



Decisão 01631/2020-1 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processos: 01002/2018-1, 02832/2006-1, 01356/2006-1, 00534/2006-9, 03894/2005-6, 02236/2005-5

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: MPES - Ministério Público do Estado do Espírito Santo

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Recorrente: JOSE PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, HELOISA MALTA CARPI

Procuradores: CHEIM JORGE & ABELHA RODRIGUES ADVOGADOS ASSOCIADOS (CNPJ: 03.444.489/0001-89), GABRIEL FERREIRA ZOCCA (OAB: 6516E-ES), LUCAS GIANORDOLI PINTO CYPRESTE (OAB: 29031-ES), MATHEUS BRUNI BAPTISTA (CPF: 143.292.527-08), MILENA MAGNOL CASAGRANDE (OAB: 28910-ES), PATRICK GOMES DE SOUZA (CPF: 154.422.187-82), RAFAEL BEBBER CHAMON (OAB: 29367-ES), TATIANE MENDES RIBEIRO (OAB: 28947-ES), ALEX DE FREITAS ROSETTI (OAB: 10042-ES), AMANDA LOYOLA GOULART (OAB: 24474-ES), BARBARA DALLA BERNARDINA LACOURT (OAB: 14469-ES), CAMILA CARLETE GOMES (OAB: 23460-ES), CARLOS EDUARDO AMARAL DE SOUZA (OAB: 10107-ES), CAROLINA AVELAR DE OLIVEIRA (OAB: 23097-ES), CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS (OAB: 12142-ES), FLAVIO CHEIM JORGE (OAB: 262B-ES), GABRIEL JUNQUEIRA SALES (OAB: 27532-ES), LUANA ASSUNCAO DE ARAUJO ALBUQUERK (OAB: 15866-ES), LUDGERO FERREIRA LIBERATO DOS SANTOS (OAB: 21748-ES), MARCELO ABELHA RODRIGUES (OAB: 7029-ES), MARCELO RODRIGUES NOGUEIRA (OAB: 19008-ES), MATHEUS DOCKHORN DE MENEZES (OAB: 14007-ES), NATHALIA SAIB DE PAULA (OAB: 20844-ES), PEDRO LENNO ROVETTA NOGUEIRA (OAB: 26891-ES), THIAGO FELIPE VARGAS SIMOES (OAB: 13399-ES)

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS – TEMA 889 STF – SOBRESTAR.

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

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração interposto pelo Senhor José Paulo Calmon Nogueira da Gama, na condição de Procurador Geral de Justiça e pela

Senhora Heloisa Malta Carpi, na condição de Subprocuradora Geral Administrativa do Ministério Público do Estado do Espírito Santo – MPE/ES, por meio do mesmo advogado com procuração nos autos, em face do Acórdão TC 1222/2017, lavrado pela Primeira Câmara desta Corte, nos autos do Processo TC – 1356/2006-1, que julgou a prestação de contas e os atos de gestão referentes ao exercício de 2005, praticados pelos ora recorrentes.

O Acórdão TC 1222/2017 (Plenário) manteve as irregularidades levantados no Processo de Auditoria Ordinária (Processo TC 2832/2006), sendo sua parte dispositiva lavrada com o seguinte teor:

ACÓRDÃO TC-1222/2017 – PLENÁRIO

1. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, em:

1.1 Preliminarmente:

1.1.1 Negar a exequibilidade ao art. 62 e 64 da Lei Estadual 7233/2002, por ofensa ao artigo 37, caput, inciso II da Constituição Federal, reproduzido pelo artigo 32, caput, inciso II da Constituição do Estado do Espírito Santo;

1.1.2 Considerar prescrita, nos termos do art. 71 da LC n. 621/12, a pretensão punitiva desta Egrégia Corte de Contas, mantida, no entanto, a capacidade de impor ressarcimento e medidas corretivas;

1.1.3. Não acolher as alegações de ilegitimidade ad causam apresentadas pelos gestores Sr. José Paulo Calmon Nogueira da Gama e Sr^a Heloísa Malta Carpi;

1.2 Manter as irregularidades do processo de Auditoria Ordinária (processo TC 2832/2006):

1.2.1. Devolução Indevida de parte do IRRF, especificamente retido sobre os valores pagos a título de reposição de perdas com a conversão da URV em Real (11,98%), equivocadamente entendida como parte do Abono Variável, nos termos da Resolução nº 245/2002 do STF (item II.C.4 da ITC 5170/2008)

Responsáveis: José Paulo Calmon Nogueira da Gama e Heloísa Malta Carpi

Ressarcimento: **R\$ 10.674.457,32**, em valores da época, equivalente à **6.710.540,89 VRTE**.

1.2.2. Restituição indevida de Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre as parcelas de 13º Salário e Abono de Férias, que compõem o montante da diferença proveniente da conversão de URV em real (11,98%), aos Membros do Ministério Público Estadual (item II.C.5 da ITC 5170/2008)

Responsável: José Paulo Calmon Nogueira da Gama

Ressarcimento: **R\$ 641.350,07**, em valores da época, equivalente à **403.187,32 VRTE**. 1.2.3 Pagamento de diferenças da conversão de UVR em Real (11,98%) aos servidores do MPEES sem retenção e recolhimento das contribuições previdenciárias (item II.C.9 da ITC 5170/2008)

Responsável: José Paulo Calmon Nogueira da Gama

1.2.4. Pagamento de diferenças da conversão de UVR em Real (11,98%) aos servidores do MPEES sem retenção de IRRF (Item II.C.10 da ITC 5170/2008)

Responsável: José Paulo Calmon Nogueira da Gama

1.2.5. Servidores cedidos, incorporados e enquadrados aos quadros de pessoal administrativo do ministério público, evidenciando uma investidura em cargo público efetivo sem prévio concurso público – ausência de concurso público para preencher os O Relator, após determinar a autuação e o apensamento do Recurso de Reconsideração aos autos principais, encaminhou-os à Secretaria Geral das Sessões, para análise da tempestividade recursal, nos termos do Despacho nº 17005/2018-1.

1.3. Julgar irregular a presente prestação de contas com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da Lei Complementar nº 621/2012:

1.3.1 rejeitar as alegações de defesa do Sr. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, condenando-o, em valores da época, ao ressarcimento no valor total de R\$11.315.807,39 (onze milhões, trezentos e quinze mil, oitocentos e sete reais e trinta e nove centavos), equivalente a 7.113.728,16 VRTE14, sendo R\$10.674.457,32 (dez milhões, seiscentos e setenta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e sete reais e trinta e dois centavos), de forma solidária com a Srª Heloísa Malta Carpi, correspondente à 6.710.540,89 VRTE, em relação ao item III.1 do voto do relator e, individualmente ao ressarcimento de R\$641.350,07 (seiscentos e quarenta e um mil, trezentos e cinquenta reais e sete centavos), equivalente a 403.187,32 VRTE em relação ao item III.2.

1.3.2 rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas da Srª. Heloísa Malta Carpi, no exercício de 2005, em razão da prática de atos ilegais que causaram dano ao erário, relatado nos itens II.C.4 da Instrução Técnica Conclusiva 5170/2008 (item III.1 do voto do relator), condenando-a, em valores da época, ao ressarcimento do valor de R\$ 10.674.457,32, equivalente à 6.710.540,89 VRTE, em solidariedade com o Sr José Paulo Calmon Nogueira da Gama.

1.4 Pela REGULARIDADE dos atos de gestão da senhora Catarina Cecin Gazeli, ante a sua atuação, no exercício de 2005, frente à Procuradoria Geral de Justiça,

1.5. DETERMINAR, com fundamento no § 7º do art. 329 do Regimento Interno, ao atual Procurador Geral de Justiça que:

1.5.1 no prazo máximo de 30 (trinta) dias comprove por meio de documento hábil a retenção do imposto de renda e contribuições previdenciárias versadas no item II.C.9 e II.C.10 da ITC 5170/2008;

1.5.2 no prazo de 30 (trinta) dias promova a abertura de procedimento administrativo a fim de identificar os servidores ativos, cedidos por outros órgãos, e incorporados aos quadros do Ministério Público Estadual ao arripio da previsão constitucional do concurso público e fazer cessar a ilegalidade, com recomendação de modulação dos efeitos da decisão, conforme previsto na ADI 4876/DF, de relatoria do Min. Dias Toffoli; e

1.5.3 promova a imediata anulação com efeitos ex tunc dos atos praticados no processo administrativo 8234/2005 e que culminaram em pagamentos indevidos a membros do MPEES, determinando-se a restituição aos cofres estaduais pelos respectivos beneficiários em até 24 (vinte e quatro) meses, comprovando-se perante esta Corte a adoção das medidas necessárias no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, para fins de monitoramento, suspendendo-se a execução da condenação contida nos itens 1.3.1 e 1.3.2 durante o decurso do prazo bial aqui fixado.

1.6 Transitado em julgado, archive-se.

Encaminhados os autos ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, foi elaborada a Instrução Técnica de Recurso 105/2019, em que opinou-se pelo conhecimento, pelo não provimento do Recurso de Reconsideração e, no tocante aos valores passíveis de restituição ao erário, pela determinação ao MPES para que instaure tomada de contas especial com fulcro no art. 1º, IV, da Instrução Normativa 32/2014 a fim de se determinar o exato valor passível de ressarcimento.

Enviados os autos para o Ministério Público Especial de Contas, lá foi elaborado o Parecer 1980/2019, anuindo a proposta apresentada pela área técnica.

Na 39ª Sessão Plenária, ocorrida em 15/11/2019, o procurador dos recorrentes realizou sustentação oral (notas taquigráficas juntadas aos autos), na qual, após trazer um arrazoado sobre os fatos ora em tela, pugnou seja dado provimento ao recurso.

Encaminhados, novamente, os autos ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, foi confeccionada a Manifestação Técnica de Defesa Oral 3/2020-1, com a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

4. CONCLUSÃO

Após análise dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados por ocasião da sustentação realizada, integrantes dos presentes autos, opina-se pelo **PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso interposto, no que tange à reforma do **Acórdão TC - 1222/2017 – PLENÁRIO** apenas no que tange à determinação de que seja instaurada uma Tomada de Contas Especial para a correta quantificação do dano ao erário com base no art. 1º, IV da IN 32/2014.

Em decorrência da ausência de elementos suficientes para elidir, do ponto de vista técnico-jurídico, a ocorrência das irregularidades apontadas no **Acórdão TC - 1222/2017 – PLENÁRIO**, conclui-se pela manutenção dos seguintes indicativos:

1.2.1. Devolução Indevida de parte do IRRF, especificamente retido sobre os valores pagos a título de reposição de perdas com a conversão da URV em Real (11,98%), equivocadamente entendida como parte do Abono Variável, nos termos da Resolução nº 245/2002 do STF (item II.C.4 da ITC 5170/2008)

Responsáveis: José Paulo Calmon Nogueira da Gama e Heloísa Malta Carpi

Ressarcimento: **R\$ 10.674.457,32**, em valores da época, equivalente à **6.710.540,89 VRTE**.

1.2.2. Restituição indevida de Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre as parcelas de 13º Salário e Abono de Férias, que compõem o montante da diferença proveniente da conversão de URV em real (11,98%), aos Membros do Ministério Público Estadual (item II.C.5 da ITC 5170/2008)

Responsável: José Paulo Calmon Nogueira da Gama

Ressarcimento: **R\$ 641.350,07**, em valores da época, equivalente à **403.187,32 VRTE**.

Por sua vez, o Ministério Público Especial de Contas manifestou-se por meio do Parecer 383/2020-7, nos seguintes termos:

[...]

Posto isso, oficia o Ministério Público de Contas seja o recurso conhecido e provido no sentido (a) de afastar as infrações - e o dano decorrente - dispostas nos itens IV.2.1 e IV.2.2 do v. acórdão recorrido, sob responsabilidade de José Paulo Calmon Nogueira da Gama e Heloísa Malta Carpi; (b) expurgar a determinação expedida no capítulo IV.5.3 do v. acórdão; e (c) julgar regulares dos atos de gestão da Heloísa Malta Carpi, ante a sua atuação, no exercício de 2005, no cargo de Subprocuradora Geral de Justiça Administrativo, mantendo-se incólumes os demais capítulos do v. acórdão recorrido.

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando os autos, verifico que, ainda que não alegado no recurso ora analisado, o Acórdão combatido trata, em seu tópico 1.1.2, acerca do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas, no que tange às irregularidades analisadas no bojo do processo TC 1356/2006-1.

É oportuno registrar que apesar da sua superveniente impossibilidade de aplicar sanções que decorreriam da manutenção das irregularidades apontadas inicialmente no processo, o colegiado entendeu por bem, naquela ocasião, avançar nas deliberações que culminaram na condenação dos recorrentes ao ressarcimento ao erário, nos valores devidamente assinalados no Acórdão 1222/2017-1, tendo em vista ser este o entendimento vigente à época.

Por esses fatores, considerando o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e, também, a condenação por dano ao erário em relação às mesmas irregularidades, exsurge no presente caso a necessidade de análise a respeito da viabilidade do sobrestamento do feito, em consonância com o que já vem sendo feito em processos em que se discute o alcance da regra estabelecida no art. 37, 5º, da Constituição Federal, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas.

Sobre isso, como é cediço, o Supremo Tribunal Federal no **Tema 899 – RE 636.886** – *“Prescritibilidade da Pretensão de Ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas”*, reconheceu a repercussão geral do assunto tratado nestes autos, tramitando nessa Corte de Contas vários processos, de diferentes jurisdicionados, em situação semelhante a tratada nos presentes autos qual seja, **imposição de dano ao erário e prescrição da pretensão punitiva.**

O Plenário deste Tribunal de Contas, nos autos do processo **TC 5069/2013**, **deliberou por sobrestar o julgamento por 90 (noventa) dias, ou então até decisão do Recurso Extraordinário RE 636.886 pelo STF** – em que já foi reconhecida a existência de controvérsia de repercussão geral, definida no **Tema 899**, acerca da *“prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas”* – os processos que, embora prescritos relativamente a aplicação das demais penalidades, estejam em trâmite no âmbito

desta Corte para imputação de ressarcimento, até a publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, a fim de evitar decisões conflitantes com o entendimento da Suprema Corte, entendo ser cabível o sobrestamento deste processo até a publicação do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento final do **Recurso Extraordinário 636.886, com o conseqüente trânsito em julgado da referida decisão.**

É sabido que o Recurso Extraordinário em tela teve seu julgamento em 20/04/2020 (plenário virtual), tendo sido vencedora a tese assim ementada:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 899 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição, nos termos do voto do Relator. Foi fixada a seguinte tese: "**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**". Os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Gilmar Mendes acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pela recorrente, a Dra. Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União; e, pela recorrida, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020.
(grifei)

Todavia, o referido feito ainda não teve seu trânsito em julgado, estando a decisão ainda sujeita a recurso, uma vez que a PGR solicitou vista em 25/06/2020. De outra parte, ainda não se sabe ao certo como será sua aplicação às Cortes de Contas e nem mesmo se haverá alguma possibilidade de modulação de efeitos da decisão ao final.

Aliás, com relação ao julgamento do **RE 363.886/STF**, cabe advertir que a Advocacia Geral da União, **em 14 de agosto do corrente ano**, opôs Embargos de Declaração no bojo do presente feito, o fazendo com "pedido de modulação de efeitos", por meio da Petição 64207/2020, cujo pedido transcrevo *in verbis*:

V. DO PEDIDO

Pelo exposto, a União requer o provimento dos presentes embargos de declaração para que (i) sejam sanadas as contradições e obscuridades apontadas, notadamente para correta compreensão de que:

i.1) a execução dos acórdãos do TCU é processada independentemente de inscrição em dívida ativa e pelo rito da execução por quantia certa do Código de Processo Civil, incidindo ainda a Lei nº 6.822/1980, e não o rito da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal);

i.2) a tese de repercussão geral no acórdão ora embargado abrange apenas a fase executiva da decisão do TCU;

i.3) na hipótese de ser admitida a possibilidade de a tese firmada no tema 899 abranger as fases anteriores à condenação perante a Corte de Contas, o prazo prescricional aplicável está disciplinado no Código Civil (20 anos na vigência do CC/1916 e 10 anos para o CC/2002), com início da contagem na data da ocorrência do ilícito e interrupção pelo ato que ordenar a citação.

i.4) subsidiariamente, a disciplina do prazo prescricional aplicável é extraída da Lei nº 9.873/1999, que trata também das causas interruptivas que devem incidir (arts. 1º e 2º). Pugna, ainda, que, diante da superação da pacífica jurisprudência desse STF, **(ii) sejam modulados os efeitos da decisão** (art. 927, § 3º, do CPC), **conferindo-lhe eficácia prospectiva**, de modo que o novo entendimento passe a valer apenas em relação aos ilícitos geradores de danos ao erário cometidos a partir da publicação do acórdão ora embargado. Subsidiariamente, postula-se a modulação dos efeitos da decisão, a fim de salvaguardar os processos já autuados pelos tribunais de contas que tratem de ressarcimento ao erário. Nesses termos, pede deferimento.

Neste aspecto, **reitero ser mais do que necessário que o Tribunal opte pelo sobrestamento dos autos**, para que se possa decidir, futuramente, com base em um julgamento que tenha tido suas omissões e contradições devidamente sanadas.

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

Ante todo o exposto, divergindo procedimentalmente¹ da unidade técnica e do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1631/2020-1:

VISTOS, relatados e discutidos nestes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

¹ Somente com relação ao sobrestamento neste momento.

1.1. SOBRESTAR estes autos até o trânsito em julgado no Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário (RE) 636886, bem como da manifestação deste Tribunal de Contas acerca da necessidade ou não da Corte de proferir decisão de mérito sobre as irregularidades passíveis de ressarcimento, mesmo com a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator Sérgio Manoel Nader Borges, vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que divergiu, acompanhando área técnica e Ministério Público de Contas.

3. Data da Sessão: 26/11/2020 - 45ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente