



## Acórdão 01469/2021-1 - 2ª Câmara

**Processo:** 06496/2011-4

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

**Exercício:** 2009

**UG:** CMMF - Câmara Municipal de Muniz Freire

**Relator:** Sérgio Manoel Nader Borges

**Interessado:** CAMARA MUNIZ FREIRE

**Responsável:** JOAO BATISTA FERREIRA, EDUARDO ROCHA COCCO, VALERIA AGUILAR SATLER, DANIEL ELIAS DA SILVA, ANDERSON SARTORE, VIVIANE AGUILAR SATLER, GUSTAVO GIUBERTI LARANJA, ADVOCACIA E CONSULTORIA VINICIUS COUTINHO, CONSTRUTORA DURAES SOUZA EIRELI, GEDELIAS DE SOUZA

**AUDITORIA – CÂMARA MUNICIPAL DE MUNIZ FREIRE – IRREGULARIDADES – PRESCRIÇÃO – APLICAÇÃO DO TEMA 899 – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – SEGURANÇA JURÍDICA – ECONOMIA PROCESSUAL – DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO – MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO – CUSTO OPORTUNIDADE – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – ARQUIVAR.**

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

### **RELATÓRIO**

Tratam os autos de Auditoria Ordinária na Câmara Municipal de Muniz Freire, referente ao exercício de 2009. Foram apontados no Relatório RA-O 131/2011 (Volume digitalizado 2, fls. 5 e seguintes) achados relacionados ao Convite 004/2009. O contrato correspondente totalizava o montante de R\$ 95.408,77 (noventa e cinco mil quatrocentos e oito reais e setenta e sete centavos).

Os autos foram encaminhados para análise técnica, tendo sido elaborada a ITI 907/2011 (Volume digitalizado 8, fls. 39 e seguintes), opinando pela citação dos responsáveis.

Dessa forma, com base no artigo 41, inciso III da Lei Complementar 32/93 c/c o artigo 162 do Regimento Interno do TCEES, o Plenário, baseado no voto do então Conselheiro Relator, decidiu citar os responsáveis (Decisão Preliminar TC-668/2011, Volume digitalizado 8, fl. 61) para que no prazo de trinta dias prestassem os esclarecimentos pertinentes.

Após devidamente citados (Termos de Citação nº 1230/2011, 1231/2011, 1232/2011, 1233/2011, 1234/2011, 1235/2011, 1236/2011, 1237/2011, 1238/2011, Volume digitalizado 8, fls. 62-70), os responsáveis fizeram juntar aos autos suas justificativas, conforme se verificam nos Volumes digitalizados 9 - fls. 27 e seguintes, 10 – fls. 5 e seguintes, 11 – fls. 51 e seguintes, 16 – fls. 25 e seguintes.

Devido ao apontamento de irregularidades na área de engenharia os autos foram enviados ao Núcleo de Engenharia e Obras Públicas – NEO –, que elaborou a Instrução de Engenharia Conclusiva – IEC 53/2015-1, que abordou exclusivamente os aspectos relativos às obras e serviços de engenharia, tratados neste processo TC-6496/2011 e apontados na ITI nº 907/2011.

As seguintes irregularidades foram apontadas na ITI:

- I. Convite 004/2009 – Reforma e ampliação de dependências da sede da câmara municipal de Muniz Freire.
  - a) Ausência de orçamento detalhado contrariando o art. 7º, § 2º, inciso II, c/c § 4º, c/c art. 43, inciso IV da Lei de Licitações;
  - b) Exigência em edital de documento que não compõe o rol dos legalmente permitidos por lei contrariando o art. 27 da Lei de Licitações;
  - c) Exigência em edital de cláusula restritiva discriminando empresas domiciliadas ou sediadas em outras localidades da federação, contrária ao art. 29, inciso III da Lei 8.666/93;
  - d) Exigência em edital de documento que não compõe o rol dos legalmente permitidos por lei contrariando o art. 30, § 1º, inciso I da Lei de Licitações;

- e) Ausência do parecer da assessoria jurídica, contrariando o art. 38, parágrafo único, c/c caput, inciso VI da Lei 8.666/93;
- f) Ausência de indicação no convite dos limites para pagamentos de instalação e mobilização, contrariando o art. 40, inciso XIII da Lei 8.666/93;
- g) Ausência de indicação no convite do critério de atualização financeira dos valores a serem pagos e dos descontos por eventuais antecipações de pagamentos, contrariando o art. 40, inciso XIV, alíneas 'c' e 'd';
- h) Ausência de indicação no convite das condições de recebimento do objeto da licitação, contrariando o art. 40, inciso XVI da Lei 8.666/93;
- i) Descumprimento do item 10.3 do edital, em contraponto ao art. 41 da Lei 8.666/93;
- j) Descumprimento do item 11.2 do edital, em contraponto ao art. 41 da Lei 8.666/93;
- k) Ausência de indicação nos termos do contrato dos critérios de atualização monetária, em desacordo com o Art. 55, inciso III da Lei 8.666/93;
- l) Ausência de indicação nos termos do contrato da legislação aplicável à execução contratual, em desacordo com o Art. 55, inciso XII da Lei 8.666/93;
- m) Justificativa do aditivo não condiz com o art. 65, inciso I, alínea 'a' da Lei 8.666/93;
- n) Não validação de itens liquidados e pagos, com descumprimento do art. 66 da Lei 8.666/93;
- o) Descumprimento ao art. 73, inciso I da Lei 8.666/93 (relacionado ao termo de recebimento provisório);
- p) Descumprimento ao art. 73, § 3º da Lei 8.666/93 c/c item "3.13.1" do Contrato n.º 015/2009 (relacionado aos prazos para emissão do Termo de Recebimento Definitivo);
- q) Descumprimento ao Art. 76 da Lei 8.666/93 c/c item "1.4.6" do Caderno de Encargos (serviços executados em desacordo com os adquiridos);
- r) Ausência da licença de construção, em desacordo com o Art. 1º c/c art. 19 c/c art. 25 da Lei Municipal 1011/86 c/c item "7.1.7" do Contrato n.º 015/2009;
- s) Descumprimento do art. 94 da Lei Municipal 1011/86 (ausência de abertura para fins de iluminação e ventilação);

t)Descumprimento do art. 117 da Lei Municipal 1011/86 (área e altura de ambiente inferior à requerida).

Foram abordadas na referida IEC as irregularidades transcritas nas alíneas 'a', 'd', 'f', 'h', 'j', 'm' a 't'. As demais alíneas, 'b', 'c', 'e', 'g', 'i', 'k' e 'l', questões abordadas referentes à responsabilização e outras foram relegadas à análise do pelo NEC (que naquela ocasião detinha a competência regimental para elaboração de ITC).

Consta na IEC a seguinte conclusão:

**Do ponto de vista de engenharia, considerando: as irregularidades apontadas na ITI 907/2011 (fls. 394/408); as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis do presente processo; e o exposto nesta Instrução de Engenharia Conclusiva; permanecem as irregularidades a seguir elencadas (item 4.1 e 4.2), referentes ao Convite 004/2009:**

**4.1 Descumprimento da legislação**

No Quadro 1 encontram-se elencados os descumprimentos da legislação que, do ponto de vista de engenharia, permanecem como irregularidade.

**Quadro 1 – Descumprimentos da legislação mantidos após análise conclusiva.**

<b>RESPONSÁVEL</b>	<b>SUBITENS/ IRREGULARIDADES</b>	<b>BASE LEGAL</b>
<b>João Batista Ferreira</b> Vereador Presidente	3.1.1 Ausência de orçamento detalhado contrariando o art. 7º, § 2º, inciso II, c/c § 4º, c/c art. 43, inciso IV da Lei de Licitações.	Art. 7º, § 2º, inciso II, c/c § 4º, c/c art. 43, inciso IV da Lei 8.666/93.
<b>João Batista Ferreira</b> Vereador Presidente	3.1.7 Não validação de itens liquidados e pagos, com descumprimento do art. 66 da Lei 8.666/93.	Art. 66 da Lei 8.666/93.
<b>João Batista Ferreira</b> Vereador Presidente	3.1.10 Descumprimento ao Art. 76 da Lei 8.666/93 c/c item "1.4.6" do Caderno de Encargos (serviços executados em desacordo com os adquiridos).	Art. 76 da Lei 8.666/93 c/c item "1.4.6" do Caderno de Encargos.
<b>Eduardo Rocha Cocco</b> Profissional contratado para subsidiar a fiscalização		

**4.2 Pagamento Indevido**

O Quadro 2 apresenta, do ponto de vista de engenharia, o pagamento indevido mantido após análise das alegações de defesa dos responsáveis.

**Quadro 2 – Pagamento indevido mantido após análise conclusiva.**

<b>RESPONSÁVEIS</b>	<b>SUBITENS/ IRREGULARIDADES</b>	<b>BASE LEGAL</b>	<b>IMPORTÂNCIA DEVIDA</b>	
			<b>R\$</b>	<b>VRT E</b>
<b>João Batista Ferreira</b> Vereador Presidente	3.1.7 Não validação de itens liquidados e pagos, com descumprimento do art. 66 da Lei 8.666/93.	Art. 66 da Lei 8.666/93.	R\$ 8.481,41	4.225,07 VRT E

*Sendo assim, sugere-se ao Conselheiro Relator a **conversão** do presente processo em tomada de contas especial, nos termos do artigo 115, caput, da Lei Complementar 621/2012 e do artigo 207, VI c/c art. 317, caput e §2º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do ES, aprovado pela Resolução TC 261/2013, em razão dos achados que resultaram em dano ao erário.*

*Cabe ressaltar que a presente Instrução de Engenharia Conclusiva se restringe aos aspectos relativos às obras e serviços de engenharia, tratados no presente processo e apontados na ITI 907/2011.*

*Com relação às questões de responsabilização e demais subitens não abordados nesta Instrução, estas deverão ser oportunamente analisadas pelo NEC.*

O processo foi encaminhado ao NEC para elaboração de Instrução Técnica Conclusiva em 30/07/2015. Após as alterações regimentais e de estrutura organização ocorridas nesse interregno (2015-2020), foram os autos encaminhados ao Núcleo de Fiscalização de Edificações – NED para manifestação, tendo sido elaborada a Instrução Técnica Conclusiva ITC 324/2020, que propôs o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito; e extinção do processo sem resolução do mérito quanto à irregularidade passível de ressarcimento.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, manifestou-se por meio do Parecer 831/2020-3, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação às irregularidades indicadas nas alíneas ‘a’ a ‘m’ e ‘o’ a ‘t’ da ITC 324/2020 e pela citação da empresa Construtora Durães Souza LTDA.

Pautados os autos na 19ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara (virtual), ocorrida no dia 04/09/2020, proferi o Voto do Relator 2506/2020-1, confirmado pela Decisão TC 1065/2020-2, sobrestando o feito em razão da tramitação do julgamento do Recurso Extraordinário RE 636.886 pelo STF – Tema 899, que versava acerca da “*prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas*”.

Tendo sido verificado o trânsito em julgado do Recurso Extraordinário *supra*, conforme informação contida na Certidão 4325/2021-1, retornaram os autos a este Gabinete.

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

Como dito anteriormente, tratam os autos de Auditoria Ordinária na Câmara Municipal de Muniz Freire, referente ao exercício de 2009. Foram apontados no Relatório RA-O 131/2011 (Volume digitalizado 2, fls. 5 e seguintes) achados relacionados ao Convite 004/2009. O contrato correspondente totalizava o montante de R\$ 95.408,77 (noventa e cinco mil quatrocentos e oito reais e setenta e sete centavos).

No caso vertente, em razão dos recentes julgados, em especial aqueles afetos ao Tema 899/STF, entendo que determinados apontamentos devam ser considerados.

Nos presentes autos, a área técnica, por meio da ITC 324/2020, propõe a decretação da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas em relação às irregularidades apontadas, ressaltando a existência de uma única irregularidade com indicativo de dano ao erário, a respeito da qual entende poderia, em tese, incidir a apreciação meritória, desde que citada a empresa contratada, responsável pelo recebimento dos supostos valores a maior, decorrente do superfaturamento apurado.

Em sua fundamentação, no entanto, complementa finalmente, que não seria adequada a continuidade do processo, em razão do extenso lapso temporal desde a ocorrência dos fatos, suficientes para impor prejuízos ao contraditório e à ampla defesa da referida empresa, bem como pela inexpressividade dos valores apurados (4.225,07 VRTE), supostamente pagos de modo indevido.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, manifesta-se por meio do Parecer 831/2020-3, em favor do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação às irregularidades indicadas nas alíneas 'a' a 'm' e 'o' a 't' da ITC 324/2020 e pela citação da empresa Construtora Durães Souza LTDA.

Pois bem.

É de conhecimento desta Corte de Contas que o entendimento corrente até pouco tempo atrás, era o de que, ainda que prescritas, **as supostas irregularidades ensejadoras de ressarcimento poderiam gerar a imputação de débito aos gestores públicos.**

Sobre a temática, tramitam neste Tribunal inúmeros processos, de diferentes jurisdicionados, em situação semelhante a tratada nos presentes autos, qual seja, **reconhecimento de suposta prática de dano ao erário e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.**

Nestes casos, a análise de mérito está fundada em questionamentos acerca do dolo ou má fé dos atos praticados pelos gestores jurisdicionados dessa Corte de Contas.

Acerca do tema, é cediço que a Suprema Corte brasileira no julgamento do **Recurso Extraordinário 852.475**, decidiu, à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de **ato doloso** tipificado na Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa.

Lado outro, no julgamento do **Recurso Extraordinário (RE) 636886**, datado do **dia 24/06/2020**, aquela Suprema Corte concluiu, por unanimidade, pela **prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas.**

O entendimento se deu em sessão virtual, no julgamento do **Recurso Extraordinário (RE) 636886**, com repercussão geral reconhecida (**Tema 899**)<sup>1</sup>.

Do julgamento, restou consignado que somente seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário com base na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), hipótese esta que não se amolda no caso dos autos.

No âmbito desta Corte de Contas, diversos processos envolvendo a matéria em questão se encontravam sobrestados em virtude da tramitação do julgamento do **Tema 899, aguardando, até então, o seu trânsito em julgado.**

Contudo, vê-se que o respectivo julgamento transitou em julgado em 05/10/2021<sup>2</sup>, fixando a seguinte tese: **É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.**

---

1

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>

**Sem mais embargos, os processos antes sobrestados agora merecem impulso.**

**Ocorre que**, quando do julgamento do Tema 899, a Suprema Corte não tratou dos desdobramentos de questões que giram em torno da prescrição, bem como dos diversos efeitos reflexos que dela poderiam advir.

Dentre eles, menciono, por exemplo, a falta de manifestação da Corte Suprema relativamente a como se daria a continuidade do processamento das ações que envolvessem a presença de dano ao erário, mas que já estivessem eventualmente prescritas, como é exatamente o caso que ora se apresenta.

Sem a definição de uma solução, tornou-se dever dos próprios Tribunais de Contas a definição de como se dará a condução dos autos que versam sobre a matéria aqui ventilada, qual seja, **dano ao erário e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva**, fazendo com que surja o seguinte questionamento:

Haveria necessidade desta Corte de Contas de se manifestar sobre o mérito, mesmo diante da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em ações de ressarcimento?

Desta problemática, entendo pertinente expor alguns conceitos para que possamos pacificar o questionamento, a fim de evitarmos que se prolatem inúmeras decisões conflitantes.

Assim sendo, farei a exposição de algumas considerações que entendo serem oportunas a fim de conduzir a conclusão desta decisão da forma que melhor atender aos interesses de todas as partes envolvidas.

## **DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Primeiramente, registro que assiste razão ao jurista Antônio Gidi, que, ao fazer uma análise acerca da segurança jurídica no Brasil, afirma que a mesma decorre de certa inefetividade do próprio sistema, isto é, em vista da existência de uma Constituição

---

<sup>2</sup><http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>



com múltiplos microssistemas, inúmeras leis, analítica, com extensos códigos e estatutos, o que acaba por dar margem à uma propensa possibilidade de interpretações.

É de se reconhecer que um dos principais valores que devem irradiar o ordenamento jurídico gira em torno da segurança jurídica, sobretudo diante da complexidade que baliza a sociedade atual, na qual inúmeras questões conflitantes se apresentam.

O Direito deve, assim, selecionar e positivizar as melhores expectativas que poderão determinar e vincular o comportamento social, isso porque, é papel desta ciência a pacificação dos entendimentos, uma vez que se encontra inserida em um ambiente onde muitas possibilidades, em princípio, parecem ser válidas.

Portanto, diante de uma atmosfera diversificada e plural em que se encontra o Direito, é que ele deve desempenhar a função de noção de segurança jurídica, sendo através dele que se propicia um mínimo de certeza, previsibilidade e eficácia da norma, gerando sentimento de confiança nas instituições.

Cabe aos tribunais, magistrados, juízes e, neste caso concreto, aos Conselheiros desta Corte, o papel de demarcar os limites, isto é, nosso papel é ainda mais peculiar e delicado, pois se a positivação do direito já é de extrema complexidade, subsiste, juntamente com esta atividade, a problemática crucial de se escolher a melhor interpretação e segui-la com afinco.

**É justamente diante dessas constatações que surge a irremediável necessidade desta Corte de Contas em se pacificar o tema aqui em debate, uniformizando o julgamento de deliberações que envolvam ações de ressarcimento ao erário baseadas em decisão de Tribunal de Contas, em harmonia com os preceitos fundamentais.**

Digo isso pois, como já mencionado, há, atualmente, no âmbito deste Tribunal, inúmeros processos que serão afetados diretamente da conclusão que se formará do questionamento proposto.

Ao se eleger um caso paradigma, estará a Corte definindo como se dará o processamento dos demais autos que guardam matéria semelhante, atendendo ao

primado dos princípios da economia processual, segurança jurídica, estabilidade das decisões, uniformização de jurisprudência, dentre outros.

Seguindo-se o raciocínio, trago à baila o que prescreve a Lei Federal nº. 13.655/2018, que alterou as disposições contidas no Decreto-Lei Federal nº. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) para fazer constar novos artigos que servem para extirpar qualquer dúvida quanto à observação de certas premissas a serem seguidas quando da tomada de decisões no âmbito público, administrativo e judicial, não abrindo qualquer margem para a elaboração de determinações abstratas, delimitando a atuação do julgador para que este não opere de forma desarrazoada.

Dentre as inovações trazidas, destaco as seguintes:

Art. 30. **As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas**, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Art. 23. **A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.**

O que se vê é que há uma definição de atuação com padrões mínimos a serem seguidos quando da aplicação de alguma nova interpretação ou quando da necessidade de delimitação de novo entendimento/processamento.

A segurança jurídica que se suscita, neste momento, refere-se justamente ao fato de que sua não observância torna o próprio sistema vulnerável, **considerando o elevado número de processos que envolvem a mesma matéria, merecendo terem semelhante – ou até o mesmo – desdobramento, a depender do caso.**

*Cabe à nós, Conselheiros, portanto, definir como se dará o processamento dos autos, a partir do trânsito em julgado do Tema 899/STF.*

À título de complementação da linha de raciocínio até o momento desenvolvida, advirto sobre a **importância da formação dos precedentes.**

É sabido que está “*técnica de integração de decisões*” **garantem a segurança jurídica do ordenamento, uma vez que se colocam como ferramentas para que não sejam proferidas decisões divergentes ou surpresas pelos magistrados.**

O papel dos precedentes vai muito além da mera função de **orientador** da interpretação dos atos normativos, servindo, inclusive, como forma de persuasão da atuação do julgador, fazendo com que o mesmo desenvolva sua atividade de forma a adotar o fundamento das decisões anteriores (**a tese paradigmática**), seguindo a expressão em latim “*stare decisis et non quieta movere*”, em uma tradução livre: *mantenha-se a decisão e não se mexa no que foi estabelecido.*

É a partir desses questionamentos que abro a discussão do segundo tópico deste Voto:

### **DA ECONOMIA PROCESSUAL**

Define-se o princípio *supra* como sendo a obtenção de um resultado esperado, considerando o menor custo possível, *mantendo a qualidade e buscando a celeridade na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos*<sup>3</sup>.

A economia processual, portanto, está em constante busca de um resultado útil ao processo, com o dispêndio de um esforço mínimo processual. Assim, o **princípio tem por premissa maior evitar que atos desnecessários ou inúteis sejam praticados durante o processamento dos autos.**

Sobre a temática, explica Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 138)<sup>4</sup>:

Do ponto de vista sistêmico o objetivo do princípio da economia processual é obter menos atividade judicial e mais resultados. E para tanto deve se pensar em mecanismos para evitar a multiplicidade dos processos e, quando isso concretamente não ocorrer, diminuir a prática de atos processuais, evitando-se sua inútil repetição.

**Neste aspecto, é necessário que se questione até que ponto seria benéfico à Corte o julgamento meritório de irregularidades prescritas.**

<sup>3</sup> <https://antigo.plataformamaisbrasil.gov.br/ajuda/glossario/economicidade>

<sup>4</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. Salvador: JusPodiVm, 2016

**De maneira alguma está se propondo a não apreciação destes autos de forma a se imiscuir o Tribunal da sua atividade precípua,** mas tão somente que meus pares se indaguem: **quais seriam os ganhos para esta Corte de Contas ao mover todo o sistema de trabalho desenvolvido por este Tribunal, a fim de julgar processos já prescritos, que não poderão ser executados e que não serão revertidos em quaisquer benefícios econômicos ou sociais?**

Adentrar à análise de cada irregularidade já prescrita contida nos inúmeros processos que tramitam atualmente trará muito mais dispêndio aos cofres públicos do que vantagens, vez que se estará movimento todo um trabalho dos agentes públicos do Tribunal sem que o processo atinja qualquer resultado útil, ante a impossibilidade de ressarcimento.

É inócuo, portanto, que se entenda pela análise de irregularidades já prescritas e que não possam ser executadas. Pensamento neste sentido é ausente, inclusive, de razoabilidade.

**Ressalto, novamente, que a solução para o caso não foi definida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo responsabilidade das Cortes de Contas o papel definidor para tal.**

Ricardo L. Torres<sup>5</sup> destaca que o controle da economicidade, *relevante no direito constitucional moderno, em que o orçamento está cada vez mais ligado ao programa econômico, **inspira-se no princípio do custo-benefício.***

Neste mesmo sentido, assevera o Ministro Ivan Luz<sup>6</sup>, do TCU, um dos primeiros a abordar a questão do controle da eficiência e da economicidade pelos Tribunais de Contas, que:

(...) os resultados objetivos dos planos, projetos e programas podem ser objeto de avaliação. Esta revelará a eficiência, a produtividade dos instrumentos administrativos envolvidos, o acerto dos estudos de viabilidade econômica realizados, **a economicidade como relação adequada entre os recursos envolvidos e as resultantes alcançadas.**

<sup>5</sup> file:///C:/Users/t203910/Downloads/1224-Texto%20do%20artigo-2136-1-10-20151023.pdf

<sup>6</sup> LUZ, Ivan. Do controle da eficiência e economicidade pelos Tribunais de Contas. Porto Alegre, Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Vol. 2, nº 5, jun/1985, pp.77/ 84.

De forma clarividente, vê-se que os recursos (financeiros) que serão dispendidos no julgamento de irregularidades já prescritas – **e que não poderão trazer quaisquer ressarcimentos aos cofres públicos** – não alcançaram qualquer resultado positivo a Administração Pública.

Em excelente artigo desenvolvido pelo **Subprocurador-Geral do Ministério Público, Dr. Paulo Soares Bugarin**, este assim se manifesta:

**Infere-se que o princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autoriza o ente político-administrativo encarregado do específico e peculiar afazer hermenêutico constitucional in casu, o TCU**, ao exame, *pari passu*, dos elementos de fato informadores dos diversos processos subjetivos de tomadas de decisão de gastos/investimentos públicos *vis-à-vis* o conjunto objetivo dos resultados alcançáveis, **qualificando-os, efetiva ou potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, deste modo, a despesa pública antieconômica** e a conseqüente perpetração do, muitas vezes irremediável, prejuízo social.

É papel desta Corte, portanto, evitar que despesas desnecessárias e gastos públicos inócuos se deem no âmbito de sua atividade.

Neste aspecto, adentro a terceira matéria que entendo pertinente para o exame do caso.

### **DO PRIMADO DO “CUSTO OPORTUNIDADE”**

Sobre o instituto, preleciona o Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia<sup>7</sup> que a **“análise econômica do direito busca a compreensão do direito partindo de pressupostos e valores econômicos, aplicáveis ao caso concreto pelo magistrado.**

*Dessa forma, a racionalidade econômico-jurídica interage com o meio, de forma a determinar e influenciar a prática jurídica e o delineamento de novas matizes no ordenamento em geral, segundo novos padrões econômico-valorativos quando da apreciação judicial de casos. Aqui, surge o problema dos custos de oportunidade. O custo de oportunidade vai ocorrer quando o agente opta por um determinado tipo de opção de ação em prejuízo de outras ações mutuamente excludentes. Então, o custo de oportunidade vai representar o benefício que foi perdido, ao se escolher determinada ação, objetivando um dado fim.”*

---

<sup>7</sup> <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-problema-dos-custos-de-oportunidade-na-configuracao-do-interesse-de-agir-na-acao-de-habeas-data/>

**É assim que se torna evidente que a aplicação do método econômico ao Direito nos conduz a uma escolha racional, contribuindo com o aperfeiçoamento de normas jurídicas quando forem efetivamente produzidas.**

O legislador passa a elaborar normas mais eficientes e eficazes, otimizando o processo de produção normativo diante de um cenário de escassez de recursos, se adaptando a realidade fático-jurídica.

*<sup>8</sup>Submete-se a ideia de eficácia da norma jurídica à ideia de eficiência. O objetivo é fazer com que a norma jurídica atinja o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, tendo em vista o máximo rendimento possível, objetivando alcançar a função prevista de maneira mais produtiva, ou seja, com o mínimo de dispêndio aplicado.*

Neste momento torna-se necessário advertir que os inúmeros processos existentes nesta Corte afetados pelo julgamento do Tema 899/STF dizem respeito a auditorias realizadas há mais de 10 (dez) anos.

Assim, **vê-se que outra problemática se exsurge: como se dariam o processamento destes autos? Caso o Tribunal entenda pela necessidade de manifestação meritória, diante da necessidade de reabertura processual em razão da ausência de matriz quando da análise caso a caso, optaríamos então pelo seu refazimento? Seria está a decisão que melhor atenderia aos interesses desta Corte? Quais seriam os reais benefícios trazidos da aplicação deste entendimento? E os desdobramentos?**

No que toca ao tema, transcrevo parte do trecho contido no **ACÓRDÃO TC-814/2017 – PLENÁRIO, Processo - TC-3428/2009**, vejamos:

Por outro lado, em relação àqueles indicativos não alcançados pelo instituto da prescrição (§ 5º, art. 37, CF/88), posto que implicam imposição de ressarcimento, **deve-se analisar a racionalização administrativa, o custo de oportunidade, a viabilidade e a efetividade de reabertura processual após mais de 09 (nove) anos da ocorrência dos fatos, sob pena de se ferir o princípio da duração razoável do processo**, insculpido no inciso LXXVII da Carta Magna e **da segurança jurídica**, na medida que põe sob risco **o princípio do contraditório e da ampla defesa**, cláusula pétrea disposta no art. 5º, LV da CRFB/88, **assim como com os primados da economia processual.**

---

<sup>8</sup> COOTER, *op. cit.*, 2007; SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, *op. cit.*, 2005, pp. 81, 83

**Necessário que meus pares considerem não apenas a relação teleológica do instituto da economicidade *pari passu* com o direito material,** mas também a eficiência deste princípio, compreendendo-o em relação à necessidade de se obter o máximo rendimento possível com a menor perda ou menor dispêndio de esforços.

Em outra ocasião, no julgamento do Recurso de Reconsideração do Processo 12742/2019-5, 09789/2013-4, o ilustre Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo solicitou vista, manifestando-se por meio do Voto-vista 0059/2020-4.

Em síntese apertada, entende que persistiria a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas, ainda que se tenha operado a prescrição da pretensão punitiva, nos casos em que houvesse a ocorrência de dano ao erário.

**Proferindo o Voto Complementar 2578/2020, me manifestei trazendo argumentos aplicáveis diretamente ao presente caso sob análise.**

Assim sendo, transcrevo os seguintes que entendo serem pertinentes:

Sobre o fenômeno da prescrição, entendo ser pertinente rememorar o que se depreende do seu conceito. Para tanto, colaciono lição ministrada por CRETELLA JÚNIOR<sup>2</sup>, que assim se manifesta:

(...) prescrição é a extinção da iniciativa de punir, resultado da inércia, durante certo lapso de tempo, do poder público, na perseguição da infração ou na execução da sanção. (...) (...). Sob o aspecto do direito de punir, a relação jurídica entre o titular da ação punitiva, o Estado, e o paciente, a pessoa física afetada pelo decurso do tempo, extingue-se em determinado momento. Nem teria sentido que a sanção pairasse, indefinidamente, como a espada de Dâmocles, sobre o infrator da norma, para ser aplicada muito mais tarde, quando os fatos, as circunstâncias de local e de tempo, os documentos, as testemunhas e as provas tivessem de vir à tona para extemporânea valoração pelo aplicador da pena, dentro de quadro bem diverso daquele que cercava o fato e o autor, na época da consumação do fato.

Seguindo ainda esta linha de inteligência, cabe destacar as concisas lições ministradas pelo jurista PONTES DE MIRANDA<sup>3</sup> :

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o Direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrimo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.

A prescritibilidade aqui tratada, portanto, impede que as Cortes de Contas possam instaurar processos de responsabilização por dano ao erário, a qualquer momento, privilegiando a garantia da segurança jurídica e da paz social, alcançadas pela estabilização das decisões. A bem da verdade, o Supremo Tribunal Federal concluiu que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92): São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. STF. Plenário. RE 852475/SP, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018 (Repercussão Geral – Tema 897) (Info 910).

(...)

**Destaco o seguinte fragmento:**

**Além das convicções até o momento expostas, entendo pertinente levantar a temática acerca da economia processual. Isso porque, logo de início, indago: até que ponto o julgamento de processos prescritos atenderia a tríade eficácia, eficiência e economia? Fazer este Tribunal se debruçar sobre processos que já se encontram prescritos só o faz gastar demasiado tempo e recurso em questões que já extinguiram a iniciativa de punir da Administração Pública.**

Este é, inclusive, o conceito que se entende por prescrição: extinção da iniciativa de punir. E mesmo que prosperasse a tese defendida no voto vista, de que “persiste a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas, ainda que se tenha operado a prescrição da pretensão punitiva”, qual resultado prático alcançaríamos em relação a restituição desses valores ao erário? Já que é ponto sem divergência a impossibilidade de se mover as ações de ressarcimento. Rememoro aos pares, que há muito se discute neste Tribunal o que chamamos de “custo de oportunidade”, que, na economia, é o valor que se renuncia ao tomar uma decisão.

**Transposto o conceito para esta Corte, trata-se de se fazer a escolha entre debruçar recursos em algo que efetivamente gerará benefício para a sociedade ou continuar percorrendo um caminho com fim incerto e inegavelmente ineficiente.** É uma questão de racionalização administrativa e respeito aos princípios da economicidade e efetividade do processo, na esteira no processo civil atual.

**Os princípios de racionalização administrativa e de economia processual devem contribuir para apuração dos atos lesivos ao patrimônio público e o ressarcimento dos prejuízos causados ao mesmo, contrariamente à absurda hipótese de estímulo à impunidade para pequenos danos.** (...) No trato da coisa pública, racionalizar significa otimizar, com sabedoria, discernimento, critério. A sociedade carece de respostas e cobra do Estado atitudes adequadas para que o interesse público seja, de fato, alcançado. Os atos espúrios e lesivos ao patrimônio de todos devem ser definitivamente banidos com medidas eficazes. A postura ética não deve ser vista como um diferencial da pessoa, mas como uma conduta constante, usual e rotineira.

Em todas as esferas de Poder — e não somente no Judiciário — a economia processual é fator determinante para a obtenção dos efeitos pretendidos. Qual o valor de uma decisão, por mais sábia, se quando proferida, não pode mais ser aplicada, porque seu objeto se perdeu nos meandros de um processo lento e complicado?

De todo o exposto, concluo o presente voto mencionando a recente decisão prolatada pelo **Tribunal de Contas de Minas Gerais**, *que foi o pioneiro e, por meio do seu órgão plenário, decidiu, por maioria, acolher e aplicar nos processos de sua competência as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal (Decisão Plenária no Recurso Ordinário nº 1.054.102). Isto é, firmou o entendimento segundo o qual a pretensão de ressarcimento ao erário prescreve no mesmo prazo da pretensão punitiva, inclusive antes da formação do título executivo*<sup>9</sup>.

Sobre o importante julgado acima mencionado, transcrevo parte do trecho contido no artigo **“A (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito dos Tribunais de Contas: a vanguarda do TCE/MG na aplicação dos Temas 666, 897 e 899 da repercussão geral”**, vejamos:

<sup>9</sup> FERRAZ, Leonardo de Araújo; AVELAR, Daniel Martins e. A (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito dos Tribunais de Contas: a vanguarda do TCE/MG na aplicação dos Temas 666, 897 e 899 da repercussão geral. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 21, n. 248, p. 13-32, out. 2021



A partir desse julgamento, enfim, pode-se entender que, pelo menos no âmbito do Tribunal de Contas de Minas Gerais, a matéria encontra-se definida, no sentido de que a pretensão de ressarcimento ao erário é prescritível no âmbito dos processos de controle externo (Tema 899), cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário o reconhecimento da imprescritibilidade prevista no Tema 897 da repercussão geral.

De todo o exposto, concluo a prolação deste Voto expondo na forma de tópico ponto por mim suscitado acima, qual seja, a problemática do processamento dos autos em que haveria a necessidade de refazimento da matriz a fim de viabilizar o julgamento de mérito.

### **DA MATRIZ DE RESPONSABILIDADE E DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS**

Ademais das considerações *supra* ventiladas, resta imperioso apresentar uma análise acerca dos efeitos de eventual superação da ocorrência da prescrição de ressarcimento ao erário por parte desta Corte de Contas.

É cediço que mais de uma centena de processos se encontravam sobrestados, aguardando manifestação do STF acerca da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunais de Contas.

Ato contínuo, consoante já exposto, o STF fixou tese de repercussão geral (tema 899) no sentido de ser prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Assim, a despeito do reconhecimento da prescrição do ressarcimento, caso esta Corte de Contas delibere por dar continuidade aos processos sobrestados e, por conseguinte, se manifestar sobre o mérito de processos em que envolvam a presença de dano ao erário, a continuidade da análise, repito, de mais de uma centena de processos, irá se esbarrar com a problemática da ausência de matriz de responsabilização, uma vez que são processos antigos e processados sob a sistemática da responsabilidade objetiva dos gestores.

A sistemática da responsabilização objetiva dos gestores, voltada apenas aos ordenadores de despesas, contudo, não mais se coadunam com a atual sistemática processual adotada por esta Corte de Contas, que exige individualização das condutas praticadas, bem como, nexos de causalidade existente entre as condutas e

a suposta desconformidade verificada, **tema já debatido exaustivamente por este Tribunal.**

Desse modo, sob os atuais ditames da Lei Complementar 621/2012 e do RITCCES (Resolução TC 261/2013), resta imperioso que este Tribunal, ao exercer sua competência sancionatória, direcione-se para a **imputação de responsabilidade sob a ótica da responsabilidade subjetiva**, aplicando a sanção “*de forma individual, a cada agente que tiver concorrido para o ato, na medida de sua participação*” (art. 383, RITCEES).

Assim, uma vez identificada a ausência de individualização de responsabilização, é mister que se refaça a matriz de responsabilização a fim de que o feito seja adequadamente instruído e que sejam atendidos os pressupostos que permitam o desenvolvimento válido e regular do processo.

Contudo, a reabertura da instrução processual após tamanho lapso temporal afrontaria substancialmente direitos fundamentais, visto que referido reinício de instrução processual implicaria no apontamento de responsabilização a novos agentes, que muito provavelmente, sequer conseguiriam ter acesso a documentos para apresentação de suas defesas.

Resta inequívoco que introduzir tais agentes em uma discussão fático-jurídica após grande lapso temporal traduz manifesta violação a princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente os direitos fundamentais do contraditório e ampla defesa, que por certo restariam prejudicados devido ao decurso do tempo, bem como o da própria duração razoável do processo, já que se exigiria todo um novo trâmite processual como: citação dos eventuais novos responsáveis; aguardo da defesa; manifestações técnicas e elaboração de novo voto.

Nessa esteira, a necessidade de reabertura de instrução processual se faria revelar que tais processos não se encontram devidamente instruídos de modo a atender aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, razão pela qual nos cumpriria aferir eventual ofensa ao art. 166, do RITCEES, *in 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.

Com efeito, relembro que nestas hipóteses, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em vista da inviabilidade de recomposição processual e até mesmo da possibilidade de comprometimento da produção de um conjunto probatório eficaz para a solução do caso concreto, vem optando pela extinção do feito sem julgamento de mérito, conforme acima exposto, a exemplo das seguintes decisões mais recentes: TC 04133/2006-1 (Acórdão 00092/2021-6 - Plenário); TC 00390/2008-3 (Acórdão 01512/2019-Plenário); TC 06195/2010-3 (Acórdão 01436/2019-Segunda Câmara); TC 06994/2010-1 (Acórdão 01217/2019-4 – Segunda Câmara); TC 7052/2003 (Acórdão 639/2018-Plenário); TC 666/2006 (Acórdão 862/2021-Segunda Câmara).

**Com isso, entendo relevante que esta Corte de Contas sopesse a efetividade da continuidade da análise de mérito dos processos sobrestados sob debate, uma vez que o lapso temporal somado à antiga sistemática de responsabilização objetiva, obrigará a reabertura da instrução processual com vistas ao refazimento da matriz de responsabilização, fato que revelará, por si só, ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, e que culminará, por fim, na extinção do processo sem resolução de mérito.**

Isto posto, reputo cabível que este Tribunal de Contas considere eventual afronta à economicidade e ao resultado útil do processo, caso a continuidade da tramitação de mais de uma centena de processos, exigindo o dispêndio de recursos humanos e financeiros, culmine no mesmo resultado caso fossem finalizados neste momento processual: na extinção de feito sem julgamento de mérito.

Assim sendo, e diante de tudo o que fora até o momento exposto, considerando ter sido elucidada de forma inequívoca a completa ausência de qualquer resultado útil a esta Corte de Contas que a análise das irregularidades prescritas possam gerar, bem como em razão do elevado número de processos que envolvem a mesma matéria aqui tratada, é que decido pela extinção do processo sem resolução do mérito.

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

**SÉRGIO MANOEL NADER BORGES**

Conselheiro Relator

**1. ACÓRDÃO TC-1469/2021:**

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas no voto do relator, em:

**1.1. EXTINGUIR** o processo sem resolução do mérito, nos termos da fundamentação apresentada;

**1.2. DAR CIÊNCIA**, na forma regimental, aos interessados e ao MPC;

**1.3. ARQUIVAR** o feito após o trânsito em julgado.

**2. Unânime.**

**3. Data da Sessão:** 10/12/2021 - 57ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

**4. Especificação do quórum:**

**4.1. Conselheiros:** Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator) e Domingos Augusto Taufner.

**4.2. Conselheiro substituto:** Marco Antonio da Silva (em substituição).

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

**Presidente/Relator**

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

**Em substituição**

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

**Subsecretária das Sessões**