



Acórdão 00770/2021-9 - Plenário

Processos: 00763/2020-6, 02884/2017-4

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: SEMOBI - Secretaria de Estado de Mobilidade e Infraestrutura

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Interessado: Gestor da UG (Secretaria de Estado de Mobilidade e Infraestrutura, PAULO RUY VALIM CARNELLI), FABIO NEY DAMASCENO, JOAO VICTOR DE FREITAS ESPINDULA, START TECH SOLUCAO EM TECNOLOGIA LTDA, DENIS BALZANA AZEVEDO, JOSE CARLOS SEPULCRI NETTO, WALDEMAR FONSECA FILHO

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA)

Procuradores: ELIFAS MOURA DE MIRANDA JUNIOR (OAB: 10236-ES), ALTAMIRO THADEU FRONTINO SOBREIRO (OAB: 15786-ES), GABRIELA VELASCO THOMAZ (OAB: 26589-ES), GREGORIO RIBEIRO DA SILVA (OAB: 16046-ES), RODRIGO BARCELLOS GONCALVES (OAB: 15053-ES)

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONHECER –
DAR PROVIMENTO PARCIAL – REFORMAR
ACÓRDÃO 01248/2017 – MANUTENÇÃO DE
IRREGULARIDADES – LINDB – CULPABILIDADE –
CONSEQUENCIALISMO – NÃO APLICAÇÃO DE
PENALIDADE – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

1. A culpabilidade do agente é amparada na avaliação de reprovabilidade da conduta praticada ou omissa, respectivamente, por quem praticou ou por quem tinha o dever de fazê-lo.

2. O artigo 28 da LINDB¹, passou a condicionar a responsabilização do agente público à prática de ato

¹ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

doloso ou de ato contaminado por erro grosseiro, restringindo, com isso, as hipóteses de responsabilização de agentes públicos por atuação culposa.

3. O erro grosseiro a que se refere o art. 28 da LINDB, ainda que se entenda como culpa grave ou como erro inescusável, deve ser considerado como aquele que não seria cometido pelo homem médio se estivesse nas mesmas circunstâncias do agente público cuja conduta está sob julgamento

4. As tomadas de decisões serão ancoradas, principalmente, na mensuração da gravidade da conduta do agente, sempre estimando as possíveis consequências jurídicas e administrativas do ato de gestão.

5. Deve, pois, ser levada em consideração a obediência à citada lei, sem que se percam de vista os princípios da eficiência, razoabilidade e economicidade, sempre em atenção ao interesse público, analisando as diferentes correntes doutrinárias; posicionamento do Poder Judiciário acerca do tema; verificação dos parâmetros dos Tribunais de Contas na avaliação do cumprimento dessas exigências legais pelos seus entes fiscalizados e, por fim, exame das consequências resultantes da desobediência aos dispositivos legais.

6. É plenamente possível que se tenha uma conduta típica (prevista em lei como ilícita) e antijurídica (contrária ao ordenamento vigente), sem a reprovabilidade sobre ato ou omissão.

7. A legalidade estrita é que norteará quando da manutenção ou não da irregularidade. No entanto, quando se fala em sanção ao agente, deve-se observar as dificuldades práticas que ele enfrentou (art. 22 LINDB) e suas consequências (art. 20 LINDB), sendo

passível de justificativa esse descumprimento, tendo, ainda, seus atos analisados conforme a gravidade (art. 28 LINDB).

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I – PREÂMBULO: CONTROLE EXTERNO (RAZÕES DE DECIDIR)

I.1 – Competência dos Tribunais de Contas

A Carta da República de 1988 (CFRB) estabelece, nos estritos termos de seu artigo 71², que o Controle Externo é exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Em observância ao Princípio Constitucional da Simetria, do qual se depreende a existência de relação simétrica entre os institutos jurídicos da Constituição Federal e as Constituições dos Estados-Membros, aplicam-se, com as devidas adequações, as competências delegadas ao Tribunal de Contas da União às Cortes de Contas estaduais e municipais.

Aprofundando na doutrina acerca das conceituações sobre o controle externo, encontra-se a posição do renomado administrativista José dos Santos Carvalho Filho, em que a função do controle tem intrínseca relação com o instituto da garantia jurídica. De fato, embora caiba à Administração a tarefa de gerir o interesse coletivo, não é esta livre para fazê-lo. **Deve atuar em conformidade com os padrões fixados na lei**, e buscar, a toda força, o interesse da coletividade.³ Assim Complementa o professor:

...sendo assim, os mecanismos de controle vão assegurar a garantia dos administrados da própria administração no sentido de ver alcançados esses

² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 21ª edição. Rio de Janeiro: ed. Lumen, 2009, p.894.

objetivos e não serem vulnerados direitos subjetivos dos indivíduos nem as diretrizes da administração. Esse é que constitui seu objetivo. É exatamente por meio do controle que os administrados e administração podem aferir a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas, e por essa razão, essa possibilidade espelha, sem menor dúvida, uma garantia para ambos.

Desta feita, cabe aos Tribunais de Contas a honrosa missão de contribuir para o aprimoramento do desempenho da Administração Pública em benefício da sociedade, por meio do exercício, imparcial, de suas funções legais e institucionais.

I.2 – Natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas

O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, que também fora Procurador do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (1978-1990), se posicionou de maneira muito apropriada acerca do regime jurídico das Cortes de Contas:

As Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei. Tal como se dá com a natureza jurídica de toda pessoa estatal federada, nesta precisa dicção constitucional: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição. E salta à razão que se os Tribunais de Contas não ostentassem dimensão política não ficariam habilitados a julgar as contas dos administradores e fiscalizar as unidades administrativas de qualquer dos três Poderes estatais, nos termos da regra insculpida no inciso IV do art. 71 da Carta de Outubro (salvante as contas anualmente prestadas pelo Chefe do Poder Executivo). Sequer receberiam o nome de “Tribunais” e nunca teriam em órgãos e agentes judiciários de proa o seu referencial organizativo-operacional. Muito menos se dotariam de um Ministério Público próprio ou especial.

Marçal Justen Filho⁴ defende que a Lei Maior, interpretada sistematicamente, afirma a independência do Tribunal de Contas, cujas estruturas organizacionais são autônomas e dotadas de funções inconfundíveis, tudo o que caracteriza a existência de um “poder”:

É relevante assinalar que a CF/88 instituiu outras duas estruturas orgânicas, com características jurídicas inerentes à condição de Poder. O Tribunal de Contas e o Ministério Público são titulares de competências próprias impresumíveis e foram instituídos com autonomia em face dos demais poderes. É irrelevante que a Constituição tenha mantido o Ministério Público como integrante do Poder Executivo e o Tribunal de Contas como órgão

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8 ed. rev. e atual. ed. Forum, 2012, p.92

auxiliar do Poder Legislativo. Ambos são dotados de funções próprias, inconfundíveis e privativas. As atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas não podem ser exercitadas senão por eles próprios. Mais ainda, ambas as instituições têm estrutura organizacional própria e autônoma, e seus exercentes são dotados de garantias destinadas a assegurar seu funcionamento independente e o controle sobre outros poderes. Enfim, são estruturas organizacionais autônomas a que correspondem funções inconfundíveis. Tudo o que caracteriza a existência de um “poder” está presente na disciplina constitucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Só não têm a denominação formal de Poder.

Ademais, dada a relevância do papel institucional desempenhado pelas Casas de Contas, o precitado Ministro enfatiza que os Tribunais **não são órgãos de controle de cunho meramente administrativo, são órgãos cujo regime jurídico é centralmente constitucional e estruturado pelo legislador constituinte.**

A natureza político-administrativa dos Tribunais de Contas

7.1 Por outro aspecto, ajunte-se que nenhum Tribunal de Contas é tribunal singelamente administrativo (ao contrário do que se tem afirmado, amiudadamente). **Não pode ser um tribunal tão-somente administrativo um órgão cujo regime jurídico é centralmente constitucional. É dizer: os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder Constituinte.** Assim no plano da sua função, como respeitadamente às suas competências e atribuições e ainda quanto ao regime jurídico dos agentes que o formam.

7.2 Com efeito, o recorte jurídico-positivo das Casas de Contas é nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. É só abrir os olhos sobre os 6 artigos e os 40 dispositivos que a Lei das Leis reservou às Cortes de Contas (para citar apenas a seção de nº IX do capítulo atinente ao Poder Legislativo) para se perceber que somente em uma oportunidade é que existe menção à lei infraconstitucional. Menção que é feita em matéria de aplicação de sanções (inciso VIII do art. 71), porque, em tudo o mais, o Código Supremo fez questão de semear no campo da eficácia plena e da aplicabilidade imediata.

Nesse diapasão, resta claro que a estrutura jurídica ao qual está estruturado o Tribunal de Contas, permeia também as searas processuais cíveis e penais. Afinal, o Direito Administrativo é constituído por normas específicas, sendo que algumas delas serão encontradas em outros ramos do ordenamento jurídico público.

I.3 – Incidência do direito penal nas decisões dos Tribunais de Contas.

Ao longo do tempo, com a consagração da ação punitiva do Estado, também com base em seu poder de polícia, passa-se a perceber que **o direito administrativo**

sancionador (ou punitivo), assim como o direito penal, **é mais uma manifestação do “jus puniendi” estatal, compartilhando, portanto, dos mesmos princípios.** Nesse sentido, é a lição de Luis Roberto Barroso ao entender que, “o direito administrativo, em sua dimensão sancionatória, compartilha com o direito penal os mesmos princípios gerais de aplicação de suas normas”.

O direito disciplinar não é infenso à analogia penal, ainda mais quando se cogita de pena de natureza grave, conforme se vê do entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, manifestado no RE 78.917 (RTJ 71/2004):

‘O direito disciplinar não é infenso à analogia penal, ao que ensina Themístocles B. Cavalcanti nos casos das penas puramente administrativas, os mesmos princípios podem também ser aplicados por analogia (Direito e Processo Disciplinar, p. 179)’. Então vigoram no âmbito administrativo os mesmos princípios observados na esfera processual penal.”

No mesmo sentido, expõe Nelson Hungria que a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por questão de comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas “sobre um mesmo plano, sobre um só *mapamundi*”. Assim, não há que falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal.

Como consenso, **há a noção de um limitador ao *jus puniendi* do Estado como um pressuposto a ser analisado pelo juiz no momento da aplicação da pena, avaliando a imputabilidade do agente, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.**

É de se notar, todavia, que, na esfera civil, o conceito de culpa grave sempre teve pouca relevância no que concerne à obrigação de reparar o dano, porquanto referida obrigação nasce a partir da constatação da culpa, independentemente de sua gravidade.

Na seara penal, por outro lado, o grau da culpa é matéria tratada sob a perspectiva da culpabilidade, ou seja, da reprovabilidade da conduta, o que repercutirá na

dosimetria da pena, pois quanto maior a reprovabilidade da conduta, mais exasperada será a sanção.

I.4 – Irregularidade no Tribunal de Contas

Em sede de instrução dos Tribunais de Contas, busca-se verificar a regularidade dos atos praticados e, não raro, são apontadas supostas irregularidades, as quais serão objeto de análise técnica, ministerial e, ao fim, julgamento.

Carece, no entanto, de conceituação do que vem a ser considerado o termo “irregularidade”. Não foi encontrada em doutrina ou jurisprudência uma definição, acreditando-se que o próprio termo já se define.

Em sendo assim, na tentativa de estratificar o que se entende por irregularidade, mais uma vez, utiliza-se da proximidade com o Direito Penal. **O termo irregularidade, no âmbito da Corte de Contas, habitualmente é utilizado como sinônimo de antijuricidade, que vem a ser considerada como uma relação antônima entre o Direito e fato praticado ou omissivo do homem.**

Nas lições de Mezger, a antijuricidade é um juízo externado sobre a ação. “O juízo, que a ação contrasta com o ordenamento jurídico e com a norma legal, caracteriza qualitativamente a ação como ‘ilícita’ ou na verdade ‘antijurídica’”⁵.

Sob essa ótica, entende-se **que uma vez praticado ato contrário ao ordenamento jurídico sem uma causa de exclusão de ilicitude** (corriqueira na prática penal), **fala-se em manutenção da irregularidade**. O que não significa dizer --- quando a atuação é em processo de contas --- que persistindo a irregularidade, o julgamento será pela irregularidade das contas.

Observa-se que a irregularidade pode ser persistente e perpetuada de uma gestão para outra. **Cabe, nestes casos, a avaliação da conduta adotada por cada gestor, exercício a exercício, verificando se os atos praticados em cada período acentuam, mantêm ou atenuam a causa da irregularidade, sendo,**

⁵ MEZGER, Edmund. Diritto Penale: parte generale. Traduzione Filippo Mandalari. Padova: CEDAM, 1935.

portanto, determinante a análise da conduta de cada gestor para a apreciação/julgamento.

I.5 – Da análise da conduta do agente

Recentemente a conduta do agente --- ou a culpabilidade da conduta do agente ---, vem sendo amplamente debatida nas Corte de Contas. Isso, porque com os acréscimos inseridos pela Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB no ordenamento jurídico pátrio a análise de culpa passou a exercer protagonismo nas decisões.

Em sendo assim, a culpabilidade do agente é amparada na avaliação de reprovabilidade da conduta praticada ou omissa, respectivamente, por quem praticou ou por quem tinha o dever de fazê-lo.

Na esfera Penal, “diz-se que é um juízo de reprovação pessoal sobre a conduta típica (comportamento humano que é descrito pela lei como infração penal) e antijurídica (ilícita)”. Welzel, com a criação da teoria finalista, passa a inserir na decisão uma análise de valor, com elementos subjetivos.

A partir da doutrina de Welzel, qual seja, a Teoria Finalista, é a consciência da antijuridicidade; a ação humana só se transmudará em injusto à luz do juízo de valor que a torna contrária às exigências do Direito; a tipicidade – que de início foi considerada por seu criador (Ernst von Beling) como indício da antijuridicidade – evoluiu para ser a ratio cognoscendi da antijuridicidade.

No âmbito do TCU, a ideia de valoração do grau de censura da conduta do agente pode ser constatada em diversas deliberações. Por vezes, **aponta-se que o ato foi praticado em desconformidade com a lei, que houve uma irregularidade, sinaliza-se para a presença de culpa, ocasionalmente leve ou levíssima, fatos esses que devem ser observados nas diversas circunstâncias do caso concreto.**

59.Nos processos de controle externo, os fatores que influenciam na dosimetria da pena não estão estabelecidos em lei ou no nosso regimento, mas decorrem de nossa própria construção jurisprudencial, feita paulatinamente a cada situação concreta. Atualmente, é sedimentado que na dosimetria da pena **consideram-se aspectos como: nível de gravidade dos ilícitos, materialidade e grau de culpabilidade do agente,**

valoradas as circunstâncias do caso concreto (Acórdãos 2.053/2016, 1.484/2016 e 944/2016, todos do Plenário, entre vários outros).

Acórdão 483/2017-Plenário - Data da sessão: 22/03/2017 – Relator: BRUNO DANTAS

11. No que se refere aos demais servidores da Funasa, [Responsável 3] e [Responsável 4], embora entenda que **possuam menor culpabilidade, uma vez que não praticaram as irregularidades diretamente**, considero que não podem ser eximidos de responsabilização, pois, ao efetuarem o exame do termo de referência, com o intuito de aprová-lo, era exigível que detectassem as irregularidades, sobretudo considerando que elas haviam sido objeto de questionamento por parte de pretensos licitantes. **Não obstante, o menor grau de culpabilidade desses agentes deve influenciar na dosimetria da multa."**

Acórdão 1166/2016-Plenário - Data da sessão: 11/05/2016 – Relator: BRUNO DANTAS

Em sendo assim, uma vez reconhecida a irregularidade, exsurge a **necessidade de se analisar a culpabilidade do agente, de forma que esta passa a ser o principal fator a ser considerado no julgamento**. Se o ato é contrário a lei, não há que se questionar a irregularidade, no entanto, faz-se necessário analisar se aquele ato é culpável.

Em boa parte, essas circunstâncias acabam constituindo um conjunto de elementos para a aferição da boa-fé daquele que praticou o ato, conceito aberto que tem sido ponderado para fins de aplicação de sanção.

O que se busca com a análise da culpabilidade é o alcance da verdadeira justiça, utilizando-se desta como um pressuposto para a valoração da aplicação da pena, bem como um olhar para mensuração do ato, seja este grave, moderado ou leve.

1.5.1 – Responsabilidade à luz do art. 28 da LINDB

O artigo 28 da Lei nº 12.376, de 2010⁶, 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.

⁶ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

No âmbito dos Tribunais de Contas, a relevância do artigo 28 da LINDB se manifesta especialmente sob a perspectiva de que a culpabilidade do agente passa a constituir elemento protagonista na apreciação de julgamento.

Nessa toada, já houve posicionamento sobre o tema nos autos do TC 3331/2019 e do TC 4383/2018, ambos da relatoria do Conselheiro Rodrigo Chamoun, de cujo teor destaca-se o trecho:

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.

Nesse sentido, é a lição dos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

[...] O “erro grosseiro”, por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia irrecusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a proibidade, por divergência de interpretações com o seu controlador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública. (**O artigo 28 da nova LINDB**: um regime jurídico para o administrador honesto. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniaio-lindb-regime-juridico-administrador-honesto> > Acesso em 25/05/2018)

Vê-se, portanto, que o art. 28, da LINDB não condicionou a responsabilização do agente público à existência de dolo ou culpa, como tradicionalmente se conhecia. Passou-se a **avaliar as condutas a partir da existência de dolo ou de erro grosseiro**, e não mais de culpa, independentemente de sua gradação (levíssima, leve ou grave).

Desse modo, o Conselheiro Chamoun fez constar nos processos supracitados que a inovação legislativa trouxe a ideia de que o “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”.

Nesse sentido é a lição de Damásio de Jesus, para quem “há erro invencível (escusável ou inculpável) quando não pode ser evitado pela normal diligência. Qualquer pessoa, empregando a diligência ordinária exigida pelo ordenamento jurídico, nas condições em que se viu o sujeito, incidiria em erro”.⁷

Afim de objetivar o presente estudo, o erro grosseiro a que se refere o art. 28 da LINDB, ainda que se entenda como culpa grave ou como erro inescusável, deve ser considerado como **aquele que não seria cometido pelo homem médio se estivesse nas mesmas circunstâncias do agente público cuja conduta está sob julgamento.**

Trazendo tais reflexões para os processos dos Tribunais de Contas, parece adequado que a apreciação aqui procedida se inspire em tais premissas quando do processo de controle puder resultar penalização. Isso, porque a própria Lei Complementar Estadual nº 621/12, em todas as ocasiões em que estabelece a aplicação de sanções, traz o elemento gravidade para a consideração dos julgadores.

1.5.2 – Consequencialismo à luz do art. 20 da LINDB

Já tendo por base os elementos acima expostos para a análise de aplicação de penalidade, tem-se como escopo, ainda, a apreciação conforme dispõe o art. 20 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro⁸ – Lei nº 13.655, bem como os “princípios constitucionais” explícitos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e implícitos, tais como: a boa-fé objetiva, a razoabilidade e a proporcionalidade, quando na avaliação da conduta dos agentes públicos.

⁷ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 268. No mesmo sentido, mas no âmbito do direito civil: BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol. 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1.940, p. 334. Apud NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, p. 263. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁸ [Art. 20](#). Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Esclarece-se que não se pretende decidir com base em percepções pessoais, sem informações consistentes sobre os fatos, mas ao contrário, busca-se uma tomada de decisões ancoradas, principalmente, na **mensuração da gravidade da conduta do agente, sempre estimando as possíveis consequências jurídicas e administrativas do ato de gestão.**

Em sendo assim, a motivação da presente decisão se baseará em fundamentos que demonstrem **harmonia entre as normas invocadas e os fatos que estavam em julgamento.**

De fato, revela-se um grande desafio aplicar esse mundo do dever ser do direito à realidade fática, sem que ao fim se desconsidere a realidade, mas também sem passar por cima do direito.

Desta feita, o reconhecimento de uma “irregularidade ou antijuricidade” não é suficiente para que se aplique a sanção. Ressalta-se, contudo, que isso não torna menos importante a sua identificação, pois é a partir daí que passa a ser possível encontrar o caminho para a solução do ato até então identificado como irregular.

Assim, no cenário de reconhecimento da irregularidade, a sanção deverá estar atrelada aos atos do agente responsável, considerando, ainda, suas possíveis consequências.

I.5.3 – Deferência judicial à luz do art. 22 da LINDB

Nesse contexto, sobretudo, o processo de apreciação nos Tribunais de Contas não se limita às estreitas e frias fronteiras da legalidade. Consagra, em toda sua extensão, uma possibilidade de apreciação jurídica dos fatos, permitindo que sejam sopesados pelo órgão de controle todos os fatores que incidiram sobre o agente no momento em que buscava a realização do interesse público.

É, portanto, um processo que almeja justiça. Esta prática, inclusive, foi recentemente positivada no ordenamento jurídico, quando da alteração da Lei de Introdução às Normas Brasileiras, com a inclusão do artigo 22⁹.

Sobre o dispositivo citado, é lícito afirmar que pode ser entendido como o fundamento normativo específico para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública. Não que este fundamento normativo específico fosse imprescindível ou que houvesse qualquer vedação anterior no ordenamento jurídico brasileiro à adoção das teorias da deferência, tão comuns em diversos países. Mas, sem dúvidas, esta previsão específica encoraja ainda mais a nós, controladores, a atuarmos neste sentido, **em respeito à interpretações e decisões razoáveis da administração em contexto de indeterminação jurídica, ou, na expressão da lei, em contexto de “dificuldade” jurídica.**¹⁰

Por outro lado, em que pese esta nova realidade consagrada no ordenamento jurídico pátrio, esta Corte de Contas, no seu dever constitucional de apreciar/julgar as contas dos gestores públicos, vê-se submetida aos ordenamentos que norteiam a elaboração das mesmas, à luz da boa técnica.

Deve, pois, **ser levada em consideração a obediência à citada lei, sem que se percam de vista os princípios da eficiência, razoabilidade e economicidade, sempre em atenção ao interesse público, analisando as diferentes correntes doutrinárias; posicionamento do Poder Judiciário acerca do tema; verificação dos parâmetros dos Tribunais de Contas na avaliação do cumprimento dessas exigências legais pelos seus entes fiscalizados e, por fim, exame das consequências resultantes da desobediência aos dispositivos legais.**

I.6 – Conclusão

⁹ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

¹⁰ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Acesso em 02/05/2021. Disponível em: file:///C:/Users/t203796/Downloads/77650-Texto%20do%20Artigo-161994-1-10-20181123.pdf

É plenamente possível que se tenha uma conduta típica (prevista em lei como ilícita) e antijurídica (contrária ao ordenamento vigente), sem a reprovabilidade sobre ato ou omissão. É possível, portanto, haver o reconhecimento de uma irregularidade sem a imputação de sanção, na hipótese de afastamento da culpabilidade/responsabilidade do agente.

Observe-se, assim, que não se está dizendo que não se observará **a literalidade da Lei ou regras** que o administrador tenha eventualmente violado, pelo contrário, a **legalidade estrita é que norteará quando da manutenção ou não da irregularidade**. No entanto, quando se fala em sanção ao agente, deve-se observar as **dificuldades práticas que ele enfrentou** (art. 22 LINDB) e **suas consequências** (art. 20 LINDB), **sendo passível de justificativa esse descumprimento, tendo, ainda, seus atos analisados conforme a gravidade** (art. 28 LINDB).

Deste modo, passa-se à análise das irregularidades, reconhecendo-as como regular apenas quando a materialização, ou como definido acima, a antijuricidade, não tiver ocorrido. No mais, **o foco do julgamento será sob a ótica dos preceitos contidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e também considerando eventuais excludentes de culpabilidade e ilicitude** a serem verificadas, merecendo, ainda, a avaliação do caso concreto à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, erro grosseiro e culpa grave.

II – RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas, em face do Acórdão 1248/2019 – Plenário, proferido nos autos do Processo TC 2884/2017-4, que julgou REGULARES as contas dos Srs. Fabio Ney Damasceno, João Victor de Freitas Espíndula, Waldemar Fonseca Filho, José Carlos Sepulcri Netto, Denis Balzana Azevedo e da empresa Start Tech Solução em Tecnologia Ltda, diante do afastamento e da ausência de dano ao erário.

1. ACÓRDÃO

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. NÃO ACOLHER as preliminares apresentadas, conforme item 2.1.1 e 2.1.2 do presente voto.
- 1.2. AFASTAR as irregularidades tratadas nos itens 3.1 a 3.8 da Instrução Técnica Conclusiva 4599/2018-9, conforme fundamentação acima, acolhendo as defesas apresentadas, JULGANDO REGULARES as contas dos Srs. Fabio Ney Damasceno, João Victor de Freitas Espíndula, Waldemar Fonseca Filho, José Carlos Sepulcri Netto, Denis Balzana Azevedo e da empresa Start Tech Solução em Tecnologia Ltda, diante do afastamento e da ausência de dano ao erário.
- 1.3. ARQUIVAR os presentes autos, após o trânsito em julgado.

Recebidos os autos, foram estes encaminhados à Secretaria Geral das Sessões – SGS para certificação acerca da tempestividade recursal, que se manifestou por ocasião do Despacho nº 5750/2020 (evento 04), informando que a interposição do recurso foi tempestiva.

Após foi elaborada Decisão Monocrática 158/2020-3 em que notificou os Senhores Fabio Ney Damasceno, João Victor de Freitas Espíndula, Waldemar Fonseca Filho, José Carlos Sepulcri Netto, Denis Balzana Azevedo e da empresa Start Tech Solução., para contrarrazões no prazo de até 30 dias.

Ato contínuo, após apresentação das defesas, foram os autos ao Núcleo de Controle Externo no Recurso e Consultas - NRC, que, por meio Instrução Técnica de Recurso nº 118/2020 (evento 25), opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, por seu provimento parcial, cuja conclusão se deu nos seguintes termos:

6- CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

6.1- Proposta de encaminhamento.

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente Instrução Técnica de Recurso, opina-se pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do recurso interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS – MPC**, mantendo-se o Acórdão 1248/2019 quanto ao item “3.4- prática de modelo de contratação antieconômico” (responsáveis: Fabio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula) da ITC e pela **REFORMA** dos demais itens:

- **Item 3.1 da ITC 4599/2018: Ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários dos serviços prestados.** Base Legal: Art. 7º, §2º, II da Lei 8.666/93. Responsáveis: Fabio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula.
- **Item 3.2 da ITC 4599/2018: Imprecisão e incompletude na especificação do edital.** Base Legal: Art. 6º, IX, alínea f e art. 40, ambos da Lei 8.666/93. Responsáveis: Fabio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula.
- **Item 3.3 da ITC 4599/2018: Falhas na elaboração do Projeto Executivo pela Contratada.** Base Legal: Art. 66 da Lei 8.666/93. Responsáveis: Waldemar Fonseca Filho, José Carlos Sepulcri Netto, Denis Balzana Azevedo e João Victor de Freitas.
- **Item 3.5 da ITC 4599/2018: Superfaturamento decorrente da opção pela locação e do valor dos itens.** Base Legal: Art. 37, da Constituição Federal de 1988; art. 3º e 43, IV, da Lei 8.666/93. Responsáveis: Fabio Ney

Damasceno, João Victor de Freitas Espíndula e Start Tech Solução em Tecnologia Ltda. **Ressarcimento:** passível de devolução ao erário municipal o valor de **R\$ 226.370,25**, equivalente a **69.171,38 VRTE**.

- **Item 3.7 da ITC 4599/2018: Restrição indevida à competitividade.** Base Legal: Art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93. Responsáveis: Fabio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula.
- **Item 3.8 da ITC 4599/2018: Ausência de parcelamento do objeto.** Base Legal: Art. 15, IV, da Lei 8.666/93. Responsáveis: Fabio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula.

Por conseguinte, os autos foram remetidos ao Ministério Público de Contas que, através do Parecer 2210/2020-7 (evento 29), da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuiu parcialmente os termos delineados na ITR 333/2020, reiterando os termos da Petição Recurso 00032/2020-6.

Pautado os autos para 31ª sessão vistual odirnária, foi juntado aos autos sustentação oral, tanto pelos responsáveis, como pela empresa responsável.

É o que importa relatar.

III – DA ANÁLISE DE CONTEXTO (conforme preceitua o art. 22 da LINDB)

III.1 – Contexto Processual

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo MPEC contra o Acórdão TC-1248/2019 - Plenário, que afastou as irregularidades e julgou regulares as contas dos Recorridos. Os autos analisaram a contratação de sociedade empresária por parte da Secretaria de Transportes e Obras Públicas - SETOP para prestação de serviços de videomonitoramento em terminais de ônibus da Grande Vitória, especificamente os Contratos n. 04 e n. 05/2014.

III.2 Contexto dos Fatos

Em sede de memoriais, destaca-se que o objeto ora analisado se tratou de um projeto sui generis, **pioneiro, que visava aperfeiçoar a eficiência na administração e na gestão do transporte público**, nos controles dos fluxos no horário de pico e de maior movimento, **isso tudo em tempo real**, com a

possibilidade de intervenções via áudio de forma bidirecional (avisos, alertas, comunicados, etc.).

Acrescentou se tratar de uma solução idealizada, para constante questões graves, colacionando manchetes da época, a título de exemplo, condutas delitivas, tráfico de drogas, relações sexuais nos terminais, furtos, comercio irregulares, entre outros.

Esclareceu que o objeto a ser licitado era de alta complexidade, e que o serviço a ser licitado não se compreendia todas as variáveis envolvidas, que foi realizada procura da PRODEST, órgão especializado do governo, o qual demonstrou limitação em contribuir com o desenho final e detalhes da contratação, inclusive não tendo o referido órgão externado qualquer consideração quanto ao termo de referência, nesse mesmo sentido, parecer da SECONT.

Por fim, impende destacar que o edital foi objeto de análise desta Corte de Contas aos autos do TC 406/2014 (irregularidades distintas), representação que ao fim foi julgada improcedente nos indícios ali apontados.

IV – FUNDAMENTAÇÃO

IV.1 – Sobre os pressupostos recursais

Verifica-se que a parte é capaz e possui legitimidade processual. No que tange aos pressupostos recursais extrínsecos, relativos ao exercício do direito de recorrer, entende-se que o recurso é tempestivo e a Recorrente atende a todos os requisitos legais, de modo a se verificar sua regularidade formal.

Quanto à tempestividade, verifica-se que, de acordo com despacho 5750/2020 da Secretaria-Geral das Sessões – SGS, a entrega dos autos com vista ao Ministério Público de Contas para ciência do Acórdão TC 1248/2019 ocorreu em 05/11/2019, de sorte que **o prazo para interposição do Recurso de Reconsideração venceu em 05/02/2020**. Nesse passo, tendo em vista que **o expediente recursal foi interposto em 05/02/2020**, tem-se o mesmo como **TEMPESTIVO**, nos termos do art. 411, §2º, do Regimento Interno do TCEES.

No caso concreto, nota-se haver cabimento do recurso, porque previsto taxativamente no art. 405, caput, do RITCEES.

Assim, considerando que o recurso manifesta todos os pressupostos recursais, reitero meu entendimento por **conhecê-lo**.

IV.2 – Do mérito recursal

Inicialmente, cumpre salientar que o Recorrente – Ministério Público de Contas – se insurgiu contra os 7 apontamentos de irregularidade que culminaram na emissão de acórdão pela regularidade das contas, por acreditar que existem elementos de convicção suficientes para que se rejeite as contas dos Recorridos. Constituem as irregularidades recorridas:

1. Ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários dos serviços prestados;
2. Imprecisão e incompletude na especificação do edital;
3. Falhas na elaboração do projeto executivo pela contratada;
4. Prática de modelo de contratação antieconômico;
5. Superfaturamento decorrente da opção pela locação e do valor dos itens;
6. Restrição indevida à competitividade;
7. Ausência de parcelamento do objeto;

IV.2.1 – Dos indícios de irregularidade e possíveis responsáveis

IV.2.1.1 – Ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários dos serviços prestados;

Base legal: art. 7º, §2º, II, da Lei n. 8.666/1993.

Responsável: Fabio Ney Damasceno (Secretário de Transportes e Obras Públicas)

Responsável: João Victor de Freitas Espíndula (Assessor Especial)

A presente irregularidade reporta-se à ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários dos serviços prestados. Alguns serviços – mais especificamente serviços afetos à tecnologia da informação (TI) – não contariam com um padrão de adequação mínimo pré-estabelecido, com detalhamento de quais itens deveriam fazer parte da planilha de custos do serviço ou ainda como deveriam ser precificados.

O acórdão guerreado, entendeu que “pode-se até imaginar, naturalmente, que na execução desses serviços, empresas diversas tenham necessidades diversas em relação à quantidade de equipamentos necessários à boa prestação dos serviços”.

O recorrente, por sua vez, acredita que as razões de fundamentação do Acórdão 1248/2019 recorrido, revela-se flagrantemente equivocada, isso porque, compulsando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, bem como os normativos instrutivos de licitação, verifica-se que a matéria referente a contrato de bens e serviços de informática que envolvam soluções de tecnologia de informação (Terceirização em Tecnologia de Informação), em verdade, constitui tema largamente debatido pelo TCU, além de contarem com amplo acervo de normas orientadoras de referidos certames.

A Lei n. 8.666/93 determina expressamente a elaboração de orçamento detalhado nos procedimentos licitatórios, não se constituindo uma faculdade para o gestor omitir informações de máxima relevância, a exemplo de informações que expressem os custos unitários dos serviços contratados.

Não menos importante, há que ressaltar a existência de Parecer Consulta TC 021/2006 (Processo 948/2006), que possui caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, em que destaca o caráter obrigatório da adequada definição do objeto e quantitativo a ser licitado.

Deve interpretar-se a Lei no sentido de que qualquer tipo de serviço deverá ser previsto com minúcia. (...) o ato convocatório deverá fornecer os detalhamentos equivalentes àquilo que se exige nas licitações para obra e serviço de engenharia. Dito de outro modo, será imperiosa a existência de previsões e descrições equivalentes àquelas constantes de projeto básico e projeto executivo, ainda que se atribua ao documento denominação diversa. E se não houver? Suponha-se que se verifica (sic) que a Administração iniciou o procedimento licitatório sem dispor de informações mínimas satisfatórias para fundamentar o processo licitatório. A situação descrita caracteriza infração a deveres essenciais e basilares que recaem sobre o administrador público: a prudência, a diligência e o compromisso com a melhor utilização para os recursos públicos.” Prosseguindo, o retro mencionado dispositivo legal exige ainda que haja previsão de custos e de recursos orçamentários. A regra é que seja fixado orçamento detalhado das despesas, através de planilhas que indiquem os custos unitários³. As quantidades a serem adquiridas também devem ser estimadas. Se durante a execução do contrato ficar demonstrada a inadequação dos cálculos em razão de insuficiência, pode-se promover alteração contratual ou nova licitação. Manifestou-se acerca do tema o Tribunal de Contas da União (Decisão nº 069/96, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi. DOU de 18.03.96,

pág. 4.532): “(...) é obrigatória, quando do lançamento de processo licitatório, a adequada definição do objeto a ser licitado, inclusive quanto a quantitativos, não sendo permitida apenas a inclusão de um limite máximo, sem que haja previsão do que vai ser realizado, ante a vedação constante do §4º do art. 7º da Lei nº 8666/93.

No presente caso, há inequívoca falha na elaboração do certame, de modo geral, e do Projeto Básico, de maneira específica, constatando-se a ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressassem todos os custos unitários dos serviços prestados, comprometeu todo o procedimento licitatório, revelando a fragilidade do procedimento interno e externo do certame, bem como subsequentes falhas na execução do projeto.

Em sede de memoriais, destaca-se a fundamentação da defesa, de que o objeto a ser licitado era de alta complexidade, não sendo compreendida todas as variáveis envolvidas no serviço a ser licitado. Destaca-se:

O acórdão pontua que o orçamento é instrumental naquilo que ele descreve o que será futuramente contratado e o seu preço. E como se está a tratar de prestação de um serviço, há determinados equipamentos que não se sabe, no momento procedimental do orçamento prévio, quantos serão necessários, como foi exemplificado pela menção aos nobreaks.

Ocorre, que ainda que se considere o serviço como de alta complexidade, os fatos que geram a deficiência no orçamento, devem ser devidamente apontados no processo de licitação e justificados, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, conforme preambularmente exposto, não se pretende em nossa análise flexibilizar o princípio da legalidade. Diante do exposto, **flagrante o acometimento da irregularidade, por afronta ao disposto no art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8666/93** (Lei de Licitações).

IV.2.1.2 – Imprecisão e incompletude na especificação do edital;

Base legal: art. 6º, IX, alínea f e art. 40, ambos da Lei n. 8.666/1993

Responsável: Fabio Ney Damasceno (Secretário de Transportes e Obras Públicas)

Responsável: João Victor de Freitas Espindula (Assessor Especial)

A presente irregularidade foi apontada por faltar elementos básicos no edital, discriminados esses no Relatório de Inspeção 06/2018, dos autos 2884/2017. *In verbis:*

Não constam informações relativas ao número de salas e a localização delas para o serviço de Sistema de visualização, operação e gerenciamento (item 5.2 do Termo de Referência). Também não constam informações acerca do número de equipamentos instalados, caso dos gravadores de vídeo em rede (NVR).

Não está especificado como será medido o índice de 98% referente à disponibilidade da infraestrutura para transmissão de imagens (item 5.4 do Termo de Referência).

Não consta previsão de servidores para salas de visualização (item 5.2 do TR), mas apenas o rack para acomodá-los.

A situação já havia sido apontada no item 1.2 do Relatório de Auditoria Reconta 20/2015.

No acórdão ora guerreado entendeu-se que não restou configurada afronta ao planejamento e não tendo demonstrado “que essa configuração tenha causado qualquer prejuízo ou embaraço para a execução do objeto contratual”.

Tal entendimento sustentou-se com base nas alegações dos defendentes que *“haveria, ainda na fase de licitação, regramentos acerca definição de localidade prioritárias e estipulação dos quantitativos próprios e complementares de cada local”* (sic).

O Recorrente por sua vez, alega que o projeto funcional apresentado não supre as deficiências de planejamento da administração pública.

A Lei 8.666/93 define a necessidade de planejamento da contratação. Tal planejamento envolve a realização de estudos técnicos preliminares, bem como a elaboração de projeto básico. Deve contemplar não apenas aspectos legais, mas também aspectos técnicos e considerar as reais necessidades da Administração e suas prioridades.

Em sendo assim, o que se observa no caso concreto é que embora as definições tenham sido realizadas, a mesma ocorreu somente após assinatura do contrato, o correto a ser aplicado seria que a própria Secretaria determinasse tais definições conforme sua necessidade e elas fossem lançadas em Edital, a fim de se ter a melhor proposta para a situação específica.

O planejamento é atividade realizada em fase anterior à abertura das propostas e à assinatura do contrato, a fim de que seja garantida a adequação do objeto às necessidades da administração.

Em sede de defesa, foi verificado a apresentação de um projeto funcional, realizado posteriormente a contratação, o que por si só demonstra ser plenamente possível a realização de tais especificações, ainda em sede de planejamento.

Cabe ressaltar que esta Corte de Contas e, ainda, do TCU, já possui jurisprudência (Acórdão TC 829/2015 – Plenário, Acórdão TC 820/2019), pacífica na tese **de que o pressuposto da irregularidade é a prática de atos ilegais, a infração à norma (art. 7º, §2º, II da Lei 8666/1993), independente das consequências**. Ante do exposto, mantenho a irregularidade, pela afronta ao disposto em Lei.

IV.2.1.3 – Falhas na elaboração do projeto executivo pela contratada;

Base legal: Art. 66 da Lei 8.666/93.

Responsáveis: **Waldemar Fonseca Filho**

José Carlos Sepulcro Netto

Denis Balsama Azevedo

João Victor de Freitas Espíndula (integrantes da Comissão de Fiscalização do Contrato)

A irregularidade foi apresentada, face ao descumprimento do exposto no Edital de licitação, o qual, exigia da empresa contratada a aprovação de um projeto executivo, como um pré-requisito a implementação do objeto.

O relator entendeu que em que pese, não conste a aprovação de projeto executivo, tal fato não causou prejuízo à administração, e que tal formalização trata-se de um requisito instrumental, tendo o projeto funcional apresentado suprido os elementos necessários.

O recorrente ressurgiu a tese acima aventada, em **que o pressuposto da irregularidade é a prática de atos ilegais, a infração à norma (art. 7º, §2º, II da Lei 8666/1993), independente das consequências**.

O projeto executivo permite a elaboração de orçamentos realistas e evitando-se assim previsões inexequíveis que causem má qualidade na execução, atrasos, rescisões ou a combinação de todos estes fatores.

Pois bem, a estratégia de apoiar-se em um denominado “projeto funcional”, como bastante para substituir a exigência legal e editalícia (art. 6º da Lei 8.666/1993) de “projeto executivo”, desprezar por completo os princípios que regem a administração pública”.

Como já dito acima, a presente análise não pretende, acolher fatos que afrontem diretamente a lei, como possíveis justificativas ao afastamento da irregularidade, **motivo pela qual a mantenho**, mas a frente se fará uma análise da conduta do gestor, sobre a qual se dará o julgamento.

IV.2.1.4 – Prática de modelo de contratação antieconômico;

Base legal: Art. 37, da Constituição Federal de 1988
Responsável: **Fabio Ney Damasceno** (Secretário de Transportes e Obras Públicas)
Responsável: **João Victor de Freitas Espíndula** (Assessor Especial)

A presente irregularidade foi apontada em decorrência das inconsistências identificadas nos itens 5.3.2, 5.3.5, 4.2 e 4.3, do Termo de Referência, segundo consta no Relatório de Inspeção 6/2018.

O acórdão guerreado, entendeu que não foi possível detectar, pagamento indevido, impossibilitando adjetivar a contratação como antieconômica.

Alega o recorrente que o certame previu um valor fixo para um conjunto de equipamentos e serviços referentes aos itens acima indicados que seriam pagos independente do volume de serviço prestado ou da quantidade fornecida pela empresa.

De fato, no presente caso, **não se caracteriza a realização de pagamentos indevidos**, mas a inobservância à finalidade da contratação em buscar a proposta mais vantajosa e que acarreta, via de consequência, em um modelo de **contratação antieconômica, geradora de dano ao erário por falhas no procedimento licitatório** que considerou, no orçamento, a previsão conjunta de equipamentos que seriam pagos com base num valor fixo, **independente do volume de serviço prestado** ou da **quantidade fornecida pela empresa**, ao invés de proceder ao fracionamento dos equipamentos, dos serviços e dos respectivos valores.

Em que pese o entendimento do Ministério Público de Contas, acolho o entendimento exposto em Instrução Técnica Conclusiva 118/2021-7, em que evidencia à ausência de nexo de causalidade entre a vantajosidade de contratação e da “previsão conjunta de equipamentos que seriam pagos com base num valor fixo”.

a economicidade da contratação é passível de contestação previamente ao certame (quando se pode, por exemplo, decidir cautelarmente pela sua suspensão) ou, como no caso, a posteriori, mas, nesse caso, haveria de estar associada ao efetivo dano, em conformidade com a tese trazida pelo Acórdão 1248/2019.

A tese do Recorrente de que “os atos de gestão antieconômica se caracterizam em virtude da desobediência ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa pela administração”, a nosso ver, não apresenta pertinência com a irregularidade em comento, já que a proposta mais vantajosa é aquela a ser escolhida dentre as que foram apresentadas, a partir das exigências previamente definidas no edital.

Se o edital é falho – como no presente caso – ainda assim a administração está obrigada a escolher a proposta mais vantajosa (aqui, só não houve escolha porque uma empresa apresentou proposta), não guardando relação com possíveis irregularidades.

Entretanto, como exposto, entendemos não haver nexo de causalidade imediato e evidente entre a falha observada no edital (previsão de “um valor fixo para um conjunto de equipamentos e serviços”) e “atos de gestão antieconômica, reconhecendo, portanto, a **regularidade** do ato.

IV.2.1.5 – Superfaturamento decorrente da opção pela locação e do valor dos itens;

Base legal: Art. 37, da Constituição Federal de 1988; art. 3º e 43, IV, da Lei 8.666/93.
Responsável: **Fabio Ney Damasceno** (Secretário de Transportes e Obras Públicas)
Responsável: **João Victor de Freitas Espíndula** (Assessor Especial)
Responsável: **Start Tech Solução em Tecnologia Ltda**

A presente irregularidade visa apurar possíveis danos nos contratos 004/2014 e 005/2014, que tinha como objeto a locação de equipamentos para o videomonitoramento dos terminais da TRANSCOL.

Na presente irregularidade, de acordo com o que fora apontado pela Área Técnica, o superfaturamento nos contratos decorreu da opção pelo modelo de contratação de **locação** de diversos equipamentos e insumos ao invés da sua **aquisição**, o que acarretou num custo elevado para a administração.

Importante salientar que o achado foi realizado apenas no que tange 8% do gasto total que envolvia os dois contratos, foram comparados tão somente os preços dos monitores 46 polegadas, nobreak de rack - 3000VA e workstation torre, chegando ao fim ao um montante de R\$ 174.381,04 (cento e quarenta e sete mil trezentos e oitenta e um reais e quatro centavos) equivalente a 69.171,38 VRTE.

Esclarece a equipe técnica, que encontrou dificuldade no deslinde da irregularidade, posto que a documentação, bem como, Relatório da Tomada de Contas Especial foi encaminhada em descumprimento ao que preceitua o art. art. 1313, da **IN n. 32/2014**.

O Acórdão guerreado entendeu que ao gestor restaria uma margem de discricionariedade na escolha de modelo da contratação. E que, assiste razão aos defendentes quando afirmam que o suposto superfaturamento não decorreria da comparação de modelos de contratação similares, e sim distinto, “se pensarmos na simples aquisição de equipamentos, seria natural imaginarmos que o valor total da aquisição redundaria em um valor menor, devido à ausência de precificação quanto a serviços, como manutenções corretiva e preditiva, atualizações corretivas, dentre outras atividades que são oferecidas mediante remuneração”.

O Recorrente entendeu, que tais argumentos não devem prevalecer, pois, citando o art. 12, inciso III, da Lei 866/1993, “o ordenamento jurídico, por si só, impõe limites à discricionariedade por meio de regras e princípios que delimitam a atuação do gestor”; no caso do segundo argumento, “é preciso destacar que a própria Ceturb firmou o contrato 14/2015 para aquisição, instalação e configuração de circuito fechado de monitoramento. Por isso, causa estranheza os questionamentos apresentados no sentido de que um contrato de aquisição de equipamentos de videomonitoramento seria inviável (...)”.

Em reforço ao amplamente demonstrado pela análise técnica, o planejamento da contratação foi deficiente, pois inequívoco que a escolha pela locação dos itens ao invés de sua aquisição resultou em contratação muito mais dispendiosa.

Ademais, a fundamentação do Acórdão 1248/2019 ora recorrido baseia-se na suposição de que “Quando se fala em ‘locação’, pode parecer que só estaria envolvido a mera disponibilização do bem, o que não é o caso,

tratando-se de serviços de videomonitoramento”. Tanto trata-se de uma suposição infundada que, conforme consta na ITC 4599/2018 “É preciso destacar que a própria Ceturb firmou o contrato 14/2015 para aquisição, instalação e configuração de circuito fechado de monitoramento. Por isso, causa estranheza os questionamentos apresentados no sentido de que um contrato de aquisição de equipamentos de videomonitoramento seria inviável para a Administração Pública”.

Ora. Acaso realmente fosse inviável a contratação por meio de aquisição, ou ainda mais vantajosa a contratação por meio de locação, seria um paradoxo ante o próprio Contrato n. 14/2015 celebrado pela CETURB de “aquisição, instalação e configuração de circuito fechado de monitoramento”.

O superfaturamento não decorreria, como compreende o Acórdão 1248/2019, da comparação de modelos de contratação distintos (locação X aquisição), mas da comparação entre a diferença de preço de equipamentos equivalente entre si quando adquiridos ou locados. ofereceu justificativas qualitativas e quantitativas quanto à vantagem da contratação.

Em sede de contrarrazões o defendente, reafirma que não há que se considerar “superfaturamento, uma vez o suposto valor superfaturado não decorre da comparação de modelos de contratação similares, e sim distintos”.

Está-se a comparar situações fático-jurídicas completamente distintas, e por essa razão, o resultado decorrente dessa análise não merece, respeitosamente, qualquer amparo.

Além disso, o Recorrente insiste na premissa equivocada, o que a SETOP pactuou não foi uma locação de equipamentos, **e sim uma prestação de serviços.**

[...]

Ademais, o raciocínio da equipe de auditoria e do Recorrente, no sentido que a aquisição seria a melhor opção, ignora uma série de pontos: como seria a substituição dos equipamentos em caso de defeitos? Teria que ser contratada outra empresa para realizar a instalação? Da mesma forma, outra empresa teria que ser contratada para realizar treinamentos da equipe da CETURB para operar os equipamentos? E quanto à manutenção, outra licitação para contratar outro prestador de serviço?

Será que realmente é razoável se comparar uma prestação de serviços nos moldes contratados pela SETOP, em que há a garantia de funcionamento, substituição de equipamentos em tempo real, manutenção, treinamento de funcionários, com uma pura e simples aquisição de equipamentos, ainda que com garantia dos produtos adquiridos? Como seria no caso de uma aquisição, em que um equipamento, diga-se, uma câmera, apresentasse defeito? A câmera seria enviada para a assistência técnica, e o serviço seria interrompido? Ou a SETOP teria que comprar câmeras reservas, e ter em vigor um contrato de prestação de serviço de instalação e manutenção?

Pois bem, em uma análise fria aos autos, o que se observa é um ato antieconômico. No entanto, como bem frisado em sede de defesa, a intenção do gestor era clara,

realizar um projeto inovador, do qual, se acreditava ser necessário a contratação de uma prestação de serviço, para que o projeto atingisse o seu fim.

Desta feita, há que se considerar o fato de que no preço apresentado no certame licitatório é condizente, não só com o equipamento comprado, mas também com eventuais manutenções necessárias. Então observo que embora aja similitude no objeto, a contratação não é similar:

Assim, percebe-se que podem ser utilizados itens de uma contratação anterior para compor a pesquisa de mercado, no entanto as contratações devem possuir semelhança de condições e os itens pesquisados devem ser idênticos, o que não ocorreu com os itens toldo, sanitários e projeto elétrico, contratados na III e IV Feira Ambiental de Cariacica, estes não possuíam identidades entre os anos comparados.
Processo 03087/2018-6 – acórdão 1616/2019

Veja, o que propõe a equipe técnica, vai além de adentrar na discricionariedade do gestor, tentasse puni-lo por uma escolha realizada, não há nos autos qualquer elemento que nos leve a crer que aja um conluio ou má-fé pelos responsáveis, pelo contrário, assim que evidenciado, que a contratação, não era a mais adequada, a própria Ceturb, após rescisão do contrato ora em análise, firmou o contrato 14/2015 para aquisição, instalação e configuração de circuito fechado de monitoramento.

Processo 08541/2010-1 Controle Externo - Fiscalização - Representação acordo com o Tribunal de Contas da União, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos segue a regra geral da responsabilidade civil, ou seja, trata-se de responsabilidade subjetiva, sendo pressuposto para caracterização da responsabilidade pela reparação do dano causado ao Erário a culpa ou o dolo do agente que causou o prejuízo (Processo nº TC 006.917/2001-2).Entretanto, **no caso sob análise, não há indícios de que o Convite 02/2009 tenha sido realizado de má-fé, a fim de causar prejuízo ao erário, pois não há comprovação de que as empresas participantes do processo licitatório tenham agido em conluio com a Administração Pública para estabelecer o preço superfaturado, bem como não existem nos autos indícios de negligência da administração na verificação do preço de mercado do objeto a ser contratado.** Nesses termos, em razão da ausência de uma mesma base para a comparação de preços para a comprovação de superfaturamento e em razão da ausência de dolo ou culpa da administração no estabelecimento dos valores, opina-se pelos acolhimentos das razões de justificativa dos responsáveis e pelo afastamento da irregularidade.

Diante do exposto, **acolho as justificativas, a fim de entender pela regularidade dos atos praticados pelos responsáveis.**

IV.2.1.6 – Restrição indevida à competitividade;

Base legal: Art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93

Responsável: **Fabio Ney Damasceno** (Secretário de Transportes e Obras Públicas)

Responsável: **João Victor de Freitas Espíndula** (Assessor Especial)

A presente irregularidade decorreu da presença de especificações técnicas de equipamentos com restrições sem justificativa plausível.

O Acórdão guerreado entendeu que não encontrou “elementos de análise que constam dos autos que tal restrição foi indevida, nem se pode afirmar com segurança que ela tenha impossibilidade uma maior participação no certame, ou ocasionado prejuízos à Administração.”

O Recorrente, com fundamento na ITC 4599/2018, entende que a irregularidade em pauta se deu por meio de extensa e minuciosas “especificações técnicas de equipamentos com restrições sem justificativa plausível”, uma vez que só haveria uma fabricante das câmaras de vídeo exigidas pelo edital.

Em sede de ITC 118/2021, foi destacado que o “Acórdão 1248/2019 devia enfrentar a ausência de justificativas, não só a instruir o processo de contratação (como exige a lei), mas, especialmente, na defesa apresentada pelos agentes responsabilizados, analisadas pela ITC 4599/2018, que não trouxe elementos suficientes para justificar as exigências presentes no edital.”

Ao meu ver, a irregularidade então apontada ao gestor, está em desconformidade, isso porque, aos autos não foi comprovado que aquela exigência seria indevida, ou que de fato causou uma restrição a competitividade.

O que observo em sede de instrução é que ocorreu uma ausência de justificativa, quanto as exigências técnicas de determinados equipamentos inseridos ao Edital. Não é seguro, portanto, dizer que havia outro equipamento ao qual atenderia aos interesses ao qual a Administração estava realizando ao certame.

Entendo ainda, que não soa razoável que os autos retornem à instrução, para análise de tais fatos, isso porque, como já destacado aos autos, o contrato ora discutido já foi extinto, não produzindo mais efeitos.

Diante de todo o exposto, entendo pela não ocorrência da irregularidade aqui apontada.

IV.2.1.7 – Ausência de parcelamento do objeto;

Base legal: Art. 15, IV, da Lei 8.666/93
Responsável: **Fabio Ney Damasceno** (Secretário de Transportes e Obras Públicas)
Responsável: **João Victor de Freitas Espíndula** (Assessor Especial)

A suposta irregularidade decorreu de o edital do certame aglutinar em único lote, e sem justificativa, videomonitoramento, instalação de infraestrutura elétrica e de rede, fornecimento de materiais de escritório, distribuição de rede wi-fi, sistema de controle de acesso e sistema de telefonia IP.

O acórdão guerreado entendeu que “na presente situação, tem-se que o objeto contratado se refere a serviços em uma área crucial e delicada para o convívio social, a saber, a segurança pública. Envolve ainda uma série de elementos que, para funcionarem, necessitam de integração, sob pena de um não funcionando, prejudicar toda a prestação do serviço e o atingimento de seu objetivo”.

O Recorrente afirma que “notadamente, e de modo reiterado, o Acórdão 1248/2019 impugnado não trouxe razões técnicas ou jurídicas que levariam ao afastamento da irregularidade”.

No caso dos autos, o parcelamento do objeto, poderia ser resolvido por meio da realização de uma única licitação, com cada parcela do objeto sendo adjudicada em um lote (ou grupo de itens) distinto (parcelamento formal), ampliando consideravelmente a possibilidade de participação de diversas empresas (competitividade).

A possibilidade de diversas licitações para a contratação de bens e serviços traduz o dia a dia de qualquer órgão público, de forma que, usar tal argumento para justificar

um ato ilícito, não nos parece razoável e aderente aos princípios da legalidade, da moralidade, da economicidade e da proposta mais vantajosa. Diante do exposto, mantenho a irregularidade.

V – DO JULGAMENTO

V.1 – Da análise de conduta dos responsáveis (conforme preceitua o art. 28 da LINDB)

V.1.1 - Fabio Ney Damasceno (Secretário de Transportes e Obras Públicas)

As irregularidades atribuídas aos atos praticados pelo responsável são: **IV.2.1.1 – Ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários dos serviços prestados; IV.2.1.2 – Imprecisão e incompletude na especificação do edital; IV.2.1.3 – Falhas na elaboração do projeto executivo pela contratada; IV.2.1.5 – Superfaturamento decorrente da opção pela locação e do valor dos itens; IV.2.1.6 – Restrição indevida à competitividade; IV.2.1.7 – Ausência de parcelamento do objeto;**

Pois bem, como preambularmente exposto o art. 28, da LINDB passou a **avaliar as condutas a partir da existência de dolo ou de erro grosseiro**, e não mais de culpa, independentemente de sua gradação (levíssima, leve ou grave).

Observa-se no caso dos autos, que embora tenha ocorrido as diversas irregularidades, pois clara a falhas e ausência de eventuais justificativas, o gestor demonstra que estava tratando de um projeto de alta complexidade e desbravador em sua área, com claros objetivos de modernização de sua Secretaria.

Destacou, que o projeto se trata de uma solução idealizada, por meio da utilização da tecnologia, permitindo o controle e a atuação em tempo real, antes da ocorrência de contingência e problemas.

Revelou ainda, dificuldades enfrentadas como a complexidade do objeto, posto o próprio órgão do governo responsável, a saber PRODEST - Instituto de Tecnologia

da Informação e Comunicação do Estado do Espírito Santo, demonstrar não possuir conhecimento técnicos.

Quanto à solicitação de análise técnica do processo, esclarecemos que, apesar de o PRODEST estar elaborando projeto de videomonitoramento para os órgãos do governo estadual, **esta autarquia não possui conhecimento técnico para analisar o objeto em tela por não se tratar de serviços/equipamentos de informática e, conforme justificativa apresentada por essa SETOP, pela falta de similaridade dos objetos e dos escopos dos projetos supracitados.**”

Ressalva-se ainda na conduta dos gestos, que os autos foram encaminhados também a SECONT – Secretaria de Controle e Transparência, para emissão de parecer quanto ao edital e termo de referência e nenhuma ressalva quanto a especificação de equipamentos foi realizada.

Em sendo assim, **entendo como tais atos suficientes para que se afaste aplicação de penalidade aos responsáveis**, tendo sido amplamente demonstrada, que o gestor atuou com zelo a coisa pública, e com intenção implacável na modernidade de seu Setor com melhoria de eficiência na gestão, controle e administração dos terminais, marcada inclusive por necessidade de implantação de medidas de melhoria da situação de segurança pública.

Embora a equipe técnica entenda o fato da rescisão do contrato em menos de um ano e estabelecimento de nova licitação, como um atestado de ineficiência, há que se observar, que tal fato demonstra o agir do gestor, em estar atento e perceber que aquele não foi o melhor caminho e corrigir o ato, sem que aja maiores prejuízos a máquina pública, e obviamente a sociedade, que ainda que de forma secundária é quem mais se beneficiou desses serviços prestados.

Não se contesta aqui o fato de que as diversas falhas constatadas no presente procedimento licitatório. No entanto, **o foco do julgamento será sob a ótica dos preceitos contidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e também considerando eventuais excludentes de culpabilidade e ilicitude**, e restou demonstrada a todo momento a boa-fé e a intenção de uma gestão baseada em inovação, evidenciado, que esse procedimento fim de aquisição, só foi possível e entendível a partir da ação do gestor.

V.1.2 – João Victor de Freitas Espíndula (Assessor Especial)

As irregularidades atribuídas aos atos praticados pelo responsável são: **IV.2.1.1 – Ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários dos serviços prestados; IV.2.1.2 – Imprecisão e incompletude na especificação do edital; IV.2.1.3 – Falhas na elaboração do projeto executivo pela contratada; IV.2.1.5 – Superfaturamento decorrente da opção pela locação e do valor dos itens; IV.2.1.6 – Restrição indevida à competitividade; IV.2.1.7 – Ausência de parcelamento do objeto;**

A fim de que não se torne repetitivo, o disposto no tópico acima, deve ser considerado para apuração de responsabilidade do **Sr. João Victor de Freitas Espíndula**.

VI – DAS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO

Importante ressaltar, a necessidade da administração pública em indicar de maneira detalhada os custos unitários e instrumentais dos bens e serviços, evitando-se, assim, a ocorrência de uma contratação inadequada, deficiente e onerosa aos cofres públicos. Ou ainda, quando não possível que se discrimine detalhadamente os serviços e objetos a serem licitados, que faça constar no procedimento as justificativas para tanto.

Foi observado ainda, a falta de planejamento na contratação. Tal planejamento envolve a realização de estudos técnicos preliminares, bem como a elaboração de projeto básico. Deve contemplar não apenas aspectos legais, mas também aspectos técnicos e considerar as reais necessidades da Administração e suas prioridades.

Em sendo assim, se à administração não estabeleceu claramente o que deseja contratar, certamente também não conseguiu estimar o valor da contratação. Por sua vez, também não poderá o licitante apresentar uma proposta que seja passível

de ser analisada sem elevado teor de subjetividade, o que nos conduzirá, inevitavelmente, ao pior menor preço.

Dessa forma, **RECOMENDO a secretária, que observe os ditamente da Lei 8.666/93, especialmente no que trange aos tramites realizados em seu caráter interno, orçamento, planejamento, exigências técnicas e determinação do objeto.**

VII – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **acompanhando parcialmente os posicionamentos técnico e ministerial**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-770/2021 – 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. Conhecer o presente Recurso de Reconsideração, visto presentes os requisitos de admissibilidade;

1.2. Dar provimento parcial às razões recursais, de forma a reformar o Acórdão 01248/2019-1, proferido nos autos do Processo TC 02884/2017-4, para reconhecer as irregularidades:

1.2.1. Ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários dos serviços prestados;

1.2.2. Imprecisão e incompletude na especificação do edital;

1.2.3. Falhas na elaboração do projeto executivo pela contratada;

1.2.4. Ausência de parcelamento do objeto;

1.3. Acolher parcialmente a justificativas dos Srs. Fábio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula, deixando de aplicar, penalidade pelas irregularidades reconhecidas, com base na análise da conduta do agente, conforme preceitua os termos da LINDB.

1.4. Acolher integralmente as justificativas dos Srs. José Carlos Sepulcri Netto, Waldemar Fonseca Filho, Denis Balzana Azevedo e da empresa Start Tech Soluções em Tecnologia LTDA.

1.5. Recomendar a secretária, que observe os ditamente da Lei 8.666/93, especialmente no que trange aos tramites realizados em seu caráter interno, orçamento, planejamento, exigências técnicas e determinação do objeto.

1.6. Dar ciência aos interessados da presente decisão;

1.7. Remeter os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012;

1.8. Arquivar após trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 24/06/2021 - 31ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro Substituto: João Luiz Cotta Lovatti (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO SUBSTITUTO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões