



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, vem, tempestivamente, à presença de V. Ex^a., com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso III, da LC n. 451/2008, art. 152, inciso II, e 166 da LC n. 62-1/2012, inconformado com o Acórdão TC-01311/2018-2, propor o presente

PEDIDO DE REEXAME

Em vista das razões anexas, requerendo após o cumprimento das formalidades legais e regimentais, seja o presente submetido à apreciação do egrégio Plenário, na forma do art. 9º, inciso XIII, do RITCEES.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 29 de março de 2019.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS



RAZÕES DO RECURSO DE PEDIDO DE REEXAME

Processo TC: 3893/2008-6
Acórdão: TC-01311/2018-2

EGRÉGIO PLENÁRIO,
EMINENTES CONSELHEIROS,

I – BREVE RELATO

O **Acórdão TC-01311/2018-2**, exarado no Processo TC-3893/2008-6, em preliminar, decretou a prescrição da pretensão punitiva e, no mérito, considerou que a matriz de responsabilização se encontrava incompleta, razão pela qual extinguiu o processo em face dos responsáveis, o qual se prestou a averiguar a regularidade e legalidade dos atos de gestão praticados no exercício de 2007 no âmbito da PREFEITURA DE NOVA VENÉCIA, sob responsabilidade de WALTER DE PRÁ, conforme Programa de Auditoria n. 158/2008, nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. Reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas em face do Sr. Walter de Prá e da empresa E&L Soluções de Software Ltda, no tocante ao item 1 da ITI 434/2008 --- “prorrogação do prazo de vigência de contrato, com reajuste de preço acima da inflação do período, sem a devida justificativa (ausência de motivação)” ---, **extinguindo-se o processo com resolução do mérito**, nos termos do art. 487, II do CPC;

1.2. Extinguir o feito sem resolução do mérito em face do Sr. Walter de Prá e da empresa E&L Soluções de Software Ltda, no tocante ao ressarcimento decorrente do item 1 da ITI 434/2008, em linha com os precedentes deste Tribunal de Contas;

1.3. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

O Acórdão objurgado, no entanto, foi proferido **em contrariedade às provas dos autos e ao ordenamento jurídico**, razão pela qual se insurge esse órgão do Ministério Público de Contas.



II – DO CABIMENTO, DA LEGITIMIDADE E DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Preceitua o art. 166 da LC n. 621/2012 que “*cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta*”, aplicando-lhe, no que couber “*as disposições dos artigos 164 e 165 desta Lei Complementar*”.

Quanto ao interesse processual, verifica-se que o binômio interesse e adequação está devidamente demonstrado, em razão da decisão do Plenário divergir completamente do parecer ministerial e o recurso admitido ser, nos termos dos dispositivos legais supracitados, o pedido de reexame, sendo, portanto, evidenciado o cabimento e a legitimidade recursal.

Relativo à tempestividade, o art. 408, § 5º, do RITCEES estabelece que “*o prazo para interposição do pedido de reexame é de trinta dias, contados na forma prevista na Lei Orgânica do Tribunal*”.

De seu turno, dispõe o art. 157 da LC n. 621/2012 que “*o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso*”, iniciando-se sua contagem com a entrega dos autos com vista ao órgão ministerial (art. 62, parágrafo único).

Assim, denota-se à fl. 608/verso do Processo TC-3893/2008-6 seu ingresso na Secretaria do Ministério Público no dia 07/02/2019. Logo, a contagem do prazo para a interposição do pedido de reexame iniciou-se no dia 08/02/2019 (sexta-feira).

Perfaz-se adequado e tempestivo, portanto, o presente apelo.

III – DAS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

O v. Acórdão recorrido, em total dissonância com os ditames legais e constitucionais extinguiu o feito por considerar que a matriz de responsabilidade relacionada à irregularidade disposta no item 1 da ITI 434/2010 – Prorrogação do prazo de vigência de contrato, com reajuste de preço acima da inflação do período, sem a devida justificativa (ausência de motivação) – não se encontrava completa.

Todavia, o exame dos documentos, bem como das normas jurídicas aplicáveis ao caso, denota a ocorrência de *error in procedendo* e de *error in iudicando*, de modo que se torna imprescindível demonstrar que os embasamentos do v. Acórdão recorrido encontram-se esvaziados de fundamentação fática e jurídica, conforme passa-se a expor.

III.1 – DA NULIDADE ABSOLUTA DO ACÓRDÃO 01311/2018-2:

É possível extrair do v. Acórdão que o eminente Conselheiro Relator adotou, como fundamento determinante da decisão, a ausência de matriz de responsabilização, sem enfrentar as razões apontadas pelo Ministério Público de Contas, que individualizava a conduta dos responsáveis e apresentava o nexo de causalidade, decidindo, assim, pela extinção do processo sem resolução do mérito.

A esse respeito, a própria Constituição Federal, conforme redação do art. 93, inciso IX, impõe o dever de fundamentação de toda e qualquer decisão como princípio constitucional



essencial, de maneira que constatada a sua ausência, verifica-se a ocorrência de vício de natureza grave, resultando em nulidade absoluta do ato decisório.

Outrossim, o Código de Processo Civil encampou tal princípio constitucional ao dispor expressamente em seu artigo 11, *caput*, acerca do princípio da motivação das decisões, deixando assente que a sua inobservância resulta em nulidade da decisão proferida.

Com efeito, tratando do tema referente a nulidade de uma decisão por ausência de fundamentação, extrai-se a seguinte passagem da lição doutrinária de Daniel Amorim Assumpção Neves¹, *verbis*:

Uma decisão sem a devida fundamentação contém vício sério, porque, além de afrontar texto constitucional expresso, impede o acesso da parte sucumbente aos tribunais, impede a atuação desse órgão de revisão da decisão e, pior do que tudo isso, permite que se façam ilações a respeito da imparcialidade e lisura do julgador, o que é altamente prejudicial para a imagem do Poder Judiciário.

Assim sendo, atribuindo especial importância a necessidade de fundamentação de uma decisão, o Novo Código de Processo Civil passou a dispor expressamente que não se considera fundamentada qualquer decisão que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo e capazes de influenciar a decisão, a saber:

Art. 489. [...]

§ 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial**, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...] IV - **não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador**; - (grifei e negritei)

Ademais, é preciso destacar que ao decidir sem enfrentar os argumentos aptos a infirmar o seu convencimento, o julgador acaba por violar diretamente o princípio constitucional do contraditório, na sua perspectiva substancial, tornando indiscutivelmente nula a decisão então proferida.

Com efeito, escorado em doutrina de Daniel Assumpção, pode-se afirmar que o princípio do contraditório recebeu forte influência de estudos alemães, deixando de lado apenas a visão tradicional fundada no binômio informação e possibilidade de reação e, adicionando ainda, a possibilidade de que no caso concreto essa reação tenha real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento.

Deste modo, diante de uma cuidadosa leitura do v. Acórdão recorrido, é possível constatar que o mesmo não enfrentou diretamente nenhum dos argumentos suscitados pelo Ministério Público de Contas em favor da manutenção do indicativo de irregularidade.

Diante de tal panorama jurídico, por si só, já se faz imperiosa a atuação do Ministério Público de Contas por meio da interposição do presente recurso no intuito de fazer prevalecer sua função primordial decorrente de suas atribuições institucionais na incumbência de promover a defesa da ordem jurídica, nos termos estatuídos nos artigos 127 e 130 da Constituição Federal, bem como no disposto no artigo 3º, inciso I, da Lei Complementar Estadual n. 451/2008.

¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Ed. JusPodivm, 2016, p. 29.



Outrossim, cumpre destacar que a atuação do Ministério Público de Contas na defesa da ordem jurídica, na proteção e preservação de suas prerrogativas institucionais e no resguardo do devido processo legal, não se restringe apenas ao âmbito dessa Corte de Contas, pois a violação a quaisquer desses preceitos apresenta tamanha gravidade que legitima a sua escorreita defesa no âmbito judicial, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RMS 52.741/GO.

Nesse contexto, denota-se que a decisão do Plenário dessa Corte de Contas é flagrantemente violadora da ordem jurídica, sobretudo dos preceitos constitucionais fundantes da República, da separação dos poderes e seus mecanismos correspondentes de controle, bem como da própria essência do Estado Democrático de Direito, optando por violar regra básica de julgamento e, conseqüentemente, transgredindo direito próprio do *Parquet* de Contas no que tange ao devido processo legal no âmbito dessa Corte de Contas.

Pelo exposto, resta evidenciado *o error in procedendo* que culminou no vício de nulidade constante do v. Parecer Prévio recorrido, tendo em vista a ausência das razões pelo não acolhimento dos fundamentos apontados pelo Ministério Público de Contas, que apresentou a conduta individualizada dos responsáveis e o nexo de causalidade com a irregularidade apontada nos autos, evidenciando a completa falta de fundamentação da decisão recorrida, nos termos dos arts. 93, X, da CF/88 e 11, do CPC, o fulmina de nulidade absoluta o *decisum*.

III.2 – DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DE CONTRATO, COM REAJUSTE DE PREÇO ACIMA DA INFLAÇÃO DO PERÍODO, SEM A DEVIDA JUSTIFICATIVA (AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO):

Quanto ao mérito, extrai-se do v. Acórdão, a supressão do item 1 da ITI 434/2010 diante da seguinte argumentação:

Numa análise detida dos autos, verifica-se que, neste caso concreto, há a necessidade de se reconhecer a carência de elementos probatórios nos autos suficientes à demonstração inequívoca dos requisitos que dão ensejo à responsabilização dos agentes responsáveis mencionados.

Isso, porque tem sido objeto de repetidas discussões em Plenário a questão da necessidade de uma adequada instrução processual, com o apontamento individualizado das condutas imputadas aos responsáveis, de modo a conferir a devida observância ao contraditório e à ampla defesa aos jurisdicionados.

Nesse sentido, me parece relevante trazer à tona o coerente entendimento lançado no Voto-Vista emitido pelo Conselheiro Flávio Freire Farias Chamoun, acompanhado à unanimidade pelos componentes do Plenário, que resultou no Acórdão TC 537/2016, proferido nos autos do Processo TC 4833/2005, acerca da responsabilidade subjetiva aplicável aos agentes públicos, mesmo antes da Resolução 287/2015:

“Chamo atenção para o fato de que a tese que defendo encontra eco no ordenamento constitucional e processual há muito vigentes. E foi para que não restassem dúvidas a esse respeito que, **em 2007, alterou-se a redação do inciso III, do art. 41, da Lei Complementar Estadual 32/93** – Lei Orgânica deste Tribunal então vigente –, de modo a deixar indene de dúvidas **que, ao proceder à fiscalização, o Tribunal de Contas deveria citar todos os potenciais responsáveis pela prática do ato ilegal e, para tanto, promoveu-se a simbólica**



variação do termo “responsável”, até então no singular, para “responsáveis”, em redação dada pela LC 410/2007.

Ocorre que **a importância desta singela alteração passou despercebida na presente instrução processual**, contrariando o comando legal, cuja intenção restou claramente demonstrada na justificativa que acompanhou o respectivo projeto de lei, *in verbis*:

O presente Projeto de Lei visa promover a justiça para com os Poderes Executivos Estadual e Municipais. É comum a veiculação na mídia de matérias abordando denúncias de irregularidades nas contas públicas, onde apenas o chefe do executivo é responsabilizado pela autoria das mesmas. Para evitarmos esse tipo de exposição depreciativa da autoridade municipal e estadual, que acaba assumindo todo o ônus por atos irregulares cometidos, na maioria das vezes, por seus subordinados, propomos a instituição da co-responsabilidade, com o apontamento e notificação dos verdadeiros protagonistas dos atos ilícitos, analisados pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

(...), se a responsabilidade das práticas das irregularidades apontadas na análise das contas públicas pelo Tribunal de Contas for do executivo municipal, este deverá assumir suas implicações legais. Entretanto, se o ato irregular for cometido à revelia de seu conhecimento e de sua autorização, o verdadeiro autor deve ser apontado (...).

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

Na CF/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 estatais.

Esta 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)”* (STF, MS 24182/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, *Informativo do STF nº 336, Brasília, 9 a 13-2-2004*).

Afastada encontra-se, portanto, a possibilidade de a legislação infraconstitucional estabelecer a responsabilidade civil objetiva dos agentes estatais.”

Assim, em que pese a figuração do Sr. Walter de Prá, Ex-Prefeito Municipal de Nova Venécia, nestes autos como responsável por atuar como ordenador de despesa no exercício em análise, por si só, não se revela bastante para sua pretensa condenação. Neste ponto e neste caso concreto, há que se refutar a corriqueira tese de que teria o gestor agido com culpa ao permitir pagamentos irregulares.

A assertiva retro encontra maior fundamento quando se constata que o modelo de responsabilização adotado pela equipe de auditoria deste Tribunal na ocasião se alicerçava, essencialmente, na culpa objetiva. Dessa forma, embora se vislumbre



a presença da empresa E&L Soluções de Software Ltda no processo, parte do contrato que ora se discute, não foram chamados para compor a demanda todos os demais possíveis responsáveis, a exemplo do Procurador José Fernandes Neves, responsável pelo parecer favorável à repactuação (às fls. 49/53), e dos Secretários Municipais das pastas envolvidas, além de outros agentes que tenham participado ativamente na construção do aditivo (os quais não se tem notícia nos autos, uma vez que foram carreados a este caderno processual apenas parte do processo administrativo em questão), de modo que não se poderia exigir do gestor que agisse de outra maneira senão endossar minimamente o posicionamento técnico sugerido, que segundo lhe parecia, observava a legalidade e os termos contratuais.

Ademais, não se vislumbra nos autos o apropriado apontamento da matriz de responsabilização, com a devida individualização da conduta do gestor e da empresa assinalados como responsáveis, bem como do nexos de causalidade entre suas condutas e a irregularidade registrada.

Nesse contexto, há que se salientar que os limites da responsabilidade do gestor são os atos por ele praticados no âmbito de sua competência, sendo excessivo lhe atribuir também a responsabilidade pelos atos de seus subalternos, quando não tiver contribuído para estes.

Aqui, cumpre reafirmar que a ausência de comprovação do nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso é imprescindível para a imputação de condenação ao gestor --- e à empresa contratada ---, em linha com o reiterado posicionamento desta Casa, e é o que se vê nestes autos.

Desse pressuposto, me parece temerário que esta Corte de Contas, do alto de seus atributos de julgador, desconsidere, --- repita-se --- no caso concreto, uma instrução processual deficitária, sem que tenham sido chamados para integrar o processo toda a cadeia de responsáveis envolvidos, tampouco individualizadas suas respectivas responsabilidades, e impor ao gestor e à empresa contratada a condenação sugerida prioritariamente pela unidade técnica.

Note-se que não se pretende aqui desmerecer o trabalho realizado pela equipe técnica, que reconhecidamente atua com esmero na busca pela verdade real, mas tão somente ponderar que, de fato, neste caso em específico, a condução dos trabalhos instrutórios não se deu adequadamente (até porque atendia ao modelo de responsabilização adotado na época da fiscalização) e, embora tenha sido tomada medida para mitigar a referida carência na matriz com a chamada da empresa contratada para integrar o processo, suas falhas trouxeram prejuízo à formação do íntegro convencimento do julgador, na medida em que não foram produzidos nos autos todos os elementos probatórios que embasariam a correta responsabilização dos envolvidos.

Ainda, considerando que os fatos em tela se deram em 2007 --- há onze anos --- eventual reabertura da instrução processual para a obtenção de elementos de convicção se mostra inviável e na contramão do razoável. Isso, porque para tanto seria necessário o amoldamento de relatórios e peças processuais com vistas a adequá-los à atual modalidade de responsabilização subjetiva, em que seria necessária a citação de todos os responsáveis para compor o polo passivo da demanda, bem como o refazimento de todas as fases processuais, o que poderia se tornar irrealizável ou ineficaz por força do decurso do tempo e intercorrências diversas --- que vão desde a morte de agentes, a falta de acesso a documentos, à prescrição, cerceamento de defesa pelos inúmeros óbices advindos desse extenso lapso temporal ---, em contraponto com as garantias constitucionais



inerentes ao direito de defesa, da razoável duração do processo, da economia processual, da celeridade, da segurança jurídica, etc.

Dessa forma, considerando os precedentes nos Processos TC nº 1989/2010 (Acórdão 232/2013), 5928/2009 (Acórdão 304/2013), 167/2012 (Acórdão 231/2013), 7384/2012 (Acórdão 161/2013), diante da ausência de nexo entre a conduta dos agentes responsáveis e os danos apontados, bem como da instrução processual deficitária, que não cumpriu o seu papel de trazer aos autos todos os elementos necessários ao justo convencimento do julgador, entendo pela imperiosa extinção do feito sem resolução do mérito.

Por todo o exposto, acompanhando parcialmente o posicionamento da unidade técnica, ao qual aderi também parcialmente o representante do Ministério Público Especial de Contas, adoto a manifestação do corpo técnico (MT 1217/2016) **no tocante ao opinamento alternativo constante em seu item 3.2**, tornando-a elemento integrante deste independente de transcrição, e **VOTO** no sentido de reconhecer a ocorrência da **prescrição da pretensão punitiva** desta Corte de Contas em face do Sr. Walter de Prá e da empresa E&L Soluções de Software Ltda, no que toca ao item 1 da ITI 434/2008 --- “prorrogação do prazo de vigência de contrato, com reajuste de preço acima da inflação do período, sem a devida justificativa (ausência de motivação)” ---, de modo que se impõe a extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II do CPC; bem como, quanto ao ressarcimento subsistente no mesmo item, pela extinção do processo sem resolução do mérito com supedâneo nos precedentes desta Corte de Contas.

A respeito deste apontamento, cabe lembrar que a responsabilidade do ordenador de despesa não decorre somente de atos por ele praticados, mas também por culpa “*in vigilando*” ou “*in eligendo*”².

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

Assim, por um lado, o Prefeito é investido de poder decisório para o desempenho de suas funções públicas e, por outro lado, a própria Constituição impõe o dever de prestação de contas por atos de sua gestão.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2015, pg. 111) tratando a respeito do tema apontou que: “*Esses gestores da coisa pública, investidos de competência decisória, passam a ser autoridades, com poderes e deveres específicos do cargo ou função e, conseqüentemente, com responsabilidades próprias de suas atribuições (...)*”.

Importante destacar que o dever constitucional de prestar contas é imputado à pessoa física do Prefeito, constituindo-se obrigação personalíssima (*intuitu personae*), pois o povo a ele confiou a atribuição de gerir a coisa pública.

² **culpa in vigilando** – nesse caso, o dano nasce da ausência de fiscalização dos subordinados ou dos bens e valores sujeitos ao agente.

culpa in eligendo – [...] corresponde ao dano oriundo da má escolha do representante ou preposto. É bastante comum que agentes da Administração causem prejuízos aos cofres públicos por ignorarem as normas ou porque não foram adequadamente treinados. (FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial*, p. 99).



Considerando as atribuições de gestão administrativa, é certo que o Prefeito assume naturalmente o papel de ordenador de despesas, na medida em que realiza atos que importem a gestão de recursos públicos, a exemplo de homologações, autorização de pagamentos, assinaturas de empenhos, celebração de convênios e outros atos de gestão.

Importante destacar que o conceito de ordenador de despesas pode ser extraído do § 1º do artigo 80 do Decreto-Lei n. 200/1967, nos seguintes termos:

§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

Logo, o ordenador de despesas é a autoridade competente para a prática de atos de gestão, dentre eles os atos de empenho (artigo 58 da Lei n. 4.320/64), de liquidação (artigo 63 da Lei n. 4.320/64) e de pagamento (artigos 62 e 64 da Lei n. 4.320/64), **assumindo, portanto, de maneira pessoal, a responsabilidade de verificação de sua regularidade sob todos os aspectos, principalmente no que tange a sua legalidade e legitimidade.**

O ordenador de despesas **é pessoalmente responsável** por todos os atos dos quais resultem despesas (...). O poder/dever de diligência do ordenador de despesas impõe a ele a verificação da regularidade dos atos de gestão sob todos os aspectos (TCU, Acórdão 661/2002 – Plenário).

À vista disso, imperioso esclarecer que **a função do ordenador de despesas não se reveste apenas de etapa meramente formal**, como tentou indicar o v. Acórdão ao considerar que a irregularidade apenas decorreu da formulação de aditivo contratual e emissão de parecer jurídico, tratando os atos posteriores praticados pelo Prefeito, como atos meramente formais sem importância para ocorrência do dano, incluindo entre eles a aposição de assinatura no aditivo contratual.

De outro modo, sua participação assume caráter de verificação de controle da despesa pública, configurando-se como última etapa para o efetivo controle de legitimidade e de legalidade dos atos de gestão.

A atuação do ordenador de despesas no processo de pagamento não é meramente formal, a exigência de sua assinatura tem por intuito obstar eventuais pagamentos irregulares. (TCU, Acórdão 1.651/2010 – Plenário);

Por isso, com acerto, o Tribunal de Contas da União apresenta firme entendimento no sentido de não acatar a tese de que a participação do ordenador de despesas se revela figurativa. Isto é, sujeitando-se apenas no ato formal de verificação da adequada formalização da despesa realizada, ou ainda, adstrita ao mero acolhimento das sugestões dos seus subordinados.

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

Faz-se ainda mister mencionar que a jurisprudência desta Corte de Contas é firme no sentido de que **o ordenador de despesa tem o dever de verificar a legalidade e a legitimidade de documentos geradores de despesa**, não sendo sua assinatura uma mera formalidade (e.g. Acórdãos 3004/2016-TCU-Plenário, 550/2015-TCU-Plenário, 300/2011-TCU-Plenário, 1568/2015-TCU-2ª Câmara).



Portanto, incabível a alegação de que não tinha a incumbência de analisar a legitimidade de processos de pagamento ou de acompanhar e de fiscalizar a atuação de seus subordinados. (TCU, Acórdão 635/2017 – Plenário).

No entanto, há que se ressaltar que a autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. **É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento.** (TCU, Acórdão 3004/2016 – Plenário);

A função de ordenador de despesa não está adstrita ao mero acatamento ou acolhimento das solicitações de outras instâncias administrativas, porquanto deve representar um **verdadeiro controle da regularidade e da legalidade da despesa pública** (TCU, Acórdão 1568/2015 – Segunda Câmara).

Ao ordenador de despesas compete verificar todo o processo de dispêndio, com o objetivo de, entre outras medidas, detectar possíveis irregularidades, de modo que a sua assinatura não configura mera formalidade, mas **autêntica instância de controle de gastos dos recursos públicos.** (TCU, Acórdão 550/2015 – Plenário).

É de responsabilidade da autoridade ordenadora da despesa em um processo licitatório checar se os atos produzidos por aqueles que se encontram sob sua hierarquia estão em conformidade com a ordem jurídica. (TCU, Acórdão 1618/2011 0 – Plenário).

A autorização de despesas requer do seu signatário ações de zelo e diligência profissionais para o seu exercício, como a criação de rotinas administrativas com vistas a coibir erros e fraudes na sua consecução, **não sendo lícito a um administrador da coisa pública que se limite a assinar todas as despesas que lhe sejam encaminhadas, sem um mínimo de verificação, sob o argumento de que foram autorizadas por escalões superiores.** (TCU, Acórdão 300/2011 – Plenário);

A atribuição do ordenador de despesas é verificar se os procedimentos levados a efeito estão em conformidade com a lei, sendo exigida a assinatura nos documentos justamente para delimitar responsabilidades (TCU, Acórdão 2540/2008 – Primeira Câmara);

A função de ordenador de despesa, à luz das disposições do Decreto-lei 200/1967 e do Decreto 93.872/1986, não está adstrita ao mero acatamento ou acolhimento das solicitações de outras instâncias administrativas, **devendo exercer um verdadeiro controle quanto à regularidade e à legalidade da despesa pública** (TCU, Acórdão 985/2007 - Plenário);

A alegação de que não é responsável em virtude de só ter assinado a Ordem Bancária não se sustenta. A lei exige a assinatura nos documentos exatamente para delimitar responsabilidades. A participação de vários agentes é um método de controle amplamente utilizado, tanto no setor público quanto no privado. Conforme a importância de um ato ou decisão, maior o número de responsáveis chamados a participar da operação. **Quem, de fato, autoriza os atos administrativos é quem os assina: sem assinatura do ordenador de despesas, não há gestão de recursos financeiros do órgão.** Quem assina um documento é responsável pelos seus efeitos; se vários agentes colaboraram para a irregularidade, são solidariamente responsáveis. **A assinatura do administrador público em contratos, convênios, empenhos, ordens**



bancárias, cheques e demais instrumentos de administração não é meramente decorativa; tem por função garantir a responsabilidade do assinante. (TCU, Acórdão 343/2007 – Plenário);

A afirmação de que apenas deram sequência a ato já previamente constituído não pode ser acolhida. O poder-dever de diligência do ordenador de despesas impõe a ele a verificação da regularidade dos atos de gestão sob todos os aspectos, sobretudo da adequação do valor do contrato ao seu objeto. O exame da regularidade da despesa não se exaure na verificação da adequada formalização do processo. A demonstração da despesa realizada deve induzir à compreensão de que a observância das normas que regem a matéria proporcionou o máximo de benefício com o mínimo de dispêndio (Constituição Federal, art. 70, parágrafo único, e DL 200/1967, arts. 90 e 93) (TCU, Acórdão 918/2005 - 2ª Câmara);

Portanto, extrai-se que o ordenador de despesas assume a responsabilidade por todos os atos de gestão praticados, pessoalmente ou não. É obrigação pessoal demonstrar efetivamente a regular aplicação dos recursos públicos.

Denota-se do exame do v. Acórdão recorrido, a defesa de tese no sentido de que a responsabilização do Prefeito, na condição de ordenador de despesa, imputa em atribuição de responsabilidade objetiva.

Em que pese o entendimento defendido, é preciso esclarecer desde logo que a responsabilidade subjetiva na seara do direito público assume feições específicas. Assim, o descumprimento da obrigação que lhe foi constitucionalmente atribuída, seja pela constatação de qualquer ilegalidade de despesa, como verificada no presente caso, seja pela verificação de irregularidades de contas, resulta em responsabilização subjetiva na modalidade culpa presumida, invertendo-se o ônus da prova, de modo que caberá ao gestor (ordenador de despesas) comprovar a ausência de culpa pela ilegalidade/irregularidade imputada.

O ordenador de despesa tem o ônus de demonstrar a regular aplicação dos recursos públicos, presumindo-se sua responsabilidade por irregularidade material ou formal na liquidação da despesa, salvo se ele conseguir justificar que a irregularidade foi praticada exclusivamente por subordinado que exorbitou das ordens recebidas. (TCU, Acórdão 337/2019 – Plenário).

Há que se ressaltar que a responsabilidade subjetiva, na modalidade culpa presumida, em nada se assemelha com a responsabilidade objetiva, uma vez que naquela inverte-se o ônus da prova em razão do dever constitucional do gestor em prestar contas da boa aplicação dos recursos públicos que lhe foram confiados, enquanto nesta o elemento culpa nem sequer é analisado, uma vez que para a sua configuração basta à relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano suportado pelo erário municipal.

Nesse sentido, vale destacar excerto do Acórdão 249/2010 – Plenário, no qual o Tribunal de Contas da União claramente afirma que não se pode considerar como objetiva a responsabilidade com culpa presumida, conforme assevera:

A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal (...) segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. **O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador**



público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares - art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Assim, no âmbito do Tribunal de Contas da União é pacífico o entendimento de que a responsabilidade do gestor público possui natureza subjetiva com presunção de culpa, conforme se destaca de trecho de didático Acórdão 337/2019 - Plenário:

Tratam os presentes autos, originariamente, de auditoria realizada na aplicação dos recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) ao Fundo Municipal de Saúde de Dourados/MS no período de 2007 a 2009, mediante a qual foi apurada uma série de irregularidades em contratações efetivadas pela municipalidade.

[...] 5. Apreciam-se, nesta oportunidade, pedidos de reexame interpostos contra o aludido **decisum** pelos Srs. [responsável 1] (peças 610 e 624) , [responsável 2] (peça 612) , [responsável 7] (peça 617) e [responsável 5] (peça 590) e pelas empresas [empresa 1] (peça 604) , [empresa 2] (peça 605) e [empresa 3] (peça 631) .

6. Basicamente, os recorrentes defendem a inocorrência das irregularidades e requerem o afastamento de suas responsabilidades ou a redução das sanções imputadas.

[...] 9. No mérito, anuo ao exame proferido pela unidade técnica, cujas conclusões adoto como razões de decidir, e acompanho o encaminhamento proposto, com os comentários a seguir.

10. De fato, cada um dos argumentos trazidos aos autos pelos recorrentes foi devidamente discutido e rejeitado de forma fundamentada pela Serur.

11. Ressalto que os recorrentes apresentaram alegações, de natureza meramente argumentativa, que pouco diferem das ofertadas na fase anterior do feito, as quais não lograram descaracterizar as irregularidades que lhes foram imputadas ou elidir a sua responsabilidade por tais irregularidades.

12. Lembro que a auditoria realizada por este Tribunal no Município de Dourados/MS apurou o direcionamento de contratações, a prorrogação de vigência de contratos sem amparo legal, a homologação de licitações sem observância das normas legais, a aprovação e autorização de contratações indevidas, mediante pareceres jurídicos infundados, a montagem de peças processuais com vistas a conferir legalidade às contratações, o conluio entre empresas e a consequente fraude à licitação, as quais levaram ao chamamento em audiência de 12 agentes públicos e 23 pessoas jurídicas.

[...] 15. Lembro que, consoante a análise técnica que amparou o acórdão condenatório (peça 479) , o Sr. [responsável 1], ex-secretário municipal de saúde, foi apenado pelo Tribunal em decorrência das seguintes irregularidades:

- a) direcionamento da contratação da locação do imóvel do [hospital], pelo Município de Dourados/MS, para implantação do Hospital da Mulher, formalizada no Contrato n° 669/2007, mediante dispensa indevida de licitação, sem observância dos requisitos previstos no art. 24, inc. X, da Lei 8.666/93;*
- b) direcionamento das contratações formalizadas no âmbito dos Contratos 670/2007, 1012/2007 e 1009/2007, celebrados com o [hospital], mediante*



inexigibilidade de licitação, sem que estivessem caracterizadas as situações de inviabilidade de competição, em inobservância ao disposto no art. 25, caput, da Lei 8.666/93;

c) prática de ato de gestão antieconômico na celebração do Contrato nº 670/2007, com o [hospital], que tinha por objeto a locação de aparelhos e equipamentos para implantação do Hospital da Mulher, sem considerar o grau de depreciação dos bens alocados ao Município;

d) direcionamento das contratações formalizadas no âmbito dos processos de Dispensa de Licitação 519/2007, 520/2007, 535/2007, 536/2007, 537/2007, 538/2007, 539/2007, 540/2007, 553/2007, 559/2007, 568/2007, 569/2007, 570/2007, 575/2007, 578/2007 e 591/2007, em vista de alegação de situação emergencial não caracterizada, uma vez que tais contratações decorreram da falta de planejamento, da desídia administrativa e da má gestão dos recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Saúde ao Município de Dourados, em total descompasso ao disposto no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/93, c/c os critérios estabelecidos na Decisão TCU nº 347/1994 – Plenário;

e) direcionamento das contratações decorrentes dos Pregões Presenciais 140/2008, 144/2008, 150/2008, 155/2008 e 167/2008 em favor da [empresa], mediante a inserção, nos editais dos certames, de cláusulas que frustraram sua competitividade, tais como a definição do critério de julgamento como 'menor preço por lote', quando era obrigatória a adjudicação por itens, de modo a melhor aproveitar os recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade, sem perda da economia de escala, conforme previsto no art. 15, inc. IV e no art. 23, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93, assim como na Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União, e, ainda, em vista da exigência de que a futura contratada, no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados a partir da assinatura do contrato, montasse um depósito regulador próprio na cidade de Dourados, circunstância que vai de encontro ao disposto no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93, vez que estabelece preferência em função da sede dos licitantes, prática vedada pela norma legal;

f) celebração do Contrato nº 670/2007, que tinha por objeto a locação de aparelhos e equipamentos do [hospital], por prazo superior a 48 (quarenta e oito) meses, em infringência ao disposto no art. 57, inc. IV, da Lei 8.666/93;

g) publicação dos atos de dispensa e inexigibilidade de licitação, no âmbito dos processos de Dispensa de Licitação 519/2007, 520/2007, 535/2007, 536/2007, 537/2007, 538/2007, 539/2007, 540/2007, 553/2007, 559/2007, 568/2007, 569/2007, 570/2007, 575/2007, 578/2007 e 591/2007, e dos processos de Inexigibilidade de Licitação 143/2007 e 145/2007, assim como dos extratos dos Contratos 984/2007, 1014/2007, 1017/2007, 1022/2007 e 1031/2007, na imprensa oficial, de forma intempestiva, em desrespeito aos prazos previstos no art. 26, caput, e no art. 61, parágrafo único da Lei 8.666/93, respectivamente;

h) ausência de projetos básicos nos procedimentos referentes à Dispensa de Licitação 519/2007 e Concorrências 61/2007, 31/2008 e 33/2008, em desacordo com o art. 7º, § 2º, inc. I, da Lei 8.666/93;

i) ausência de medições de serviços, a fim de que se pudesse acompanhar o cronograma físico e financeiro das obras objeto dos Contratos 981/2007, 26/2008, 489/2008 e 621/2008, firmados com a [empresa], e de termos de recebimentos provisórios e definitivos dos respectivos objetos, contrariando os termos contidos nas respectivas cláusulas contratuais e, ainda, o disposto no art. 73, inc. I, da Lei 8.666/93;

j) pagamento integral, 18 (dezoito) dias após a emissão da ordem de início dos serviços, do Contrato nº 489/2008, firmado com a [empresa], que previa vigência de 70 (setenta) dias e pagamentos divididos em 3 (três) parcelas, sem a regular liquidação das despesas e efetiva conclusão do objeto, em afronta ao que dispõe o art. 62 da Lei 4.320/64;



*k) ausência de formalização de instrumento de contrato no âmbito da Dispensa de Licitação n° 578/2007 e do Pregão Presencial n° 86/2008, adjudicados à [empresa], em inobservância ao disposto no art. 62, **caput**, da Lei 8.666/93; e l) falta de controle de estoque de medicamentos nos hospitais municipais, nos exercícios de 2007 e 2008, principalmente quanto àqueles adquiridos pela [empresa], os quais não receberam o devido tratamento, em termos de conferência de entrega e saída, em confronto com as respectivas notas fiscais, bem como quanto à segurança necessária nos depósitos em que se armazenavam as mercadorias, consoante depoimentos juntados aos autos, prestados pelos responsáveis pelas liquidações das despesas”.*

16. Em seu recurso, o recorrente defendeu, basicamente, que tais irregularidades seriam de responsabilidade do secretário municipal de finanças, na condição de autoridade homologadora das despesas, do pregoeiro e dos pareceristas jurídicos que se manifestaram favoráveis às contratações. Sustentou, ainda, que, na condição de autoridade superior, não teria incorrido em nenhuma tomada de decisão nos procedimentos questionados.

17. Ora, essas alegações não merecem guarida. Como ordenador de despesas, é sua responsabilidade pessoal a comprovação do bom e regular emprego dos valores públicos que, nessa condição, tenha recebido, presumindo-se sua responsabilidade por irregularidade material ou formal na liquidação da despesa, salvo se conseguir justificar que a irregularidade foi praticada exclusivamente por subordinado que exorbitou das ordens recebidas, o que não logrou demonstrar.

Acórdão:

9.1. não conhecer do pedido de reexame interposto por [responsável 7], nos termos do art. 48, parágrafo único, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 285, caput e §2º, e 286, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, por ser intempestivo e não apresentar fatos novos;

9.2. conhecer dos pedidos de reexame interpostos pelos demais recorrentes, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 286 do Regimento Interno do TCU, por preencherem os requisitos de admissibilidade previstos para a espécie, e, no mérito, negar-lhes provimento;

Denota-se, portanto, que o Prefeito possui responsabilidade direta pela correta aplicação de recursos, mesmo que os atos tenham sido praticados por agentes delegados, pois ele não se desincumbe do dever de acompanhar os atos praticados por tais agentes, comprovando, para o fim de romper o nexo de causalidade, que os seus subordinados exorbitaram das ordens recebidas.

O fato de a irregularidade não ter sido praticada diretamente pelo gestor principal, e sim por outros servidores ou por órgão subordinado ao seu, não o exime de responder pela irregularidade, com base na culpa *in eligendo* ou na culpa *in vigilando*. (TCU, Acórdão 2818/2015 – Plenário).

Ademais, responde a pessoa jurídica contratada na medida em que concorre para o cometimento do dano ao erário, uma vez que o regime jurídico-administrativo relativo às contratações públicas também é destinado aos colaboradores privados.

As empresas que oferecem propostas com valores acima dos praticados



pelo mercado, tirando proveito de orçamentos superestimados elaborados pelos órgãos públicos contratantes, contribuem para o superfaturamento dos serviços, sujeitando-se à responsabilização solidária pelo dano evidenciado. (TCU, Acórdão 27/2018 – Plenário).

O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992) na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois à licitante cabe ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento. (TCU, Acórdão 1304/2017 – Plenário).

“O fato de a administração não ter cumprido seu dever de verificar a economicidade dos preços ofertados em processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação não isenta de responsabilidade a empresa contratada por eventual sobrepreço constatado no contrato, uma vez que a obrigação de seguir os preços praticados no mercado se aplica tanto à Administração Pública quanto aos colaboradores privados, pois ambos são destinatários do regime jurídico-administrativo relativo às contratações públicas” (TCU, Acórdão 1392/2016 – Plenário).

No caso vertente, observa-se que a sociedade empresária E&L Produções de Softwares apresentou a Proposta Comercial 278/2006³ pretendendo a renovação do Contrato n. 061/2004 no que pertine à manutenção mensal.

Não obstante, os valores originalmente pactuados na contratação para manutenção perfaziam um montante de R\$ 54.000,00 (R\$ 4.500,00 mensal), enquanto os valores estabelecidos no aditivo contratual foram majorados para R\$ 134.400,00 (R\$ 9.600,00 mensal) sem qualquer motivação e previsão contratual, e muito acima do índice de inflação, consoante quadro elaborado no Relatório de Auditoria Ordinária 106/2008 do Processo TC-3893/2008.

Valor da manutenção até 2006 – R\$	Índice de inflação em 2006 IPCA/IBGE	Valor corrigido	Valor do 6º Aditivo	% do aumento acima da inflação de 2006
R\$ 54.000,00	3,14%	R\$ 55.695,60	R\$ 134.400,00	141,31%

Insta destacar que na apresentação de justificativas externou o Prefeito que tal acréscimo foi necessário dado a defasagem inflacionária, aliado a necessidade de atualização do software implementado pela contratada, alegações estas que foram cabalmente combatidas na Instrução Técnica Conclusiva 408/2010 do Processo TC-3893/2008 na medida que não trouxe o responsável nenhuma comprovação de que o preço pago em 2007 era o de mercado, bem como já constava previsto no contrato original a obrigação da contratada de manter o sistema tecnicamente atualizado, inclusive fornecendo novas versões. Vê-se:

[...] a defesa não trouxe nenhuma comprovação do alegado, isto é, que o preço pago em 2007 era o preço de mercado.

Com relação às várias atualizações que são mencionadas pelo Defendente, revendo o contrato (fls.37), encontramos na **CLÁUSULA TERCEIRA — DA MANUTENÇÃO E ATUALIZAÇÃO:**

³ Fls. 46 do Processo TC-3893/2008.



3.1 A manutenção e atualização por parte da CONTRATADA compreende:

3.1 — Omissis

3.2 Os serviços consistem em **manter atualizadas as funções existentes nos módulos do SISTEMA**, com relação às variáveis normalmente alteradas por legislação, ou quaisquer outras causas externas de caráter e por determinação governamental, desde que, em tempo hábil, o CONTRATANTE comunique, por escrito, à CONTRATADA, da necessidade de tais modificações, assim como envie à mesma a legislação pertinente às atualizações, por ele, CONTRATANTE, solicitadas. (negritamos)

3.3 — Omissis

3.4 — através da manutenção/atualização ora contratadas, **a CONTRATADA obriga-se também, a manter o “SISTEMA” tecnicamente atualizado, fornecendo novas versões que venham a ser liberadas, desde que contenham alterações, acréscimos de rotina ou melhoria de desempenho**, o que não inclui a passagem de um para outro sistemas operacional, como por exemplo, mudanças de DOS para Windows. (negritamos)

Isto posto, demonstramos que não existe sustentação para a justificativa apresentada em face do reajuste do contrato, ocorrido em fevereiro de 2007, que alterou o valor anual do contrato de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais) para R\$ 134.000,00 (cento e trinta e quatro mil reais), correspondendo a uma majoração de 149% em um único exercício.

Entendeu a Equipe de Auditoria que, o reajuste do contrato poderia ter sido no máximo de 3,14%, considerando ser esta a inflação do ano de 2006 segundo o IPCA/IBGE, ainda que o reajuste não estivesse previsto no contrato.

Ainda, complementando as justificativas do gestor, trouxe a sociedade empresária E&L Produções de Softwares publicações de contratos no Diário Oficial a fim de comprovar que o preço praticado condizia com o mercado, não sendo possível, contudo, nos termos da Instrução Técnica Conclusiva 1650/2013, extrair analiticamente a variação dos componentes do custo do contrato, de forma que a documentação não foi apta para sanar o apontamento.

Assim sendo, no caso concreto, resta evidente e suficiente que ao Prefeito, como ordenador de despesas, e que inclusive após sua assinatura em aditivo contratual ilegal, recaia a responsabilização pelo seu comportamento desidioso que resultou em dano ao erário, uma vez que praticou ato irregular na medida que aquiesceu com os valores exorbitantes dispostos no aditivo contratual.

Da mesma forma, deve a sociedade empresária ser solidariamente responsabilizada pelo benefício indevidamente auferido, uma vez que obteve proveito na indevida repactuação, ocorrida sem previsão contratual e motivação.

Ao mesmo tempo, cabe destacar que **a ausência de chamamento de outros responsáveis solidários não constitui nulidade processual, não obstante, portanto, a imputação do débito aos agentes devidamente citados**, o qual querendo, poderão requerer em juízo ressarcimento pessoal por meio de ação regressiva (TCU, Acórdão 2825/2017 – Primeira Câmara, Rel. Walton Alencar Rodrigues).

Desta forma, nos moldes do Acórdão 4090/2018 – Segunda Câmara, a inviabilidade de desenvolvimento válido e regular do processo em relação a um responsável solidário, uma



vez que já transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação do responsável, não impede a responsabilização de outro perante o qual estejam reunidos os pressupostos para a irregularidade das contas e condenação ao pagamento de débito e de multa.

Voto:

Na presente tomada de contas especial apura-se a responsabilidade de [gestor], ex-prefeito de Tanque d'Arca/AL, em razão da ausência de comprovação de boa e regular da aplicação dos recursos e da incompleta realização do objeto do Convênio 1674/2004 (Siafi 531479), celebrado entre a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e a referida municipalidade para a implantação de sistema de abastecimento de água na área urbana da cidade.

Verificou-se que todos os recursos federais foram transferidos na gestão do responsável e, nesse mesmo período, eles foram gastos em pagamentos à empresa [contratada], contratada para a execução das obras.

As visitas técnicas da Funasa evidenciaram a incompleta execução das obras e a ausência de utilidade delas para a população visada, de modo que não houve consecução do objetivo pactuado. Apontou-se ainda que os pagamentos à empresa ocorreram em proporção maior do que a da parcela comprovadamente executada da obra.

Devidamente citado por edital, o responsável não se manifestou nos autos.

[...] Assiste também razão à unidade técnica quanto à integridade da pretensão punitiva para o gestor dos recursos transferidos pelo não atingimento da meta programada e a ausência de comprovação da boa e regular da aplicação dos recursos. Como as irregularidades a ele imputadas perduraram até o término de sua gestão, em 31/12/2008, e determinei a citação do responsável 18/4/2017, não houve transcurso de prazo de dez anos capaz de caracterizar a prescrição de tal pretensão, conforme assentado no Acórdão 1.441/2016 - Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler, Redator Ministro Walton Alencar).

Devem ser ressaltados também os acertos das propostas da unidade técnica pela inviabilidade de apuração de eventual responsabilidade da firma contratada e paga para a execução das obras e pela ausência de responsabilidade do prefeito sucessor pelas irregularidades constatadas.

Diferentemente do ex-prefeito, responsável pela comprovação da boa regular aplicação dos recursos e pelo atingimento da finalidade pactuada, no tocante à empresa, a princípio, poder-se-ia cogitar de responsabilidade pelo recebimento de recursos sem a devida contraprestação. No entanto, como o último pagamento à empresa ocorreu em 18/5/2006 e ela não foi notificada na fase interna da TCE, já transcorreram mais de dez anos da data dos fatos possivelmente geradores de irregularidade a ela imputável.

Em tal situação resta inviável o regular exercício do direito de defesa, cabendo o arquivamento sem julgamento de mérito deste processo em relação [contratada]. Fundamentos para esse entendimento encontram-se na jurisprudência do TCU, a exemplo do recente Acórdão 3.204/2018 - 2ª Câmara (Relator Ministro Aroldo Cedraz), bem como no art. 6º da IN TCU 71/2012, pelo qual é dispensada a instauração de tomada de contas especial quando houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação do responsável pela autoridade administrativa competente. Ademais, a



jurisprudência do TCU assegura que a inviabilidade de desenvolvimento do processo em relação a um possível responsável não impede a responsabilização de outro perante o qual estão reunidos, sem lacuna ou obstáculo, os pressupostos para a irregularidade das contas e condenação ao pagamento de débito e de multa (p.e, Acórdão 3.211/2018 - 2ª Câmara, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer) .

Acórdão:

9.1. arquivar o processo sem julgamento de mérito em relação à responsabilidade da empresa [contratada], ante a ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo atinentes ao exercício do contraditório e da ampla defesa;

9.2. julgar irregulares as contas de [gestor], condenando-o ao pagamento das quantias a seguir especificadas [...];

9.3. aplicar a [gestor] multa no valor de R\$ 70.000,00 [...];

Isso porque *“não existe rateio de débito solidário, já que o instituto de solidariedade passiva é benefício conferido pelo legislador ordinário ao credor, que pode exigir de um ou de alguns devedores o pagamento da integralidade da dívida”* (TCU, Acórdão 3752/2018 – Segunda Câmara, Rel. Ana Arraes).

Portanto, o v. Acórdão adota premissas que não são aplicáveis ao caso concreto, pois não há qualquer incoerência na matriz de responsabilização, figurando como responsáveis os agentes que concretamente e efetivamente concorreram para a ocorrência da irregularidade, bem como não há qualquer exclusão de responsabilidade do Prefeito Municipal, pois não houve indução ao erro pela documentação constante do feito e restou caracterizada sua responsabilidade com a correta identificação de todos os elementos necessários (ação ou omissão,nexo de causalidade e culpa).

Assim, não se verifica qualquer prejuízo à análise do mérito, restando devidamente comprovado todos os elementos necessários para imputar a responsabilidade pelo dano ao erário, no valor de 31.108,53 VRTE, a Walter de Prá e a empresa E&L Produções de Software Ltda, diante da celebração de aditivo contratual, que repactuou o valor do contrato acima do índice de inflação, sem qualquer motivação e previsão contratual.

Destarte, resta evidenciado o *error in iudicando* no v. Acórdão 01311/2018-2, o qual, por questão de justiça e equidade, deve ser sanado nesta oportunidade recursal.

IV – DO PEDIDO

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer seja o presente pedido de reexame recebido, conhecido e provido para, preliminarmente, **declarar a nulidade com o fim de cassar o v. Acórdão TC-01311/2018-2**, nos termos dos arts. 367⁴ e 372⁵ do RITCEES, e emitir novo Acórdão sem os graves vícios apontados e com respeito ao devido contraditório,

⁴ Art. 367. O Tribunal declarará a nulidade, de ofício, se absoluta, ou por provocação da parte ou do Ministério Público junto ao Tribunal, em qualquer caso.

⁵ Art. 372. São absolutas, dentre outras hipóteses, as nulidades correspondentes à ausência de citação para o exercício do contraditório e da ampla defesa, à inobservância das causas de impedimento previstas neste Regimento e à ausência de fundamentação nas decisões de que possa resultar prejuízo às partes e ao erário.



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

e, caso superada a prejudicial de mérito, requer a **reforma o v. Acórdão TC-01311/2018-2** para **converter o feito em tomada de contas especial**, nos termos do arts. 57, inciso IV, e 115 da LC n. 621/2012, bem como julgá-la **IRREGULAR**, com fulcro no art. 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e”, do indigitado estatuto legal, com a consecutória imputação do débito de 31.108,53 VRTE a **WALTER DE PRÁ e E&L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA**, em decorrência do prejuízo descrito no item 1 da ITI 434/2010⁶.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 29 de março de 2019.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS

⁶ Item 1 - Prorrogação do prazo de vigência de contrato, com reajuste de preço acima da inflação do período, sem a devida justificativa (ausência de motivação).