



## Acórdão 00452/2021-2 - Plenário

**Processos:** 04419/2020-4, 08554/2014-1

**Classificação:** Pedido de Reexame

**UG:** PMDM - Prefeitura Municipal de Domingos Martins

**Relator:** Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

**Interessado:** Cidadão, JOAO LUIZ DE PADUA KOEHLER, LUIZ CARLOS PREZOTI ROCHA

**Recorrente:** SYLVIA REGINA RANGEL DE JESUS, ANDRE LUIS PIMENTEL, MARILENE JAHRING, VITORINO BATISTI FILHO

**PEDIDO DE REEXAME – PRINCÍPIO DA  
FUNGIBILIDADE – PROVIMENTO PARCIAL PARA  
REDUZIR MONTANTE DA MULTA INDIVIDUAL  
APLICADA – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:**

### 1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração interposto pelas Sras. Sylvia Regina Rangel de Jesus (ex-Secretária Municipal de Obras e Serviços Urbanos), Marilene Jähring (Presidente da CPL) e pelos Srs. André Luiz Pimentel e Vitorino Batisti Filho (Ficais de Obra), em face do Acórdão TC nº 00606/2020-1 – Primeira Câmara, prolatado nos autos do Processo TC nº 08554/2014-1 (Fiscalização/Inspeção), que deliberou pela aplicação de multa aos recorrentes, conforme a seguir, *litteris*:

[...]

**1. ACÓRDÃO - TC-606/2020-1**

Vistos, relatados e discutidos os autos, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, ante as razões expostas pelo Relator, em:

**1.1. Rejeitar as razões de justificativas da Sra. Sylvia Regina Rangel de Jesus (ex- Secretária Municipal de Obras e Serviços Urbanos), com fundamento no art. 114, parágrafo único da LC 621/2012, em razão do cometimento da irregularidade disposta no item 3.1 da ITC 406/2020, aplicando-lhe multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 135, inciso II da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, pelas razões descritas;**

**1.2. Rejeitar as razões de justificativas do Sr. André Luiz Pimentel (Fiscal de Obra), com fundamento no art. 114, parágrafo único da LC 621/2012, em razão do cometimento da irregularidade disposta no item 3.1 da ITC 406/2020, aplicando-lhe multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 135, inciso II da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, pelas razões descritas;**

**1.3. Rejeitar as razões de justificativas do Sr. Vitorino Batisti Filho (Fiscal de Obra), com fundamento no art. 114, parágrafo único da LC 621/2012, em razão do cometimento da irregularidade disposta no item 3.1 da ITC 406/2020, aplicando-lhe multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 135, inciso II da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, pelas razões descritas;**

**1.4. Rejeitar as razões de justificativas da Sra. Marilene Jähring (Presidente da CPL), com fundamento no art. 114, parágrafo único da LC 621/2012, em razão do cometimento das irregularidades dispostas nos itens 3.2 e 3.3 da ITC 406/2020, aplicando-lhes multa individual de R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do artigo 135, inciso II da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, pelas razões descritas;**

1.5. Cientificar os interessados do teor da presente decisão;

1.6. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 24/07/2020 – 13ª Sessão Ordinária da 1ª CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator) e Sebastião Carlos Ranna de Macedo. – g.n. (...)

Os recorrentes, em síntese, almejam o provimento do recurso, para que seja reformado o Acórdão guerreado, afastando-se a responsabilidade dos mesmos, bem como a multa aplicada.

Por meio da Decisão Monocrática 00700/2020, conheci do recurso interposto como pedido de reexame, em razão da aplicação do princípio da fungibilidade.

Instada a se manifestar, a Área Técnica procedeu à Instrução Técnica de Recurso 00355/2020, que sugeriu a negativa de provimento, mantendo-se incólume o acórdão guerreado.

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer 00885/2021, anuiu ao posicionamento técnico.

**É o relatório.**

## VOTO

### 2. FUNDAMENTAÇÃO

A irresignação dos recorrentes se relacionam com seguintes pontos: Item 3.1 da ITC 406/2020: "liquidação e pagamento de serviços não contratados; Item 3.2 da ITC 406/2020: "ausência de convite a novo interessado"; Item processos 3.3 da ITC licitatórios 406/2020: "baixa competitividade nos processos licitatórios e da possibilidade de favorecimento e divisão de mercado entre empresas licitantes".

Tratar-se-á especificamente de cada ponto em separado.

#### 2.1 LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS

Procedendo à sua análise técnica, assim se pronunciou a Área Técnica:

##### ***Instrução Técnica de Recurso 00355/2020***

***(...)***

*A área técnica apontou ter havido liquidação e pagamento por materiais não previstos no contrato, enquanto os Defendentes alegam que havia motivação para o ato, ressalvando que apenas deixaram de firmar aditivo contratual, pois, na ótica deles, isto não seria necessário.*

*Importa destacar que qualquer alteração nas condições inicialmente previstas no edital ou na proposta vencedora é inovação contratual, haja vista que o objeto é contratado durante a própria licitação, e não quando da instrumentalização do seu termo.*

*As mudanças, porventura necessárias, devem observar as condições próprias para a alteração do contrato, conforme previsto na Lei 8.666/93. Nesse sentido, destacam-se trechos da fundamentação do Acórdão TCEES 338/2019-8 – Segunda Câmara, que seguem:*

*[...]*

*Contudo, como bem pontuado pela área técnica, além do caput do art. 65, da Lei 8.666/93 ser expresso ao exigir que as alterações contratuais deverão ser precedidas de justificativa, o que se revela imperiosa a motivação expressa que ensejou a alteração promovida, [...]*

*Sobre o tema, mostra-se de grande valia a anotação da Equipe Zênite1:*

*O TCU, em sede de representação, reafirmou seu posicionamento no sentido de que eventuais acréscimos contratuais, além de devidamente justificados, devem ter como causa fatos supervenientes à assinatura do contrato. Na referida decisão, o Tribunal considerou indevida a celebração dos termos aditivos que resultaram em acréscimos de 25%, tendo em vista que “a demanda de projetos não implementados e o fim do Contrato nº 56/2006 já eram de conhecimento do órgão antes da realização do certame, sendo assente nessa Corte de Contas que os motivos capazes de ensejar o acréscimo devem ser supervenientes à assinatura do contrato”. No mesmo sentido, Acórdãos nºs 2.032/2009 e 172/2009, ambos do Plenário, 5.154/2009, da 2ª Câmara e 2.727/2008, da 1ª Câmara. (TCU, Acórdão nº 1.748/2011, Plenário, Rel. Min. José Jorge, DOU de 05.07.2011.)*

*Enfatiza-se que o mérito desta irregularidade já foi detidamente analisado por ocasião da Instrução Técnica Conclusiva ITC 406/2020-4 (processo TC 8554/2014-1), cujos argumentos fáticos e jurídicos ratificamos integralmente nesta peça, conforme a seguir transcrito:*

*Analisando as alegações apresentadas, observa-se que os Defendentes confirmam que não foi realizado Termo Aditivo para alteração dos quantitativos dos materiais acrescidos e decrescidos, de forma que os Defendentes admitem a liquidação e o pagamento irregulares de materiais, uma vez que ocorreram sem a devida formalização contratual, contrariando os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64 (bem como o art. 65, caput, da Lei 8.666/93).*

*Nas alegações em análise, ainda, constata-se que houve falta de planejamento da Prefeitura, pois, entre as justificativas dos Defendentes, observa-se a afirmação de que a instalação do granilite exigiria a mudança da Secretaria de Obras e Serviços Urbanos municipal e que, além da mudança, os serviços de instalação prejudicariam e perturbariam as instalações de atendimento do INSS, localizado no térreo da edificação.*

*Assim, identifica-se que a razão de mudança do granilite para porcelanato já era conhecida pela Administração em tempo anterior ao planejamento da licitação, pois se observa claramente que as condições inerentes à instalação do granilite, que envolve a necessidade de realização de vários serviços in loco, deveriam ter sido consideradas quando do estudo de planejamento da licitação.*

*Dessa forma, não se deve acatar os argumentos de defesa porque: a) a liquidação e o pagamento foram irregulares pois não estavam amparados pelo necessário e obrigatório aditivo contratual; b) não foi demonstrada motivação suficiente para a*

*alteração dos materiais, já que esta alteração aconteceu por ausência de planejamento e não por situação superveniente à assinatura do contrato.*

*Pelo exposto nesta análise, opina-se por não acatar as alegações de defesa dos Sra. SYLVIA REGINA RANGEL DE JESUS – ex-Secretária Municipal de Obras e Serviços Urbanos, Sr. ANDRÉ LUIS PIMENTEL - Fiscal de obra e Sr. VITORINO BATISTI FILHO - Fiscal de obra, e pela consequente manutenção da irregularidade de liquidação e pagamento de serviços não contratados, com imposição da multa prevista no artigo 135, inciso II, da LOTCEES, aos Responsáveis.*

*Desta forma, conforme orientação do Corpo Técnico em engenharia desta Corte de Contas, razão não assiste aos recorrentes, pois deveriam informar no sistema GeoObras os acréscimos e decréscimos contratuais, inclusive com inserções dos termos aditivos, a teor do disciplinado na Resolução TC 245/2012, desta Corte de Contas.*

*Deste modo, o Acórdão guerreado não merece qualquer modificação, mantendo-se as multas impostas os recorrentes SYLVIA REGINA RANGEL DE JESUS, ANDRÉ LUIS PIMENTEL e VITORINO BATISTI FILHO, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), individualmente, nos termos do artigo 135, inciso II da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.*

Pois bem.

O que se verifica dos autos é que, indubitavelmente, diversos itens não inicialmente previstos no contrato foram liquidados e pagos, sem que houvesse qualquer modificação contratual, nesse sentido. A irregularidade se mantém, independentemente de o valor inicialmente licitado ter sido mantido.

Assim, acompanho o entendimento exarado pela Área Técnica, expresso na Instrução Técnica de Recurso 00355/2020, e o adoto como razões de decidir, independentemente de transcrição.

A única ressalva que faço é quanto ao valor da multa aplicada. Isso porque o que se denota dos autos é que as alterações realizadas, mesmo que não seguidas por mínimas formalidades, deu-se para o atendimento da necessidade pública. Assim, reduzo a multa individual, que passa a ser de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

## **2.2 AUSÊNCIA DE CONVITE A NOVO INTERESSADO E BAIXA COMPETITIVIDADE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E DA POSSIBILIDADE DE FAVORECIMENTO E DIVISÃO DE MERCADO ENTRE EMPRESAS LICITANTES**

Devido à similaridade dos fatos, a Área Técnica agregou os itens 3.2 e 3.3 da ITC 406/2020, acertadamente, diante do contexto fático, e assim será tratada no presente voto. Dito isso, assim se pronunciou a Área Técnica:

### ***Instrução Técnica de Recurso 00355/2020***

***(...)***

*Em apertada síntese, a recorrente sustenta que não houve dolo ou má-fé em sua conduta e que tampouco foi causado dano ao erário, não tipificando sua conduta ato de improbidade administrativa e, por essa razão não deveria lhe ser aplicada a penalidade de multa.*

*Em que pesem as razões apresentadas, importante frisar que esta Corte de Contas não condenou a responsável por ato de improbidade administrativa. Aliás, nem poderia, haja vista não ser da competência dos Tribunais de Contas a condenação de gestores por atos dessa natureza. A improbidade administrativa deve ser apurada em processo movido pelo Ministério Público.*

*A ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) tem natureza jurídica diversa do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, dizendo respeito à ação judicial a ser intentada na esfera cível.*

*Importante esclarecer que “a responsabilidade nos processos dos tribunais de contas se origina de conduta comissiva ou omissiva do agente, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos do Estado ou ainda aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos”<sup>2</sup>.*

*Assim, tem-se como requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas: prática de ato ilícito; dolo ou culpa e; existência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.*

*Ressalta-se que a existência de um dano não é um elemento essencial para a responsabilização. Existem irregularidades que não ocasionam prejuízo ao erário e ainda assim, possibilitam a responsabilização do agente público, podendo ser aplicadas as sanções legalmente previstas.*

*A identificação do dolo ou culpa é relevante no momento da dosimetria da pena, uma vez que a conduta daquele que agiu com dolo ou má-fé deve ser mais duramente apenada do que daquele que agiu com culpa. Desta forma, a alegação da recorrente de que não houve prejuízo ao erário, dolo ou má-fé não é suficiente para afastar a sua responsabilidade.*

*Destaca-se que, conforme claramente consignado na ITC 406/2020-4 e encapado pelo acórdão ora objurgado, as condutas imputadas à recorrente configuraram erro grosseiro sendo este, a teor do disposto no art. 28 da Lei 13.655/2018, suficiente para imputar responsabilidade à recorrente.*

*Nesse sentido já decidiu essa Corte de Contas:*

*Acórdão TCEES 00396/2019-1 – PLENÁRIO Processo 2153/2014 Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun*

***[...]***

*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, independente de sua graduação (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.*

*[...]*

*Diante do exposto, opina-se por negar provimento ao recurso no ponto.*

Pois bem.

A irregularidade se mantém, considerando o reduzido número de empresas convidadas nos certames realizados, mesmo havendo um número muito maior de empresas que, em tese, também poderiam participar do certame.

Assim, acompanho o entendimento exarado pela Área Técnica, expresso na Instrução Técnica de Recurso 00355/2020, e o adoto como razões de decidir, independentemente de transcrição.

Também ressalvo quanto ao valor da multa aplicada O fato de um reduzido número de empresas terem sido convidadas, que é reprovável, é situação que sempre pode ser minimizada com a possibilidade de que empresas não convidadas manifestem seu interesse, com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas, e assim participem do certame. É esse o teor do § 3º do art. 22 da Lei n. 8.666/93, conforme abaixo:

*Art. 22 (...)*

*(...)*

*§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. (grifamos)*

Destarte, reduzo a multa individual, que passa a ser de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por entendê-la mais adequada à reprovabilidade do ato, conforme explicado acima.

### **3. DISPOSITIVO**

Ante o exposto, divergindo parcialmente do posicionamento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Acórdão** que submeto à sua apreciação.

**LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA**  
**Conselheiro Relator**



## 1. ACÓRDÃO TC-452/2021 – 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. RATIFICAR O CONHECIMENTO** do presente recurso de reconsideração, interposto pelas Sras. Sylvia Regina Rangel de Jesus (ex-Secretária Municipal de Obras e Serviços Urbanos), Marilene Jähring (Presidente da CPL) e pelos Srs. André Luiz Pimentel e Vitorino Batisti Filho (Ficais de Obra), como PEDIDO DE REEXAME, em razão da aplicação do princípio recursal da fungibilidade.

**1.2. DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao presente Pedido de reexame, reformando-se o Acórdão TC nº 00606/2020-1 – Primeira Câmara, no sentido de que as multas aplicadas com base no artigo 135, inciso II da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, constantes nos itens 1.1, 1.2, 1.3 e 1.4 daquele *decisum* sejam redimensionadas cada uma, para o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

**1.3. DAR CIÊNCIA** aos interessados, **ARQUIVANDO-SE** após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 22/04/2021 - 19ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

**4.1. Conselheiros:** Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

**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

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**