



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 e art. 152, inciso II, e 166 da LC n. 621/2012, inconformado com o Acórdão 01551/2019-1 - Plenário, propor

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, 8 de abril de 2020.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS



RAZÕES DO RECURSO DE PEDIDO DE REEXAME

Processo TC: 05604/2010-8
Acórdão: TC 01551/2019-1 - Plenário

EGRÉGIO TRIBUNAL,
EMINENTES CONSELHEIROS,

I – BREVE RELATO

O Acórdão 01551/2019-1 – Plenário, exarado nos autos do Processo TC-05604/2010-8, promoveu a desconversão da Tomada de Contas Especial, retornando os autos a sua natureza de fiscalização/auditoria, e extinguiu o processo sem resolução de mérito em relação a Fabrício Santos Toscano, Fernando Ramos Pimentel, Charlis Adriani Pagani, Dimas Pereira Maciel, Marília Carreco, Nelcymara Vieira Miranda Alves, Eduardo Ramos Loureiro, Rosangela Maria do Nascimento Souza, José Maria de Abreu Júnior, João Carlos Pereira dos Santos, Jefferson Miranda Pimentel, Eloísa Helena de Moraes, Eduardo Dalla Bernardina, João Emerson Recla, Liliane Carla Almeida Souza, Anilza Hilário da Silva, Lízia Torrezani Nascimento, Sandro Lacerda, Sandra Firme Brotto e Antônio Sérgio Vidigal e com resolução de mérito em relação Estevão Gonçalves, Neuza Nunes Dias, Eduardo Bergantini Castiglioni, Maria Aparecida Brisk Maciel e Augusto Ângelo Sanson, nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC 5604/2010, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1 Desconverter o feito em processo de fiscalização/auditoria, na forma do artigo 329, § 8º do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, em razão da Decisão TC nº 5544/2012, que o converteu em Tomada de Contas Especial.

1.2 Deixar de aplicar penalidade de multa pecuniária aos responsáveis em relação as irregularidades constantes nos itens **2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 17, 18, 19 da ITI nº 536/2012** tendo em vista, que se encontram envoltas pelo instituto da **prescrição**, conforme delineado nos autos;

1.3 Acolher parcialmente a preliminar suscitada pela defesa, em razão da ilegitimidade passiva dos defendentes indicados nestes autos, afastando alguns agentes que não participavam da Comissão Permanente de Licitação da SEAD, mantendo-se no polo passivo desta relação os Srs. **Estevão Gonçalves, Neuza Nunes Dias, Eduardo Bergantini Castiglioni, Maria Aparecida Brisk Maciel e Augusto Ângelo Sanson, extinguindo o processo com resolução de mérito** em relação aos mesmos, nos termos do artigo 70 da LC nº 621/2012 c/c art. 487, inciso II do CPC;



1.4 Extinguir o feito sem resolução de mérito em relação aos Srs. **Fabrizio Santos Toscano, Fernando Ramos Pimentel, Charlis Adriani Pagani, Dimas Pereira Maciel, Marília Carreco, Nelcymara Vieira Miranda Alves, Eduardo Ramos Loureiro, Rosângela Maria do Nascimento Souza, José Maria de Abreu Júnior, João Carlos Pereira dos Santos, Jefferson Miranda Pimentel, Eloísa Helena de Moraes, Eduardo Dalla Bernardina, João Emerson Recla, Liliâne Carla Almeida Souza, Anilza Hilário da Silva, Lizia Torrezani Nascimento, Sandro Lacerda e Sandra Firme Brotto**, por *ilegitimidade passiva ad causam*, na forma do art. 485, inciso VI do CPC c/c art. 70 da LC nº 621/2012.

1.5 Extinguir o feito sem resolução de mérito em relação ao Sr. **Antônio Sérgio Vidigal**, em relação as irregularidades presentificadas nos **itens: 2.2.1, 2.2.7, 2.2.13, 2.2.14, 2.2.15, 2.2.16 e 2.2.20 da ITC 2025/2017**, pelas razões expostas no voto;

1.5 Acolher as justificativas apresentadas pelos Srs. **Estevão Gonçalves, Neuza Nunes Dias, Eduardo Bergantini Castiglioni, Maria Aparecida Brisk Maciel e Augusto Ângelo Sanson** em relação ao item **2.2.9 da ITC 2025/2017**.

1.7 Deixar de instaurar Tomada de Contas Especial com a finalidade de apuração da irregularidade constante do item 16 da ITI, em razão do longo decurso de tempo, da ocorrência dos fatos.

O Acórdão objurgado, no entanto, foi proferido em absoluta 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 deste egrégio tribunal divergir 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 do sistema informatizado desse tribunal (ETCEES) que os autos ingressaram na Secretaria do Ministério Público de Contas no dia 27/01/2020 (segunda-feira). Logo, a contagem do prazo para a interposição do recurso de reconsideração iniciou-se no dia 28/01/2020.

Ademais, considerando os termos do art. 2º, inciso VI, da Portaria Normativa n. 25, de 16 de março de 2020, que suspende os prazos processuais pelo prazo de 15 (quinze) dias



prorrogáveis, e do art. 6º da Portaria Normativa n. 27, de 22 de março de 2020, que mantém suspensos os prazos processuais enquanto vigorar o respectivo regramento, conclui-se pela tempestividade da interposição do pedido de reexame.

Perfaz-se, assim, cabível, legítimo e tempestivo 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 sem resolução de mérito em relação a Antônio Sérgio Vidigal por considerar que a matriz de responsabilidade relacionada às irregularidades dispostas nos itens 2.2.1, 2.2.7, 2.2.13, 2.2.14, 2.2.15, 2.2.16 e 2.2.20 da ITC 2025/2017 não se encontrava completa.

Todavia, o exame dos documentos, bem como das normas jurídicas aplicáveis ao caso, denota a ocorrência de *error in procedendo*, 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.

Colhe-se da v. decisão que a supressão dos apontamentos derivou das seguintes argumentações:

I.I – DA AUSÊNCIA DE MATRIZ DE RESPONSABILIDADE:

Em relação às irregularidades presentificadas nos itens: **2.2.1, 2.2.7, 2.2.13, 2.2.14, 2.2.15, 2.2.16 e 2.2.20**, cuja responsabilidade fora unicamente atribuída ao Sr. Antônio Sérgio Vidigal, Prefeito Municipal de Serra, exercício de 2009, apresso análise de forma conjunta, por corroborar integralmente com o posicionamento técnico constante da Instrução Técnica Conclusiva ITC 2025/2017, visto que as razões e os fundamentos apresentados no sentido de afastar a responsabilidade do então Chefe do Executivo são idênticos.

Ressaltou a equipe técnica, que o modelo de responsabilização que era adotado por esta Corte de Contas, baseados na culpa objetiva, não mais subsiste, pois quando da elaboração da Instrução Técnica Inicial não se aventou a possibilidade de chamamento de outros agentes públicos também envolvidos nos fatos analisados, notadamente em relação às empresas contratadas em razão de suposta percepção de pagamentos indevidos.

Neste prisma, registrou a equipe técnica que:

“para que haja a devida análise dos indícios de irregularidades acima relacionados necessária seria a reabertura da instrução processual com a readequação de relatórios e peças processuais deles decorrentes à sistemática atual de responsabilização, baseada na aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva.

Com intuito de fornecer elementos de convicção para se reiniciar ou não a instrução processual, destaca-se que os fatos ocorreram no exercício de 2009 e que em breve análise dos autos, percebe-se que não há elementos probatórios suficientes para se apontar todos os outros eventuais responsáveis, demandando, provavelmente, a realização de diligência, que, contudo, poderá tornar-se infrutífera até mesmo inviável em virtude do decurso do tempo e suas implicações naturais (morte de agentes, descarte de documentos que seriam necessários à instrução, impossibilidade de verificação de indícios, etc) e jurídicas (prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, cerceamento de direito de defesa pela dificuldade dos



eventuais defendentes terem acesso a documentos comprobatórios de suas teses, etc). Destaca-se, entretanto, que a análise detalhada dos autos quanto à responsabilização deverá ser realizada pela secretaria de controle externo competente, caso assim entenda o Relator.”

Neste contexto, importante ressaltar, que este Tribunal vem adotando o entendimento quanto a não reabertura da instrução processual quando visualiza que a reabertura possa trazer prejuízos à defesa. Neste sentido, cito como exemplos os processos TC 7137/200, 2850/2009, 3566/2010 e 3873/2005.

No caso concreto, temos em confronto o princípio da preponderância do interesse público com os princípios do contraditório e ampla defesa, onde devemos levar em consideração o decurso do lapso temporal de 10 anos, haja vista que as ocorrências dos fatos se deram no ano de 2009.

Com estas considerações, entendo que o direito de defesa resta prejudicado, o que me leva a concluir que os efeitos do tempo fulminam o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, que conduzem o desenvolvimento regular do processo, comprometendo o Devido Processo legal.

Nessa linha de inteligência, verificando tratar-se de assuntos sujeitos ao controle externo autuados há muitos anos, sendo certo que ainda não fora realizada a citação válida dos demais possíveis responsáveis ou interessados envolvidos, impõe-se a impossibilidade de reabertura de instrução processual.

Pelas razões apresentadas, **acompanho integralmente a equipe técnica desta Casa e dirijo do Ministério Público de Contas**, no sentido de extinguir o processo, sem resolução de mérito em relação às irregularidades listadas:

2.2.1 - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO (Item 1 da ITI):

Base legal: Artigo 37, caput, e inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), de 5/10/1988. e art. 142, “a” da Lei Municipal n.º 2.360/2011.

Referência: comissões de Licitação, pregoeiros e equipes de apoio.

Responsável: Antônio Sérgio Vidigal

Ressarcimento: R\$ 669.618,31, equivalente a 347.492,64 VRTE [...]

2.2.7 - AUSÊNCIA DE FINALIDADE E INTERESSE PÚBLICO (Item 7 da ITI):

Base legal: Princípios da Impessoalidade e da Moralidade contidos no Artigo 37, caput, da CF/1988 e princípios da Finalidade e do Interesse Público, da Motivação Suficiente e da Razoabilidade proclamados, respectivamente, nos artigos 32 e 45, Parágrafo Segundo, da Constituição do Estado do Espírito Santo (CE), de 5 de outubro de 1989.

Referência: Concorrência Pública: 02/2009.

Responsável: Antônio Sérgio Vidigal

Ressarcimento: R\$ 150.000,00, equivalente a 77.841 VRTE [...]

2.2.13 - REAJUSTE IRREGULAR DE CONTRATO (Item 13 da ITI):

Base legal: Princípios da Razoabilidade, da Economicidade e da Moralidade esculpidos no Artigo 37, caput, da CF/1988; Artigo 65, Inciso II, Alínea d, da Lei 8.666/93.

Referência: Pregão: 241/2009.

Responsável: Antônio Sérgio Vidigal

Ressarcimento: R\$ 343.231,20, equivalente a 178.116,87 VRTE [...]

2.2.14 - PAGAMENTOS IRREGULARES (Item 14 da ITI):

Base legal: artigos 62 e 63, Parágrafo 2.º, III, da Lei 4.320, de 17 de março de 1964.



Referência: Pregão: 241/2009.
Responsável: Antônio Sérgio Vidigal
Ressarcimento: R\$ 316.300,60, equivalente a 164.141,46 VRTE. [...]

2.2.15 - DESVIO DE FINALIDADE (Item 15 da ITI):

Base legal: Princípios da Moralidade e da Impessoalidade contidos no Artigo 37, caput, da CF/88; Princípio da Finalidade Pública inserido no Artigo 32, caput, da CE/89.

Referência: Contrato n.º 452/09
Responsável: Antônio Sérgio Vidigal
Ressarcimento: R\$ 28.579,80, equivalente a 14.834,24 VRTE. [...]

2.2.16 - LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DE DESPESA (Item 16 da ITI):

Base legal: Artigo 63 da Lei 4.320/64; subitens 5.2, 5.4 e 5.5 da Cláusula Quinta do Contrato 558/2009, firmado entre a PMS e a FCAA.

Referência: Contrato n.º 558/2009 e Processo Administrativo 32.823/2009.
Responsável: Antônio Sérgio Vidigal
Ressarcimento: R\$ 194.187,65, equivalente a 100.772,00 VRTE. [...]

2.2.20 - AUSÊNCIA DE RESSARCIMENTO DE MULTAS DE TRÂNSITO (Item 20 da ITI):

Base legal: Princípios da Moralidade, da Razoabilidade e da Eficiência contidos no Artigo 37, caput, da CF/1988.

Responsável: Antônio Sérgio Vidigal
Ressarcimento: R\$ 1.468,45, equivalentes a 762,04 VRTE.

A respeito dos apontamentos, 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*”¹.

Ademais, ressalta-se que o agente político no desempenho da função de gestor, no caso o Prefeito de Serra, 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 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*).

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:

¹ **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).



§ 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, uma vez que 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 decism 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 conseqüente 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 n° 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 n° 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 nº 578/2007 e do Pregão Presencial nº 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”.

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).

Das irregularidades em apreço, observa-se a irrestrita liberdade no emprego de recursos públicos, mediante realização de gastos injustificados, sem qualquer interesse público adjacente, atingindo o montante de 783.188,25 VRTE.

Assim, são inúmeras as evidências quanto à falta de comedimento nos gastos com gratificações sem suporte legal (item 2.2.1), com divulgação no Jornal A Tribuna e na TV Tribunal do Tribuna Open de Golfe (item 2.2.7), com reajuste contratual e liquidações de despesas indevidas (itens 2.2.13, 2.2.14, 2.2.15 e 2.2.16) e com pagamento de multas de trânsito (item 2.2.20), em total afronta ao interesse público e ferindo os mais comecinhos princípios do direito administrativo, tais como a legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, haja vista ter sido realizado no único e exclusivo interesse de alguns agentes políticos e de sua *staff*, não se podendo extrair, nem de longe, qualquer benefício para o órgão executivo.

Portanto, resta evidente e suficiente que ao Prefeito de Serra, como ordenador de despesas, que não comprovou a correta aplicação dos recursos públicos e que inclusive após sua assinatura nos Decretos ns. 244/2009, 961/2009, 1.587/2009 e 1.613/2009 para concessão de indevidas gratificações, recaia a responsabilização pelo seu comportamento desidioso que resultou em dano ao erário, uma vez que praticou ato irregular na medida em que aquiesceu com os dispêndios irregulares, conforme bem delineado no Parecer do Ministério Público de Contas 04296/2017-9, constante no Processo TC-05604/2010-8. Vejamos:

4.1. Irregularidades ensejadoras de prejuízo ao erário municipal



4.1.1. Colhe-se do item 1 da ITI 536/2012 (Ausência de previsão legal para concessão da gratificação), que por meio dos Decretos ns. 4.711/2007, 244/2009, 961/2009, 1.587/2009 e 1.613/2009 foram concedidas gratificações irregulares aos componentes das Comissões de Licitação e de Pregão Eletrônico, **gerando, no decorrer do exercício de 2009, dispêndios no montante de 347.492,64 VRTE.**

Não trouxe o responsável qualquer justificativa, sendo declarado revel através do Despacho 20657/2017-4.

Em exame aos documentos constantes às fls. 292/296, observa-se a assinatura de Antônio Sérgio Alves Vidigal nos Decretos ns. 244/2009, 961/2009, 1.587/2009 e 1.613/2009, bem como a conservação por este gestor do Decreto n. 4.711/2007, o que demonstra o nexó de causalidade entre o dano apurado e o comportamento do agente, conforme posicionamento do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 635/2017 – Plenário, Rel. Aroldo Cedraz

A responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado. Desse modo, **é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexó de causalidade entre a conduta culposa (stricto sensu) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário.**

Desta forma, **deve o gestor ser responsabilizado, com imputação de débito no montante de 347.492,64 VRTE.**

4.1.2. Quanto ao item 7 da ITI 536/2012 (Ausência de finalidade e interesse público), observa-se o dispêndio do montante de **77.841 VRTE** para divulgação no Jornal A Tribuna e na TV Tribuna da quarta edição do campeonato realizado pelo próprio veículo de comunicação – Tribuna Open de Golfe.

Diante do silêncio do responsável, persiste omissó o interesse público almejado com o sobredito gasto.

Dessa forma, observa-se não só infringência ao princípio da supremacia do interesse público, mas também aos da moralidade e da economicidade, pois se trata de gritante hipótese de desperdício de dinheiro público, configurando verdadeiro desrespeito à população que, geralmente carente de necessidades básicas, tais como educação, saúde e saneamento, vê os recursos serem canalizados para despesas desprovidas de qualquer interesse público.

Vale observar que toda despesa pública deve ser previamente motivada, indicando-se o interesse público a ser alcançado. Entretanto, no processo relativo à prestação do serviço não consta qualquer justificativa para a despesa a ser efetuada.

Assim, indiscutível que o serviço em questão é nulo de pleno direito em razão do vício de origem de requisitos essenciais do ato, quais sejam, finalidade e motivação.

Ao discorrer sobre os requisitos do ato administrativo, José dos Santos Carvalho Filho vaticina que:

Finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público. Realmente, não se pode conceber que o administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade, possa



estar voltado a interesses privados. O intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função.

[...] Afinal, o motivo do ato não deixa de ser a causa que inspirou sua prática. Melhor, então, analisar o fenômeno como um fato que conduz à invalidação do ato, e isso porque, havendo a incongruência, ou o motivo ou o objeto, ou ambos, estarão inquinados de vício de legalidade.

[...] A congruência entre as razões do ato e o objetivo a que se destina é tema que tem intrínseca aproximação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, se entre as razões e o objeto houver desajuste lógico, o ato estará inquinado de vício de legalidade e terá vulnerado os aludidos princípios. Em ambos se exige que a conduta do administrador não refuja aos parâmetros lógicos adotados pelas pessoas em geral, nem que tenha como fundamentos dados desproporcionais ao fim colimado pela norma que dá suporte à conduta.

Deste modo, uma vez que não demonstrado pelo gestor (que preferiu ficar inerte) que o prejuízo causado ao erário municipal decorreu de atos praticados por agente subordinado que tenha exorbitado de suas ordens, nos termos do art. 80, § 2º, do DL n. 200/1967, persiste sua responsabilidade, com base na culpa *“in eligendo”* e *“in vigilando”*², por transgressão ao art. 37 da Constituição Federal e aos arts. 32 e 45, § 2º, da Constituição Estadual, **representando prejuízo ao erário no montante de 77.841 VRTE, que deve ser ressarcido.**

4.1.3. Apontou a Unidade Técnica, nos itens 13, 14 e 15 da ITI 536/2012³, irregularidades atinentes ao Contrato n. 452/2009 relacionadas, respectivamente, ao reajuste indevido do preço contratual na ordem de 51%, ao pagamento de quantias superiores àquelas entregues e ao desvio de finalidade em razão da distribuição de cestas básicas para igrejas.

No caso vertente, não foram apresentadas provas para elidir a irregularidade em questão, uma vez que o gestor se manteve inerte, restando, evidenciada, a todas as luzes, lesão ao ordenamento jurídico e o consectário dano ao erário.

Reforçando o apontamento, registra-se, no que se refere ao item 13 da ITI 536/2012, que *“é indevido o pagamento por reajustes excessivos, cabendo aos responsáveis pela ordem [...] o recolhimento de tais valores aos cofres públicos”* (TCU, Acórdão 1180/2012 – Plenário, Rel. Marcos Bemquerer).

Ademais, quanto à irregularidade descrita no item 15 da ITI 536/2012, *“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 de despesa, salvo se ele conseguir justificar que a irregularidade foi praticada exclusivamente por subordinado que exorbitou das ordens recebidas”* (TCU, Acórdão 7575/2015 – Primeira Câmara, Rel. Benjamin Zymler).

Além disso, no que tange ao item 16 da ITI 536/2012, resta caracterizado o desvio de finalidade na destinação do objeto pactuado em finalidade diversa para a qual foi adquirido (TCU, Acórdão 846/2013 – Segunda Câmara, Rel. José Jorge).

² Acórdão 2818/2015 – Plenário, Rel. Augusto Nardes

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.

³ Itens: 13 – Reajuste irregular de contrato, 14 – Pagamentos irregulares e 15 – Desvio de finalidade.



Assim sendo, evidencia-se grave omissão do Prefeito no desempenho de suas atribuições de supervisão hierárquica, acarretando o reajuste excessivo do preço contratual, após o decurso de apenas cinco meses da contratação, sem qualquer motivação aparente, bem como a ocorrência de pagamentos efetuados sem a devida contraprestação por parte do credor e a destinação do objeto pactuado em finalidade diversa daquela adquirida, **o que representou lesão ao erário municipal nos montantes de 178.116,87 VRTE (item 13 da ITI), 164.141,46 VRTE (item 14 da ITI) e 14.834,24 (item 15 da ITI).**

4.1.4. O item 16 da ITI 536/2012 se remete à liquidação irregular de despesa, uma vez que evidenciada inconsistências a respeito do material recebido pela Prefeitura da Serra atinente a contratação com a Fundação Ceciliano Abel de Almeida (Contrato n. 558/2009), **cuja análise revelou a existência de dano ao erário no montante de 100.772 VRTE.**

Todavia, colhe-se do apontamento que houve a prestação de serviços, ainda que de forma incompleta, sem a possibilidade, assim, de devolução integral dos valores recebidos pela contratada.

Desta maneira, pelos elementos dos autos não é possível quantificar categoricamente o dano ao erário, fazendo-se necessário que seja **determinada a instauração de tomada de contas especial de modo a apurar o fato em toda a sua inteireza, quantificando-se o dano e identificando-se todos os responsáveis na irregularidade em questão.**

4.1.5. Constatou a Unidade Técnica, no item 20 da ITI 536/2012 a ausência de devolução, pelos infratores de trânsito (na maioria servidores), das multas pagas pela Prefeitura da Serra, gerando, assim, um dispêndio irregular no montante de **762,04 VRTE.**

Calha mencionar que o gestor, devidamente citado, não trouxe quaisquer esclarecimentos acerca da irregularidade, persistindo,

Assim, não tendo o ordenador de despesas demonstrado que o prejuízo causado ao erário municipal decorreu de atos praticados por agente subordinado que exorbitou das ordens recebidas, nos termos do art. 80, § 2º, do DL n. 200/1967, persiste sua responsabilidade, com base na culpa *“in elegendo”* e *“in vigilando”*⁴, **com a imputação de débito na ordem de 762,04 VRTE.**

[...] **5.** Ainda, cumpre reforçar, nesta oportunidade, **a responsabilidade de Antônio Sérgio Alves Vidigal** nas irregularidades dispostas nos itens 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 19 e 20 da ITI 536/2012, cabendo relembrar que ela não decorre somente de atos por ele praticados, mas também por culpa *“in vigilando”* ou *“in elegendo”*.

A propósito, cabe mencionar, nos termos do art. 80, § 1º, do DL n. 200/1967, que *“ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndios de recursos [...] ou pela qual esta responda”*, havendo uma única causa eximente de responsabilidade no art. 80, § 2º, do mesmo regramento.

Ademais, necessário ressaltar que a Lei Municipal n. 2.171/1999, que teria estabelecido a desconcentração administrativa do Poder Executivo da Serra, foi revogada pela Lei Municipal n. 2.446/2001.

⁴ Acórdão 2818/2015 – Plenário, Rel. Augusto Nardes

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.



Assim, tecem-se as seguintes constatações:

(i) Quanto ao item 1 da ITI 536/2012⁵, conforme ressaltado no tópico 4.1.1, recai a responsabilidade ao Prefeito, na qualidade de gestor, que teria assinado os Decretos ns. 244/2009, 961/2009, 1.587/2009 e 1.613/2009, bem como mantido em vigor o Decreto n. 4.711/2007.

[...] (iii) Já em relação aos itens 7, 13, 14, 15 e 20 da ITI 536/2012⁶, conforme enfatizado nos tópicos 4.1.2, 4.1.3 e 4.1.5, recai a responsabilidade ao Prefeito, na qualidade de gestor, que não comprovou a eximente disposta no art. 80, § 2º, do DL n. 200/1967, evidenciando-se o nexó de causalidade entre sua conduta omissiva, em não fiscalizar devidamente seus subordinados e/ou escolhe-los de forma inadequada, e a irregularidade constatada, o que enseja sua responsabilização, conforme posicionamento do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 2818/2015 – Plenário, Rel. Augusto Nardes

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.

[...] Assim sendo, **Antônio Sérgio Alves Vidigal deve ser punido em razão das irregularidades dispostas nos itens 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 19 e 20 da ITI 536/2012.**

Deste modo, mostra-se equivocado o entendimento expresso no v. Acórdão de que o modelo de responsabilização aqui adotado foi baseado na culpa objetiva, uma vez que da narrativa constante na instrução técnica inicial é possível individualizar a conduta do gestor e verificar o nexó de causalidade existente entre seu comportamento e a irregularidade constatada, concluindo, assim, que as despesas somente foram realizadas porque autorizadas pelo Prefeito de Serra que inobservou o dever de cuidado.

Acórdão 1689/2019 – Plenário, Rel. Augusto Nardes

Para fins de exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

Nestes termos, insta reforçar que “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 de despesa, salvo se ele conseguir justificar que a irregularidade foi praticada exclusivamente por subordinado que exorbitou das ordens recebidas” (TCU, Acórdão 337/2019 – Plenário, Rel. Augusto Nardes).

Portanto, “é obrigação do ordenador de despesa ressarcir o erário dos prejuízos a que tenha dado causa por ação ou omissão no cumprimento da lei ou das normas do direito financeiro. É responsabilidade pessoal do gestor a comprovação do bom e regular emprego dos valores públicos que, nessa condição, tenha recebido, cabendo-lhe, em consequência o ônus da prova” (TCU, Acórdão 1194/2009 – Primeira Câmara, Rel. Valmir Campelo).

Depreende-se, assim, que constam nos autos provas suficientes para confirmar as irregularidades e a consectária responsabilidade do gestor, Antônio Sérgio Alves Vidigal,

⁵ Item 1 – Ausência de previsão legal para concessão de gratificação

⁶ Itens: 7 – Ausência de finalidade e interesse público, 13 – Reajuste irregular de contrato, 14 – Pagamentos irregulares, 15 – Desvio de finalidade e 20 – Ausência de ressarcimento de multas de trânsito.



mostrando pernicioso o v. Acórdão simplificar que a impossibilidade de recomposição do erário advém do fato de que não foram chamados demais agentes causadores do dano ao processo, olvidando-se, portanto, da preponderância do interesse público sobre o privado.

Destarte, a realidade demonstra que as despesas só foram realizadas porque autorizadas pelo Prefeito de Serra de modo que remanesce sua responsabilidade.

Ao mesmo tempo, cabe destacar que a ausência de citação de outros responsáveis solidários pelo dano ao erário não obsta o andamento regular do processo de tomada de contas especial, tendo em vista que o instituto da solidariedade passiva constitui benefício exclusivo do credor (TCU, Acórdão 2334/2020 – Primeira Câmara, Rel. Benjamin Zymler).

Desta forma, nos moldes do Acórdão 4090/2018 – Segunda Câmara, do TCU, 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).

No mesmo sentido, colhe-se da Decisão TC-274/2019 deste Tribunal de Contas, exarada no Processo TC-2528/2008, que é inafastável a responsabilidade do gestor, devidamente citado, ainda que constatada eventual ausência de citação de pretensos terceiros solidários, buscando, assim, a máxima eficiência na recuperação do crédito devido ao ente público.

13. A competência das procuradorias e assessorias jurídicas se restringe à representação do ente público nas esferas judicial e extrajudicial, não sendo cabível a defesa de interesses pessoais dos agentes políticos pela prática de atos, em tese, lesivos à administração.

Tratam os autos de denúncia em face do Município de Iúna, motivada por supostas irregularidades na contratação e pagamento de pessoal, ocorridos no exercício de 2006. Preliminarmente ao mérito, a área técnica intentou afastar a responsabilidade do gestor sob a alegação de que “este Tribunal, em casos análogos, tem decidido por afastar a responsabilidade dos gestores, em situações em que sequer foram citados os demais agentes para responder por suas ações/omissões, recaindo apenas para os Ordenadores tal responsabilidade”. Noutra vertente, o Ministério Público Especial de Contas registrou que “não existe qualquer óbice à imputação de débito aos responsáveis chamados ao feito, cujas



responsabilidades estejam devidamente delineadas, mesmo que constatada eventual ausência de citação de pretensos terceiros solidários, consoante entendimento do Tribunal de Contas da União”. Sobre a matéria tratada, o relator ponderou: “As questões de ordem processual não podem ser postas acima de valores muito mais relevantes como o respeito à lei, à ordem democrática e aos princípios republicanos. Aplicar a lei e a Constituição é dever inafastável da Corte de Contas no desempenho de sua função de controle; e controle compreende orientação, fiscalização e punição”. Destacou ainda que “a formação de um polo passivo com responsáveis solidários não é requisito legal para a atuação da Corte de Contas”. Dessa forma, acrescentou: “No âmbito do direito público, somente a lei pode estabelecer a solidariedade, seja ativa ou passiva, porque não há nesse terreno, espaço para a manifestação de vontade. Além disso, a solidariedade é direito do credor (no caso o Município), não do devedor como parece ser o entendimento deste Tribunal de Contas, em seus últimos julgados acerca do tema”. Em continuidade à aludida linha de intelecção, o relator asseverou que: “Sendo o credor uma pessoa jurídica de direito público, essa faculdade assegurada pelo Código Civil deve ser compreendida e aplicada no sentido do alcance da máxima eficiência na recuperação do crédito devido ao ente, no caso o Município de Lúna”. Isto posto, o relator concluiu ser inafastável a responsabilidade do gestor. O Plenário, sem divergência, ante as razões expostas pela relatoria, decidiu por rejeitar as alegações de defesa do gestor. Decisão TC 274/2019-Primeira Câmara, TC 2528/2008, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 26/02/2019.

Assim, nos termos da Decisão TC-274/2019, “não há possibilidade legal, no rito processual de um Tribunal de Contas, órgão de controle externo da administração, de uma irregularidade ser constatada, confirmada, materializada e não julgada, porque não há espaço para a vontade pessoal do julgador, à luz dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. [...] qualquer solução processual que impeça ao Tribunal de Contas o exercício de sua função indisponível, portanto, de alcançar aquele que causou prejuízo ao erário deve ser afastada e refutada, como inservível para a prestação que é devida por esta Corte à sociedade. Portanto, não há construção jurídica lógica se seu alicerce é outro interesse que não o público”.

Neste mesmo caminhar, vale destacar o voto Conselheiro em substituição João Luiz Cotta Lovatti que compõe a Decisão 05023/2017-6 acerca da metodologia de responsabilização adotada no Processo TC-05604/2010-8:

Entendo, nessa linha, que eventual deficiência na matriz de responsabilidade não constitui óbice ao julgamento do processo, devendo-se à luz das teorias que regulam a responsabilidade nos processos de contas, examinar o nexo de causalidade entre a conduta dos responsáveis devidamente citados e o dano causado.

O simples fato de não terem sido chamados aos autos outros possíveis responsáveis, não pode excluir sumariamente a análise dos indicativos de irregularidades levantados pela ITI 536/2002, até porque, somente com a análise meritória é que se poderá discutir a existência ou não de outros responsáveis pelos indicativos propostos.

Não obstante, a área técnica, por meio da ITC 02025/2017, entendeu por bem proceder à análise meritória apenas dos itens nos quais foram arrolados além do ordenador de despesas, outros responsáveis pelo indicativo analisado, deixando de analisar os itens cujo responsável citado foi apenas o ordenador de despesa.



Além disso, entendeu por afastar a análise meritória de tais itens ante a ausência da individualização das condutas do gestor apontado como responsável, bem como, donexo de causalidade existente entre as condutas e a suposta anomalia constatada.

Ora, conforme destacado pela própria ITC 02025/2017, a sistemática adotada anteriormente por esta Corte de Contas não previa a matriz de responsabilidade nos moldes como adotado atualmente.

Não obstante, a Instrução Técnica Inicial 536/2012 descreve os fatos apurados e indica os responsáveis pelos indícios suscitados, de onde se extrairá a conduta, bem como o nexo de causalidade dos agentes indicados.

Até porque, se isto não se buscar, poderá restar comprometido todo trabalho e a efetividade das ações fiscalizatórias empreendidas por este Tribunal, anteriormente à sistemática atualmente adotada.

Aliás, nas próprias irregularidades analisadas pelo NEC, não houve uma indicação pela ITI 536/2012 da conduta e nexo de causalidade nos moldes que hoje se adota, fato que, como restou demonstrado pelo próprio Núcleo de Conclusivas, não obstou à análise meritória de tais itens.

Além disso, tendo em vista a culpa *in vigilando* (falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outra pessoa que está sob sua guarda, fiscalização ou responsabilidade) ou culpa *in eligendo* (má escolha do representante ou preposto), deve ser analisado de forma mais específica a responsabilidade do ordenador de despesa, no presente caso, o prefeito municipal, nas irregularidades indicadas na ITI 536/2012.

Isso, porque o fato de existir a participação de outras pessoas na cadeia de atos que se sucederam até o aperfeiçoamento da irregularidade não o eximirá de responder pelas infringências ocorridas, se estas se confirmarem, visto que, enquanto dirigente máximo do órgão, possui o poder/dever de supervisão e de zelo pela coisa pública, podendo, portanto, ser responsabilizado por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, caso que será averiguado com cautela no exame das irregularidades que foram indicadas na respectiva instrução técnica inicial.

Quanto à imputação do débito, a eventual participação de outros agentes públicos, no alargar da matriz de responsabilidade não socorre o ordenador de despesas nesse momento processual. A despeito da possibilidade de participação de outras pessoas, a obrigação de recomposição ao erário é de natureza solidária, qual seja, o ressarcimento obriga a todos os responsáveis, individualmente, a recompor o valor total ao erário. Nessa linha, a abertura da matriz não teria utilidade para o Estado na condição de credor, antes o contrário, poderia inviabilizar a eficácia do processo fiscalizatório.

Como instrumento de resguardo do erário, deve o controle externo se acautelar quanto a chicanas instrumentalizadas com o objetivo único de impedir a efetividade da ação fiscalizadora executada e para tanto me valho da jurisprudência do TCU inscrita em no acórdão 1737/2014 – 2ª câmara, do TCU, do qual destaco o seguinte trecho:

Demais disso, deve-se ressaltar que a eventual falta de chamamento ao processo de outros eventuais responsáveis solidários também não obsta a imputação do débito ao responsável, não traz prejuízos à defesa do responsável, nem induz nulidade processual sobre este feito, até mesmo porque, como assentado no Acórdão 864/2009, do Plenário, nos Acórdãos 2.917/2006 e 4.192/2011, da 1ª Câmara, e nos Acórdãos 10.560/2011,



11.151/2011, 11.437/2011, 206/2012, da 2ª Câmara, o instituto da solidariedade passiva constitui benefício legal erigido em favor do credor, não configurando óbice para que o devedor interessado busque em juízo eventual ressarcimento pessoal por meio da devida ação judicial regressiva (grifo inexistente no original).

Deste modo, entendo que a instrução processual está concluída, amparada em farta documentação, encontrando-se o feito maduro para julgamento, não sendo possível o seu arquivamento por suposta economicidade processual, ou mesmo reabertura da instrução processual.

Denota-se, assim, que a responsabilidade de Antônio Sérgio Alves Vidigal de modo algum será eximida pelo fato de existir a participação de outras pessoas na cadeia de atos que ocasionaram a irregularidade e o consectário dano ao erário, tendo em vista que a recomposição ao erário é de natureza solidária, implicando, pois, em benefício exclusivo do credor, no caso o Município de Serra.

Portanto, o v. Acórdão adota premissas que não são aplicáveis ao caso concreto, pois não há qualquer incoerência na matriz de responsabilização, figurando como responsável o agente que concretamente e efetivamente concorreu para a ocorrência das irregularidades, bem como não há qualquer exclusão de sua responsabilidade, 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 783.188,25 VRTE, a Antônio Sérgio Alves Vidigal, diante da realização de indevidas despesas.

No tocante à proposição de determinação à Prefeitura da Serra de instauração de tomada de contas especial com a finalidade de apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano em decorrência da liquidação irregular de despesa apontada no item 2.2.16 da ITC 2025/2017, cabe rememorar que *“o transcurso do lapso de dez anos para dispensa de instauração da tomada de contas especial, apesar de admitido em tese, precisa ser avaliado em confronto com os elementos disponíveis em cada caso, com o objetivo de verificar se houve, de fato, prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa”* (TCU, Acórdão 550/2020 - Plenário, Rel. Vital do Rêgo).

Ademais, *“o prejuízo à ampla defesa e ao contraditório decorrente de citação tardia deve ser efetivamente demonstrado pelo responsável com a indicação do obstáculo ou da dificuldade concreta que implicou prejuízo à defesa, não sendo suficiente a mera alegação”* (TCU, Acórdão 1244/2020 – Primeira Câmara, Rel. Bruno Dantas).

E comprovado que o responsável teve ciência das irregularidades apuradas no processo antes do prazo de dez anos até a instauração da tomada de contas especial e sua citação, como é o caso de Antônio Sérgio Alves Vidigal que foi citado no Processo TC-05604/2010 em 09 de novembro de 2012, não se configura prejuízo à defesa em decorrência do transcurso de tal prazo (TCU, Acórdão 1304/2018 – Primeira Câmara, Rel. Bruno Dantas).

Desta forma, a mera menção disposta no v. Acórdão de que se deixa de instaurar Tomada de Contas Especial em razão do longo decurso de tempo da ocorrência dos fatos não traz motivação suficiente, o qual só ocorrerá após a verificação de que o lapso temporal tenha



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
— ESTADO DO —
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

prejudicado efetivamente o exercício, pelo responsável, do direito da ampla defesa e do contraditório.

Em suma, resta evidenciado o *error in procedendo* no v. Acórdão objurgado, 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 anular o **v. Acórdão TC-01551/2019-1 – Plenário** e determinar o retorno do feito à fase de julgamento mediante ampla cognição do mérito processual.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 8 de abril de 2020.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS