



Acórdão 01338/2020-3 - Plenário

Processos: 02575/2020-7, 08504/2014-3

Classificação: Recurso de Reconsideração

UGs: CML - Câmara Municipal de Linhares, PML - Prefeitura Municipal de Linhares, SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Linhares

Relator: João Luiz Cotta Lovatti

Interessado: JOSE CARLOS ELIAS, JAIR CORREA, IVAN SALVADOR FILHO, GUERINO LUIZ ZANON

Recorrente: MILTON SIMON BAPTISTA, ADEMIR JOSE DE LIMA, JOSE ZITENFELD CARDIA

Procuradores: CARLOS ESTEVAN FIOROT MALACARNE (OAB: 12401-ES), FRANCISCO ADAO SILVA DE CARVALHO (CPF: 004.860.937-43), ALEX DE FREITAS ROSETTI (OAB: 10042-ES), AMANDA LOYOLA GOULART (OAB: 24474-ES), ARTHUR AZEREDO THEVENARD (CPF: 140.390.417-04), ARTHUR LUIS LOUREIRO (CPF: 164.971.447-57), BARBARA DALLA BERNARDINA LACOURT (OAB: 14469-ES), BRUNO AUGUSTO RODRIGUES GUIMARAES (CPF: 134.263.587-60), CAMILA CARLETE GOMES (OAB: 23460-ES), CARLOS EDUARDO AMARAL DE SOUZA (OAB: 10107-ES), CAROLINA AVELAR DE OLIVEIRA (OAB: 23097-ES), CHEIM JORGE & ABELHA RODRIGUES ADVOGADOS ASSOCIADOS (CNPJ: 03.444.489/0001-89), CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS (OAB: 12142-ES), FLAVIO CHEIM JORGE (OAB: 262B-ES), GABRIEL FERREIRA ZOCCA (OAB: 6516E-ES), KLEBER MEDICI DA COSTA JUNIOR (OAB: 23485-ES), LAILA CHEIM SADER MALHEIROS (CPF: 133.993.717-48), LUANA ASSUNCAO DE ARAUJO ALBUQUERK (OAB: 15866-ES), LUCAS GIANORDOLI PINTO CYPRESTE (OAB: 29031-ES), LUDGERO FERREIRA LIBERATO DOS SANTOS (OAB: 21748-ES), MARCELO ABELHA RODRIGUES (OAB: 7029-ES), MARCELO RODRIGUES NOGUEIRA (OAB: 19008-ES), MARIANA FERNANDES BELIQUI (OAB: 15918-ES), MATHEUS DOCKHORN DE MENEZES (OAB: 14007-ES), MILENA MAGNOL CASAGRANDE (OAB: 28910-ES), NATHALIA SAIB DE PAULA (OAB: 20844-ES), RAFAEL BEBBER CHAMON (OAB: 29367-ES), RODRIGO LIMA RANGEL (OAB: 17040-ES), TALITA ATAIDE DA SILVA (CPF: 153.685.427-12), TATIANE MENDES RIBEIRO (OAB: 28947-ES), THIAGO FELIPE VARGAS SIMOES (OAB: 13399-ES)

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM FACE DO
ACÓRDÃO TC 103/2020-2 – CONHECER -
PROVIMENTO TOTAL – REFORMAR ACÓRDÃO -
CONTAS REGULARES - CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO JOÃO LUIZ COTTA
LOVATTI:**

Versam os presentes autos sobre Recurso de Reconsideração interposto pelos Senhores Ademir José de Lima, José Zitenfeld Cardia e Milton Simon, já devidamente qualificados nos autos em face do **Acórdão TC 103/2020-2**, proferido pelo Egrégio Plenário deste Tribunal nos autos do Processo TC – 8504/2014-3, irresignados com as condenações impostas.

Segundo a instrução processual, nos itens 1.4, 1.5 e 1.6 do Acórdão TC 103/2020-2 houve a rejeição das razões de justificas e o Plenário desta Corte julgou irregulares as contas dos recorrentes com base no art. 87, V e art. 134, da Lei Complementar 621/2012, c/c art. 386 do RITCEES, cuja parte dispositiva possui o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. CONHECER a representação;

1.2. DECRETAR a **prescrição** da pretensão punitiva, nos termos do art. 71, caput, da LC n. 621/2012, em relação à conduta omissiva de **Ivan Salvador Filho**;

1.3. CONVERTER O FEITO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, uma vez que identificados valores a serem ressarcidos ao erário;

1.4. Julgar irregulares as contas do Sr. **Milton Simon Baptista** e **CONDENAR** o mesmo ressarcir ao erário municipal o montante equivalente a **19.911,65 VRTE**, aplicando-lhe **multa individual** no valor de **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência dos prejuízos descritos no item 2.1 da ITC 04832/2018-3:

1.5. Julgar irregulares as contas do Sr. **José Zitenfeld Cardia** e, do montante acima elencado, **CONDENAR** o mesmo a ressarcir ao erário municipal, **EM SOLIDARIEDADE** com o responsável acima disposto, o montante equivalente **4.377,31 VRTE**, aplicando-lhe **multa individual** no valor de **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência dos prejuízos descritos no item 2.1 da ITC 04832/2018-3;

1.6. Julgar irregulares as contas do Sr. **Ademir José de Lima** e **CONDENAR** o mesmo a ressarcir ao erário municipal o montante equivalente a **12.641,93 VRTE**, aplicando-lhe **multa individual** no valor de **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência do prejuízo descrito no item 2.1 da ITC04832/2018-3

1.7. **Dar ciência** aos interessados;

1.8. **SOBRESTAR** o julgamento do presente processo, no que diz respeito ao ressarcimento imposto ao Sr. **Ivan Salvador Filho EM SOLIDARIEDADE** com **Milton Simon Baptista** e **José Zitenfeld Cardia**, no montante equivalente a **1.126,26 VRTE**, por 90 (noventa) dias, ou então até decisão do Recurso Extraordinário RE 636.886 pelo STF, em que já foi reconhecida a existência de controvérsia de repercussão geral, definida no tema 899 (*prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas*);

Autuados, os presentes autos foram remetidos ao Gabinete deste Relator, onde foi proferido despacho encaminhando os mesmos à SGS/Recursos para certificação quanto ao prazo para interposição de recursos e, caso tempestivos, encaminhá-los ao NCD para que fossem apensados aos mesmos o Processo TC 8504/2014 (Tomada de Contas Especial Convertida) e por fim, ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, para análise e instrução (Despacho 18994/2020-7 - evento processual nº 03).

Nos termos do Despacho 19102/2020-5 (evento processual nº 04), a SGS realizou a análise da tempestividade e encaminhou os autos ao Núcleo de Recursos e Consultas – NRC para a devida instrução técnica recursal.

Por meio da Instrução Técnica de Recurso 256/2020-7, opinou o NRC pelo Conhecimento do presente recurso de reconsideração para, no mérito, concluir nos seguintes termos:

À luz de todo o exposto, opina-se pelo **PROVIMENTO** ao recurso interposto e pela reforma do **Acórdão TC 00103/2020-2 (Plenário)** deste Egrégio Tribunal de Contas do Estado do ES – TCE/ES – nos autos do **Processo TC – 8504/2014-3, em decorrência da presença de elementos suficientes para** elidir, do ponto de vista técnico-jurídico as condenações impostas aos recorrentes.

Destarte, opina-se pela reforma do **Acórdão TC 00103/2020-2 (Plenário)** para que sejam **excluídas as condenações impostas nos itens 1.4, 1.5 e 1.6, respectivamente aos Senhores, Milton Simon, José Zitenfeld Cardia e Ademir José de Lima**, devendo ser julgadas regulares as suas contas, com fulcro no art. 84, I da Lei Complementar 621/2012.

O Senhor Procurador do Ministério Público de Contas, Dr. Luciano Vieira se posicionou por meio do Parecer 3391/2020-7 onde opinou pelo conhecimento do recurso de reconsideração e, no mérito, para que seja totalmente desprovido.

É o Relatório

Analisada as condições de admissibilidade do recurso, verifica-se que as partes são capazes, possuem interesse e legitimidade processual.

Quanto à tempestividade, verifica-se que nos termos do Despacho 19102/2020-5, da SGS, a publicação do Acórdão TC 103/2020 foi disponibilizado no DOETCEES do dia 02/03/2020, considerando-se publicado no dia 03/03/2020, tendo o início de contagem do prazo para apresentação de recurso, o dia seguinte, ou seja, 04/03/2020.

Neste sentido, o Núcleo de Recursos e Consultas registra que em razão da pandemia do coronavírus, este Tribunal expediu a Portaria Normativa nº 025 de 16/03/2020, cujo art. 2º, inciso VI, suspendeu, a partir do próprio dia 16 daquele mês, os prazos processuais por 15 dias.

Porém, reporta aquele Núcleo, antes que completassem os 15 dias, esta Corte de Contas expediu a Portaria Normativa nº 27, de 22/03/2020, reconhecendo a ocorrência no nível 3 de prevenção e enfrentamento à COVID 19, determinando entre outras situações, que permanecessem suspensos os prazos processuais na forma descrita no art. 6º, sendo que os mesmos somente voltaram a ser contados a partir do dia 18 de maio do corrente ano, na forma do art. 4º da Portaria Normativa 058, de 29/04/2019, que alterou o art. 6º da PN 027.

Em assim sendo, considerando que o presente recurso foi apresentado em 01/06/2020 considera-se o mesmo tempestivo, nos termos do art. 405, §2º do RITCEES¹.

Desse modo, o término do prazo para recorrer ocorreu em 07/11/2019, data em que foi protocolizado o presente recurso. Logo, tem-se o mesmo como tempestivo, nos termos do art. 164, LC 621/2012.

Quanto ao cabimento, constata-se que o recurso ora interposto encontra respaldo nas disposições contidas no art. 405 do RITCEES, cujo dispositivo presta-se à impugnação das decisões definitivas ou terminativas em processo de prestação ou

¹ Art. 405. Da decisão definitiva ou terminativa em processo de prestação ou tomada de contas, caberá recurso de reconsideração ao Plenário, podendo ser formulado uma só vez e por escrito.

§ 2º O recurso de reconsideração poderá ser interposto pelo responsável, pelo interessado, pelo sucessor ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, no prazo de trinta dias, contados na forma prevista na Lei Orgânica do Tribunal.

tomada de contas.

Isso porque, como ressalta o Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, tendo em vista que o presente expediente recursal foi interposto em face de Acórdão que julgou o mérito de processo de tomada de contas convertida, tem-se que o recurso apresentado é adequado à sua pretensão.

A Instrução Técnica de Recurso 256/2020-7 averiguou ainda a regularidade formal para o processamento do presente feito.

Por tais motivos, observo que o recurso interposto atende às disposições contidas no artigo 395, I, III, IV e V, do RITCEES eis que foi apresentado por escrito, com a necessária qualificação e identificação dos recorrentes; contém o pedido, a causa de pedir e o fundamento jurídico, além de ter sido firmado por procuradores regularmente constituídos nos autos.

Por fim, observa o NCR que não se identifica a existência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Isto posto, por considerar que se encontram presentes todos os pressupostos recursais de admissibilidade, opina aquele núcleo pelo conhecimento do presente Recurso de Reconsideração.

Compulsando o feito, verifico que a análise acerca dos pressupostos recursais, especialmente em relação às condições de admissibilidade, foi realizada pela área técnica, tornando-se despiciendas acrescentar outras fundamentações doutrinárias e jurisprudências para formação de juízo.

Passo, assim, à análise do mérito recursal.

O Acórdão TC 103/2020-2 - Plenário, foi proferido nos autos do Processo TC – 8504/2014-3, que cuidava inicialmente de Representação autuada nesta Corte a partir do Despacho Decisório nº 47/2014, no qual o Ministério da Previdência Social relata a existência de contribuições previdenciárias patronais em atraso, devidas pela Prefeitura, pela Câmara Municipal e pelo SAAE de Linhares ao regime próprio local, no período de janeiro de 2008 a abril de 2013.

Nos termos do referido Acórdão, tal Representação foi posteriormente convertida em Tomada de Contas Especial, uma vez que foram identificados valores a serem ressarcidos ao erário (Termo de Conversão em TCE 00004/2020-4).

A análise preliminar exarada naqueles autos (ITI 2418/2015 - Processo TC 8504/2014-3) constatou um indício de irregularidade, intitulado “Pagamento em atraso de contribuição previdenciária, em função de falha administrativa, onerando o erário público com atualização monetária, juros e multas”.

A área técnica atribuiu inicialmente a responsabilidade aos prefeitos municipais, aos presidentes da Câmara e ao diretor geral do SAAE de Linhares, nos períodos em que o órgão federal constatou o débito.

Após aplicação do filtro contraditório, a área técnica analisou as justificativas e documentos e se manifestou novamente nos autos por meio da Instrução Técnica Conclusiva nº 4832/2018-3, onde sugeriu a manutenção do indício de irregularidade e, por consequência, opinou pela procedência da representação, conversão do feito em tomada de contas especial, irregularidade das contas dos gestores responsáveis, com imputação de sanções de multa e ressarcimento de valores ao erário.

O Ministério Público de Contas, em parecer da lavra do Procurador Luciano Vieira, divergiu apenas no que diz respeito à sanção de multa ao Sr. Ivan Salvador Filho, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva quanto ao mesmo, acompanhando as demais proposições técnicas integralmente (Parecer nº 637/2019-1).

Segundo a instrução processual, nos itens 1.4, 1.5 e 1.6 do Acórdão TC 103/2020-2 houve a rejeição das razões de justificas e o Plenário desta Corte, acompanhando parcialmente o entendimento exposto na ITC nº 4832/2018-3 e no parecer ministerial 637/2019-1, julgou irregulares as contas dos recorrentes com base no art. 87, V e art. 134, da Lei Complementar 621/2012, c/c art. 386 do RITCEES, cuja parte dispositiva possui o seguinte teor:

(...)

1.4. Julgar irregulares as contas do Sr. **Milton Simon Baptista** e **CONDENAR** o mesmo ressarcir ao erário municipal o montante equivalente a **19.911,65 VRTE**, aplicando-lhe **multa individual** no valor de **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência dos prejuízos descritos no item 2.1 da ITC 04832/2018-3:

1.5. Julgar irregulares as contas do Sr. **José Zitenfeld Cardia** e, do montante acima elencado, **CONDENAR** o mesmo a ressarcir ao erário municipal, **EM SOLIDARIEDADE** com o responsável acima disposto, o montante equivalente **4.377,31 VRTE**, aplicando-lhe **multa individual** no valor de **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência dos prejuízos descritos no item 2.1 da ITC 04832/2018-3;

1.6. Julgar irregulares as contas do Sr. **Ademir José de Lima** e **CONDENAR** o mesmo a ressarcir ao erário municipal o montante equivalente a **12.641,93 VRTE**, aplicando-lhe **multa individual** no valor de **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência do prejuízo descrito no item 2.1 da ITC04832/2018-3.

(...)

Insurgem-se, assim, os recorrentes contra o Acórdão TC 103/2020-2 - Plenário em que esta Corte de Contas julgou irregulares as suas contas; condenando-lhes a ressarcimento dos respectivos valores ao erário, além de ter-lhes imputado multa pecuniária individual no montante de R\$ 3.000,00.

Diante disso, os autos foram submetidos ao Núcleo de Recursos e Consultas – NRC para a devida instrução técnica recursal.

Conforme exposto na Instrução Técnica de Recurso 256/2020-7, as irregularidades que ensejaram a interposição do presente recurso estão relacionadas ao “Pagamento em Atraso de Contribuição Previdenciária - onerando o erário municipal com atualização monetária, juros e multas”. Base legal: art. 4º da Lei 4.320/64, arts. 37 e 70 da CF (item 2.1 da ITC 4832/2018-3, Processo TC 8504/2014-3).

Confrontando as razões recursais com as irregularidades, o NRC assinala que “de fato a instrução processual nos autos do Processo TC 8504/2014-3, apontou os recorrentes como responsáveis, sem a devida apreciação da culpabilidade e consequentemente da individualização das condutas e nexos causais.”

Aponta o documento técnico que não há informação sobre a conduta dos recorrentes demonstrando que eles tenham elaborado as guias de recolhimento das contribuições previdenciárias; vislumbrando como razoável a argumentação de que os responsáveis por essas atividades seriam os setores de RH, tanto da câmara municipal quanto do SAAE.

De pronto, a Instrução Técnica de Recurso 256/2020-7 destaca que “caberia a atribuição de responsabilidade aos gestores caso houvessem provas de que o Departamento de Recursos Humanos tivesse gerado uma guia e devolvido aos recorrentes solicitando que fosse emitida uma nova guia com a alíquota diferente da anterior, mas não há essa informação nos autos.”

Em suas razões recursais, os responsáveis aduzem o seguinte:

“A guia chegou, sem saber a informação aí, que chega com o valor já totalmente calculado com base na alíquota, e realizou o pagamento. Então, entendemos que devem ser afastadas a responsabilização proposta pela área técnica e mantida pela ITC em razão de demonstrada participação de outros agentes que seriam diretamente responsáveis.”

Sobre a matéria em exame, o Núcleo de Recursos e Consultas lembra que neste Tribunal de Contas há jurisprudência em que se afasta a responsabilidade de gestores em situações análogas, senão vejamos:

No Processo TC-1719/2018, 2ª Câmara, e o Processo TC-863/2014, que tem como relator o conselheiro Domingos Taufner, que entende que em se tratando de uma questão micro, que entendemos que é o presente caso, os defendentes não teriam como identificar, no momento do pagamento, que as guias haviam sido geradas com valores ou de forma equivocada, ou com alíquota menor por parte do Departamento de Recursos Humanos. Por todo o exposto, de forma sucinta, requeremos a juntada dos presentes memoriais que estão mais completos e com todos os maiores argumentos de jurisprudências que poderão afastar esse indicativo mantido. Como também o sobrestamento dos autos em razão da preliminar aqui suscitada em face dos defendentes, contudo, se V.Exa não entender, que seja afastada. **No mérito, não sejam acolhidos os indicativos mantidos pela instrução técnica conclusiva, afastando a responsabilidade dos defendentes. E sendo reaberta a matriz de responsabilidade para apurar quem eram os verdadeiros responsáveis pela emissão das guias.**

Observo que a análise técnica realizada em sede do presente recurso se contrapõe àquela levada à efeito nos autos TC 8504/2014-3, eis que indica um *error in iudicando* no Acórdão recorrido, por entender que os recorrentes somente poderiam ter sido responsabilizados naqueles autos caso tivessem sido analisadas as suas condutas de modo a demonstrar que eles agiram com dolo, direto ou eventual, ou que houvessem dado causa ao pagamento irregular por erro grosseiro no desempenho de suas funções.

Neste sentido, o documento técnico afirma o seguinte:

Ademais não está evidenciado em lugar algum dos autos que os recorrentes tenham agido, no mínimo, culpa, muito menos com erro grosseiro ou dolo. Além disso, não a demonstração do nexo de causalidade, entre as suas condutas e o resultado naturalístico, sendo, portanto, objetiva a imputação de responsabilidade e, assim, contrária à lei.

Ocorre que a partir da entrada em vigência Lei nº 13.655/18, que acrescentou o art. 28, ao Decreto-Lei 4.657/42, o agente público somente poderá ser responsabilizado nos processos de controle externo, se houver uma análise que demonstre ter havido uma conduta dolosa ou maculada por erro grosseiro, fato este que não foi levado em consideração no processo que levou à condenação do recorrente.

A previsão de que o agente público somente responda pessoalmente por erro grosseiro constitui novo marco legal no plano da responsabilidade. A partir dele, o agente público não pode responder pessoalmente por erro em sentido estrito do termo, ou por culpa que não seja adjetivada pela gravidade da conduta.

Nesse sentido temos a norma contida no Decreto Federal Nº 9.830, de 10 de junho de 2019 que regulamenta o Decreto-Lei 4.657/42, que instituí a Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, senão vejamos:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro. (Grifos nossos)

Os supramencionados preceitos legais e regulamentares trazem, portanto, normas cogentes no sentido de que nenhum agente público pode ser responsabilizado, se não restar comprovado nos autos uma situação ou circunstância fática que demonstrem ter sido a sua conduta realizada de forma dolosa ou mediante erro grosseiro.

Essas normas visam reprimir e prevenir abusos no exercício da atividade de controle da Administração Pública e do exercício da função pública. Os órgãos de controle interno e externo, incluído o Ministério Público, sabidamente vinham exercendo a atividade de controle por vezes fora dos limites da legalidade, imputando responsabilidade indevida a agentes públicos.

Não era incomum que um determinado agente público fosse responsabilizado, não pelo cometimento de ilegalidade, mas porque um certo órgão ou agente de

controle tem interpretação diversa acerca de um dispositivo legal ou constitucional, ou mesmo tem opinião pessoal diversa sobre o mérito da decisão administrativa reputada irregular.

Havia situação de grave insegurança jurídica por parte dos agentes públicos, na medida em que aquele que atua em erro tem por vezes sido responsabilizado como se tivesse praticado conduta dolosa, intencional e desonesta.

A norma contida no art. 28 da Lei nº 13.655/18, estabelece um novo paradigma para a atuação do controle interno e externo: somente o dolo ou o erro grosseiro podem ensejar a responsabilização pessoal dos agentes públicos.

Ao se analisar a culpabilidade imputada aos recorrentes verifica-se que o *DECISUM* não enfrentou diretamente a obrigação legal decorrente do art. 28 do Decreto-lei 4.657/42.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Decorre daí que houve um *error in iudicando* no Acórdão vergastado, vez que somente poderiam ter sido responsabilizados os recorrentes se houvessem sido analisadas as suas condutas de modo a demonstrar que eles agiram com dolo, direto ou eventual, ou que tivessem dado causa ao pagamento irregular por erro grosseiro no desempenho de suas funções.

Para fundamentar sua análise técnica, o NRC lembra que o Tribunal de Contas da União tem vasta jurisprudência sobre o assunto ora tratado, qual seja, em que imputa ou isenta de responsabilidade agentes públicos analisando se agiram com dolo ou erro grosseiro, conforme segue.

Acórdão 2982/2014 - plenário - relatório de auditoria (ra) - relator Walton Alencar Rodrigues - 05/11/2014

(...)cabe ressaltar que o parecer pela aprovação deu-se em flagrante desrespeito à lei 8.666/1993, que é enfática sobre a necessidade de prévia aprovação do projeto básico antes da deflagração do processo licitatório. **Plenamente enquadrável, portanto, como erro grosseiro, tendo em vista que o parecer infringiu disposição literal de lei (art. 7º, §2º, inciso I, da lei 8.666/1993)**, fato que torna a responsabilização do parecerista jurídico plausível, de acordo com a jurisprudência do tribunal de contas (...)

Acórdão 1298/2017 - plenário - tomada de contas especial (tce) - relator André de Carvalho - 21/06/2017

(...)111. Cotejando os autos, verifica-se que o processo foi submetido à procuradoria do dnit, à assessoria de cadastro e licitações e posteriormente à diretoria colegiada. Assim, tendo cumprido o rito de aprovação do edital, **e por não se tratar de erro grosseiro, de fácil percepção, não seria razoável exigir que o diretor de infraestrutura aquaviária se ocupasse, pessoalmente, de minuciosa revisão do projeto.** 112. Outrossim, caso este tribunal decida incluir o diretor aquaviário no rol de responsáveis (...) (**grifos nossos**)

Da mesma forma, o documento técnico traz à luz recente julgado deste Tribunal de Contas sobre o tema em análise, cujo entendimento sobre a aplicação de obrigação de ressarcimento, é o de que, ao menos seja comprovado que o agente agiu com culpa, o que não ocorreu no Acórdão recorrido. Vejamos:

Acórdão 00396/2019-1 – PLENÁRIO (TCEES)

[...]

Antes de adentrar no mérito, entendo pertinente trazer à lume as inovações da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que em abril de 2018, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, sofreu fortes alterações introduzidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, dentre elas a inclusão do art. 28, a saber:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Como se vê, o dispositivo passou a condicionar a responsabilização do agente público à prática de ato doloso ou de ato contaminado por erro grosseiro, restringindo, com isso, as hipóteses de responsabilização de agentes públicos por atuação culposa.

Muito embora o projeto de lei tenha tentado explicitar o significado da expressão “erro grosseiro”, sugerindo sua definição no §1º do art. 28, tal dispositivo foi vetado, restando ao aplicador do Direito a tarefa de interpretar este conceito que carrega o conteúdo jurídico indeterminado.

Primeiramente, é imperioso reconhecer que erro grosseiro é o contrário de erro escusável, sendo, portanto, injustificável por ofender conhecimentos ou deveres elementares e, mesmo que a lei não tenha dito, advém de uma ação culposa que pode ser decorrente de uma atitude imprudente, negligente ou imperita, e não de um mero equívoco justificável.

[...]

É importante registrar que, para tal verificação, deve-se partir da noção de homem-médio ou do gestor-médio, devendo-se comparar a atuação do gestor do caso concreto com a do gestor-médio, inserindo-o nas mesmas circunstâncias em que aquele.

Ao assim proceder, deve-se indagar se teria o agente-médio agido da mesma forma que o agente da vida real para, então, verificar se sua escolha foi adequada ou se se desviou de opção mais apropriada, avaliando-se, dessa forma, em que grau se caracteriza o elemento subjetivo de sua conduta.

[...]

Ocorre que o art. 28, da LINDB não condicionou a responsabilização do agente público à existência de dolo ou culpa, como tradicionalmente se conhecia.

Dali em diante, o prisma sob o qual se deve avaliar as condutas passou a ser outro, mais restrito, pois a alteração legislativa dedicou-se a exigir a presença de dolo ou de erro grosseiro, e não mais de culpa, independentemente de sua gradação (levíssima, leve ou grave).

Nesse contexto, **o que transpareceu da inovação legislativa é que a ideia de erro grosseiro se aproximou do conceito de culpa grave**, não bastando, a partir de então, que se identifique qualquer atuação culposa do gestor, em grau leve ou levíssimo por exemplo, pois tais graus de culpa não são mais determinantes para ensejar a responsabilização do agente público perante o ordenamento jurídico pátrio.

[...]

Nota-se, então, que **o art. 28, da LINDB está em consonância com entendimento doutrinário e jurisprudencial.**

Contudo, é imperioso destacar que **a identificação da culpa grave é condição relevante apenas para o exercício da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas, ou seja, para aplicação de sanções**, já que a exigência do mais alto grau da culpa **não pode ser obstáculo à reparação de dano causado** por todo aquele que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público e isso se deve a questões tanto de especificidade quanto de distinção entre as searas da improbidade administrativa e do controle externo, já que este tem espectros mais amplos que aquele.

Assim, **especificamente para efeito de reparação de dano ao erário apurado pelas Cortes de Contas, basta que se identifique que a atuação do agente público se deu em sua modalidade dolosa ou culposa, sendo irrelevante para imposição do ressarcimento a aferição do grau com que se praticou o ato culposos.** (Grifo nosso)

Portanto, **a avaliação em torno do erro grosseiro terá importância somente para fins de imposição e dosimetria das penalidades cabíveis (multa, inabilitação, inidoneidade e proibição de contratar), não sendo autorizada a não condenação de eventuais responsáveis ao ressarcimento devido por terem atuado com**

baixo grau de reprovabilidade, sob pena de se contrariar a teoria geral da responsabilidade e as particularidades de cada instância.

Este raciocínio está ancorado na sistemática delineada pela Constituição Federal de 1988, na qual se estabeleceu a responsabilização subjetiva dos agentes públicos, consoante a regra insculpida na parte final do §6º, do seu art. 37, exigindo-se, para fins de reparação de dano, a presença de dolo ou culpa, indistintamente:

Art. 37. [...]

§ 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**.

Desse modo, **a melhor interpretação a ser dada ao art. 28 da LINDB é que a responsabilização regulada pelo dispositivo se volta tão somente à concretização da pretensão punitiva dos órgãos de controle, pois não se poderia admitir que a regra legal superveniente restringisse o sentido da expressão usada no § 6º do art. 37 da CF, sob o risco da inconstitucionalidade material.** (grifo nosso)

O Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas rememora, assim, em sua análise, que para fins de aplicação de condenação em ressarcimento, este Tribunal de Contas exige que o agente tenha (ao menos) agido com culpa; o que, no entendimento daquele núcleo, não ocorreu no presente caso.

Logo, tendo por base a questão de que os recorrentes somente poderiam ter sido responsabilizados nos autos TC 8504/2014-3, caso houvesse sido analisadas as suas condutas de modo a demonstrar que eles agiram com dolo, direto ou eventual, ou que houvessem dado causa ao pagamento irregular por erro grosseiro no desempenho de suas funções, entende aquele Núcleo que devem ser excluídas a responsabilizações impostas aos mesmos, tanto com relação a penalidade de multa, quanto ao ressarcimento, devendo ser realizada a correspondente reforma no julgado.

Conclui, assim, a área técnica pelo provimento ao recurso interposto e pela reforma do Acórdão TC 103/2020-2 – Plenário, prolatado nos autos do Processo TC 8504/2014-3, *“em decorrência da presença de elementos suficientes para elidir, do ponto de vista técnico-jurídico as condenações impostas aos recorrentes”*; bem como, *“para que sejam excluídas as condenações impostas nos itens 1.4, 1.5 e 1.6, respectivamente aos Senhores, Milton Simon, José Zitenfeld Cardia e Ademir José*

de Lima, devendo ser julgadas regulares as suas contas, com fulcro no art. 84, I da Lei Complementar 621/2012.”

Observo que a interpretação conferida ao § 6º, do art. 37, da Constituição Federal no Acórdão TCU 2.391/2018 – Plenário, e apresentada no Parecer Ministerial, me parece demasiadamente elástica no intento de alcançar o objeto dessa fiscalização, convertida em Tomada de Contas Especial, eis que efetivamente não se estabeleceu a conduta adequada à realização do fato inquinado.

Devo lembrar que em situações similares presentes em Prestação de Contas Anuais de diversos entes, cuidou este Tribunal de Contas em determinar a instalação de procedimento previsto na Instrução Normativa 32/2014 no sentido de adoção das medidas administrativas necessárias a caracterização ou elisão do dano, instaurando, caso necessário, tomada de contas especial, precedentes em ACÓRDÃO 01578/2019-4 – SEGUNDA CÂMARA e ACÓRDÃO 0776/2020-8 – SEGUNDA CÂMARA.

Neste sentido, vejo que assiste razão à área técnica deste Tribunal no sentido de que devem ser excluídas as responsabilizações impostas aos recorrentes, tanto com relação a penalidade de multa, quanto em relação ao ressarcimento, devendo ser realizada a correspondente reforma no julgado prolatado nos autos do Processo TC 8504/2014-3.

Nesse passo, em que pese os argumentos fáticos e jurídicos expendidos no Parecer Ministerial nº 3391/2020-7, onde o Sr. Procurador do Ministério Público de Contas se posiciona pelo conhecimento do recurso de reconsideração e, no mérito, para que seja totalmente desprovido, observo que a irresignação interposta pelos recorrentes merece prosperar, conforme analisado pela área técnica desta Corte.

Diante dessas considerações, divergindo do parecer do Ministério Público de Contas, perfilho do mesmo entendimento exposto nos fundamentos e conclusões alcançados pela área técnica deste Tribunal, tornando-os parte integrante da presente proposta de voto, no sentido de que seja dado provimento ao Recurso de Reconsideração interposto, visando a reforma do **Acórdão TC 103/2020-2** – Plenário, prolatado nos autos do Processo TC 8504/2014-3, para que sejam excluídas as condenações impostas nos itens 1.4, 1.5 e 1.6, respectivamente aos

Senhores, Milton Simon, José Zitenfeld Cardia e Ademir José de Lima, devendo ser julgadas regulares as suas contas, com fulcro no art. 84, I da LC 621/2012.

Ante o exposto, PROPONHO VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI
Conselheiro Substituto – Relator

1. ACÓRDÃO TC-1338/2020 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. CONHECER do presente Recurso de Reconsideração.

1.2. Quanto ao mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO**, reformando-se o **Acórdão TC 103/2020-2** – Plenário, prolatado nos autos do Processo TC 8504/2014-3, a fim de que sejam excluídas as condenações impostas nos **itens 1.4, 1.5 e 1.6**, respectivamente, aos Senhores, Milton Simon, José Zitenfeld Cardia e Ademir José de Lima, devendo ser julgadas regulares as contas dos mesmos, com fulcro no art. 84, I, da Lei Complementar 621/2012..

1.3. Dar **Ciência** aos interessados e ao ilustre Representante do Ministério Público de Contas do teor da decisão tomada por este Tribunal

1.4. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 12/11/2020 - 42ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto

Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro Substituto: João Luiz Cotta Lovatti (relator).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SUBSTITUTO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário Geral das Sessões