



Acórdão 00878/2021-8 - Plenário

Processos: 03487/2020-9, 03289/2010-5, 03288/2010-1, 03287/2010-6, 01019/2009-7

Classificação: Pedido de Reexame

UG: PMM - Prefeitura Municipal de Mantenópolis

Relator: Domingos Augusto Taufner

Interessado: ERNESTO PAIZANTE PEREIRA, MARCIA JAIME PAIZANTE, MARIA JAIME PAIZANTE, MARCELO JAIME CHERUBINO PAIZANTE

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

Procuradores: DEBORA PAIVA MAGNAGO (CPF: 084.410.557-00), PEDRO JOSINO CORDEIRO (OAB: 17169-ES)

**PEDIDO DE REEXAME – CONHECER – NEGAR
PROVIMENTO – MANTER ACÓRDÃO TC 0107/2020-
1 PRIMEIRA CÂMARA – ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas, por meio do procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, em face do Acórdão TC 107/2020-1- Primeira Câmara, constante do Processo TC 1019/2009-7 – Auditoria, que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva em relação às irregularidades descritas nos **itens 3.3, 3.4, 3.5 e 3.6 da ITC 1370/2015 e extinguiu o feito sem resolução de mérito** no tocante ao ressarcimento decorrente dos **itens 3.1 e 3.2**, respectivamente **itens II.2 (“omissão do gestor na cobrança da prestação de contas”)** e **II.3 (“ausência de instrumento legal para utilização de telefones móveis celulares e utilização sem finalidade pública”)** do **Acórdão 00107/2020**, com fulcro no art. 485, IV do Código de Processo Civil, frente a **ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.**

Após autuação, fora prolatada Decisão Monocrática 0765/2020-1, que conheceu o recurso, bem como determinou a notificação dos herdeiros do Sr. Ernesto Paizante Pereira: **Sra. Maria Jaime Paizante, Sr. Marcelo Jaime Cherubino Paizante e Sra. Marcia Jaime Paizante**, ante ao preconiza o artigo 402, inciso I do Regimento Interno deste Tribunal c/c artigo 156da Lei Complementar nº. 621/2012, para que no prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis apresentem suas contrarrazões do recorrido para, querendo apresentar contrarrazões.

Após regulamente notificados, registra-se conforme Despacho 42853/2020-7 (doc. 17) da Secretaria-Geral das Sessões – SGS, que os agentes citados optaram por não apresentar as contrarrazões.

Em seguida os autos seguiram para o NRC - Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas que elaborou a Instrução Técnica de Recurso – ITR 0156/2021-2, opinando pelo provimento do recurso, convertendo o processo em tomada de contas especial para julgar IRREGULAR as contas, bem com o ressarcimento ao erário, equivalentes a 112.426,3126 VRTE.

O Ministério Público de Contas, em Parecer 2609/2021-5 da lavra do procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados pelo corpo técnico, **Instrução Técnica de Recurso 00156/2021-2** (evento 18).

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ADMISSIBILIDADE

Compulsando os autos, observo que o feito se encontra devidamente instruído, no que tange às condições de admissibilidade, cabimento e tempestividade, considerando o atendimento a todos os trâmites legais e regimentais, havendo, assim, aptidão ao julgamento de mérito em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, motivo pelo qual, o recurso foi conhecido pela Decisão Monocrática 00765/2020-1 (evento 06 dos autos eletrônico), respeitando o entendimento do Despacho 26660/2020-7

(evento 04), que considerou a existência dos pressupostos recursais de admissibilidade. Assim, passo à análise do mérito recursal.

2.2. DO MÉRITO

Versam os autos de recurso promovido pelo Ministério Público de Contas em face do acórdão 107/2020 no bojo do processo TC 1019/2020, recaindo especificamente a irresignação do parquet no que toca a **extinção do feito sem resolução de mérito** no tocante ao ressarcimento decorrente dos **itens 3.1 e 3.2**, da ITC 1370/2015, respectivamente itens II.2 (“omissão do gestor na cobrança da prestação de contas”) e II.3 (“ausência de instrumento legal para utilização de telefones móveis celulares e utilização sem finalidade pública”) do Acórdão 00107/2020, com fulcro no art. 485, IV do Código de Processo Civil, frente a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, **tendo como fundamento a ausência de matriz de responsabilidade, ausência de individualização da responsabilidade do responsável e o não chamamento ao feito dos demais envolvidos na cadeia de responsabilização.**

O **Acórdão 107/2020** recorrido, foi exarado nos seguintes termos:

ACÓRDÃO 00107/2020 – PRIMEIRA CÂMARA

(...0

III - CONCLUSÃO

Diante do exposto, **acompanhando em parte os entendimentos técnico e ministerial**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

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

- 1. Reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva** desta Corte de Contas em face do Sr. Ernesto Paizante Pereira, no tocante aos itens 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6 da ITC 1370/2015, **extinguindo-se o processo com resolução do mérito**, nos termos do art. 487, II do CPC;
- 2. Extinguir o feito sem resolução do mérito** em face do Sr. Ernesto Paizante Pereira, no tocante ao ressarcimento decorrente dos itens 5.1.1 e 5.1.2 da ITC 1370/2015, em linha com os precedentes deste Tribunal de Contas, na forma do art. 485, IV do CPC;
- 3. Dar ciência** aos responsáveis e interessados da presente decisão;
- 4. Remeter** os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012;

5. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

O Recorrente, **Ministério Público de Contas – MPC**, apresentou as razões do presente **PEDIDO DE REEXAME** 126-2020 (TC 3487/2020, doc. 02), nas quais, em síntese, se contrapõe ao Acórdão 107/2020, por não entender oportuna a Matriz de Responsabilidade na aplicabilidade do julgamento da presente fiscalização, nos moldes atualmente concebidos e a alegada inviabilidade de seu refazimento pelo “esticado lapso temporal a contar dos fatos (2008) não poderia ser fundamento para Primeira Câmara para desconsiderar o trabalho de auditoria, e assim ignorar o conteúdo dos autos:

(...).

Data venia o entendimento outrora proferido, cumpre a este Órgão Ministerial robustecer os elementos de convicção com o fito de subsidiar novo Acórdão desta Corte, agora constando não apenas a **MANUTENÇÃO DAS IRREGULARIDADES descritas nos itens II.2 e II.3, como também, especialmente, o RESSARCIMENTO** delas decorrentes, haja vista a demonstração da inequívoca PRESENÇA dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

3 DOS FUNDAMENTOS

De plano, convém anunciar que o alvo a ser atingido com a interposição deste Pedido de Reexame apenas tangenciará os aspectos atinentes à comprovação da efetiva ocorrência de irregularidades nos itens II.2 e II.3, tendo em vista que, respeitada a ampla defesa, a discussão meritória foi esgotada satisfatoriamente pela Equipe Técnica, mediante Instrução Técnica Conclusiva 01370/2015-5.

Ademais, sobreleva ressaltar que o Acórdão 00107/2020-1 objurgado apresenta caráter terminativo (pois determina a extinção pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, nos moldes dos artigos 330, III e 427, § 4º, ambos do Regimento Interno e art. 485, IV, do Código de Processo Civil), não trazendo qualquer argumento que deslegitimasse, na essência, o mérito dos apontamentos e fundamentos técnicos consignados, os quais, pela importância e completude, são transcritos abaixo e novamente acolhidos pelo Ministério Público de Contas para todos os efeitos, sendo, com isso, prescindível novas considerações adicionais similares nessa fase recursal. Confira-os:

(...)

Em verdade, almeja-se demonstrar, em última análise, à semelhança do entendimento expandido pelo Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo no Voto Vista 00009/2020-7 (Processo TCE-ES 1019/2009), que permanece latente “o dever do Tribunal de Contas de aplicar a lei e realizar o julgamento desse gestor, de modo a manter e resguardar o interesse público – e não o privado – o que constitui sua missão, dada pela Constituição Federal e que justifica

sua própria existência como instituição, na estrutura administrativa do Estado”, mormente considerando que o processo cumpriu todos os requisitos necessários em prol de seu desenvolvimento regular e válido. Confira:

(...)

3.1 DO DESENVOLVIMENTO REGULAR E VÁLIDO DO PROCESSO: ANÁLISE CONJUNTA DOS ITENS II.2 – “OMISSÃO DO GESTOR NA COBRANÇA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS” e II.3 – “AUSÊNCIA DE INSTRUMENTO LEGAL PARA UTILIZAÇÃO DE TELEFONES MÓVEIS CELULARES E UTILIZAÇÃO SEM FINALIDADE PÚBLICA” DO ACÓRDÃO 00107/2020-1

Constata-se que a Primeira Câmara aduziu a precariedade da instrução processual, bem como a inviabilidade de correção dos vícios processuais detectados como fundamentos jurídicos legitimadores do abandono da busca pelo ressarcimento inerente às irregularidades descritas nos itens II.2 (“*omissão do gestor na cobrança da prestação de contas*”) e II.3 (“*ausência de instrumento legal para utilização de telefones móveis celulares e utilização sem finalidade pública*”) do Acórdão 00107/2020-1. Confira abaixo o teor do *decisum*:

(...)

Assim sendo, considerando a “*ausência de individualização da responsabilidade do responsável*” e o “*não chamamento ao feito dos demais envolvidos na cadeia de responsabilização*” (impropriedades que supostamente teriam prejudicado o desenvolvimento regular e válido do processo), **a Câmara Julgadora absteve-se de deliberar acerca das medidas esperadas (a recomposição dos cofres públicos e a expedição de determinações) em face do Responsável que, na condição de gestor municipal, chefe do Poder Executivo e ordenador de despesas, (i) não empreendeu esforços para garantir que entidades subvencionadas apresentassem prestações de contas dos valores que lhe foram confiados ou os restituíssem diante da impossibilidade de comprovação da correta aplicação dos recursos públicos repassados à título de subvenção social; e (ii) ordenara pagamentos por linhas telefônicas que foram utilizadas sem qualquer finalidade pública.**

Decerto, em caso de não preenchimento dos pressupostos processuais, a regra é clara ao apontar no sentido de extinção do processo sem resolução de mérito, pois, dizendo de outro modo, somente se satisfeitos os pressupostos processuais estaria o julgador apto a examinar seu mérito, nos moldes preceituados pelo artigo 485, IV, do Código de Processo Civil e artigos 330, III/41 e 427, § 4º, ambos do RITCEES, abaixo transcritos:

(...)

Contudo, partindo-se dessa premissa inafastável, não vislumbramos qualquer ocorrência de menosprezo ao pleno desenvolvimento processual. Essa é a razão de ser desse Pedido de Reexame.

Data venia o posicionamento apresentado pela Primeira Câmara, constata-se a perfeita viabilidade da responsabilização do ordenador de despesas nos exatos moldes do que fora empreendido desde o nascimento até o fim da instrução do Processo TCE-ES 1019/2009. Primeiramente, cabe ressaltar que a Auditoria seguiu à risca as determinações contidas no Plano de Auditoria Ordinária nº 035/2009, que, por seu turno, respeitara todos os procedimentos inerentes às

auditorias consignados pela legislação vigente. Confira trecho pertinente do Relatório de Auditoria Ordinária 00068/2009-3:

(...)

Em segundo lugar, o Responsável fora corretamente citado e teve todas as oportunidades legais para apresentar suas justificativas acerca dos atos irregulares a si imputados. Aliás, não por acaso, a Instrução Técnica Inicial 00319/2009-8 sugeriu a citação do ordenador de despesas da Prefeitura Municipal de Mantenópolis, senhor Ernesto Paizante Pereira:

(...)

Também não por acaso a Instrução Técnica Inicial 00319/2009-8 restou acolhida pela Decisão Preliminar TC 212/2009, e o senhor Ernesto Paizante Pereira, devidamente citado, apresentou as tempestivas justificativas às fls. 1.045/1.060 e anexos de fls. 1.061/1.777 (Processo TCE-ES 1019/2009).

Entretanto, agora, passados 10 (dez) anos após o exercício do contraditório, esta Corte de Contas tenta impelir aos autos uma realidade processual incompatível com sua origem, que à época prescrevia outro modelo de responsabilização.

Diante dessa insensata incompatibilidade – fruto da imposição do presente ao passado, em total detrimento à segurança jurídica e, portanto, do que fora sedimentado pelas regras postas à época –, raciocina-se no sentido do prejuízo ao contraditório (ausência de individualização da responsabilidade de acordo com novo modelo da matriz de responsabilização) e da incompletude da composição da demanda (não chamamento ao feito dos demais envolvidos na cadeia de responsabilização).

E quase sempre, a readequação dos autos – com o chamamento de outros possíveis agentes envolvidos e a construção da matriz de responsabilização nos moldes atuais à nova realidade ditada – se mostrar viável, paradoxalmente, essa Corte afasta-se de qualquer atuação no sentido de promover a reabertura da instrução processual.

Como se pode perceber, não existe “cura processual” com o devido saneamento do feito. Aliás, o que se pode chamar de “solução” até o momento é a deplorável extinção do processo sem resolução do mérito, com a qual não compactuamos.

É esse panorama merece ser alterado.

3.1.1 DA DISPENSABILIDADE DE NOVA MATRIZ DE RESPONSABILIDADE

A ausência de Matriz de Responsabilidade nos moldes atualmente concebidos e a alegada inviabilidade de seu refazimento pelo “*esticado lapso temporal a contar dos fatos (2008)*”⁴⁴ foram argumentos utilizados pela Primeira Câmara para desconsiderar o trabalho de auditoria, e assim ignorar o conteúdo dos autos.

Pois bem.

No dia 05 de maio de 2015, esta Corte de Contas publicou a Resolução TC nº. 287, 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.

(...)

Assim, ante às inovações advindas do supracitado diploma normativo orientador, faz-se uma análise crítica da forma como foram construídos os processos de fiscalização atuados antes do exercício 2015, em comparativo ao surgimento da necessidade de formação da nova 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 Recurso, considerando a importância de se evidenciar uma prática avassaladora – que culmina na vala comum do arquivamento dos autos, sem proposição de reabertura da instrução processual, culminando na completa irresponsabilidade pela irregularidade e pelo danos ao erário apurados –, consubstanciada na imposição, no presente momento, independente da etapa processual, de realização da nova matriz de responsabilização para processos atuados antes do exercício 2015. 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 operando efeitos retroativos (desrespeito ao critério objetivo) e atuando contra a previsibilidade das ações estatais (afronta ao critério subjetivo).

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, XIII, 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 a processos anteriores a essa data, como o sub examine, do ano 2009, momento em que sequer se cogitava acerca do novo modelo de matriz de responsabilização.

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. 287/2015), 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.

(...)

Assim, cabe a esse Tribunal, em nome do interesse público que consagra cada fiscalização e cada processo, e ao magno princípio da

segurança jurídica, efetivar o 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. Na mesma trilha, cumpre citar o posicionamento assumido pelo Conselheiro Sebastião Carlos Ranna, nos autos do Processo TC 1728/2003, registrado no Acórdão TC 17/2016 – Plenário:

O fato de não haverem sido citados outros agentes públicos não exime a responsabilidade do Prefeito Municipal, porque à época em que foi feita a instrução processual, de acordo com a lei vigente, este Tribunal somente citava o chefe de poder ou órgão, que pratica o controle final de todo processo.

(...)

Em verdade, convém esclarecer que, curiosamente, caso esses processos arquivados fossem julgados logo após a ocorrência dos fatos, certamente o Tribunal de Contas sequer questionaria o fato de não existir, à época da citação, a devida formação de modelo similar ao atual de matriz de responsabilidade.

Assim, apesar de possuir valor processual e de refletir a padronização do trabalho de auditoria, alerta-se para o fato de que a ausência de novo modelo de matriz de responsabilidade, ou até mesmo sua falha, não pode ser determinante para o afastamento da busca pela recomposição dos cofres públicos.

Ademais, deve-se ter em mente que o então Prefeito Municipal, senhor Ernesto Paizante Pereira, na condição de Responsável por indícios de irregularidades, nunca fora posto sem justo motivo no polo passivo da relação jurídica. Deveras, sua condição de ordenador de despesas o legitimava, e ainda o legitima, a responder por despesas ilegais, ilegítimas e antieconômicas. E o fato de constar no polo passivo sem os seus supostos subordinados também não é relevante para justificar seu afastamento, conforme será detalhado adiante.

3.1.2 DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ORDENADOR DE DESPESAS E DA DESNECESSIDADE DE CHAMAMENTO AO FEITO DE OUTROS POSSÍVEIS ENVOLVIDOS

Na realidade, apresenta-se notório que, na magna condição de ordenador de despesa do município, o senhor Ernesto Paizante Pereira não poderia autorizar pagamentos sem a prévia verificação de todos os pressupostos necessários a sua regularidade, sob o risco de proceder ao pagamento indevido, causando dano injustificado ao erário ao realizar dispêndios em desconformidade com os preceitos legais e com a finalidade pública.

Ressalta-se que o agente político, eleito democraticamente pelo povo para o desempenho da função de gestor, no caso, o Prefeito Municipal, assume a obrigação de gerir a coisa pública, isto é, administrar bens, dinheiros ou valores públicos, assumindo um *munus publico* indeclinável, decorrente da própria Constituição Federal (arts. 70 a 75), qual seja o dever de prestação de contas de todos os atos de governo e de gestão.

(...)

Por isso, com acerto, o Tribunal de Contas da União – TCU apresenta firme entendimento no sentido de não acatar a tese de que a participação do ordenador de despesas se revela figurativa, isto é, sujeitando-se apenas ao ato formal de verificação da adequada

formalização da despesa realizada, ou ainda, adstrita ao mero acolhimento das sugestões de seus subordinados.

Nessa esteira, vale colacionar as seguintes decisões que demonstram o sólido entendimento do TCU quanto à responsabilização do ordenador de despesas diante de sua função de controle das atividades administrativas:

(...)

Portanto, extrai-se tanto das disposições constitucionais, quanto dos entendimentos jurisprudenciais, que o ordenador de despesas assume a responsabilidade por todos os atos de gestão praticados, pessoalmente ou não. Consiste em obrigação pessoal – a prestação de contas –, de modo a demonstrar efetivamente a regular aplicação dos recursos públicos.

Deve-se, portanto, esclarecer, desde logo, que a responsabilidade subjetiva na seara do direito público assume feições específicas. De modo especial, nos casos de prestação de contas por parte do gestor, a ele compete demonstrar que geriu corretamente a coisa pública, bem como que os recursos públicos a ele confiados foram aplicados de maneira legal e eficiente.

Assim, o descumprimento da obrigação que lhe foi constitucionalmente atribuída, seja pela constatação de ilegalidade de despesa, seja pela verificação de irregularidades de contas, resulta em responsabilização subjetiva na modalidade culpa presumida, invertendo-se o ônus da prova, de modo que caberá ao gestor (ordenador de despesas) comprovar a ausência de culpa pela ilegalidade/irregularidade imputada.

(...)

Deveras, configura ônus do gestor comprovar a regular aplicação dos recursos públicos sob sua administração, sendo imperioso demonstrar a regularidade dos pagamentos de despesas por ele autorizadas, mediante a adoção dos procedimentos previstos e apresentação de documentos consistentes, em satisfação à idoneidade do dispêndio público.

Cumprir enfatizar que o princípio da inversão do ônus da prova está corroborado em remansosa jurisprudência do TCU, segundo o qual cabe ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos. Veja-se, pois:

(...)

De outro modo, uma vez não afastada a responsabilidade do Prefeito Municipal pelos atos de gestão, sejam os atos diretamente executados por ele ou pelos agentes delegados, responderão pela irregularidade, solidariamente.

Ao mesmo tempo, necessário ressaltar que não existe qualquer óbice à imputação de débito somente ao responsável chamado ao feito, cuja responsabilidade foi reconhecida pela Equipe Técnica, mesmo que constatada eventual ausência de citação de pretensos terceiros solidários, consoante entendimento do Tribunal de Contas da União:

(...)

Nem mesmo se cogita a reabertura da instrução visando imprimir ao processo *sub examine* um novo aspecto que nada acrescentaria à verdade dos fatos, uma vez que por meio da documentação colacionada aos autos é perfeitamente possível identificar o responsável por acarretar danos ao erário, isto é, o ordenador de despesas.

Portanto, não restam dúvidas quanto à correta responsabilização do senhor Ernesto Paizante Pereira, ainda que tenha sido introduzido individualmente no polo passivo da presente fiscalização, tendo em vista atuar como ordenador de despesas; clarividente, portanto, a configuração da sua responsabilidade.

Ademais, considerando que é inequívoco concluir que o dinheiro público foi direcionado para bens e serviços desprovidos de interesse público, não por acaso defende-se, também em sede recursal, que os valores correspondentes sejam devolvidos ao erário.

(...)

3.2 DA NECESSIDADE E DA VIABILIDADE DE A CORTE DE CONTAS EXPEDIR DETERMINAÇÕES VISANDO O EXATO CUMPRIMENTO DA LEI

Conforme registra o art. 374 do RITCEES, mesmo diante da ocorrência do fenômeno prescricional, se subsistir o dever de ressarcimento ou a necessidade de expedir determinação ao responsável para o exato cumprimento da lei, o processo deverá ser julgado ou apreciado. Confira:

(...)

4 DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer:

4.1 seja **CONHECIDO** e **PROVIDO** o presente **PEDIDO DE REEXAME**, para reformar o **Acórdão 00107/2020-1 – Primeira Câmara**, reconhecendo-se que a viabilidade do ressarcimento ao erário advém da presença dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, configurando-se imprescindível a manutenção das seguintes irregularidades:

- **II.2) Do ressarcimento decorrente da irregularidade descrita no item 5.1.1 da ITC 1370/2015: “omissão do gestor na cobrança da prestação de contas”.**

Base legal: art. 66 c/c 116 da Lei nº 8.666/93 e art. 4º da Lei Municipal nº 1.144/2008.

Responsável: Ernesto Paizante Pereira (Prefeito Municipal).

Ressarcimento: R\$ 201.000,00, equivalente a 110.970,02 VRTE's.

- **II.3) Do ressarcimento decorrente da irregularidade descrita no item 5.1.2 da ITC 1370/2015: “ausência de instrumento legal para utilização de telefones móveis celulares e utilização sem finalidade** Responsável: Ernesto Paizante Pereira (Prefeito Municipal).

Ressarcimento: R\$ 2.637,78, equivalente a 1.456,29 VRTE's.

4.2 considerando a **responsabilidade do ordenador de despesas**, senhor **Ernesto Paizante Pereira**, seja imputado a ele o **ressarcimento de R\$ 203.637,78** (...) equivalentes a 112.426,3126 VRTE;

(...)

4.4 na forma do art. 156 da LC nº. 621/2012 seja o responsável notificado para, desejando, apresentar contrarrazões ao presente Recurso ou, caso contrário, ver-se processar.

A Área Técnica, traz a sua análise na ITR 156/2021-2, que indica provimento ao recurso do Ministério Público, sugerindo a reforma do Acórdão objurgado:

4- ANÁLISE DO RECURSO.

Da análise dos autos, verifica-se que as duas irregularidades (II.2- omissão do gestor na cobrança da prestação de contas, ressarcimento de R\$ 201.000,00 ou 110.970,02 VRTE e II.3- ausência de instrumento legal para utilização de telefones móveis celulares e utilização sem finalidade pública, ressarcimento de R\$ 2.637,78 ou 1.456,29 VRTE) totalizam ressarcimento de 112.426,3126 VRTE.

A primeira irregularidade foi afastada pelo Acórdão 00107/2020 tendo por fundamento a ausência de citação dos “demais possíveis responsáveis”, o que se reflete na ausência de adequada matriz de responsabilização “com a devida individualização da conduta do gestor assinalado como responsável, bem como do nexos de causalidade entre sua conduta e a irregularidade registrada”, conforme termos do Acórdão 107/2020.

Neste sentido, “eventual reabertura da instrução processual para a obtenção de elementos de convicção se mostra inviável e na contramão do razoável”.

A segunda irregularidade foi afastada pelos mesmos motivos: ” aqui, também, se está diante da ausência de individualização da responsabilidade do responsável, além do não chamamento ao feito dos demais envolvidos na cadeia de responsabilização”.

A presente instrução faz a análise de cada uma das irregularidades, a seguir.

4.1- Da irregularidade “omissão do gestor na cobrança da prestação de contas”.

O primeiro ponto a ser enfrentado, diz respeito ao que foi tratado pelo recorrente como “insensata incompatibilidade – fruto da imposição do presente ao passado, em total detrimento à segurança jurídica e, portanto, do que fora sedimentado pelas regras postas à época”.

Quer dizer, o Acórdão prolatado em 2020 fundamentou sua decisão com base em normativos adotados a partir de 2015, em especial a Resolução TC 287/2015, a qual, conforme o Recorrente, “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”.

Lembra o parquet que “a [equipe de] Auditoria seguiu à risca as determinações contidas no Plano de Auditoria Ordinária nº 035/2009, que, por seu turno, respeitara todos os procedimentos inerentes às auditorias consignados pela legislação vigente”.

Mais ainda, “a Instrução Técnica Inicial 00319/2009-8 **restou acolhida pela Decisão Preliminar TC 212/2009**”, não sendo minimamente razoável que, “passados 10 anos [do] exercício do contraditório, esta Corte (...) tenta impelir aos autos uma realidade processual incompatível com sua origem, que à época prescrevia outro modelo de responsabilização”.

Apesar de considerar, na mesma proporção, não razoável reabrir a instrução processual para a citação dos demais responsáveis, dez anos após os fatos narrados, o MPC incluiu no pedido do seu recurso a citação de outros responsáveis, para apresentarem justificativas na forma de contrarrazões, mas estes se mantiveram silentes.

Para o deslinde da questão, sob nossa perspectiva, entendemos pertinente realizar uma análise mais detalhada dos achados relatados no RAO 68/2009, a partir do que, entendemos, algumas situações são esclarecidas e, portanto, alumia-se o caminho desta instrução, ficando para depois o debate da razoabilidade da exigência da matriz de responsabilidade.

São duas as irregularidade que resultaram em ressarcimento, invertendo a ordem apresentada no Acórdão 107/2020: despesas com telefonia móvel, sem legislação de suporte e recursos repassados às entidades privadas que não prestaram contas.

Como se observa, trata-se de fatos contábeis de naturezas distintas (conforme art. 13 da Lei 4.320/1964: despesas de custeio e transferência correntes) e, portanto, ainda que não tenha sido destacado pelo RAO 68/2009 e ITI 319/2009, resultam em procedimentos distintos quanto ao momento da comprovação da correta aplicação dos recursos, o que influencia na definição da responsabilidade dos agentes envolvidos.

As compras “ordinárias” (despesas de custeio) seguem a dinâmica do empenho, liquidação (recebimento do objeto contratado) e pagamento (em conformidade com os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964); as transferências, de forma em geral, apresentam outra dinâmica: empenho, pagamento (repasse) e “liquidação” (prestação de contas).

Ou seja, nas transferências, há a inversão das fases: adianta-se o pagamento (recursos) para que, posteriormente, seja feito o que se equivale ao procedimento de liquidação (verificação e comprovada a correta aplicação e execução do objeto contratado).

No caso das compras “ordinárias”, não há permissão legal para o pagamento adiantado: o art. 62 da Lei nº 4.320/94 exige que o pagamento somente será efetuado após a sua regular liquidação; o art. 65, inc. II, c, da Lei de Licitações, veda a antecipação do

pagamento sem a correspondente contraprestação do fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço.

Entretanto, o TCU, de longa data, reconhece a possibilidade de a Administração, de forma **excepcionalíssima**, realizar pagamentos antes da efetiva execução do objeto contratado, quando:

(...) previsto no instrumento convocatório; condicionado à prestação de garantias; e representar “a única alternativa para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado, ou ainda quando a antecipação propiciar sensível economia de recursos” (Acórdão 276/02 – 1ª Câmara). (Vide, ainda, Acórdãos 134/95 e 59/99, ambos do Plenário).

O que se quer destacar, aqui, é que adiantar o pagamento das compras na administração pública é medida a ser evitada ao extremo, pois corre-se o risco de não ter o objeto cumprido pelo fornecedor, cabendo ao gestor a responsabilidade pelo montante repassado e pago indevidamente, além da aplicação de multa pelo descumprimento da legislação.

Neste sentido é que não se deve permitir que as transferências correntes – em especial para pessoa jurídica de direito privado – sejam consideradas espécie de gasto desprovidas de formas de controle e verificação, que teriam maior grau de liberalidade ou discricionariedade para a utilização dos recursos públicos, como parece ocorrer no presente caso: os recursos foram repassados e não se tem qualquer ideia de sua utilização ou a preocupação dos gestores quanto à correta aplicação ou a execução dos objetos conveniados.

Como afirmou a ITC 1370/2015,

No entanto, o fato de esses convênios servirem a transferir valores para cobrir despesas de custeio não importa um cheque em branco para a utilização livre pela beneficiária. Quaisquer bens públicos transferidos à iniciativa privada, mesmo aquelas que não visem ao lucro, são vinculados a uma finalidade específica, materializada num plano de trabalho a ser cumprido e cuja execução deve ser rigorosa e criteriosamente acompanhada pela Administração concedente. Do contrário, haveria uma porta aberta ao desvio de verbas públicas.

Aliás, a Constituição Federal (em dispositivo reproduzido na Carta Estadual) é expressa quanto ao dever de controle da aplicação das subvenções sociais:

(...)

A fiscalização da correta utilização dos valores transferidos a título de subvenção social exige, por decorrência lógica, um parâmetro, que permita identificar o alcance do interesse público, bem como verificar que a transferência revelou-se mais econômica que a execução direta do serviço, como o impõe o art. 16, da Lei 4.320/64:

(...)

Entretanto, como visto, os convênios em questão não atenderam ao comando constitucional e legal, permitindo que o dinheiro transferido fosse, por isso, desviado da finalidade pública.

Conforme se verifica dos autos do processo, os Convênios foram firmados **pessoalmente** pelo então prefeito municipal Ernesto Paizante Pereira, sem prepostos ou intermediários, desde os termos originais aos seus respectivos aditivos: com a Sociedade Beneficente São Vicente de Paula – Creche Casulo, Convênio original 02/2006 e dois aditivos (2007 e 2008), com a Sociedade Beneficente São Vicente de Paula – Hospital Maternidade Nossa Senhora das Dores, Convênio original 01/2006 e cinco aditivos (abril/2006, março/2007, outubro/2007, março/2008 e abril/2008) e com a Sociedade Pestalozzi de Mantenópolis – Escola Especial Orquídea, Convênio original 04/2006 e dois aditivos (2007 e 2008).

Da mesma forma, coube ao agente ordenar e autorizar diretamente todos os “pagamentos” (repasses) às entidades beneficiadas.

A ITC 1370/2015, ao analisar a justificativas apresentadas pelo agente Ernesto Paizante Pereira, corroborou a tese da omissão no dever de prestar contas (que ensejam a devolução de todo o valor repassado), inclusive admitida pelo gestor, e a tese do desvio de finalidade, resultando em dano ao erário, restando claro os elementos “conduta – nexos – resultado”):

Sociedade Pestalozzi de Mantenópolis

(...) Examinando-os, verifica-se que houve, ao contrário do alegado na defesa, omissão no dever de prestar contas e dano ao erário, decorrente da ausência de comprovação da boa aplicação dos recursos públicos.

(...)

Quanto à prestação de contas, em que pese o Defendente tenha afirmado sua ocorrência e juntado documentos que a ela corresponderiam, verifica-se que a beneficiária não demonstrou a correta utilização dos valores recebidos tempestivamente.

(...)

Não bastasse isso, verifica-se que os documentos apresentados não são idôneos, tanto os da Tomada de Contas Especial quanto os anexos da defesa, em razão de sua divergência.

(...)

Tais inconsistências, por si só, já bastam para que se recusem todos os documentos, visto que demonstram, ao contrário do que pretendem, que não se teve controle sobre o destino exato dos recursos e que, possivelmente, tais recibos não sejam verdadeiros, haja vista a diferença de valores, datas e registros. Além disso, elas indicam que, uma vez instada, pela Comissão de TCE e pelo ex-prefeito, a sociedade apresentou recibos em seu nome, que não estavam necessariamente vinculados ao convênio, visto que muitos desses recibos diferem.

(...)

(...) Sendo assim, forçoso considerar todos os documentos inidôneos para o fim de demonstrar a boa aplicação dos recursos municipais, com a conseqüente necessidade de ressarcimento ao erário dos valores, devidamente atualizados.

(...)

Por fim, é de se apontar que o convênio em questão não estabeleceu a finalidade comum a que se destinavam as verbas, as metas a serem atingidas, o cronograma de desembolso, o plano de trabalho proposto pela entidade interessada e aprovado pela Administração, nem quaisquer outros requisitos previstos no art. 116, da Lei 8.666/93, abaixo transcrito:

(...).

Portanto, pelo exposto, verifica-se que não há provas capazes de atestar a boa utilização dos recursos públicos, motivo pelo qual se sugere a manutenção da irregularidade em face do sr. Ernesto Paizante Pereira (sem aplicação de penalidade em razão da prescrição), com o ressarcimento de R\$ 9.000,00, equivalentes a 4.968,8069 VRTE.

(...)

Sociedade Beneficente São Vicente de Paula – Hospital Maternidade Nossa Senhora das Dores

De acordo com a defesa do sr. Ernesto Paizante Pereira, a beneficiária em questão encaminhou, na ocasião da apresentação de justificativas perante esta Corte, os documentos de fls. 1.231/1.414, os quais elidiriam a ausência de prestação de contas tempestiva e demonstrariam a “adequada aplicação dos recursos repassados àquela Entidade, no exercício de 2008”.

Ocorre que esses documentos não convergem totalmente com aqueles apresentados, para demonstrar a boa aplicação dos mesmos recursos, pela mesma sociedade à comissão de Tomada de Contas Especial e que compõem os autos do proc. TC 3287/2010.

Tal divergência, por si só, já basta para que se recusem todos os documentos, visto que demonstram, ao contrário do que pretendem, que não se teve controle sobre o destino exato dos recursos. Além disso, a divergência indica que, uma vez instada, pela Comissão de TCE e pelo ex-prefeito, a sociedade apresentou recibos em seu nome, que não estavam necessariamente vinculados ao convênio, e sem muito compromisso, visto que muitos desses recibos diferem.

Some-se a isso o fato que muitos recibos não se referem a despesas havidas em 2008, mas em 2007 e 2009, o que não poderia ter sido aceito pela Administração, uma vez que, pela Lei Municipal 1.037/2006 (fls. 1064/1065), os valores deveriam ajudar a cobrir “a necessidade mensal” da entidade. Confira-se:

(...)

Por fim, é de se apontar que o convênio em questão não estabeleceu a finalidade a que se vinculavam as receitas, as metas a serem atingidas, o cronograma de desembolso, o plano de trabalho proposto pela entidade interessada e aprovado pela Administração, nem quaisquer outros requisitos previstos no art. 116, da Lei 8.666/93. Enfim, o convênio não delimitou a que finalidade estariam atrelados os recursos dos convênios, o que permitiria verificar possível desvio de finalidade, tornando-o, portanto, ilegal.

Por todo o exposto, tem-se que não há provas capazes de atestar a boa utilização dos recursos públicos, motivo pelo qual se sugere a manutenção da irregularidade em face de Ernesto Paizante Pereira (sem aplicação de penalidade, em razão da prescrição), sendo passível de ressarcimento o valor de R\$ 126.000,00, equivalentes a 69.563,29708 VRTE.

Sociedade Beneficente São Vicente de Paula – Creche Casulo

Segundo as justificativas do Defendente, não houve a correta prestação de contas por parte da beneficiária nem o Município a exigiu, mas, na ocasião da apresentação de esclarecimentos a esta Corte, juntou à defesa os documentos que comprovariam a utilização de recursos corretamente.

Tais documentos são relativos a pagamentos de natureza salarial a empregados da beneficiária, bem como a pagamentos a prestadores de serviços. Também os documentos que formam o proc. TC 3289/2010 são comprovantes de pagamentos dessa natureza.

Ocorre que, ainda que ambos os documentos se refiram a pagamentos de empregados e prestadores de serviço, eles não são aptos a demonstrar a boa aplicação dos recursos conveniados, padecendo, do mesmo modo que nos casos anteriores, de divergências intoleráveis no que se refere à prestação de contas de recursos públicos. Vejamos.

(...)

Por todo o exposto, tem-se que não há provas capazes de atestar a boa utilização dos recursos públicos, motivo pelo qual se sugere a manutenção da irregularidade em face de Ernesto Paizante Pereira (sem aplicação de penalidade, em razão da prescrição), sendo passível de ressarcimento o valor de R\$ 66.000,00, equivalentes a 36.437,9175 VRTE.

Acrescente-se, ainda, **em relação aos três convênios acima analisados, que a omissão no dever de prestar contas, bem como a deficiência nos documentos apresentados, ensejam, conforme entendimento jurisprudencial pacífico, a devolução de todo o valor repassado.** Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

[dentre os julgados do TCU trazidos, constam os Acórdãos TCU 84/2009-2ª Câmara, 53/2009-Plenário, 84/2009-1ª Câmara, 125/2009-1ª Câmara, 547/2011-2ª Câmara, 7950-45/14-2, 317/2010-Plenário, 5964/2009-2ª Câmara, 153/2007-Plenário, 1293/2008-2ª Câmara, 132/2006-1ª Câmara, 5.929/2011-1ª Câmara, 1.544/2008-2ª Câmara, 0059-01/15-Plenário e Acórdãos 0381-02/15-1, 0068-01/15-2 e 2.439/2010, do Plenário;].

Neste sentido, não se apresenta em conformidade com o ordenamento pátrio e com os elementos fáticos dos autos, a tese trazida pelo Acórdão 107/2020:

Dessa forma, em que pese o louvável esforço de auditoria empreendido pelo corpo técnico desta Corte, não foram chamados para compor a demanda todos os demais possíveis responsáveis que contribuíram ativamente para a irregularidade, a exemplo das Consorciadas, a quem se destinaram os repasses dos recursos públicos em discussão, além do fiscal responsável e o Secretário da

pasta, de modo que não se poderia atribuir unicamente do gestor máximo do Município a responsabilidade que ora se pretende.

No caso em tela, não há outros “possíveis responsáveis”, pois o então prefeito, além de ser o signatário de todos os ajustes, não buscou apoio da sua assessoria jurídica, não nomeou equipe para assisti-lo quanto ao controle e fiscalização da execução do objeto ou da análise da prestação de contas, não exigiu que as entidades encaminhassem, por vários e continuados anos, as respectivas prestações de contas.

Não há, inclusive, nos processos dos convênios analisados qualquer referência a secretários ou outros servidores com funções a desempenhar frente aos ajustes firmados, de forma que só há um responsável pelo dano apurado: o então prefeito, Ernesto Paizante Pereira, que não demonstrou, em nenhum momento, durante vários anos, a configurar conduta omissiva continuada, qualquer dever de cuidado que lhe era exigido como gestor máximo, qualquer cautela ou preocupação com o fim dado aos recursos repassados às entidades.

Quanto às “consorciadas”, entidades beneficiadas com os recursos repassados, verifica-se que, quando demandadas pelo agente, apresentaram documentos que foram recepcionados por ele como prestação de contas, sendo consideradas pelo agente suficientes para comprovar a boa e correta aplicação dos recursos repassados, conforme relatado pela ITC 1370/2015:

O Defendente apresentou os documentos referentes às prestações de contas do Hospital Maternidade Nossa Senhora das Dores e Sociedade Pestalozzi, anexos à sua defesa. Quanto à Sociedade Beneficente São Vicente de Paula Creche Casulo aduziu que “efetivamente não foi realizada a prestação de contas formal” e que “o Município, por seu turno, deixou de fazer a devida cobrança da documentação”, no entanto, isso não configuraria dano ao erário, senão irregularidade formal, mormente porque poderia provar, na oportunidade ora concedida, a boa aplicação dos recursos públicos. Para tanto, apresentou os documentos anexos à sua peça.

Ainda que tais documentos não tenham tido validade ou utilidade para comprovar a correta aplicação dos recursos (não se pode nem falar em execução do objeto, pois não foi definido nenhum objeto nos convênios analisados), deve prevalecer a firme disposição do agente em aceita-los como tal e, em nenhum momento, contestar tais documentos ou declará-los insuficientes – como fez a auditora que elaborou a ITC 1370/2015 – para comprovar o uso correto e adequado dos recursos.

Assim, as omissões e ações do agente Ernesto Paizante Pereira, desde a assinatura dos Convênios em 2006 até o momento em que

apresentou suas justificativas, foram no sentido de atrair para si toda a responsabilidade quanto aos referidos ajustes.

Tanto assim que o agente não aponta, em sua defesa original, outros servidores como corresponsáveis pelas irregularidades relatadas e respectivos danos – sejam secretários, fiscais de contrato, agentes de convênio – não porque não quisesse, mas porque não há nenhum outro servidor que tenha tido qualquer relação com os Convênios ou as entidades conveniadas.

E, como dissemos, uma vez que o agente trouxe nas suas justificativas originais, documentação obtida junto às empresas, legitimando-as como forma de prestação de contas e, ao fim, aprovando estas contas, já que não há qualquer divergência ou glosa, não há como recusar a sua responsabilidade individual, única e absoluta – que é o que ele ofereceu ao apresentar suas justificativas, analisadas pela ITC 1370/2015.

Logo, não há que se falar, ainda, da ausência de “apropriado apontamento da matriz de responsabilização, com a devida individualização da conduta do gestor assinalado como responsável, bem como do nexos de causalidade entre sua conduta e a irregularidade registrada”: o gestor firmou ajustes na forma de convênio, autorizou e ordenou o repasse tais recursos, não exigiu no momento adequado as prestações de contas e quando admitiu os documentos apresentados pelas entidades como forma de prestação de contas, sem divergência ou glosa, comprometeu-se pessoalmente com o resultado, o dano apurado no RAO 68/2009, mantido pela ITC 1370/2015.

Por fim, constata-se que houve, sim, ao contrário do que afirma o Acórdão 107/2020, a individualização da conduta do gestor e o nexos com a irregularidade e o dano apurado, além da definição do critério legal, conforme ITI 319/2009:

1- OMISSÃO DO GESTOR NA COBRANÇA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS.

Infringência: Art. 66 c/c 116 da Lei nº 8.666/93 e Art. 4º da Lei Municipal nº 1.144/2008

(...)

Entende ainda a equipe de auditoria que, com base no que preceitua o art. 4º da Lei Municipal nº 1.144/09, cabia à Administração buscar os meios administrativos e jurídicos para garantir que as entidades beneficiadas apresentassem as prestações de contas ou restituíssem os valores recebidos, tendo em vista a ausência de comprovação de aplicação, cabendo ainda, ao atual gestor, a instauração de tomada de contas, com base na Instrução Normativa TC nº 008/2008, ou a apresentação de Parecer pela regularidade das referidas contas, já devidamente analisadas

Por fim, ressalta-se que **a ausência de prestação de contas enseja ressarcimento dos valores repassados,**

caso não seja devidamente sanado o indicativo de irregularidade ora apontado.

Ainda que não houvesse a descrição com o detalhamento da “conduta, nexa e resultado”, na forma exigida pela Resolução TC 287/2015, há de se considerar que, como já exposto, a ITC 1370/2015 foi acolhida pela Decisão Preliminar TC 212/2009, sendo que a narrativa dos fatos deixa evidentes tais informações, o que traz componentes essenciais, objetivos, a superar, inclusive, no caso, as teses jurídicas que fundamentaram a decisão recorrida, na forma de garantir a imparcialidade do julgador, apregoada por Costa:

O que é preciso compreender inicialmente é que imparcialidade é um princípio corolário da obrigatoriedade de fundamentação jurídico-constitucional de todos os atos processuais, ou seja, consiste na superação da prevalência de argumentos metajurídicos e subjetivos como referenciais para decidir o caso concreto. (COSTA, F. **Imparcialidade do juízo e a consciência do julgador no ato de decidir**. Senso Crítico, v. 1, n. 1, p. 41-65, 4 abr. 2016).

Ainda com relação à tese de que o RAO 68/2009, elaborado em 2009, não se adequa à matriz de responsabilidade adotada por esta Corte em 2015 (Resolução 287/2015), entendemos mais do que apropriada a posição defendida pelo MPC:

Assim, ante às inovações advindas do supracitado diploma normativo orientador, faz-se uma **análise crítica** da forma como foram construídos os processos de fiscalização autuados antes do exercício 2015, em comparativo ao surgimento da necessidade de formação da nova 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 Recurso, **considerando a importância de se evidenciar uma prática avassaladora** – que culmina na vala comum do arquivamento dos autos, sem proposição de reabertura da instrução processual, culminando na completa irresponsabilidade pela irregularidade e pelo danos ao erário apurados –, **consubstanciada na imposição, no presente momento, independente da etapa processual, de realização da nova matriz de responsabilização para processos autuados antes do exercício 2015**.

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 operando efeitos retroativos (desrespeito ao critério objetivo) e atuando contra a

previsibilidade das ações estatais (afronta ao critério subjetivo).

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, XIII, 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 a processos anteriores a essa data, como o sub examine, do ano 2009, momento em que sequer se cogitava acerca do novo modelo de matriz de responsabilização.

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. 287/201548), 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.**

(...)

Assim, **cabe a esse Tribunal**, em nome do **interesse público** que consagra cada fiscalização e cada processo, e ao magno princípio da **segurança jurídica**, **efetivar o 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. (grifos no original)

Assim, observa-se que, seja na forma da atual da matriz, ou da anterior à Resolução TC 287/2015, a responsabilidade do gestor (prefeito) é incontestável quando não se obtém a prestação de contas dos repasses para análise da correta aplicação dos recursos, seja na forma de convênio, seja na forma de subvenção social.

Ocorre, ainda, que as justificativas por ele apresentadas, após sua citação, não só corroboram as irregularidades relatadas, como constituem novas evidências (documentos apresentados não são idôneos, fidedignos, verdadeiros e contemporâneos) a comprovar a “omissão no dever de prestar contas e dano ao erário” e o pouco caso do agente quanto ao destino final destes recursos.

A possibilidade de responsabilizar solidariamente outros agentes, no caso, estaria vinculada, por exemplo, à existência da conduta de algum servidor ou setor da prefeitura, na forma de análise indevida das prestações de contas ou parecer jurídico sustentando o ajuste irregular, procedimentos não encontrado nos autos, porque não exigidos pelo gestor.

Uma vez que suas condutas são caracterizadas pela falta do dever de cuidado, pelo desleixo e negligência, entende-se que o então gestor, Ernesto Paizante Pereira, atraiu para si toda a responsabilidade, inclusive aquelas cabíveis às empresas beneficiadas, quando recebeu delas documentos diversos e desorganizados, que o próprio gestor admitiu indevidamente como “prestações de contas”, às quais pretendeu dar-lhes quitação e aprovação, mas que, ao fim, representou novas evidências da ausência de comprovação da correta aplicação dos recursos repassados.

Nesta visão, nos parece impraticável a re-instrução processual para chamar outros agentes a integrar o processo, não pelo decurso de tempo, mas, antes, por ausência absoluta de qualquer conduta que não sejam aquelas, omissivas e comissivas, praticadas pelo então gestor, Ernesto Paizante Pereira, em relação aos repasses de recursos às entidades Sociedade Beneficente São Vicente de Paula (Hospital Maternidade Nossa Senhora das Dores e Creche Casulo) e Sociedade Pestalozzi, que resultaram em dano ao erário.

Pelo exposto, concluímos por **ACOLHER** as razões apresentadas no presente **Pedido de Reexame** quanto à irregularidade “omissão do gestor na cobrança da prestação de contas”, em razão do que sugerimos a **REFORMA** do Acórdão 107/2020.

4.2- Da irregularidade “ausência de instrumento legal para utilização de telefones móveis celulares e utilização sem finalidade pública”.

No caso desta presente irregularidade, verifica-se ser similar à anterior, com uma diferença: trata-se, aqui, de despesa corrente, “ordinária”, cuja sequência de procedimentos exigidos para seu pagamento é empenho – liquidação – pagamento, ou seja, é uma espécie de despesa que normalmente exige a liquidação prévia ao pagamento, fase que, entendemos, não se insere dentre as responsabilidades do gestor, o que deveria trazer à responsabilidade solidária outros agentes.

Mas, como já afirmamos, esta é forma exigida pela Resolução TC 287/2015, não pelo ordenamento vigente ao tempo da elaboração do RAO 68/2009 e da ITC 1370/2015 que, rememora-se, foi acolhida pela Decisão Preliminar TC 212/2009, todos muito distantes da citada Resolução.

Ainda assim, cabe analisar com mais detalhes o achado relatado, para evitar que permaneçam dúvidas.

No presente caso, verifica-se que o então gestor, a) já havia sido alertado, em anos anteriores, da irregularidade quanto ao uso dos telefones celulares, b) reconheceu o uso de tais serviços sem

atender ao interesse público e c) omitiu-se de adotar qualquer providência para a regulamentação do uso de celulares, uma vez que a Lei citada pelo agente foi promulgada pelo seu sucessor, conforme narra a ITC 1370/2015:

O Defendente alegou que, em 02/04/2009, foi publicada a Lei Municipal 1.200/09, regulamentando o uso de telefone celular pelo Gabinete do Prefeito e Secretarias Municipais. Juntou o instrumento normativo às fls. 1.595/1.597.

Quanto às despesas sem interesse público, o Defendente afirmou que:

Reconheça-se o débito pelas ligações indevidas, a serem ressarcidas, cabendo a devida ação regressiva do Ordenador sobre aqueles que promoveram as despesas de forma inadequada.

Fica o registro do nosso agradecimento à Auditoria por ter, não apenas identificado o problema, mas, sobretudo, por ter orientado o procedimento corretivo, o qual será cumprido, sanando em definitivo a irregularidade.

Como se verifica da Lei juntada à defesa, **a regulamentação da telefonia móvel ocorreu no mandato posterior ao do Defendente**, de maneira que a irregularidade permanece, em relação a este. Vale ressaltar, no ponto, que o **Defendente já havia sido alertado, na auditoria anterior, sobre a necessidade de disciplina acerca da utilização do uso de telefone celular, mas esta só se deu pelo prefeito que o sucedeu**. Ademais, não há provas nos autos de que a regulamentação se iniciou quando de sua gestão. Assim, opina-se pela manutenção deste ponto da irregularidade em face do sr. Ernesto Paizante Pereira (sem aplicação de penalidade, em razão da prescrição).

No que tange às despesas sem interesse público, em que pese **o Defendente reconheça sua ilegitimidade, não comprovou ter ressarcido o erário ou ter providenciado que outros o fizessem**.

Na qualidade de ordenador de despesas, competia a ele verificar o bom uso dos recursos públicos por parte daqueles que elegeu para agirem em prol da municipalidade.

Assim, na presente irregularidade, tal qual na anterior, constata-se condutas do agente (então prefeito), omissivas e comissivas, inclusive com a assunção dos ilícitos narrados, levam à conclusão de sua total e absoluta responsabilidade, sem a possibilidade de nomear outros agentes solidariamente, em especial pela inexistência de atos e registros (atestado de recebimento, liquidação, relatórios de controle ou de uso dos celulares) de qualquer outro servidor, nos processos de pagamentos anexos ao RAO 68/2009.

Assim, e na mesma linha da irregularidade anterior (item 4.1 desta ITR), ainda que as despesas sejam de tipo distinto, as condutas omissivas e comissivas do então gestor, Ernesto Paizante Pereira, são caracterizadas pela falta do dever de cuidado, pelo desleixo e negligência, do que, entende-se, não se mostra lógico ou razoável incluir outros agentes na responsabilidade solidária ou, menos ainda,

tratar da re-instrução processual para tanto, restando evidente tratar-se de responsabilidade exclusiva e pessoal do gestor quanto às irregularidades narradas e respectivos ressarcimentos.

No mesmo sentido, não há que se falar – ainda que se entendesse pertinente – na incompatibilidade formal do RAO 68/2009 frente à Resolução TC 287/2015, de forma a contaminar todo o processo, em especial porque, como já argumentado, não se identificam, nos autos do processo ou na defesa original do agente, outros servidores que tenham contribuído para a configuração das irregularidades, de maneira que, da narrativa do relatório de auditoria, restam evidentes os elementos “conduta – nexa – resultado”.

Pelo exposto, concluímos por **ACOLHER** as razões apresentadas no presente **Pedido de Reexame** quanto à irregularidade “ausência de instrumento legal para utilização de telefones móveis celulares e utilização sem finalidade pública”, em razão do que sugerimos a **REFORMA** do Acórdão 107/2020.

Colocado os argumentos para a reforma do Acórdão, passo ao enfretamento da questão.

A tese para a reforma do acórdão no presente recurso impetrado pelo Ministério Público de Contas, corroborada pela Área Técnica, se fundamenta no entendimento de que não há razão para se aplicar a matriz de responsabilização no presente caso, uma vez que a Resolução 287/2015, é posterior ao processo de fiscalização em questão.

A tese para a reforma do acórdão se sustenta ainda ao fato de que as condutas do agente, então prefeito, omissivas e comissivas, inclusive com a assunção dos ilícitos narrados, levam à conclusão de sua total e absoluta responsabilidade, sem a possibilidade de nomear outros agentes solidariamente, em especial pela inexistência de atos e registros (atestado de recebimento, liquidação, relatórios de controle ou de uso dos celulares) de qualquer outro servidor.

Pois bem.

O Tribunal de Contas deve promover a correta apuração dos fatos, identificar a conduta dos responsáveis e quantificar o dano quando houver. Tal preceito deve ser analisado sob a premissa de que o Estado está submetido à responsabilidade objetiva e os agentes estatais a responsabilidade subjetiva.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva apenas do Estado, ao agente, havendo culpa ou dolo na prática do ato lesivo, a obrigação de reparar o dano causado ao erário, sempre, porém, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Para tanto, a matriz de responsabilização é uma ferramenta essencial para a discriminação da conduta, do resultado e dos responsáveis de modo a identificar os agentes responsáveis pela ocorrência lesiva e caracterizar a sua responsabilidade, evidenciar a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado ilícito observado.

Nesse sentido, essa Corte ao aprovar a Resolução TC nº. 287, em 05 de maio de 2015, que formou o Manual de Auditoria de Conformidade do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, com vista a “aprimorar e padronizar processos de trabalho e instrumentos de controle”, bem como “aperfeiçoar a legislação de suporte ao controle externo”, promove assim um instrumento justo para apreciar e julgar aquele agente que deu causa ao ato lesivo.

Nesse passo, não vejo adequada a tese defendida no presente recurso de reexame de que a total e absoluta responsabilidade recai apenas em relação ao ex-prefeito, sem mesmo a possibilidade de nomear outros agentes solidariamente, entendo que este não o fez no momento de sua justificativa logo após a sua citação. A aplicação de matriz é uma ferramenta importante da auditoria e para o caso a formação de nova matriz é questão de medida mais justa.

A que se notar que ao tempo da Resolução TC nº. 287, em 05 de maio de 2015, a fiscalização ora em questão – apreciada nos autos TC 1019/2009-7, estava com recém conclusão da ITC 01370/2015-5 e Parecer do Ministério Público PJC 1885/2015, momento apropriado para nova instrução, inclusive data em que não havia ocorrido o óbito do responsabilizado, ex-prefeito, Sr. Ernesto Paizante Pereira, só advindo em 2016. No entanto, passados mais de 10 anos do fato, não há que se instruir nova etapa processual, sendo que o acórdão ora repreendido, sobrepôs decisão mais acertada.

Dessa forma, entendo que ante a inviabilidade de nova instrução processual para apreciar e julgar aquele agente que possa ter dado causa a eventual ato lesivo, entendo por negar provimento ao Pedido de Reexame e assim manter incólume o Acórdão TC 107/2020.

Ante todo o exposto, divergindo do entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. ACÓRDÃO TC-878/2021 – PLENÁRIO

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

1.1. Conhecer do presente Pedido de Reexame;

1.2. No mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, mantendo os termos constantes do Acórdão TC 107/2020 – Primeira Câmara;

1.3. Dar ciência aos interessados;

1.4. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que divergiu, acompanhando os pareceres técnico e ministerial.

3. Data da Sessão: 15/07/2021 - 36ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Domingos Augusto Taufner (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib

Ferreira Pinto, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões