



Acórdão 00491/2023-9 - 2ª Câmara

Processos: 07069/2014-2, 09829/2013-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

Exercício: 2014

UG: DER-ES - Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: DER

Responsável: GUSTAVO PERIN RIBEIRO, CEJEN ENGENHARIA LTDA, MYRIAM BITTENCOURT SABRA AMANCIO PEREIRA, FERNANDA GALON ARRIGONI, TEREZA CRISTINA MARTINS BARCELLOS, ARGEO REGINALDO LORENZONI FILHO, OLIVIO MARCOS CAMPO DALL ORTO, ELVIO ANTONIO SARTORIO, MAYTE CARDOSO AGUIAR, CLEBER WILLIAM CLACINO RANGEL, EDUARDO ANTONIO MANNATO GIMENES, FERNANDA LEAL REIS, FERNANDA COSTA DE LIMA BUSATO, BRUNO MATIAZZI COSTA, RODRIGO JOSE COSTA NOBREGA, LUIZ AUGUSTO ADERNE VIEIRA, ROSELY MARIA SALVADOR, AMERICO LUIZ PEREIRA DA SILVA, EPT ENGENHARIA E PESQUISAS TECNOLOGICAS SA, TEREZA MARIA SEPULCRI NETTO CASOTTI, ERGGLUZ ENGENHARIA LTDA

Procuradores: CARLOS ROBERTO DE PAULA RIBEIRO, MATHEUS DOCKHORN DE MENEZES (OAB: 14007-ES), ALEX DE FREITAS ROSETTI (OAB: 10042-ES), AMANDA LOYOLA GOULART (OAB: 24474-ES), CARLOS EDUARDO AMARAL DE SOUZA (OAB: 10107-ES), CHEIM JORGE & ABELHA RODRIGUES ADVOGADOS ASSOCIADOS, CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS (OAB: 12142-ES), FLAVIO CHEIM JORGE (OAB: 262B-ES), LUDGERO FERREIRA LIBERATO DOS SANTOS (OAB: 21748-ES), MARCELO ABELHA RODRIGUES (OAB: 7029-ES), MARIANA FERNANDES BELIQUI (OAB: 15918-ES), MARCELO DE PAULA BECHARA (OAB: 125132-SP), EMANOEL MAURICIO DOS SANTOS (OAB: 228023-SP), WILSON BELARMINO TIMOTEO (OAB: 169254-SP)

PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO – AUDITORIA ORDINÁRIA – PLANO ANUAL DE FISCALIZAÇÃO – DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (DER/ES) – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E EXECUÇÕES CONTRATUAIS – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – APLICAÇÃO DO TEMA 899 – EXTINGUIR O FEITO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

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

1 RELATÓRIO

Tratam os autos de auditoria ordinária realizada junto ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, especificamente nos contratos de execução e consultoria relacionados aos serviços de recuperação, reforço e ampliação da ponte Florentino Avidos, Colatina, ES (Contratos nºs. 002/2012 e 001/2013), tanto na etapa de licitação como na execução; e na etapa de execução do Contrato nº. 012/2011 para duplicação da Av. João Palácios, Serra/ES, quanto aos aspectos relacionados à área Engenharia.

Em vista da execução do Plano de Fiscalização nº. 125/2014 foi elaborado o Relatório de Auditoria Ordinária (RA-O) nº. 0001/2015, servindo o mesmo de subsídio para a confecção, por parte do Núcleo de Engenharia e Obras Públicas – NEO, da Instrução Técnica Inicial (ITI) nº. 0255/2015 sugerindo a conversão do feito em Tomada de Contas Especial, a citação dos responsáveis ali indicados e, por fim, a notificação do então gestor órgão para adoção das providências ali descritas.

Após a citação válida de todos os responsáveis indicados, foram apresentadas as justificativas e esclarecimentos, devidamente acompanhadas de documentos, razão pela qual foram os autos remetidos, novamente, ao Núcleo de Engenharia e Obras Públicas – NEO para análise. Desta feita, após a apreciação dos

argumentos trazidos foi elaborada a Instrução de Engenharia Conclusiva (IEC) nº. 0004/216.

Nesta fase processual, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) protocolou, em 26/04/2016, solicitação de “intervenção como terceiro interessado na qualidade de assistente simples” (fls. 9761-9801), sendo então o processo encaminhado ao Núcleo de Normatização da Fiscalização - NNF, para a elaboração de Instrução Técnica Conclusiva Complementar, a fim de que fossem abordadas as preliminares de mérito trazidas pelas defesas, sem tangenciar as questões técnicas de engenharia já analisadas.

Como resultado da análise realizada foi tecida a Instrução Técnica Conclusiva Complementar (ITC) nº. 03351/2018, sendo certo que nesta oportunidade restou afirmado pela área técnica que “(...) da análise realizada nesta ITC Complementar, não foram encontradas, nas alegações das Defesas, argumentos ou motivos capazes de alterar as conclusões da IEC 04/2016, razão pela qual corroboramos o trabalho realizado quanto à responsabilização dos agentes pelos atos ilegais praticados e pelos ressarcimentos apontados, assim como em relação às irregularidades afastadas”.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Especial de Contas que, por meio do Parecer Ministerial nº. 1102/2019, da lavra do Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 03351/2018.

Posteriormente a isto, a defesa da Sra. Fernanda Leal Reis ingressou no feito com pedido para que o mesmo fosse digitalizado, o que foi deferido pela Presidência desta Corte de Contas.

Ao após, na 37º e 38º Sessão Ordinária da 2º Câmara, foram realizadas sustentações orais por parte dos responsáveis, em 23/10/2019 e 30/10/2019, seguida da juntada de memoriais, conforme eventos 119, 120, 121, 122, 129, 130, 131, 132 e 134.

Instada a se manifestar, os técnicos desta Corte elaboraram a Manifestação Técnica de Defesa Oral 52/2019, concluindo pela manutenção das conclusões havidas na **Instrução Técnica Conclusiva 3351/2018-1**.

O Ministério Público de Contas, através do **Parecer 1281/2020**, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Manifestação Técnica de Defesa Oral 52/2019-1.

Ao após, vieram os autos a este Gabinete, momento em que proferi o Voto do Relator 1095/2021, sobrestando o feito em razão do juízo do Tema 899 pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, considerando o encerramento do sobrestamento do feito conforme atestado através da Certidão 1723/2023, retornaram os autos a este Gabinete, para fins de prolação de voto.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme mencionado, tratam os autos de auditoria ordinária realizada junto ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, especificamente nos contratos de execução e consultoria relacionados aos serviços de recuperação, reforço e ampliação da ponte Florentino Avidos, Colatina, ES (Contratos n.ºs. 002/2012 e 001/2013), tanto na etapa de licitação como na execução; e na etapa de execução do Contrato n.º. 012/2011 para duplicação da Av. João Palácios, Serra/ES, quanto aos aspectos relacionados à área Engenharia

Conforme já mencionado em decisões anteriores, em que pese não ter havido qualquer manifestação neste sentido, restou verificado que as citações pertinentes aos responsáveis apontados ocorreram todas no ano de 2015.

A informação pode ser confirmada quando da análise das informações contidas no evento 036 – Volume Digitalizado 03943/2019-1, página 52.

Consta dos documentos ali acostados que os AR's e suas respectivas contrafés datam do mês de junho de 2015.

O fato pode ser facilmente verificado conforme termos de citação n.º 01113/2015 a 1133/2015, acompanhados, posteriormente, pelas contrafés contidas no referido evento 036 – Volume Digitalizado 03943/2019-1, página 52, já mencionado.

Pois bem.

Após o exame da época das citações ocorridas, juntamente com a análise do tempo de ocorrência dos fatos, evidenciei através do Voto do Relator 1095/2021, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas no que tange as irregularidades sob comento.

Assim, restou prontamente verificado que as irregularidades neste momento tratadas dizem respeito a uma auditoria realizada no Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER-ES, tendo sido fiscalizados três contratos do órgão jurisdicionado, considerando enfoque nos seguintes aspectos: execução de obra (Contrato nº 002/2012); serviço de apoio à fiscalização de obra (Contrato nº 001/2013); e qualidade de serviços de pavimentação executados (Contrato nº 12/2011). Advirto que também foram objeto de auditoria os projetos básicos dos Contratos nº 002/2012 e 001/2013, constantes das concorrências públicas CP nº 10/2011 e 45/2012

Das inconsistências detectadas nos trabalhos da auditoria, consubstanciadas na Instrução Técnica Inicial 255/2015, foram os responsáveis citados para apresentarem suas respectivas justificativas.

Assim sendo, o Relatório de Fiscalização nº RA-O 1/2015 se refere a fatos/atos de gestão ocorridos/praticados nos exercícios de **2011 a 2014**, sendo os marcos da contagem do prazo prescricional as datas das ocorrências dos fatos, conforme disposição contida no art. 71, § 2º, II, da Lei Complementar Estadual 621/2012.

No presente caso, verifica-se que o curso do prazo prescricional das irregularidades interrompeu-se, em razão da realização das citações aos agentes, **no decorrer do mês de junho de 2015**, a teor do que dispõe o citado § 4º do art. 71 da Lei Complementar Estadual 621/2012.

Evidencio, desde já, a inoccorrência de causas suspensivas à contagem do prazo prescricional.

Nesse passo, tendo em vista que a última interrupção (art. 71, § 4º, II, da Lei Complementar Estadual 621/2012) do curso prescricional se deu na oportunidade das citações, resulta constatado que a **pretensão punitiva do TCEES, referente à aplicação de sanções aos gestores, extinguiu-se em 2020**, a teor do que dispõe o inciso II do § 2º do art. 71 da Lei Complementar Estadual 621/2012, **que fixa como marco da contagem do prazo prescricional a data da ocorrência do fato, interrompido com a citação, a partir da qual a contagem reinicia ab initio.** **Pelo exposto, a prescrição da pretensão punitiva, por este E. Tribunal de Contas, portanto, está consumada.**

Sobre a temática, advirto que o Supremo Tribunal Federal, no Tema 899 – RE 636.886 – “Prescritibilidade da Pretensão de Ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas”, reconheceu a repercussão geral do assunto tratado

nestes autos, tramitando nessa Corte de Contas vários processos, de diferentes jurisdicionados, em situação semelhante, qual seja, **ocorrência de dano ao erário e prescrição da pretensão punitiva**.

Em julgamento deste tema 899, pela Corte Suprema, datado do dia **24/06/2020**, aquele Tribunal 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**)¹, conforme já mencionado.

Restou consignado, portanto, 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 ao presente caso dos autos.

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?

1

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

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.

a) 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 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.

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 e advirto que já existem, no âmbito desta Corte, inúmeros processos semelhantes que já foram julgados no mesmo sentido que será ao final proposto.**

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:

b) 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*².

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)³:

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.

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 na 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.

² <https://antigo.plataformamaisbrasil.gov.br/ajuda/glossario/economicidade>

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. Salvador: JusPodiVim, 2016

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. Torres⁴ 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 Luz⁵, 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.**

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

⁴ file:///C:/Users/t203910/Downloads/1224-Texto%20do%20artigo-2136-1-10-20151023.pdf

⁵ 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.

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.

C) DO PRIMADO DO “CUSTO OPORTUNIDADE”

1.1.1.1 Sobre o instituto, preleciona o **Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia**⁶ que a **“análise econômica do direito busca a compreensão do direito partindo de pressupostos e valores econômicos, aplicáveis ao caso concreto pelo magistrado.**

1.1.1.2 ***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.”***

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.

⁷*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*

⁶ <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/>

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.**

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.

⁷ COOTER, *op. cit.*, 2007; SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, *op. cit.*, 2005, pp. 81, 83

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 JÚNIOR², 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 MIRANDA³:

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 executivo⁸.

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:

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.

D) 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.

⁸ 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

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 com 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 e que já foram decididos, **é que decido pela extinção do processo com 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- 491/2023-9

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas, em:

- 1.1** **EXTINGUIR** o processo com resolução do mérito, nos termos deste Voto;
- 1.2** **DAR CIÊNCIA**, na forma regimental, aos interessados e ao Ministério Público Especial de Contas;
- 1.3** Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** o feito
- 2.** Unânime.
- 3.** Data da Sessão: 26/05/2023 - 18ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.
- 4.** Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator), Domingos Augusto Taufner e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões