplicação do art. 28, da LINDB**, que condiciona a responsabilização do agente público à presença de dolo ou erro grosseiro, **somente se aplica a casos de cominação de pena, e assim não impediria a condenação em ressarcimento**, conforme entendimento adotado pelos Tribunais pátrios, haja vista não se exigir nesse caso que o elemento subjetivo da conduta esteja atrelado a dolo ou erro grosseiro, **bastando a presença de dolo ou culpa, esta sem qualquer gradação**.

Em verdade, vislumbra-se nos presentes autos as constantes tentativas do Sr. **Luiz Paulo Vellozo Lucas** de ter o mérito da **Auditoria** realizada pelo TCEES rediscutida no tocante a irregularidade que ensejou sua responsabilização e o ressarcimento ao erário.

A propósito, tal conduta deve ser veementemente rechaçada pelos nobres julgadores, ante o que preconiza os princípios da processualística brasileira, sobretudo no que diz respeito ao devido processo legal e ao princípio da adstringência, constante no art. 492, do CPC/2015, aplicando subsidiariamente a aos processos correntes neste e. Tribunal, e que estabelece ser defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida.

Ante a impossibilidade de rediscutir o mérito em sede de Embargos de Declaração, o **Ministério Público de Contas** pugna pela **NULIDADE** do **Acórdão 1195/2019**.

Extrai-se das contrarrazões apresentadas pelo Sr. Luiz Paulo Vellozo Lucas, as seguintes alegações:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – NÃO CABIMENTO – HIPÓTESE DOS AUTOS NÃO PREVISTA NO ART. 1.022 DO CPC E ART. 80, INC. II DA LEI COMPLEMENTAR 32/93

Dispõe o art. 1.022 do CPC que os embargos de declaração se prestam a “*I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento,*”, o que também encontra previsão no art. 80, inc. II da LC nº 32/93.

Neste contexto, conforme se verifica dos Embargos Declaratórios apresentados pelo Ministério Público de Contas, este pretende ver declarada a **NULIDADE DO ACÓRDÃO 1195/2019**, o que não encontra guarida nas hipóteses taxativas do art. 1.022 do CPC/15 c/c art. 80, inc. II da LC nº. 32/93, eis que este se presta apenas a esclarecer obscuridade, eliminar contradição ou suprir omissão.

Portanto, desde já, deve ser negado provimento aos Embargos de Declaração apresentados.

De mais a mais, argumenta o Ministério Público de Contas que o acórdão 1195/2019 é nulo, uma vez que rediscutiu o mérito em sede de Embargos de Declaração. Todavia, é exatamente isso que faz o referido Órgão Ministerial no caso em questão, a saber, utiliza dos Embargos Declaratórios para rediscutir o mérito da decisão.

Sustenta o embargante, ainda, a existência de contradição no acórdão quanto a aplicabilidade do art. 28 da LINDB. Isso porque o referido artigo, em tese, somente se aplicaria a casos de cominação de pena, não impedindo a condenação em ressarcimento.

É de se reforçar, no entanto, mais uma vez, que inexistiu essa contradição, restando o acórdão 1195/2019 coeso em todos os seus termos.

Como dito alhures, pretende o Ministério Público de Contas a rediscussão da matéria ventilada pelo embargado. Todavia, além dos Embargos de Declaração não serem a via adequada, o embargante agora se manifesta **INTEMPESTIVAMENTE**, uma vez que anteriormente teve oportunidade, porém, não combateu “adequadamente” as razões do ora embargado.

Em verdade, insurge-se o embargante em momento totalmente inoportuno!

Por fim, muito embora alegue que a Área Técnica supostamente tenha indicado o provimento parcial do recurso do ora embargado, sem conceder o infringente ao mesmo, fato é que os Conselheiros do Tribunal de Contas não estão vinculados aos exatos termos da SUGESTÃO da Instrução Técnica de Recurso nº. 137/2019.

Uma vez provocado, o Tribunal de Contas tem o dever de se manifestar quanto aos requerimentos das partes e julgar conforme o melhor entendimento sobre o assunto.

Diante de todo o exposto, verificável é que a situação em tela é hipótese de **NÃO CABIMENTO** de Embargos Declaratórios, motivo pelo qual deve ser **NEGADO PROVIMENTO** ao referido recurso, sob pena de violação ao art. 1.022 do CPC/15 c/c art. 80, inc. II da LC nº. 32/93.

A subscritora da Instrução Técnica de Recurso nº 139/2020-1, argumentou o seguinte, *litteris*:

[...]

De plano, impende salientar que estes Embargos de Declaração preenchem todos os requisitos previstos na legislação aplicável para o seu processamento, inclusive o da tempestividade, já tendo sido, inclusive, conhecidos pela Decisão Monocrática 00134/2020-8. Desta feita, nos ateremos às considerações de mérito trazidas pelo Embargado.

Da análise do feito, não vislumbramos, dentre os argumentos expendidos pelo Embargante, elementos suficientes para a anulação do Acórdão TC-01195/2019-2 – Plenário.

Quanto ao primeiro ponto, qual seja, o afastamento do ressarcimento impingido aos Embargados em contraposição ao reconhecimento, na mesma decisão, de que a reapreciação dos elementos subjetivos da responsabilidade sob a ótica do novel artigo 28 da LINDB não deve envolver as situações em que foi determinada a recomposição do erário, entendemos que envolve matéria de mérito destes embargos declaratórios, na questão atinente à existência de contradição, a ser tratada posteriormente, mas que não conduz à verificação de nulidade do *decisum*.

No que concerne à suposta extrapolação dos efeitos infringentes desta espécie recursal, a partir da reapreciação indevida do mérito processual, com o afastamento da condenação – e do ressarcimento – imposta aos ora Embargados, consideramos que o argumento de que “o saneamento da omissão em nada alterou materialmente a fundamentação da decisão” não se mostrou suficientemente demonstrado pelo Embargante de modo a evidenciar causa de anulação do acórdão em apreço.

Ademais, **em tese**, a aceitação da revisitação do campo da responsabilidade para fins de atendimento do artigo 28 da LINDB em Embargos de Declaração, a partir do reconhecimento de que a norma deve retroagir por se tratar de matéria de ordem pública, como consignado na decisão, poderia, de fato, refletir no pronunciamento de mérito já realizado por esta Corte e, portanto, implicaria em alteração material dos fundamentos da decisão, a cargo dos seus efeitos infringentes.

Nesse sentido, assevera Barbosa Moreira¹:

[...] havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz aí mais que a outra (...). Este último caso é de particular delicadeza, pois, às vezes, suprida a omissão, impossível se torna, sem manifesta incoerência, deixar subsistir o que se decidira (ou parte do que se decidira) no pronunciamento embargado.

A jurisprudência vem admitindo a flexibilização do alcance dos efeitos modificativos dos embargos declaratórios para a realização de um *processo de resultados*, efetivo, econômico e útil e, mais especificamente nos feitos dos Tribunais de Contas, que esteja voltado para a busca da verdade material.

Sobre a extrapolação do mérito dos Embargos de Declaração, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Conquanto não se trate de matéria de todo pacífica, existe firme corrente jurisprudencial que admite a extrapolação do âmbito normal

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 5.

de eficácia dos embargos declaratórios, quando utilizados para sanar omissões, contradições ou equívocos manifestos, ainda que tal implique em modificação do que restou decidido no julgamento embargado (STJ-RT, v. 663/172, RJTJSP 171/248).

Portanto, embora não se trate propriamente de uma *omissão*, já que a Lei 13.655/2018 (LINDB) teria entrado em vigor somente após o julgamento de mérito da causa, o reconhecimento de sua aplicação retroativa conduzirá ao preenchimento de uma lacuna na decisão, cujo saneamento, tal qual na omissão, poderá, ao menos em tese, acarretar parcial ou total modificação no édito condenatório desta Corte.

Ante o exposto, **opinamos pelo não acolhimento da preliminar de nulidade do Acórdão TC-01195/2019-2 – Plenário.** – g.n.

Por seu turno, como indicado anteriormente, o douto representante do *Parquet* de Contas, divergiu do posicionamento da área técnica, reiterando a exordial recursal.

Pois bem, não obstante da divergência de posicionamentos técnicos e ministerial, cabe ressaltar que da análise dos autos, na preliminar que ora se discute, o embargante suscita a nulidade do v. Acórdão atacado, sob à alegação de que “Conquanto possível a concessão dos efeitos modificativos, não é este o caso presente no Acórdão 1195/2019, vez que o saneamento da omissão em nada alterou materialmente a fundamentação da decisão embargada, pois simplesmente fora reconhecido que a aplicação do art. 28, da LINDB, que condiciona a responsabilização do agente público à presença de dolo ou erro grosseiro, somente se aplica a casos de cominação de pena, e assim não impediria a condenação em ressarcimento, conforme entendimento adotado pelos Tribunais pátrios, haja vista não se exigir nesse caso que o elemento subjetivo da conduta esteja atrelado a dolo ou erro grosseiro, bastando a presença de dolo ou culpa, esta sem qualquer gradação”.

A subscritora da Instrução Técnica de Recurso nº 139/2020-1, entendeu que diante dos argumentos trazidos pelo embargante, não vislumbrou elementos suficientes para a anulação do Acórdão TC-01195/2019-2 – Plenário, informando que “quanto ao primeiro ponto, qual seja, o afastamento do ressarcimento impingido aos Embargados em contraposição ao reconhecimento, na mesma decisão, de que a reapreciação dos elementos subjetivos da responsabilidade sob a ótica do novel

artigo 28 da LINDB não deve envolver as situações em que foi determinada a recomposição do erário, entendemos que envolve matéria de mérito destes embargos declaratórios, na questão atinente à existência de contradição, a ser tratada posteriormente, mas que não conduz à verificação de nulidade do *decisum*".

Entendeu também, que "no que concerne à suposta extrapolação dos efeitos infringentes desta espécie recursal, a partir da reapreciação indevida do mérito processual, com o afastamento da condenação – e do ressarcimento – imposta aos ora Embargados, consideramos que o argumento de que "o saneamento da omissão em nada alterou materialmente a fundamentação da decisão" não se mostrou suficientemente demonstrado pelo Embargante de modo a evidenciar causa de anulação do acórdão em apreço", indicando que, "em tese, a aceitação da revisitação do campo da responsabilidade para fins de atendimento do artigo 28 da LINDB em Embargos de Declaração, a partir do reconhecimento de que a norma deve retroagir por se tratar de matéria de ordem pública, como consignado na decisão, poderia, de fato, refletir no pronunciamento de mérito já realizado por esta Corte e, portanto, implicaria em alteração material dos fundamentos da decisão, a cargo dos seus efeitos infringentes".

Assim sendo, considerando os elementos no bojo destes autos, bem como a manifestação da Área Técnica, entendo que a arguição de nulidade trazida pelo embargante não prospera, por entender que o v. Acórdão atacado está suficientemente fundamentado e não vislumbro vício que possa tornar nulo o *decisum*, motivo pelo qual diverjo do posicionamento do *Parquet* de Contas, externado no Parecer nº 3204/2020-5, e acompanho o entendimento da Área Técnica, esposado na Instrução Técnica de Recurso nº 139/2020-1 e rejeito esta preliminar.

Ultrapassada esta fase, passo a análise do mérito.

2.4. DO MÉRITO RECURSAL:

2.4.1. DA CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO TC 01195/2019-2 – PLENÁRIO QUANTO À APRECIÇÃO DOS PEDIDOS FORMULADOS PELO EMBARGANTE:

O embargante em suas razões recursais, alega contradição no Acórdão TC nº 01195/2019-2 – Plenário (Processo TC nº 04386/2019-1), indicando errônea reanálise do mérito, haja vista que a decisão “reconheceu a desnecessidade de se cotejar a responsabilidade subjetiva do gestor com os elementos do artigo 28, da LINDB, a ensejar o ressarcimento ao erário”.

Neste contexto, transcrevo as alegações razões recursais do embargante, *litteris*:

[...]

A contradição presente no **Acórdão 1195/2019** decorre da errônea reanálise de mérito, pois o i. Conselheiro Relator, com as devidas vênias, reconheceu a desnecessidade de se cotejar a responsabilidade subjetiva do gestor com os elementos do art. 28, da LINDB, a ensejar o ressarcimento ao erário.

Consta na fundamentação do **Acórdão 1195/2019** que a aplicação do art. 28, da LINDB ocorre somente nos casos em que há cominação de pena, devendo-se proceder a análise de dolo ou erro grosseiro. No presente caso, fora afastada a aplicação do referido artigo, tanto pela Área Técnica como pelo Relator do **Processo 4386/2019**, uma vez que não houve cominação de pena; apenas a imputação de ressarcimento, logo, amparado pelo §6º, do art. 37, da CF/88 ao afirmar que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável **nos casos de dolo ou culpa**”.

Segundo Fábio de Medina Osório (2015)²:

O que importa ressaltar, nesse contexto, é que as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito afliitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo nesse ponto a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do Direito Civil.

Em resumo, independentemente da definição que venha a ser atribuída ao termo “erro grosseiro”, o alvo ou campo de incidência do artigo 28 da LINDB consiste no Direito Sancionador, não devendo ser confundido com os requisitos para a imputação de débitos a pessoas jurídicas ou naturais em face do dever de ressarcimento ao erário, sob pena de fusão indevida de sistemas jurídicos diversos.

Nesse sentido, considerando que o **Embargos de Declaração** oposto pelo Responsável requereu apenas que o Tribunal se manifestasse acerca da omissão quanto à análise da aplicação do art. 28, da LINDB, e não a retroação de seus efeitos com o intuito de adentrar nas questões de mérito, a resposta oferecida deveria se ater aos termos do que fora inicialmente proposto.

A aplicação retroativa do art. 28, da LINDB, embora possível, não se aplica no presente caso, porque, simplesmente, **não houve cominação de pena**.

² Osório, Fabio de Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo, RT, 2015.

Logo, não há que se proceder qualquer análise quanto ao “dolo” ou “erro grosseiro” do agente no exercício de suas funções institucionais.

Na contramão da própria fundamentação exarada, o Voto Vencedor, desvirtuando completamente finalidade do recurso de **Embargos de Declaração**, pronunciou-se sobre o mérito no que tange à conduta do gestor à época dos fatos, e a sua eventual responsabilidade, ao inferir que a conduta ocorrera de modo **“singelo (em relação a um dos responsáveis, nem a conduta é descrita), sem nem adentrar na suposta ocorrência de dolo ou culpa, ausência de especificação quanto a nexos causal ou culpabilidade”**. Veja:

Esse foi o cotejo realizado entre as defesas apresentadas e a instrução técnica inicial, de onde se verifica, como fundamento para a responsabilização do ex-Prefeito apenas haver figurado nos programas, sem nada se mencionar quanto à responsabilidade do ex-Secretário Municipal de Comunicação.

A isso se seguiu a condenação dos supostos responsáveis pela devolução do valor relativo a 59.349,46 VRTE.

Dessa forma, o que se nota na instrução processual desencadeada, é conduta descrita de modo singelo (em relação a um dos responsáveis, nem a conduta é descrita), sem nem adentrar na suposta ocorrência de dolo ou culpa, ausência de especificação quanto a nexos causal ou culpabilidade.

Esta Corte de Contas possui diversos precedentes afirmam e reafirmam a necessidade de a instrução processual contar com elementos essenciais para a correta responsabilização dos agentes públicos, como identificação da conduta ilícita omissiva ou comissiva, nexos de causalidade entre a conduta e o dano ou irregularidade, presença de dolo ou culpa, já que se rechaça a responsabilidade objetiva, nessa seara, e culpabilidade do agente. Nesse sentido, podemos citar: Acórdão TC 497/2019 – Segunda Câmara (Processo TC 2477/2005; Acórdão TC 918/2017 – Plenário (Processo TC 1435/2006); Acórdão TC 832/2017 - Primeira Câmara (Processo 1160/2009).

É de conhecimento geral que esta Corte de Contas tem aperfeiçoado os seus processos de controle externo, procedendo a um aprimoramento quanto à matriz de responsabilização. Mas, não podemos concordar com uma eventual ideia de que, nos idos de 2004, data do processo original, era o que tínhamos no momento, e que por isso, devemos nos contentar com tais métodos de responsabilização. A discordância se dá pelo fato de que em 2004 já havia se passado aproximadamente 16 (dezesseis) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, Constituição essa que consagra em seu texto o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Aliás, sobre a responsabilidade de gestores, importante mencionar que esta Corte publicou a **Resolução TC nº. 287**, de 05 de maio de 2015, a qual, por seu turno, aprovou o **Manual de Auditoria de Conformidade do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo**.

Por meio deste manual buscou-se, dentre outros objetivos, **“aprimorar e padronizar processos de trabalho e instrumentos de controle”**, bem como **“aperfeiçoar a legislação de suporte ao controle externo”**.

Assim, nasceu um potente instrumento capaz de guiar e padronizar o trabalho desempenhado por esta Corte de Contas.

Em seu conteúdo é possível verificar, dentre outros termos, prescrições que detalham a importância e norteiam a formação da **matriz de responsabilização**, conforme adiante transcrito (páginas 93 e 111):

9.5 IDENTIFICAÇÃO DA CADEIA DE RESPONSABILIDADE

Nos casos em que existirem achados de auditoria que resultem em propostas de citação, com ou sem conversão em tomada de contas especial, a equipe de auditoria deverá identificar os responsáveis e demonstrar sua responsabilidade. Para isso, deve utilizar o instrumento denominado matriz de responsabilização, cuja elaboração será devidamente apresentada no Capítulo 11 (página 111) deste Manual.

[...]

11 ELABORAÇÃO DE MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO

A matriz de responsabilização fecha o ciclo das apurações realizadas no decorrer da auditoria na medida em que objetiva a formulação de conclusões sobre as responsabilidades individuais dos gestores e agentes públicos que contribuíram ou deram causa aos atos administrativos objetos de achados. Portanto, ela evidencia a responsabilização daquele que deu causa à irregularidade ou impropriedade identificada na auditoria e seus efeitos, bem como fundamentar a proposta de sanção ou sua não aplicação.

Ela permite a verificação da responsabilidade pelo achado e deve ser preenchida sempre que houverem (*sic*) achados que se constituam em irregularidades, cuja proposta de encaminhamento seja pela citação de responsáveis, e somente para esses achados. Desse modo, quando da realização da fiscalização não resultarem achados ou os achados resultantes não se constituírem em irregularidades, ou seja, quando a matriz não for aplicável, não é necessária a sua elaboração.

O preenchimento do “nexo de causalidade” e da “culpabilidade” balizará a formulação das propostas a serem incluídas no campo “Propostas de encaminhamento” da matriz de responsabilização, isto é, se citação, conversão em TCE com citação ou se determinação a órgão ou entidade ou responsável.

Caso um só achado inclua mais de uma irregularidade, semelhantes ou não, ou irregularidades em processos diferentes, a responsabilização deverá ser individualizada por irregularidade, mediante registro nos campos da matriz.

Diante das inovações advindas do supracitado diploma normativo orientador, faz-se uma **análise crítica** da forma como foram concebidos os processos de fiscalização autuados anteriormente ao exercício 2015, em comparativo com o surgimento da necessidade de formação da matriz de responsabilidade, a partir da **Resolução TC nº. 287/2015**, a qual, **na visão de parcela de membros dessa Corte de Contas**, desencadeou a exigência de discriminação pormenorizada dos pressupostos que determinam a responsabilização de todos agentes públicos que eventualmente tenham participado na formação das irregularidades, **tanto**

para os novos processos quanto para os anteriores à referida Resolução.

Esta análise afigura-se imprescindível nesse **Embargos**, considerando a importância de se evidenciar uma prática avassaladora – que culmina na vala comum de afastar a responsabilidade do gestores ocupantes do cargo máximo do Poder Executivo Municipal, sob a justificativa de ausência de nexos causal entre a conduta do agente e o dano, a culminar na completa irresponsabilidade pela irregularidade e pelo dano ao erário apurado³ –, consubstanciada na **imposição, no presente momento, da reanálise de matéria já analisada oportuna e exaustivamente pelo Tribunal.**

Registra-se, ainda, que tal fato representa um atentado à segurança jurídica – norte balizador da estabilidade das relações sociais –, considerando que foi aplicada nova interpretação a processos que se formaram sob o amparo de outra sistemática e lógica processual.

Dizendo de outro modo: viola-se a segurança jurídica na medida em que a lei nova está se sobrepondo ao mandamento constitucional, aplicando-se entendimento diverso aos critérios relacionados a imputação de ressarcimento ao erário e atuando contra a previsibilidade das ações estatais.

A corroborar o acima expendido, cita-se a Lei 9.784/99, regulamentadora do processo administrativo no âmbito federal, a qual, em seu art. 2º, XIII⁴, ressalta que nos processos administrativos será observada, entre outros critérios, a *“interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”*.

Assim sendo, a lógica construída a partir de 2015 – vigência da **Resolução nº. 287/2015** –, jamais deveria ser aplicada para processos anteriores a essa data, como o *sub examine*, do ano 2004, **momento em que sequer se cogitava acerca do tema matriz de responsabilidade.**

Como qualquer processo evolutivo demanda tempo, revela-se irracional desmerecer todos os trabalhos cuidadosamente elaborados pelos auditores desta Corte de Contas antes desse marco normativo (Resolução TC nº. 287/2015¹⁷), pois, caso contrário estar-se-ia impondo uma realidade a processos que foram construídos sob outra dinâmica de raciocínio e trabalho, que, em verdade, não se revela incorreta, **pois todos os princípios constitucionais foram respeitados, mas que representa, tão somente, etapas evolutivas de um contínuo processo de maturação, quando comparado com o modo de atuação contemporaneamente empregado.**

Aliás, inclusive, nada impede – ao contrário, nada mais natural e benfazejo – que o atual estágio da processualística nesta Corte de Contas seja continuamente aprimorado em tempo vindouro, sem que se contaminem – com a nódoa da imperfeição ensejadora de futura nova revisão – os

³ Ante a alegação de que o lapso entre os fatos e atual etapa processual acarretaria numa inexequível instrução processual, na maioria dos casos, opta-se, de antemão, pelo arquivamento dos autos. Esse ciclo vem proporcionando a extinção de diversos processos nessa Corte de Contas, sem qualquer responsabilização.

⁴ **Art. 2º** A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. **Parágrafo único.** Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

processos atualmente concebidos e em trâmite segundo modelo processual vigente hodiernamente e em conformidade com a carga de princípios preconizados pela Constituição Federal.

Assim, **cabe a esse Tribunal**, em nome do interesse público que consagra cada fiscalização, cada processo, e ao magno princípio da segurança jurídica, **efetiva julgamento com base na realidade em que estes autos foram concebidos e instruídos**, pois somente assim se conferirá efetividade ao controle externo da administração pública.

Ademais, deve-se ter em mente que o ex-Prefeito Municipal de Vitória, sr. **Luiz Paulo Vellozo Lucas**, na condição de Responsável por indícios de irregularidades, **nunca fora posto no polo passivo da relação jurídica sem que lhe fosse assegurado o amplo direito à defesa**. Deveras, sua condição de ordenador de despesas o legitimava, e ainda o legitima, a responder por despesas ilegais, ilegítimas e antieconômicas a que dera causa.

Pertinente para o momento tratar tão somente da culpa stricto sensu – compatível com a ação e a omissão voluntária do sr. **Luiz Paulo Vellozo Lucas** – a qual decorreu da falta de cuidado ao permitir pagamentos para a realização de campanhas publicitárias violadoras do art. 37, §1º, da CF/88⁵, caracterizando promoção pessoal do próprio gestor que atuou, inclusive, como apresentador dos programas autopromocionais (**Mídia do Projeto Terra**).

Isso porque, especificamente para os Gestores que respondem perante essa Corte de Contas, cabe aplicar a **culpa presumida, técnica processual de inversão do ônus da prova**. Trata-se de **presunção relativa de culpa – juris tantum** – cabendo ao agente público demonstrar, para se eximir, **a inexistência de culpa in eligendo**, ao provar a realização de uma seleção impecável dos prepostos envolvidos; de **culpa in vigilando**, provando que tomou todos os cuidados, atentando-se pormenorizadamente pelos procedimentos dos subordinados, isto é, fiscalizou, de forma correta e virtuosa a pessoa eleita; de **culpa in committendo**, justificando que sua ação foi consentânea com as funções que desempenhou; ou **culpa in ommittendo**, destacando que não se omitiu ou negligenciou em seus misteres.

Destarte, ante a demonstração dos indicativos de irregularidades, competia ao ordenador de despesas o ônus da prova de que sua ação ou omissão não possuiu qualquer relação com os atos investigados nesta Corte de Contas, **o que não se constatou no caso sub examine, haja vista a completa ausência de elementos probatórios nesse sentido, como fora, inclusive, afirmado pela Equipe Técnica por ocasião da Instrução Técnica Conclusiva 58/2005 (Processo 3641/2004), especificamente à fl. 630:**

No caso em tela, resta clara a violação ao disposto no art. 37, §1º, da Constituição Federal pelos responsáveis. A partir do momento em que o Prefeito Municipal de Vitória à época, Sr. Luiz Paulo Vellozo Lucas, figura como apresentador de programas em que são mostradas à população as obras e realizações operadas em sua

⁵ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

gestão, com perfeita identificação de seu nome e imagem, ficando evidente o caráter de promoção pessoal condenado pelo princípio da impessoalidade ou finalidade da Administração Pública, já que todos aqueles que assistirem aos referidos programas imediatamente vincularão à pessoa do Sr. Luiz Paulo as melhorias e benefícios obtidos.

Nesse passo, opinamos por **manter a irregularidade, com a conseqüente devolução aos Cofres Municipais da importância de R\$ 88.347,60 (oitenta de oito mil, trezentos e quarenta e sete centavos e sessenta centavos), equivalente a 59.349,46 (cinquenta e nove mil, trezentos e quarenta e nove VRTE's e quarenta e seis centésimos)**, e referente à criação e veiculação dos já mencionados programas.

Registra-se, por imperioso, **que abandonar a apuração de uma irregularidade e a respectiva reparação do dano estimula maus gestores a manterem condutas desidiosas perante o patrimônio público.**

Ademais, o Tribunal de Contas, na posição de guardião da coisa pública, detém papel de destaque na defesa do erário, revelando-se imprescindível a função de órgão técnico, destinado a fiscalizar a utilização de verbas públicas e emitir decisões, inclusive condenando os gestores que estão no topo da cadeia de comando da Administração, ordenando despesas.

Nesses termos, de antemão, **adverte-se para o fato de que, caso seja mantida a esdrúxula decisão de conferir efeitos infringentes aos embargos de declaração para afastar a irregularidade remanescente e a condenação dos Srs. Luiz Paulo Vellozo Lucas e Fernando Schneider Kunsch, 3 (três) prejuízos sobrevirão imediatamente: o primeiro**, decorrente do próprio dano diligentemente apontado; **o segundo**, derivado das horas de trabalho despendidas pelos profissionais desta Corte (homens/hora) ao longo de um processo que já analisou o mérito; e **o terceiro**, um prejuízo imaterial, revela-se no crescente sentimento, por parte da sociedade, da completa irrelevância institucional dos Tribunais de Contas, reverberando, assim, inúmeras vezes que apregoam, até mesmo, sua completa extinção, em virtude de sua politização indevida e ao profundo insulamento, decorrente da crise de credibilidade a que se encontram mergulhados.

Portanto, configura-se ilógico e incorreto que esta colenda Corte, no bojo deste processo de **Embargos de Declaração**, tenha se afastado da apuração dos indicativos do **item 5 da Instrução Técnica Conclusiva 58/2005** (fl. 586/632), **Processo 3641/2004**, mormente depois da suficiente instrução dos autos.

3 PEDIDOS

Ante o exposto, considerando a possibilidade de se conferir efeitos modificativos ao presente Embargos de Declaração, pugna o Ministério Público de Contas:

- a) Pelo conhecimento destes **Embargos de Declaração**;
- b) Preliminarmente, pela **NULIDADE** do **Acórdão 1195/2019 – PLENÁRIO**.
- c) Caso o Tribunal opte por não acatar a preliminar de nulidade, **PUGNA-SE** pela emissão de Acórdão integrativo para **sanar a contradição**

existente no Acórdão 1195/2019 – PLENÁRIO considerando, mormente, a manutenção da irregularidades identificada tecnicamente por este Tribunal, bem como a manutenção da condenação de ressarcimento ao erário no valor correspondente a **59.349,46 VRTE**, imposta ao Sr. **Luiz Paulo Vellozo Lucas** e ao Sr. **Fernando Schneider Kunsch**;

d) Pela notificação da parte embargada para apresentar contrarrazões ao presente embargo, nos termos do art. 156 da LOTCEES⁶;

e) Pela remessa do feito ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer ao final da instrução processual, na forma assegurada pelo art. 155, § 1º, da LOTCEES⁷;

Por derradeiro, com fulcro no art. 41, inciso III, da Lei 8.625/93⁸, bem como no art. 53, parágrafo único, da LOTCEES⁹, este *Parquet* de Contas reserva-se o direito de manifestar-se oralmente na sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

Isto posto, frisa-se que o Sr. Luiz Paulo Vellozo Lucas, em suas contrarrazões alegou, em síntese, que inexistente contradição, haja vista que o v. Acórdão atacado resta coeso em todos os seus termos, afirmando que o Ministério Público de Contas pretende rediscutir a matéria ventilada pelo embargado, entendendo que os embargos de declaração não é a via adequada. Ademais, suscita que o Colegiado deste Tribunal não está vinculado às manifestações proferidas pela área técnica na construção do juízo de valor de suas decisões.

A subscritora da Instrução Técnica de Recurso nº 139/2020-1, argumentou o seguinte, *litteris*:

[...]

⁶ **Art. 156.** Nos recursos interpostos pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é assegurado o contraditório, mediante a concessão de oportunidade para oferecimento de contrarrazões recursais, quando se tratar de recurso tendente a agravar a situação do responsável ou do interessado.

⁷ **Art. 155.** A audiência do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é obrigatória em todos os recursos, exceto nos embargos de declaração.

§ 1º A exceção prevista no caput não se aplica no recurso de embargos de declaração do qual decorram efeitos modificativos na decisão recorrida.

[...]

⁸ **Art. 41.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

⁹ **Art. 53.** São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**

Embora a ITR 137/2019-8 tenha se manifestado no sentido da impossibilidade de atribuição de efeitos infringentes àqueles embargos declaratórios a partir do cotejo com o artigo 28, da LINDB, em razão de a decisão prever ressarcimento ao erário, acabou por adentrar o mérito da irregularidade, “*ante a necessidade de complementação do julgado embargado*”, concluindo, ao final, pela verificação de **erro grosseiro** na conduta dos responsáveis.

Idêntico caminho seguiu a decisão embargada, asseverando que “*mesmo não havendo necessidade de se cotejar o presente caso com os elementos do art. 28 da LINDB, já que não aplicável ao caso, como demonstrado, a Área Técnica procedeu a uma exemplar análise quanto à responsabilização do ora embargante*”, e prosseguindo com a reanálise da condenação imposta, com conclusão, todavia, diversa da referida instrução técnica, afastando tanto a irregularidade quanto o ressarcimento atribuídos aos responsáveis.

Residiria a contradição não no julgamento divergente da área técnica, pois, de fato, embora extremamente relevantes, os posicionamentos do corpo técnico deste Tribunal não têm o poder de vincular as decisões dos seus julgadores.

A **contradição** existiria no fato de que, embora reconhecido no julgado que a análise dos elementos subjetivos da responsabilidade sob a ótica do artigo 28 da LINDB **não seria capaz de produzir efeitos infringentes** na hipótese daqueles autos, pois não se tratava de simples cominação de penalidades, mas, também, de recomposição do erário, conforme orientação já sinalizada por esta Corte, o Acórdão TC-01195/2019-2 – Plenário teria revisitado o mérito para, exatamente, **conferir os tais efeitos infringentes ao embargos declaratórios**, afastando a irregularidade e o ressarcimento.

Todavia, não nos parece que a atribuição de efeitos modificativos aos declaratórios tenha se dado pela aplicação do artigo 28, da LINDB.

Depreende-se, pelo teor da decisão, que o afastamento da condenação se pautou na identificação, pelo Conselheiro Relator, da **responsabilização objetiva**, combatida por este Tribunal em diversos julgados.

Com efeito, revisitando todo o histórico processual, desde a Instrução Técnica Inicial 01/2005, entendeu o Relator, quanto à existência de promoção pessoal, que “*a singeleza da imputação da irregularidade não permite a verificação de elementos mínimos capazes de proporcionar aos responsáveis um contraditório adequado*”.

Observou, ainda, que “*o que se nota na instrução processual desencadeada, é conduta descrita de modo singelo (em relação a um dos responsáveis, nem a conduta é descrita), sem nem adentrar na suposta ocorrência de dolo ou culpa, ausência de especificação quanto a nexos causal ou culpabilidade*”.

A partir daí, reconhecendo uma deficiência de fundamentação no julgamento de mérito, dada a “*insuficiência de elementos capazes de proporcionar uma correta responsabilização*”, e apoiando-se na impossibilidade de responsabilização objetiva nos processos de competência dos Tribunais de Contas, entendimento já pacificado nesta Corte, imprimiu efeitos infringentes aos embargos, afastando a irregularidade e o ressarcimento, senão vejamos:

Considerando que o recurso interposto **devolveu a questão atinente à responsabilização das autoridades** cuja irregularidade lhes foi imputada, e considerando a insuficiência de elementos capazes de proporcionar uma correta responsabilização, é forçoso imprimir aos presentes embargos de declaração **“efeitos infringentes”**, aproveitando tanto o recorrente quanto a outra autoridade pública a qual também foi imputada a suposta irregularidade.

[...]

Dessa forma, o que se nota na instrução processual desencadeada, é conduta descrita de modo singelo (em relação a um dos responsáveis, nem a conduta é descrita), **sem nem adentrar na suposta ocorrência de dolo ou culpa, ausência de especificação quanto a nexos causal ou culpabilidade.**

Esta Corte de Contas possui diversos precedentes afirmam e reafirmam a necessidade de a instrução processual contar com elementos essenciais para a correta responsabilização dos agentes públicos, como identificação da conduta ilícita omissiva ou comissiva, nexos de causalidade entre a conduta e o dolo ou irregularidade, presença de dolo ou culpa, **já que se rechaça a responsabilidade objetiva**, nessa seara, e culpabilidade do agente. Nesse sentido, podemos citar: Acórdão TC 497/2019 – Segunda Câmara (Processo TC 2477/2005; Acórdão TC 918/2017 – Plenário (Processo TC 1435/2006); Acórdão TC 832/2017 - Primeira Câmara (Processo 1160/2009).

É de conhecimento geral que esta Corte de Contas tem aperfeiçoado os seus processos de controle externo, procedendo a um aprimoramento quanto à matriz de responsabilização. Mas, não podemos concordar com uma eventual ideia de que, nos idos de 2004, data do processo original, era o que tínhamos no momento, e que por isso, devemos nos contentar com tais métodos de responsabilização. A discordância se dá pelo fato de que em 2004 já havia se passado aproximadamente 16 (dezesesseis) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, Constituição essa que consagra em seu texto o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, verifica-se que a reapreciação do mérito não se deu a partir do cotejo com as disposições do artigo 28, da LINDB, o que, de fato, representaria a contradição sustentada pelo Embargante. A reconsideração do julgamento antes proferido se consubstanciou no reconhecimento de hipótese de responsabilização objetiva, refutada por este Tribunal, que foi traduzida em omissão de fundamentação da decisão meritória, corrigida por meio dos efeitos modificativos daqueles embargos declaratórios.

Assim, considerando que não restou demonstrado o requisito necessário ao processamento destes Embargos de Declaração, atinente à existência de contradição, torna-se inviável a abordagem envolvendo possível aplicação de efeitos infringentes a este instrumento recursal para a manutenção da irregularidade e do ressarcimento afastados pela decisão em comento, uma vez que tal requisito se apresenta como condicionante à existência daqueles efeitos.

Desta feita, não cabe nesta peça a análise das razões de fato e de direito que justificaram o pronunciamento final de mérito, realizado a partir da concessão de efeitos modificativos nos embargos declaratórios opostos anteriormente, já que a não evidenciação de contradição impede a revisão do julgado por esta espécie recursal.

Pois bem, da análise dos autos verifico que a contradição suscitada pelo embargante, em relação a errônea reanálise do mérito, haja vista que a decisão reconheceu a desnecessidade de se cotejar a responsabilidade subjetiva do gestor com os elementos do artigo 28, da LINDB, a ensejar o ressarcimento ao erário, não está caracterizada, até porque no Voto nº 4542/2019-7, constante dos autos do Processo TC nº 4386/2019-1, mencionado acima pela área técnica, demonstra que abordagem se deu sobre a responsabilidade objetiva, observando-se da instrução processual desencadeada, a conduta descrita de modo singelo (em relação a um dos responsáveis, nem a conduta é descrita), sem nem adentrar na suposta ocorrência de dolo ou culpa, ausência de especificação quanto a nexos causal ou culpabilidade.

Trouxe, também, naquela ocasião, que é de conhecimento geral que esta Corte de Contas, que tem aperfeiçoado os seus processos de controle externo, procedendo aprimoramento quanto à matriz de responsabilização. No entanto, não se pode concordar com uma eventual ideia de que em 2004, data do processo original, era o que se tinha no momento, e por isso, devemos nos contentar com tais métodos de responsabilização. Entretanto, a discordância se dá pelo fato de que em 2004 já havia se passado aproximadamente 16 (dezesesseis) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagra em seu texto o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Em que pese o entendimento do ilustre representante do *Parquet* de Contas, é pertinente registrar que a metodologia de responsabilização efetuada por esta Corte até o fim da década passada e início da atual, se baseava na Resolução TC nº 182/2002 - RITCEES, e em seu artigo 114, preceituava que “é pessoal a responsabilidade do ordenador relativamente aos atos e fatos de sua gestão”, e por isso, naquela época, a maioria dos processos eram instruídos com responsabilização objetiva, sem a devida apreciação da culpabilidade e do nexos causal, elementos imprescindíveis para caracterização da responsabilidade pessoal do agente público.

Posto isto, em relação aos efeitos modificativos requerido no presente recurso, como bem opinou o corpo técnico não há contradição no julgado. Portanto, não havendo

vício não o que se falar em modificação da decisão atacada, até porque o expediente manejado se presta a esclarecer/elucidar uma decisão que se apresente obscura, omissa, contraditória ou erro material, com o propósito de se estabelecer um perfeito entendimento do julgado, considerando-se obscuro quando for ininteligível, contraditório quando apresentar proposições inconciliáveis entre si, omissa quando deixar de analisar algum pedido ou questões relevantes e erro material em razão de equívoco ou inexatidão relacionado a aspectos objetivos como um cálculo errado, ausência de palavras, erros de digitação, troca de nome etc. Assim, entendo que não assiste razão ao embargante quanto a existência de contradição, em relação ao v. Acórdão atacado.

Desse modo, considerando os elementos constantes dos autos e as razões acima esposadas, com a devida vênia, dirijo do posicionamento do Ministério Público de Contas, conforme Parecer nº 3204/2020-5 e acompanho o entendimento da Área Técnica, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00139/2020-1, motivo pelo qual **mantenho a deliberação por maioria do Colegiado do Plenário, no v. Acórdão TC nº 01195/2019-2**, negando provimento ao presente recurso.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, divergindo do posicionamento do Ministério Público de Contas e acompanhando o entendimento da Área Técnica, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Acórdão** que submeto à sua apreciação.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1410/2020 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos os 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 dos Embargos de Declaração, interposto pelo **Ministério Público Especial de Contas**, em face do **Acórdão TC nº 01195/2019-2 – Plenário**, prolatado nos autos do Processo TC nº 4386/2019-2 (Embargos de Declaração), em apenso, ratificando os termos da Decisão Monocrática nº 134/2020-8, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, conforme razões expendidas no item 2.2 deste voto;

1.2. REJEITAR a preliminar, relativa a nulidade do Acórdão TC nº 01195/2019-2 de impossibilidade de rediscussão do mérito em sede de embargos de declaração, conforme razões expendidas no item 2.3 deste voto;

1.3. NEGAR PROVIMENTO aos presentes Embargos de Declaração, em razão da inexistência de contradição, omissão, obscuridade e erro material, mantendo-se incólume os termos do **Acórdão TC nº 01195/2019-2 – Plenário**, conforme razões expendidas no item 2.4.1 deste voto;

1.4. DAR CIÊNCIA aos interessados, **ARQUIVANDO-SE** os autos após o trânsito em julgado.

2. Sem divergência, absteve-se de votar, por impedimento, o conselheiro Domingos Augusto Taufner.

3. Data da Sessão: 19/11/2020 - 43ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões