



## Acórdão 00918/2021-9 - Plenário

**Processo:** 06564/2012-5

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMS - Prefeitura Municipal de Serra

**Relator:** Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

**Representante:** ANTONIO SERGIO ALVES VIDIGAL

**Responsável:** AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS

**CONTROLE EXTERNO. FISCALIZAÇÃO.  
REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DOS  
PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DE  
DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO  
PROCESSO. AUSÊNCIA DE DANO CONFIGURADO.  
NÃO REABERTURA DA INTRUÇÃO PROCESSUAL.  
PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO  
PROCESSO. SEGURANÇA JURÍDICA. DEFESA DA  
AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.  
ACOLHER A ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTAR  
APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO.  
CIÊNCIA.**

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

### **I. RELATÓRIO**

Tratam os autos de Representação protocolizada nesta Corte de Contas em 20/04/2012, pelo senhor Sergio Alves Vidigal, Prefeito Municipal à época, solicitando a Tomada de Contas Especial nos autos do Processo Administrativo MS/SEOB N. 527/2007, referente à Concorrência Pública n. 17/2007, cujo objeto consistia na

prestação de serviços para a execução da obra de urbanização do Canal da Avenida Presidente Dutra e a pavimentação de vias do bairro Jardim Carapina.

Inicialmente, o relator dos autos à época, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, decidiu pela notificação do então Prefeito Municipal, Audifax Barcelos, a instauração da Tomada de Contas Especial.

Posteriormente, em 24/20/2013, a pedido do presidente da comissão processante da TCE, fora deferido pelo relator, através da DECM 1079/2013 (fls.75/76 da peça 07), a prorrogação do prazo para encaminhamento da conclusão dos trabalhos, também fora deferido o prazo de prorrogação de prazo solicitado posteriormente pelo secretário municipal de obras.

Após a realização da notificação através da DECM 446/2014 (fls. 102/103 da peça 07) para encaminhamento da TCE para esta Corte de Contas, observado o decurso do prazo, seguiu-se o processamento, a área técnica, através da Manifestação Técnica 390/2014, entendeu pela necessidade de complementação, que foi acolhida pelo relator, fora realizada nova notificação através da DECM 906/2014 (fls. 37/38 da peça 19).

Em resposta a notificação, o responsável apresentou razões de justificativas para realização de diligências solicitadas pela Procuradoria Geral do Município, pelo presidente e membros da TCE e fiscal da obra, com a finalidade de atender aos termos da DECM 906/2014.

A área técnica, por meio da Manifestação Técnica Preliminar 779/2015 (fls. 04/21 da peça 09), sugeriu o reenvio dos autos ao município para complementação de informações, que foi acolhido pelo relator, que proferiu a DECM 1949/2015 (fls. 23/24 da peça 09).

O município, mais um vez, solicitou a prorrogação do prazo para entrega das justificativas e documentação, tendo em vista a quantidade de documentos a serem analisados pela comissão processante da TCE, que foi concedido por meio da Decisão Monocrática DECM 2276/2015 (fls. 45 da peça 09), retificada pela DECM 2338/2015 (fls. 45 da peça 09).

Ato contínuo, por despacho, o relator encaminha os autos para análise conclusiva, tendo em vista a complementação de informações e documentos encaminhadas extemporaneamente pelo gestor, em 05 de fevereiro de 2016 (fls. 09/20 da peça 20).

Ocorre que, fora encartado o processo judicial 0022056-3.2013.8.08.0048, no qual a empresa Delta Construções S.A ajuíza Ação de Cobrança face ao Município da Serra para pagamento dos serviços de terraplanagem e drenagem realizado, referente a 13ª medição do Contrato n. 527/2007, conforme NF 018837, cujo saldo a pagar pela prefeitura da Serra, soma o valor de R\$ 526.259,91 (fls. 43/44 da peça 22). Assim sendo, o município da Serra ao ser notificado, solicitou a suspensão dos autos até a conclusão dos trabalhos desta Corte de Contas, nestes autos, a fim de apurar a os valores realmente devidos a empresa autora (fls. 45/46 da peça 22).

Com o encaminhamento do processo judicial supracitado a esta Corte de Contas, a juíza de direito intenta “informações acerca do procedimento no processo 6564/2012 do TCE/ES, bem como seja oficiado a este juízo quando da conclusão dos trabalhos, encaminhando Decisão desse Tribunal”.

Em resposta, a Secex/Engenharia encaminha Relatório de Solicitação de Informações 0008012017-5 (fls. 53/54 da peça 22).

A área técnica, em sede de conclusiva, se manifesta por meio da ITC 4256/2020 (peça 25), nos seguintes termos:

### **3 – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO:**

Pelo exposto, submeto a presente proposta de encaminhamento à consideração do Conselheiro relator:

- 1. EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO** com fundamento o § 4º, do art. 142 da Lei Complementar Estadual 621/2012 c/c o art. 166 do RITCEES e art. 8º da IN 32/2014, tendo em vista a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, decorrente da ausência de dano configurado, deixando de reabrir a instrução processual, em razão do tempo decorrido e dos princípios da duração razoável do processo, aliado à segurança jurídica e a outras garantias constitucionais como a ampla defesa e o

contraditório, na forma fundamentada nesta peça conclusiva (item II.1);

2. **ACOLHER A ILEGITIMIDADE PASSIVA** arguida e **AFASTAR A APLICAÇÃO DE MULTA** ao prefeito, por descumprimento de Decisão desta Corte de Contas, em razão da desconcentração administrativa adotada pelo município de Serra, com fundamento no art. 10º da Lei Municipal n. 3.479/2009, e em atenção a responsabilidade subjetiva a ser aplicada aos agentes públicos, configurando a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e impedindo o saneamento do feito, com a notificação das autoridades responsáveis para instaurar, instruir e encaminhar a presente tomada de contas especial a este Tribunal, tendo em vista o tempo decorrido e os princípios da duração razoável do processo, aliado à segurança jurídica e a outras garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório, na forma da fundamentação constante nesta peça conclusiva (item II.2).

Após as formalidades legais, **ARQUIVE-SE.**

Acolhendo integralmente os termos da ITC 4256/2020, manifestou-se a o Ministério Público de Contas, na lavra do Douto Procurador de Contas, Luis Henrique Anastácio da Silva.

Por fim, atendidos todos os trâmites processuais, vieram a mim os autos, para emissão de voto. Passo a análise.

## **II. FUNDAMENTOS**

Analisando os argumentos trazidos pela área técnica em sede de instrução técnica conclusiva, corroboro integralmente com a argumentação apresentada na ITC 4256/2020, acatando as prejudiciais de mérito trazidas, que cumularam na ausência dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, quais sejam: falta de elementos e provas constitutivas de dano ao erário e o afastamento da aplicação de multa por descumprimento de Decisão do TCEES por ilegitimidade passiva do prefeito, o que enseja a extinção dos presentes autos, sem julgamento do mérito.

### **II.1 FALTA DE ELEMENTOS E PROVAS CONSTITUTIVAS DE DANO AO ERÁRIO**

Conforme apurou a área técnica, o trabalho realizado pela comissão processante foi inconclusivo quanto à existência de dano ao erário e, conseqüente, da presença ou não de superfaturamento ou mesmo sobrepreço em sua execução, bem como a identificação da conduta e a qualificação dos responsáveis.

De fato, os quantitativos pagos pelo município à empresa contratada estão de acordo com os executados. Também foi comprovada a vantajosidade dos valores dos serviços de galeria, referentes ao item 05.08, incluso no contrato em questão por apostilamento, situações que a princípio denotariam ausência de dano ao erário municipal.

Contudo, não se pode afirmar que não houve uma contratação com valores excessivos aos praticados no mercado, tendo em vista a ausência da planilha de preços referenciais dos serviços a serem contratados, inicial ao certame, com a qual fixou-se o custo orçamentário da obra em R\$9.963.968,92 (fls. 09/11 da peça 16).

Destaca-se, ainda, que apesar da constatação quanto à inexistência de dano ao erário, conforme afirmado pelo fiscal do contrato, também foram verificadas deficiências no projeto da obra em comento, erros que provocaram acréscimos de serviços/valores em alguns itens e decréscimos em outros, ocasionando para a sua conclusão a necessidade de serviços complementares não previstos no projeto inicial, inclusive, com a elaboração de novo projeto executivo, contemplando rede de esgoto dos dois lados da galeria, para drenagem das ruas laterais, chegando na galeria e pavimentação da Av. Presidente Dutra.

Além disto, não há provas suficientes que as deficiências no projeto da obra tenham sido ocasionadas por erros escusáveis, por situações não passíveis de previsão, e não por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ou por dolo (intenção), dos agentes responsáveis pela sua elaboração.

Por todo o exposto, restou inconclusivo o trabalho da comissão processante quanto à existência ou não de dano ao erário, decorrente da licitação em exame – CC 17/2007 e, conseqüentemente, da presença ou não de superfaturamento ou mesmo sobrepreço em sua execução.

Destarte, considerando que os contornos rumados nestes autos não permitem inferir acertadamente se houve dano ao erário, bem como a respectiva identificação e qualificação dos potencialmente responsáveis, com a descrição adequada e individualizada da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou

culposa imputada a cada agente, ou do resultado produzido ou que deveria ter sido produzido, do nexos de causalidade entre a conduta de cada qual e o resultado ou, ainda, da indicação do elemento subjetivo (dolo ou culpa), do indício de boa-fé (erro de fato ou erro de direito escusável - art. 157, §2º, RITCEES) e da participação individualizada de cada agente, restam os elementos fáticos insuficientes para a continuidade do processo, nos termos do que dispõe o art. 8º da IN 32/2014:

art. 8º Instaurada a tomada de contas especial, são pressupostos para o desenvolvimento válido e regular do processo a existência de elementos fáticos e jurídicos suficientes para:

I- comprovação da ocorrência de dano;

II - identificação das pessoas físicas ou jurídicas que deram causa ou concorreram para a ocorrência de dano

Parágrafo único. A demonstração de que tratam os incisos I e II deste artigo abrange, obrigatoriamente:

I - descrição detalhada da situação que deu origem ao dano, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à comprovação de sua ocorrência;

II - exame da suficiência e da adequação das informações, quanto à identificação e quantificação do dano;

III - evidenciação da relação entre a situação que deu origem ao dano e a conduta ilegal, ilegítima ou antieconômica da pessoa física ou jurídica a quem se imputa a obrigação de ressarcir os cofres públicos, por ter causado ou concorrido para a ocorrência de dano.

Ademais, o decurso de tempo de mais de 10 anos do contrato em exame, onde os pagamentos ocorreram no período de 2008 a 2010, torna-se inviável a reabertura processual, já que caberia uma melhor instrução processual para acréscimo dos elementos considerados faltantes pela área técnica.

Neste cenário, caberia uma melhor instrução processual para acréscimo dos elementos considerados faltantes pela área técnica, de modo a dar prosseguimento ao presente feito, possibilitando a análise e julgamento de mérito por este Tribunal, o que não se impõe, todavia, no caso concreto, em

razão do decurso de tempo de mais de 10 (dez) anos do contrato em exame – Contrato n. 527/2007, bem como de seus pagamentos, ocorridos no decorrer do período de 2008 a 2010, resta demonstrada a impropriedade de se reabrir a instrução processual destes autos.

Inviabilizado o exame de mérito, revela-se como solução uma das hipóteses legais dadas pelo § 4º, do art. 142, da LC 621/2012, *in verbis*:

art. 142. *Omissis*

§ 4º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis, determina a sua extinção pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, ou o seu arquivamento por racionalização administrativa e economia processual.

A decisão terminativa é aquela pela qual o Tribunal de Contas extingue o processo sem adentrar o mérito, com vistas a: (I) ordenar o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis, nos termos do art. 90 da mesma lei; (II) reconhecer a ausência de pressupostos de constituição do processo; (III) reconhecer a ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo; e (IV) arquivar o feito por medida de racionalização administrativa e economia processual.

Por tais motivos, admite-se conjugar a medida de arquivamento por critérios de racionalização administrativa e de economia processual, já que o corolário da duração razoável do processo aliado à segurança jurídica e a outras garantias constitucionais como a ampla defesa e o contraditório não recomendam o saneamento do feito, sendo nociva a reabertura tardia da instrução processual na fase em que se encontra, ainda que se cogite a responsabilidade de outros agentes, o que não foi devidamente abordado quando oportuno e nem se requer neste momento.

Noutras palavras, quanto ao dever punitivo dos Tribunais de Contas, os procedimentos investigatórios deverão ser capazes de promover a correta apuração dos fatos, a precisa e real quantificação do dano, e nestas circunstâncias, nos cumpre aferir que o presente caso impõe o reconhecimento da ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo e, conseqüente, arquivamento do processo, conforme previsto no art. 166, do RITCEES, *verbis*:

Art. 166. O Tribunal determinará o arquivamento do processo de prestação ou de tomada de contas, mesmo especial, sem julgamento de mérito, quando verificar a

ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Aproveitando as lições das outras searas do Direito, entende-se como pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular dos processos submetidos a esta Corte, cuja inobservância, quando reconhecida, impede o avanço da apreciação para o mérito, os seguintes:

a) Pressupostos de constituição: (I) Jurisdição e (II) competência do TC; e b) De desenvolvimento válido e regular: (I) matérias que compõem o juízo de admissibilidade (em caso de representação e denúncia); (II) qualificação do(s) agente(s); (III) narrativa do fato ilícito e suas circunstâncias, contendo a descrição adequada e individualizada da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa imputada ao agente, do resultado produzido ou que deveria ter sido produzido (em caso de conduta omissiva), do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado produzido ou que deveria ter sido produzido, indicação do elemento subjetivo (dolo ou culpa), indício de boa-fé (erro de fato ou erro de direito escusável - art. 157, §2º, RITCEES) e, havendo mais de um responsável, a descrição da participação individualizada de cada um; (IV) enquadramento normativo com a descrição adequada da norma constitucional, legal ou regulamentar infringida; **(V) apuração e quantificação de dano, se houver, ainda que por estimativa (Art. 164 §1º RITCEES); (IV) acervo probatório, ainda que indiciário, que corrobore as imputações feitas;** (VII) citação válida e comunicação adequada dos demais atos processuais; (VIII) observância às oportunidades de defesa e contraditório; (IX) imparcialidade do julgador (por isso as hipóteses de impedimento e suspeição); e (X) unicidade (inexistência de coisa julgada ou litispendência). (grifei)

Nestas condições, constata-se que as irregularidades dispostas no relatório conclusivo da tomada de contas especial, constante nestes autos, mesmo com as informações complementares, não foram instruídas com a apuração e acervo probatório de dano quantificado, que corrobore as imputações feitas e, portanto, devem ser extintas sem apreciação de mérito, por se reconhecer a ausência dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, motivo que carece de arquivamento do feito.

**Assim sendo, acolhendo integralmente os argumentos trazidos pela área técnica, entendo pelo reconhecimento da ausência dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, com conseqüente arquivamento dos autos, sem a apreciação de mérito.**



## **II.2 AFASTAMENTO DA MULTA APLICADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO**

Apurou ainda a área técnica, que em que pese a assinatura do lei municipal de desconcentração administrativa tenha sido assinada após a assinatura do contrato, restou demonstrado que a execução contratual compreendeu em sua grande maioria, o período de desconcentração administrativa adotado pela municipalidade, sendo assim, injusta a condenação do prefeito:

Assim, ao definir a desconcentração administrativa na estrutura organizacional da prefeitura de Serra, o prefeito transferiu ao secretário de Obras a ordenação de despesas e autorização de pagamentos da contratação em voga, referente a obras e serviços de engenharia, passando a ser o responsável na esfera civil, administrativa e criminal pelas despesas e pagamentos por ele ordenadas e autorizados, inclusive, perante o Tribunal de Contas do Estado, tendo em vista os atos e procedimentos de competência daquela pasta, conforme previsto na Lei 2356/2000, de 29/12/2000, senão vejamos:

Art. 35 A Secretaria Municipal de Obras tem como objetivo planejar, coordena, executar e avaliar as atividades relacionadas à execução das obras de pavimentação e drenagem do Município, sua conservação e manutenção; a execução e manutenção de obras de construção civil e das edificações municipais.

Art. 36 Compete à Secretaria Municipal de Obras:

I - contribuir e coordenar a formulação do Plano de Ação do Governo Municipal e de programas gerais e setoriais inerentes à Secretaria;

II - garantir a prestação de serviços municipais de acordo com as diretrizes de governo;

III - estabelecer diretrizes para a atuação da Secretaria;

IV - estabelecer objetivos para conjunto de atividades da Secretaria, vinculados a prazos e políticas para sua consecução;

V - promover a integração com órgãos e entidades da Administração, objetivando o cumprimento de atividades setoriais;

VI - promover contatos e relações com autoridades e organizações dos diferentes níveis governamentais;

VII - promover a execução de obras públicas e serviços de conservação e recuperação periódica nos próprios municipais;

VIII - coordenar a elaboração e o cumprimento do plano de manutenção dos próprios municipais, em colaboração com as demais Secretarias Municipais;

IX - coordenar a execução de atividades de construção e conservação das vias e obras públicas;

X - promover a execução de atividades de construção, conservação e manutenção de canais e galerias pluviais das áreas urbanas; e

XI - acompanhar, controlar e fiscalizar o andamento das obras públicas contratadas a terceiros.

Fato é que, com a desconcentração administrativa, o prefeito transferiu aos secretários municipais e autoridades de igual hierarquia, a responsabilidade para ordenar despesas autorizar pagamentos e praticar todos os atos de gestão realizados, inclusive quanto a responsabilização.

Constata-se que inobstante o prefeito tenha assinado o Contrato 527/07, de fls. 39/51 da peça 05 e fls. 17/29 da peça 16, antes da edição da referida lei municipal, e o tenha feito em conjunto com o secretário municipal de obras da época, seus três aditivos foram firmados na vigência da dita lei, datados em 01/09/09 - 1ª TA, em 05/07/10 - 2º TA e em 29/04/11 - 3º TA (fls. 50/58 da peça 14), restando demonstrado que a execução contratual em tela compreendeu em sua grande maioria, o período de desconcentração administrativa legalmente adotada por aquela municipalidade.

Fato não observado é que a prefeitura municipal de Serra, ao optar pela desconcentração administrativa, transferiu aos secretários municipais e autoridades de igual hierarquia, a responsabilidade para ordenar despesas, autorizar pagamentos e praticar todos os atos de gestão realizados e, inclusive, para responder perante os órgãos de Controle Externo sobre atos e procedimentos administrativos realizados no âmbito da secretaria de sua responsabilidade.

Ademais, não foi observado que a autoridade responsável por instaurar a tomada de contas especial em tela e pela nomeação da comissão para seu processamento e apuração dos fatos, nos termos da Portaria SEOB n. 25/2013, de 20 de agosto de 2013, foi o secretário municipal de obras da época, senhor Evilásio de Angelo (fls. 72/73 da peça 07).

No decorrer da presente instrução processual fica bem claro a impropriedade de cobrar do chefe do executivo local, ações de gerenciamento do contrato em voga, que envolve obras e serviços de engenharia, tanto que todas as informações e pareceres constantes do Relatório Conclusivo tinham que ser analisados e balizados pela equipe da secretaria de Obras - SEOB, bem como pelo engenheiro e fiscal do contrato, senhor José Luiz Friber, como se depreende do Ofício SEOB/DOC n.07/2014 (fls. 60/61 da peça 14), o que corrobora a tese de competência do secretário da pasta de obras para gestão do dito contrato, e não do prefeito, como se fez constar nestes autos.

Portanto, no caso em exame foi indevidamente imputado ao prefeito, como gestor, a responsabilidade de instaurar, instruir e encaminhar uma tomada de contas especial para apurar as irregularidades apresentadas em face de uma licitação referente à contratação de obras e serviços de engenharia, cuja ordenação de despesas cabia ao secretário municipal de obras e serviços de engenharia do município de Serra – SEOB, e que nem poderia se imiscuir, em razão das especificidades técnicas que requeria tal apuração.

Até mesmo a eventual irregularidade no procedimento administrativo da licitação questionada, que inclui a fase interna, com o planejamento da obra e a composição de seus elementos técnicos necessários à execução adequada (projeto), bem como a fase externa da licitação, com a contratação da melhor proposta ofertada e, ainda, o acompanhamento das medições dos serviços executados e os respectivos pagamentos à contratada, procedimentos que estariam sob a gestão do secretário da pasta respectiva – SEOB, não cabia responsabilização do prefeito.

Destarte, ao notificar o prefeito para encaminhamento a este Tribunal da Tomada de Contas Especial em questão, de forma a atender os requisitos previstos na IN TCEES n. 08/2008, revogada nos termos da IN 32/2014, este Tribunal o submeteu a um procedimento que não seria de sua competência.

Nesse passo, o prefeito foi submetido em uma injusta condenação em multa, conforme previsto no mencionado art. 391 da Resolução n. 261/2013 - Regimento Interno do TCEES, em razão do descumprimento do prazo e da

decisão de envio de informações complementares, nos termos da Decisão Monocrática de notificação – DECM 906/2014, de 10 de julho de 2014 (fls. 37/38 da peça 19).

Na CRFB/88, a responsabilidade civil do agente público encontra-se regulamentada no mesmo dispositivo constitucional que trata da responsabilidade do Estado por atividades que lhes são imputadas:

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: (...)

§ 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.

Embora o dispositivo tenha por objetivo regular diretamente a responsabilidade do Estado, ele também traz dois princípios fundamentais da responsabilidade civil dos agentes estatais. O primeiro é que, por força do referido texto constitucional, não obstante o Estado esteja submetido à responsabilidade objetiva, somente a responsabilidade subjetiva pode ser imputada aos agentes públicos.

Essa linha segue interpretação dada ao tema pelo STF:

Não se pode olvidar que a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva apenas do Estado (CF, artigo 37, § 6º), impondo ao servidor, 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 ampla defesa (CF, artigo 5º, LV) (MS 24182/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo do STF nº 336, Brasília, 9 a 13-2-2004).

Segundo o inciso VIII do artigo 71 da CF/88 compete ao Tribunal de Contas aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa pelo descumprimento de determinação, neste caso verificado pela indevida instrução da TCE instaurada, com os elementos previstos na IN TCEES n. 08/2008, revogada nos termos da IN 32/2014, e em descumprimento ao prazo definido para encaminhamento a este Tribunal, de forma a prejudicar a ação fiscalizatória de controle externo e impossibilitar o devido julgamento por esta Corte.

A Constituição da República, ao utilizar o termo responsável, refere-se ao autor do ato ilícito, de forma que somente quem tem competência legal para praticar tal ato e o praticou de forma contrária à lei, deve responder por essa prática. Por tais motivos, no Direito Brasileiro, a responsabilidade civil do agente público é sempre pessoal, intransferível (direta) e subjetiva. Entretanto, por vezes, na busca de imprimir maior celeridade ao julgamento, define-se, equivocadamente, a responsabilidade por critérios objetivos, ou ainda, olvidando da competência legal de ordenação das despesas, como na hipótese vertida nestes autos, em virtude da desconcentração administrativa adotada pelo ente.

Ocorre que, nestes autos, houve tão somente imputação de responsabilidade sem a presença do liame subjetivo da indicação que deixou de evidenciar qual foi a conduta que o prefeito adotou que viesse a contribuir diretamente para a falta de instrução adequada e escorreita da TCE no prazo legalmente previsto, sobretudo, porque tal procedimento foi instaurado e apurado sobre a responsabilidade de outro gestor/ordenador, no caso o secretário de obras do município, que mantém a competência e legitimidade para apuração dos fatos e procedimentos determinados por esta Corte e, por consequência, para ser eventualmente sancionado por descumprimento deste comando.

Cabe ainda ressaltar que é necessário, além de indícios mínimos da existência do fato e sua relação causal com a conduta do agente, que se comprove que tal conduta ensejou ânimo no mínimo culposos. Dito de outra forma, a responsabilização de índole punitiva tem natureza subjetiva, não objetiva, carecendo que se comprove que o fato ocorreu por quem tinha legitimidade para realizar, em virtude de imperícia, negligência, imprudência, ou que a conduta se deu com consciência e intenção pelo agente responsabilizado.

Ainda acerca da responsabilização, a área técnica explica a impossibilidade da imputação de responsabilidade objetiva.

De acordo com o professor Jacoby Fernandes, há muito tempo não se cogita, no âmbito dos Tribunais de Contas, a imputação de responsabilidade objetiva. Sempre a condenação terá por causa a responsabilidade subjetiva dos agentes. Por isso, é necessário demonstrar o dolo ou culpa, pelo menos em

sentido lato, para justificar a imputação de débito ou multa (Tribunais de Contas do Brasil, v. 3, p. 737).

Muito embora, a LC 410/2007 tenha modificado, no tocante à responsabilização, a redação original da LC 32/1993, penso que o ordenamento jurídico brasileiro jamais autorizou a responsabilização objetiva do agente público dessa forma ora observada nestes autos, não restando dúvidas, a meu ver, de que a teoria da responsabilidade subjetiva deveria ter sido aplicada mesmo antes da entrada em vigor da LC n. 32/1993.

Atualmente e desde o advento da Lei Complementar 621/2012, tal celeuma deixou de existir no âmbito desta Corte de Contas, de forma que se deve reconhecer que a legislação em vigor foi um avanço na história recente deste Tribunal para encontrar consonância com o ordenamento constitucional que, desde a redação original de 5 de outubro de 1988, determina que os Tribunais de Contas atinjam todos os administradores e responsáveis por dinheiro, bens e valores e aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, assim como aplicará sanções aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas (art. 71 incisos II e VIII da CF), jamais tendo dado a entender que nossa atuação recaísse unicamente sobre os Chefes de Poder, sobretudo, quando os mesmos não são ordenadores das despesas imputadas como irregulares.

Afastada encontra-se, portanto, a possibilidade de a legislação infraconstitucional ou de seus aplicadores estabelecerem a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos.

Em se tratando da processualística dos Tribunais de Contas de matéria peculiar, mas também afeta ao ramo do Direito Administrativo Sancionador, cumpre observar primordialmente as regras atinentes a esta Corte e também as lições trazidas pelo Direito Penal e Processual Penal, dos quais muito se aproxima o Administrativo Sancionador - dada a interferência que a atuação deste Tribunal pode gerar na esfera jurídica daqueles que submetem a sua jurisdição, já que sempre paira a possibilidade de impor sanções de natureza tanto pecuniária como restritiva de direitos. Da mesma forma, caberia também recorrer às diretrizes da Lei 9.784/99, que norteia o processo administrativo na Administração Pública Federal, ainda que por analogia.

A sanção, cujo caráter é repressivo e preventivo, visa a punir e a alterar o comportamento do agente, de forma que somente pode ser aplicada àquele que atuou contrariamente à norma, sendo os aspectos subjetivos do tipo e da

culpabilidade, bem como as demais circunstâncias legais, mecanismos de aferição do quantum de pena deve ser aplicado. E não só. Todos quantos atuaram contrariamente à norma devem ser responsabilizados na medida de sua culpabilidade, não podendo o Estado eleger um ou outro para responder pelo ilícito.

Vale registrar que a LC 621/2012 e a Resolução TC 261/2013 evoluíram no mesmo sentido. O artigo 57 da referida lei determina que, já no início da fase instrutória, “cabe ao Tribunal de Contas ou ao Relator definir a responsabilidade individual ou solidária pelo ato impugnado, inclusive do terceiro que, como contratante ou parte interessada, haja concorrido para o dano”.

Somente por essa via, as sanções previstas serão ao final aplicadas de forma individualizada, na medida da culpabilidade de cada agente que tiver concorrido para o fato ilícito, devendo a decisão condenatória definir a cominação individual da sanção a cada qual (artigos 131 e 132).

A individualização da pena está prevista também no próprio texto regimental, que, em seu art. 383, dispõe que “a sanção será aplicada, de forma individual, a cada agente que tiver concorrido para o ato, na medida de sua participação”. Também em seu art. 384, é dito que “a decisão que determinar a aplicação de multa definirá as responsabilidades individuais”.

Nessa esteira, na aplicação de qualquer sanção torna-se imperativo o enfrentamento das circunstâncias normativas do art. 388 do RITCEES, a saber:

- o grau de reprovabilidade da conduta do agente;
- a gravidade da falta;
- potencial de lesividade do ato para a Administração Pública.

Note-se que, em verdade, as hipóteses de excludentes de responsabilidade do administrador devem ser reconhecidas no caso concreto, primeiramente, porque não restaram demonstradas a conivência ou negligência do prefeito na instauração da TCE e apuração dos fatos indevidos e, sobretudo, porque o mesmo não teria como agilizar o encaminhamento da TCE, porque dependia de informações técnicas a serem prestadas por outro (s) agente (s), que tinha (m) capacidade e competência para atuar, como ordenador das despesas ditas irregulares.

Ratificando, o descumprimento do prazo e da decisão deste Tribunal em encaminhar o relatório conclusivo da TCE, com as informações complementares suficientes a atender nosso corpo técnico, bem como os sucessivos pedidos de prorrogação de prazo para entrega das informações solicitadas por este Tribunal, demonstram as dificuldades enfrentadas pelo prefeito para fornecimento das citadas informações e esclarecimentos sobre procedimentos técnicos, cuja competência e capacidade não lhes cabia.

Esta também foi a tese tangenciada na defesa apresentada pelo senhor Audifax Charles Pimentel Barcelos quando argumenta que, na verdade, deveria compor o polo passivo do presente feito, evidentemente, cada um dos ex-secretários municipais de Obra, para que cada um pudesse responder por atos e procedimentos adotados em suas respectivas gestões.

Em todo o caso, todo feito deve estar adequadamente instruído e atendidos os pressupostos que permitam sua constituição e seu desenvolvimento válido e regular, como se convencionou chamar no âmbito do Direito Processual, da forma já citada no item anterior.

Ressalta-se que dentre tais pressupostos, alguns se mostram insanáveis se não atendidos, como por exemplo, o direcionamento equivocado da responsabilidade que, neste caso, impede o seguimento do feito.

Portanto, sob a ótica da responsabilidade subjetiva, vislumbro que este processo não foi devidamente instruído de modo a atender aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, razão pela qual nos cumpre afastar a responsabilidade do prefeito, afastando-lhe a consequente aplicação de multa, por descumprimento de Decisão deste Tribunal, impondo mais uma vez o arquivamento do feito, nos termos previstos no já citado art. 166, do RITCEES, *verbis*:

Art. 166. O Tribunal determinará o arquivamento do processo de prestação ou de tomada de contas, mesmo especial, sem julgamento de mérito, quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Por derradeiro, registro os seguintes precedentes nos Processos TC 1989/2010 (Acórdão 232/2013), TC 5928/09 (Acórdão 304/13), TC 167/12 (Acórdão 231/13), TC 7384/12 (Acórdão 161/13), TC 4878/2003 (Acórdão 1796/2015), TC 3873/2005 (Acórdão 910/2016) e TC 3674/2004 (Acórdão 896/2016) em que foram afastadas as responsabilidades dos gestores, em situações que foram responsabilizados ordenadores equivocadamente, como



no caso concreto, tendo em vista doutrina balizada sobre responsabilidade subjetiva e culpabilidade, da forma acima explicitada.

Desta maneira, embora reconhecidas a abrangência e complexidade das atividades estatais que exigem a distribuição de competências, o chamamento aos autos de outros agentes públicos para responder pela instauração da tomada de contas e apuração das respectivas irregularidades, mostra-se impróprio, tendo em vista o prejuízo que esta reabertura processual tardia poderia acarretar.

Considerado impróprio o saneamento do feito, em razão do decurso de tempo de mais de 10 (dez) anos dos fatos imputados como irregulares, resta o afastamento da aplicação de multa ao prefeito, por descumprimento de decisão desta Corte, indevidamente a ele endereçada, pela ausência dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo.

**Corroboro integralmente com a conclusão da área técnica, no sentido de que deverá ser afastada a aplicação de multa ao prefeito por descumprimento de decisão desta Corte de Contas.**

### **III. CONCLUSÃO**

Assim sendo, entendo pela de ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como a ilegitimidade passiva do agente público responsabilizado, devendo os autos serem arquivados, sobretudo, como medida de racionalização administrativa e economia processual e, principalmente, em atenção aos princípios da celeridade, da segurança jurídica e, ainda, ao legado constitucional da ampla defesa e do contraditório.

### **IV. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, acompanhando integralmente a área técnica e o Ministério Público, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove o seguinte acórdão que submeto à sua consideração.

**SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO**

Conselheiro relator

## 1. ACÓRDÃO TC-918/2021 – 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. EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO** com fundamento o § 4º, do art. 142 da Lei Complementar Estadual 621/2012 c/c o art. 166 do RITCEES e art. 8º da IN 32/2014, tendo em vista a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, decorrente da ausência de dano configurado, deixando de reabrir a instrução processual, em razão do tempo decorrido e dos princípios da duração razoável do processo, aliado à segurança jurídica e a outras garantias constitucionais como a ampla defesa e o contraditório;

**1.2. ACOLHER A ILEGITIMIDADE PASSIVA** arguida e **AFASTAR A APLICAÇÃO DE MULTA** ao prefeito, por descumprimento de Decisão desta Corte de Contas, em razão da desconcentração administrativa adotada pelo município de Serra, com fundamento no art. 10º da Lei Municipal n. 3.479/2009, e em atenção a responsabilidade subjetiva a ser aplicada aos agentes públicos, configurando a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e impedindo o saneamento do feito, com a notificação das autoridades responsáveis para instaurar, instruir e encaminhar a presente tomada de contas especial a este Tribunal, tendo em vista o tempo decorrido e os princípios da duração razoável do processo, aliado à segurança jurídica e a outras garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório.

**1.3. DAR CIÊNCIA** das partes, e após, arquivamento dos presentes autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 22/07/2021 - 37ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (vice-presidente no exercício da presidência), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

**4.2.** Conselheira Substituta: Marcia Jaccoud Freitas (em substituição).

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Vice-presidente no exercício da presidência**

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

**Em substituição**

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**