ACÓRDÃO - AC00 - 1279/2022

PROCESSO TC/MS	**:** TC/5452/2019
PROTOCOLO	**:** 1978342
TIPO DE PROCESSO	**:** PEDIDO DE REVISÃO
ÓRGÃO	**:** MUNICÍPIO DE DOIS IRMAOS DO BURITI
REQUERENTE	**:** WLADEMIR DE SOUZA VOLK
ADVOGADA	**:** RENATA CRISTINA R. S. M. DO AMARAL OAB/MS Nº 20.716
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PEDIDO DE REVISÃO – ACÓRDÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – FORMALIZAÇÃO – 1º TERMO ADITIVO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – REGULARIDADE COM RESSALVA – REMESSA INTEMPESTIVA DE DOCUMENTOS – APLICAÇÃO DE MULTA – RAZÕES – PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA DESRESPEITADOS – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO – REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – DESNECESSIDADE – AUSÊNCIA DE DANO – OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS ATINGIDOS – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – EXCLUSÃO DA PENALIDADE – PROCEDÊNCIA.

1. A falta de intimação sobre a remessa intempestiva dos documentos na fase instrutória revela a inobservância do contraditório e da ampla defesa, que acarretaria a nulidade da decisão e a reabertura da instrução processual.

2. Conduto, desnecessária a reabertura de instrução processual no caso em que existe a possibilidade de julgamento do mérito do pedido, da forma como o feito se encontra, a favor de quem desfrutaria da declaração de nulidade (art. 104 § 2º RITCE/MS e art. 282 do CPC), aproveitando-se os atos processuais em prol da economicidade processual, e combatendo a multa aplicada.

3. Deve-se rescindir parcialmente os termos do Acórdão rescindendo, com fundamento na regra do art. 73, § 3º, primeira parte, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, excluindo a multa aplicada pela remessa intempestiva, porquanto, independentemente do tempo de remessa a este Tribunal dos documentos da prestação de contas, os atos praticados atingiram os objetivos constitucionais, legais e regulamentares aplicáveis ao caso.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Ordinária Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 13 a 15 de junho de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em **conhecer** e

julgar procedente o Pedido de Revisão apresentado pelo **Sr. Wlademir de Souza Volk**, Prefeito de Dois Irmãos do Buriti, para **rescindir parcialmente** o **Acórdão AC01 2110/2016,** com fundamento na regra do art. 73, § 3º, primeira parte, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, para **excluir a multa** no valor equivalente ao de 30 (trinta) UFERMS, que lhe foi infligida no inciso II em razão da remessa intempestiva de documentos.

Campo Grande, 15 de junho de 2022.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Trata a matéria dos autos de Pedido de Revisão proposto pelo Sr. **Wlademir de Souza Volk**, Prefeito do Município de Dois Irmãos do Buriti, contra os efeitos dos termos dispositivos do inciso II da do Acórdão AC01– 2110/2016, de relatoria do Conselheiro Ronaldo Chadid (pç. 19, fls. 454-7, do TC/12652/2016), cujo dispositivo contém a seguinte redação:

> Dessa forma, tendo como suficientes as razões expostas pela 5ª ICE, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas, nos termos do art. 120, II, III e § 4º da RNTC/MS nº 76/2013, profiro VOTO:
>
> **I- Pela REGULARIDADE** da formalização contratual, formalização do 1º Termo Aditivo e da execução financeira do Contrato Administrativo nº 53/2013, celebrado entre o Município de Dois Irmãos do Buriti e a Empresa Cirumed Comércio Ltda., de acordo com o previsto nas Leis 8.666/93 e 4.320/64, com ressalva pela remessa dos documentos fora do prazo previsto no Anexo I, Capitulo III, Seção I, subitem 1.1.1, "A", 1.2.2 "A" e 1.3.1. "A" da Instrução Normativa TC/MS n° 35/11;
>
> **II- Pela APLICAÇÃO DE MULTA** ao prefeito municipal, Wlademir de Souza Volk, inscrito no CPF nº o 836.177.101-8, no valor de correspondente a 30 (trinta) UFERMS, prevista no art. 170, parágrafo 1º, inciso I, alínea a, do Regimento Interno do TC/MS, na forma do provimento nº 02/2014 da Corregedoria Geral do TCE/MS, face a irregularidade apontada;
>
> **III- Pela CONCESSÃO DO PRAZO** de 60 (sessenta) dias para o recolhimento da multa ao FUNTEC, nos termos do art. 83 da Lei Complementar 160/2012, comprovando o pagamento nos autos, sob pena de cobrança executiva judicial, nos termos do art. 77, § 4º da Constituição Estadual.

Em suas razões revisionais, que não vieram acompanhadas de documentos, o requerente demonstra o seu inconformismo com os termos da Decisão acima, pleiteando, em apertada síntese, que seja dado conhecimento e regular processamento à revisão e, no mérito, seja dada a procedência do pedido, para o fim de excluir a penalidade imposta, pois considera que a remessa intempestiva de documentos a este Tribunal não ocasionou qualquer prejuízo ao erário, eis que a decisão foi pela regularidade da prestação de contas. Alegou também que os princípios do contraditório e ampla defesa não foram respeitados, visto que não foi previamente intimado acerca da referida irregularidade durante a instrução

processual, requerendo, ao final, a unificação de todas as multas que lhe foram aplicadas pelo TCE no curso de sua gestão municipal (pç. 1, fls. 2-9).

O Conselheiro-Presidente desta Corte de Contas, ao realizar o juízo de admissibilidade, considerou o Pedido de Revisão tempestivo e cabível, em conformidade com as normas estabelecidas no artigo 73, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012 (Despacho GAB.PRES – 21727/2019, pç. 2, fl. 10).

Após distribuição do feito a minha relatoria, foi concedido o efeito suspensivo aos atos de cobrança da penalidade imposta, nos termos do Despacho DSP – G.FEK 35401/2019 (pç. 5, fl. 13).

Na sequência, o Procurador do Ministério Público de Contas posicionou-se pelo conhecimento e pelo provimento do pedido, para o fim de tornar sem efeito o Acórdão recorrido, pela ausência de notificação do gestor/requerente acerca da irregularidade constatada na fase instrutória, opinando pela reabertura da instrução processual (PAR 3ªPRC – 18808/2019 - pç. 9, fls. 18-20).

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Inicialmente, conheço do presente Pedido de Revisão na forma que admitido pela Presidência, fazendo-se presentes os requisitos necessários à sua admissibilidade – tempestividade, regularidade formal, legitimidade e interesse recursal (art. 73 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e art. 160, I e III, da Resolução Normativa n. 98, de 5 de dezembro de 2018).

O requerente alegou, dentre outras teses, que não foi intimado acerca da remessa intempestiva dos documentos ao Tribunal, sendo-lhe segregada a oportunidade de justificar, no curso da instrução processual, os motivos que o levaram a extrapolar o referido prazo, de modo que tal situação violou os princípios do contraditório e ampla defesa, o que também foi observado pelo membro do Ministério Público de Contas.

Assim, verifico haver questão processual a ser analisada preliminarmente ao mérito do pedido, sendo que as razões do mesmo encontram respaldo no art. 73, inciso III, da Lei (estadual) 160/2012, porquanto restou fundado em uma nulidade processual – *inobservância do contraditório e ampla defesa*.

> **Art. 73.** Da decisão definitiva do Tribunal que julgar os atos sujeitos ao controle externo cabe pedido de revisão fundado em:
>
> (...)
>
> **III –** nulidade processual que tenha ocasionado efetivo prejuízo ao livre exercício

do contraditório e ampla defesa.

É cediço que os princípios do contraditório e ampla defesa estão insculpidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, amparando todo o sistema processual brasileiro, a fim de garantir o direito à plena defesa para todas as partes integrantes dos processos, dentre eles, os que perpassam por essa Corte.

Averiguando o TC/12652/2013, percebo que o requerente realmente não foi intimado sobre a remessa intempestiva dos documentos, no entanto, com a devida vênia à cota ministerial, entendo não ser o caso de reabertura da instrução processual apenas para que o gestor manifeste-se sobre o assunto.

Isto porque, os argumentos trazidos com o mérito do requerimento correlacionam-se com a mencionada nulidade processual, notadamente porque combatem diretamente a aplicação da multa de forma não imediata, com justificativas dos motivos que ensejaram a remessa intempestiva dos documentos a esta Corte de Contas.

Portanto, a reabertura da instrução processual na forma proposta pelo MPC se torna desnecessária, de modo que contraria, a meu ver, os princípios da *economia processual* e do *aproveitamento dos atos processuais defeituosos,* posto que o interessado já se manifestou a respeito da impropriedade constatada, ainda que na via estreita do Pedido de Revisão.

As disposições do Código de Processo Civil aplicam-se subsidiariamente aos processos submetidos à Corte de Contas, conforme a regra prevista no art. 81, §2º, do Regimento Interno (Resolução Normativa TC/MS nº 98/2018).

Diante disso, o art. 104, §2º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, em respeito e atenção às disposições contidas no art. 282, do Código de Processo Civil, assim dispõe:

> Regimento Interno TCE/MS (aprovado pela Res. TC/MS 88/2018)
>
> **Art. 104.** O Vício pela incorreção ou omissão que não importar a nulidade do ato será sanado de ofício, ou a requerimento do jurisdicionado ou do representante do Ministério Público de Contas.
>
> (...)
>
> **§2º Podendo decidir sobre o mérito a favor de quem aproveitaria a declaração de nulidade**, o Conselheiro, a Câmara ou o Tribunal Pleno **poderá abster-se de:**
>
> **I – declará-la ou de mandar repetir os atos ou termos nulo**, inclusive despachos. (...)
>
> Código de Processo Civil
>
> **Art. 282**, do CPC. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará quais atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

> **§1º** O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.
>
> **§2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a fata.**

Tal dispositivo prevê a possibilidade de aproveitamento dos atos processuais, ainda que defeituosos, desde que presentes os requisitos da lei, ou seja, quando o vício não influir na solução da matéria (§1º), ou quando for possível apreciar o mérito da demanda a favor daquele que se beneficia da nulidade (§2º).

Considerando a nítida relação do tema em debate com as disposições do CPC, colaciono o ensinamento de Fredie Didier Júnior, *in* "Curso de Direito Processual Civil", 17ª edição, 2015, editora Jus Podivm":

"Somente se deve nulificar um ato ou procedimento ou o próprio procedimento se não for possível aproveitá-lo – do mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, **mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas** (...) – grifei.

Para o caso em comento, destaco que o requerente é o beneficiário da nulidade acerca da falta de intimação sobre a remessa intempestiva dos documentos, sendo plenamente possível a apreciação do mérito de seu pedido, ante ao fato das razões que o acompanham também combaterem diretamente a irregularidade declarada no Acórdão recorrido.

Assim sendo, observo que embora tenha ocorrido inobservância do contraditório e ampla defesa na fase instrutória do TC/12652/2013, existe a possibilidade de aproveitando-se os atos processuais em prol da economicidade processual, sendo plenamente possível o julgamento do mérito do Pedido de Revisão da forma como o feito se encontra.

Superada, portanto, a questão da reabertura da instrução processual, passo ao exame do mérito do Pedido de Revisão.

Em primeiro lugar, considero a declaração de regularidade da formalização do 1º Termo Aditivo e da execução orçamentária e financeira do Contrato Administrativo nº 53/2013, conforme prolatado no Acórdão AC01 – 2110/2016, pois demonstra a diligência do gestor em respeitar os ditames legais e regulamentares necessários, falhando apenas no atendimento ao prazo para o encaminhamento da documentação a este Tribunal, razão pela qual lhe foi aplicada multa de 30 (trinta) UFERMS, nos termos do art. 46 da Lei Complementar Estadual n. 160/2012.

Em segundo lugar, considero importante registrar algumas considerações sobre a nova ordem interpretativa do direito público, que deve ser observada com o advento das regras positivas acrescidas ao Decreto-Lei n. 4.657, de 1942 (**"***Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro-LINDB***"**), pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**.**

Sob essa nova ordem jurídica, o princípio constitucional implícito da *razoabilidade* e o instituto da *convalidação de atos* vieram atenuar ou impor adequação aos conceitos de perfeição, vigência e eficácia dos atos administrativos.

E sob essa nova ordem jurídica, tenho como certo que parte significativa dos atos praticados irregularmente pelos agentes das Administrações municipais – compreendendo a desconformidade deles [atos] com o conjunto das disposições constitucionais, legais e regulamentares – decorre de obstáculos inerentes às atividades por eles desenvolvidas, bem como dos inquestionáveis limites da infraestrutura dos entes e órgãos públicos municipais deste país. Mas obviamente, não estão inseridas nesse contexto as irregularidades que signifiquem atos causadores de dano ao erário.

Portanto, os obstáculos, as dificuldades reais e as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente público não podem ser desconsideradas na análise e na *decisão* sobre a regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

E especialmente sob a ótica do que está estabelecido nas transcritas disposições da LINDB, digo que, no caso, a remessa intempestiva de documentos a este Tribunal não é obstáculo instransponível para declarar a regularidade dos atos do gestor, porquanto tal intempestividade não causou:

a)prejuízo aos direitos dos administrados, inclusive quanto à transparência para o exercício do controle social;

b)dano ao erário;

c)dificuldades, obstáculos ou prejuízos ao controle externo, a cargo deste Tribunal. Muito ao contrário: a documentação encaminhada compôs o conjunto de elementos probatórios que levou à conclusão da regularidade da prestação de contas.

Na mesma esteira, destaco o ***princípio da proporcionalidade*** como instrumento de controle das restrições a direitos, o qual se destina a orientar e controlar a aplicação e a interpretação do Direito. Assim se passa porque a liberdade na atividade de aplicação do Direito significa atribuição de poder jurídico para escolher a solução mais adequada em face das circunstâncias.

Marçal Justen Filho, na sua obra "*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*" (18ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 87-88) trata do princípio da proporcionalidade em suas três dimensões: *1. A proporcionalidade-adequação; 2. A proporcionalidade-necessidade e, 3. A proporcionalidade em sentido restrito.* Isso significa dizer que somente se legitima uma decisão restritiva de direitos como meio para atingir um certo resultado ou para promover um determinado valor.

A primeira dimensão da proporcionalidade envolve a exigência de uma relação de adequação entre a medida concreta de cunho restritivo e o atingimento do resultado a que ela se norteia e que lhe dá legitimidade jurídica.

Sendo assim, ante a decisão definitiva de regularidade da prestação de contas no que se refere à formalização do termo aditivo e da conformidade da execução contratual, a meu ver, plenamente cabível o afastamento da sanção de multa pela aplicação de remessa intempestiva de documentos a este Tribunal, com base nessa nova ordem jurídica, sobretudo, com fundamento no princípio da proporcionalidade, visto que o resultado final pretendido foi alcançado, sendo desnecessária a sanção pecuniária aplicada apenas por falha formal e motiva hoje a sua exclusão. Nesse sentido, são os julgados deste Tribunal de Contas, a exemplo da ementa a seguir colacionada:

> EMENTA - RECURSO ORDINÁRIO ACÓRDÃO NOTA DE EMPENHO PUBLICAÇÃO INTEMPESTIVA EXECUÇÃO FINANCEIRA REGULARIDADE COM RESSALVA **REMESSA INTEMPESTIVA DE DOCUMENTOS** MULTA **AUSÊNCIA DERESPONSABILIDADE FALHA FORMAL APLICAÇÃO DA LINDB PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE EXCLUSÃO MULTA** MEDIDA SUFICIENTE RECOMENDAÇÃO PROVIMENTO.
> (TCE-MS - RO: 58852016001 MS 1885087, Relator: WALDIR NEVES BARBOSA, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2364, de 14/02/2020)

Assim, concluo ser necessário rescindir parcialmente a decisão recorrida para o fim de excluir a penalidade que foi imposta ao requerente, porquanto independentemente do tempo de remessa, a este Tribunal, dos documentos da prestação de contas, os atos praticados atingiram os objetivos constitucionais, legais e regulamentares aplicáveis ao caso, conforme resultou declarado no inciso I do termo dispositivo do Acórdão AC01 – 2110/2016.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **voto** no sentido de **conhecer** e **julgar procedente** o Pedido de Revisão apresentado pelo **Sr. Wlademir de Souza Volk**, Prefeito de Dois Irmãos do Buriti, para:

I – rescindir parcialmente o Acórdão AC01 2110/2016**,** com fundamento na regra do art. 73, § 3º, *primeira parte*, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, para excluir a multa no valor equivalente ao de 30 (trinta) UFERMS, que lhe foi infligida no inciso II em razão da remessa intempestiva de documentos.

II – intimar o(s) interessado(s) do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (Resolução n. 98, de 2018).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, pelo conhecimento e procedência do Pedido de Revisão.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator o Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Ronaldo Chadid, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e o Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Celio Lima de Oliveira (em Substituição Legal do Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo).

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 15 de junho de 2022.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

LBS/MFGM